İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler

TÜRK YARGISININ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KONUSUNDA KAPASİTESİNİN GÜÇLENDİRİLMESİ

AVRUPA BİRLİĞİ - AVRUPA KONSEYİ ORTAK PROJESİ

STRENGTHENING THE CAPACITY OF THE TURKISH JUDICIARY ON FREEDOM OF EXPRESSION

EUROPEAN UNION – COUNCIL OF EUROPE JOINT PROJECT

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı
Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler

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

Bütün yayın hakları saklıdır. Yayıncının yazılı izni olmaksızın hiçbir kısmı çoğaltılamaz, bir erişim sisteminde depolanamaz ve elektronik, mekanik, fotokopi, kayıt olarak ya da başka hiçbir yolla dağıtımı yapılamaz. Yazarlar, editörler ve yayıncı bu kitabın doğruluğu için çalışmış olsalar da, yayıncı, yazarlar ve editörler herhangi bir hata, noksanlık, yanlış ifade, kusur ve bu kitaptaki bilginin yanlış kullanımı için sorumluluk kabul etmez.

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
© Yerleştirme Wolf Legal Publishers, Eylül 2012

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.

Baskı: **MATBAM** AJANS&REKLAM&TANITIM
Özveren Sk. No: 25/B Demirtepe - ANKARA
Tel & Faks: 0.312 229 64 54 • Sertifika No: 31042

Nicolas Bratza

İÇİNDEKİLER

Sir Nicolas Bratza
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı *1*

Nicolas Bratza'nın Mahkeme'de ve Komisyon'da Savunma Yaptığı Davalar *3*

Önsöz *7*

Müstakil görüşler *11*

Yargıç Nicolas Bratza'nın müstakil ve diğer görüşleri
Michael O'Boyle *13*

Basın özgürlüğü ve özel hayat 39

Avrupa'da medya özgürlüğü ve insan hakları
Thomas Hammarberg *41*

Özel hayat ne zaman kamuyu ilgilendirir?
Robert Walker *57*

Medyanın özel alana müdahalesi ve insan hakları: denge gözetmek
Hakim Lady Arden *65*

Telekulak, ünlüler ve özgür medya – basın özgürlüğü ile özel hayat arasında denge gözetmek
Philip Leach *81*

İfade özgürlüğü ve sorumlu gazetecilik 91

Sorumlu gazetecilik ve common law
Worth Matravers Lordu Phillips *93*

Saray soytarılarına dair: İfade özgürlüğü ve gazetecilerin ödev ve sorumlulukları
Egbert Myjer *103*

Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması
George Nicolaou *127*

Medya çalışanları ve hakaret cezaları
Päivi Hirvelä *139*

Cevap hakkı
Davíð Þór Björgvinsson *151*

Siyasi söylem ve siyasi eşitlik
Brenda Hale 163

Dini inanç reklamı: *Murphy* ile ilgili olarak ne düşünüyorsunuz?
Erik Fribergh ve John Darcy *173*

Hakimlerin, avukatların, tanıkların ve kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü..... 185

Meleklerin ayak basmaya korktuğu yer
Abbotsbury Lordu Neuberger *187*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıçlarının İfade Özgürlüğü
Jean-Paul Costa *207*

Avukat ve ifade özgürlüğü
Josep Casadevall *219*

Tanıklar ve susma hakkı
Stan Naismith *229*

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin serbest konuşma özgürlüğü
Paul Mahoney *239*

İncitici ifadeler – nefret, şiddet ve dine sövme 257

Söylem ne zaman eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ve nefret söylemi içtihatları
Françoise Tulkens *259*

İncitme hakkı
Anthony Lester *275*

Dine sövme ve hakaret fiilleri: Dini duyguların incitilmesi mi, özgürlüğe saldırı mı?
Luis López Guerra *285*

AİHM uygulamasında AİHS 17. madde ve ifade özgürlüğü
Mark E. Villiger *297*

Sembolik söylem
Lech Garlicki *305*

İfade özgürlüğü ve şiddete teşvik
Giovanni Bonello *321*

Bağlamı içinde ifade özgürlüğü **331**

Orijinal bir tema üzerine çeşitlemeler: Müzik ve insan hakları
Dean Spielmann *333*

İş Yerindeki Sözcükler
Karen Reid *351*

İnternet ve ifade özgürlüğü: "Cesur yeni dünya" ve AİHM'in evrilen içtihadı
Nina Vajić ve Panayotis Voyatzis *359*

İfade özgürlüğü ve AB hukuku
Peter Roth *375*

"Bilgi uçuranlar" (whistleblowers) toplumun yeni bekçileri mi?
Anna Austin *385*

Orta ve Doğu Avrupa'da Mahkeme'nin içtihadının önemi
Nuala Mole *397*

Olağanüstü Hal ve Silahlı Çatışma Durumlarında İfade Özgürlüğü
Françoise J. Hampson *407*

Terörle mücadele tedbirlerinin caydırıcı etkisi: Avrupa ve ABD'deki elektronik takip yasalarının karşılaştırmalı bir analizi
Elisabet Fura ve Mark Klamberg *423*

Sınıftan yükselen sesler: ifade özgürlüğü ve eğitim hizmeti
Jim Murdoch *441*

Malta'da iftira ve hakaret – tarihsel bir taslak
Vincent A. De Gaetano *461*

İfade ögürlüğü, "takdir yetkisi" ve kanıt ve delil meseleleri 473

İfade özgürlüğü bağlamında ikincillik ilkesi ve takdir yetkisi üzerine düşünceler
Matti Pellonpää.....475

Handyside, 35 yıl sonra
Sally Dollé ve Clare Ovey.....493

10. madde: hakkaniyet, kanıt ve delil meseleleri
Lawrence Early 503

Nicolas Bratza Strazburg'da işbaşında 516

Sir Nicolas Bratza
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı

Kişisel detaylar

Doğum tarihi ve yeri: 3 Mart 1945, Cheam, Surrey, İngiltere.

Uyruk: Britanya

Eğitim, akademik ve diğer vasıflar

- Wimbledon Koleji 1956-1963
- Brasenose Koleji, Oxford Üniversitesi 1964-1967 (Lisans 1967: Şeref Öğrencisi, Yüksek Lisans 1971)
- Öğretim görevlisi, Pennsylvania Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1967-1968
- Avukatlık lisansı 1969
- Lincoln's Inn tarafından baroya davet
- Knight Bachelor ünvanı 1998
- Fahri doktora, Essex Üniversitesi 2005
- Fahri hukuk doktorası, Glasgow Üniversitesi 2007

Mesleki faaliyetler

(a) Yargıdaki faaliyetleri

- Hakim asistanı (yarı-zamanlı adli pozisyon) 1989-1993
- Ceza Mahkemesi hakimi 1993-1998
- Yüksek Mahkeme hakimi, "Queen's Bench" Birimi 1998'den beri
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı 1998'den beri
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı 4 Kasım 2011'den beri

(b) Yargı dışı faaliyetleri

- 1969'dan 1998'e kadar İngiltere ve Galler Barosu'nda ticaret hukuku, kamu hukuku ve insan hakları hukuku alanlarında ihtisaslaşarak Londra, Temple'da 1 Hare Mahkemesi Dairelerinde bağımsız olarak çalıştı
- Kraliyet Avukatı, kıdemsiz, Common Law, 1978-1988
- "Queen's Counsel", 1988-1998

- Lincoln's Inn'de Yönetim Kurulu Üyesi, 1993'ten beri

- Britanya Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nde Danışma Kurulu (önceki Yönetim Konseyi) Üyesi, 1999›dan beri

- European Law Review dergisinde Yayın Kurulu Üyesi, 2005'ten beri

İnsan hakları alanındaki faaliyetler ve deneyimler

- 1970'ten 1993'e kadar Avrupa Komisyonu'nda ve önceki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde birçok davada danışman ve Avukat olarak görev aldı

- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Üyesi, 1993-1998 (Daire Başkan Yardımcısı 1997-1998)

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı 1998- (Daire Başkanı 1998-2000 ve 2001-2007; Mahkeme Başkan Yardımcısı 2007-2011; 4 Kasım 2011›den beri Mahkeme Başkanı)

- Britanya İnsan Hakları Enstitüsü Danışma Kurulu Üyesi (Enstitü Müdürü 1985-2002; Başkan Yardımcısı 1989-1998)

- European Human Rights Law Review'da Yayın Kurulu Üyesi, 1995'ten beri

Nicolas Bratza'nın Mahkeme'de ve Komisyon'da Savunma Yaptığı Davalar

Nicolas Bratza'nın Mahkeme'de Savunma Yaptığı Davalar

1. BRANNIGAN VE McBRIDE/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 14553/89; 14554/89

2. BROGAN VE DİĞERLERİ/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 11209/84; 11234/84; 11266/84 29/11/1988

3. CAMPBELL VE COSANS/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 7511/76; 7743/76

4. CHAPPELL/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 10461/83

5. COSSEY/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 10843/84

6. COSTELLO-ROBERTS/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 13134/87

7. DUDGEON/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 7525/76

8. FOX, CAMPBELL VE HARTLEY/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 12244/86; 12245/86; 12383/86

9. GASKIN/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 10454/83

10.GILLOW/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 9063/80

11. HANDYSIDE/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 5493/72

12. İRLANDA/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 5310/71

13. JAMES VE DİĞERLERİ/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 8793/79

14.LITHGOW VE DİĞERLERİ/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 9006/80; 9262/81; 9263/81

15. MALONE/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 8691/79

16. THE OBSERVER LTD VE DİĞERLERİ, GUARDIAN NEWSPAPERS LTD/ BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 13585/88

17. POWELL VE RAYNER/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 9310/81

18. REES/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 9532/81

19. SILVER VE DİĞERLERİ/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 5947/72; 6205/73; 7052/75

20. THE SUNDAY TIMES/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI (No. 1) 6538/74

21. TIMES NEWSPAPERS LTD; NEIL/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 13166/87

22. YOUNG, JAMES VE WEBSTER/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 7601/76; 7806/77

Nicolas Bratza'nın Komisyon'da Savunma Yaptığı Davalar

1. DOĞU AFRİKALI ASYALILAR/BİRLEŞİK KRALLIK 4626/70, 4669/70, 4672/70
2. X. VE Y./BİRLEŞİK KRALLIK 5302/71
3. İRLANDA/BİRLEŞİK KRALLIK 5310/71
4. DONNELLY VE DİĞERLERİ/BİRLEŞİK KRALLIK 5577/72
5. KISS/BİRLEŞİK KRALLIK 6224/73
6. SUNDAY TIMES/BİRLEŞİK KRALLIK 6538/74
7. ARROWSMITH/BİRLEŞİK KRALLIK 7050/75
8. X./BİRLEŞİK KRALLIK 7215/75
9. CAPRINO/BİRLEŞİK KRALLIK 6871/75
10. SILVER VE DİĞERLERİ/BİRLEŞİK KRALLIK 5947/72, 6205/73, 7052/75
11. KAPLAN/BİRLEŞİK KRALLIK 7878/76
12. REED/BİRLEŞİK KRALLIK 7630/76
13. WIGGINS/BİRLEŞİK KRALLIK 7456/76
14. DUDGEON/BİRLEŞİK KRALLIK 7525/76
15. McVEIGH. O'NEILL VE EVANS/BİRLEŞİK KRALLIK 8022/77, 8025/77, 8027/77
16. KIBRIS/TÜRKİYE 8007/77
17. ARRONDELLE/BİRLEŞİK KRALLIK 7887/77
18. GILLOW/BİRLEŞİK KRALLIK 9063/80
19. BAGGS/BİRLEŞİK KRALLIK 9310/81
20. WARWICK/BİRLEŞİK KRALLIK 9471/81
21. REES/BİRLEŞİK KRALLIK 9532/81
22. POWELL VE RAYNER/BİRLEŞİK KRALLIK 9310/81
23. CONROY/BİRLEŞİK KRALLIK 10061/82
24. HARMAN/BİRLEŞİK KRALLIK 10038/82
25. LEIGH, GUARDIAN VE OBSERVER/BİRLEŞİK KRALLIK 10039/82
26. CHAPPELL/BİRLEŞİK KRALLIK 10461/83
27. GASKIN/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI 10454/83
28. B./BİRLEŞİK KRALLIK 10293/83

29. COSSEY/BİRLEŞİK KRALLIK 10843/84

30. BROGAN VE DİĞERLERİ/BİRLEŞİK KRALLIK 11209/84, 11234/84, 11266/84

31. W./BİRLEŞİK KRALLIK 10871/84

32. CHAUHAN/BİRLEŞİK KRALLIK 11518/85

33. G. HODGSON, D. WOOLF PRODUCTIONS LTD VE ULUSAL GAZETECİLER SENDİKASI/BİRLEŞİK KRALLIK; CHANNEL FOUR TELEVİZYON CO. LTD./BİRLEŞİK KRALLIK 11553/85; 11658/85 35. GINIKANWA/BİRLEŞİK KRALLIK 12502/86

34. MEMUR SENDİKALARI KONSEYİ VE DİĞERLERİ/BİRLEŞİK KRALLIK 11603/85

35. GINIKANWA/BİRLEŞİK KRALLIK 12502/86

36. FOX, CAMPBELL VE HARTLEY/BİRLEŞİK KRALLIK 12244/86, 12245/86, 12383/86

37. COSTELLO-ROBERTS/BİRLEŞİK KRALLIK 13134/87

38. Y./BİRLEŞİK KRALLIK 14229/88

39. MURRAY/BİRLEŞİK KRALLIK 14310/88

40. X., Y./BİRLEŞİK KRALLIK 14229/88

41. THE OBSERVER LTD. VE GUARDIAN NEWSPAPERS LTD./BİRLEŞİK KRALLIK 13585/88

42. BRANNIGAN, McBRIDE/BİRLEŞİK KRALLIK 14553/89; 14554/89

43. O'NEILL/BİRLEŞİK KRALLIK 17441/90

44. KELLY/BİRLEŞİK KRALLIK 17579/90

45. KELLY/BİRLEŞİK KRALLIK 17711/91

Önsöz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Sir Nicolas Bratza'nın onuruna hazırlanan bu kitabın editörlüğünü yapmış olmaktan büyük memnuniyet duyuyorum. Kendisine bir insan ve yargıç olarak beslenen büyük saygı nedeniyle editörler Mahkeme'deki meslektaşlarını, Birleşik Krallık hakimlerini ve yakın dostlarını kitaba katkıda bulunarak makalelerinde ifade özgürlüğünün belirli bir yönünü ele almaya ikna etmekte hiç zorlanmadılar. Neden bu konuyu seçtik? Sir Nicolas'ın ifade özgürlüğüne derin bir inancı ve bağı var; bunu yıllar içinde Mahkeme'de yapılan müzakerelerdeki konuşmalarından ve konu üzerindeki fikirlerini okuduğumuz yazılarından biliyoruz. *Handyside* ve *Sunday Times* davalarının her ikisinde de Birleşik Krallık tarafını temsil eden hukuk heyetinin bir üyesiydi – bu davalardan birincisini kazanmış, ancak ikincisini kaybetmişti-, bu nedenle belki de ifade özgürlüğüne ilgisi bizi şaşırtmamalı. Ancak Mahkeme'ye getirilen davalardan da bildiğimiz üzere, toplumlarımızda ifade özgürlüğü, özellikle de yeni sosyal medya, basın özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği arasındaki uyuşmazlık ve dinsel gruplara hakaret içerdiği düşünülen söylemler gibi alanlarda oldukça sorunlu bir hale dönüşmüş durumda. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu zorlukları ne şekilde ele aldığına dair bir durum değerlendirmesi yapmanın zamanı gelmiş bulunuyor.

Başkan Bratza'nın 40 yıllık hukuk kariyeri istisnai bir çizgi izlemiştir ve bu sürenin 30 yılı aşkın bir dilimi Sözleşme kurumlarında geçmiştir. Eski Komisyon'da ve Mahkeme'de avukat olarak bulunduğu birçok davanın (bkz. önceki sayfalar) yanısıra, Komisyon'da altı yıldan fazla üyelik yapmış ve 1998'de "yeni" Mahkeme'de yargıçlık görevine getirilmiştir. Komisyon üyesi olarak, Türkiye'ye ilişkin davalarda birçok araştırma heyetinde bulunmuş, 2. ve 3. maddeyle ilgili davalarda Komisyon'un içtihadının oluşmasında önemli bir rol oynamıştır. Yeni Mahkeme'de meslektaşları tarafından ilk önce Daire Başkanı, sonra Mahkeme Başkan Yardımcısı, Temmuz 2011'de de Mahkeme Başkanı seçilmiştir.

İlginçtir ki Mahkeme, mahkumların oy verme tartışması nedeniyle Birleşik Krallık tarafından çok sayıda eleştiriye daha çok Bratza'nın Başkanlığı sırasında maruz kalmış, Bratza da o yıl boyunca İngiliz basınında Mahkeme'nin rolü ile ilgili ifade edilen birçok yanlış kanıyı düzeltmek üzere devreye girmek zorunda kalmıştır. Bir röportajda, basında sürekli gördüğü ve insan hakları mahkemesinin başında common law bilen bir hukukçunun bulunmadığına dair eleştirilerden dolayı Mahkeme Başkanlığı seçimlerinde

aday olmaya ikna olduğunu belirtmişti.[1] Aynı dönemde kişisel olarak saldırılara da maruz kalmış, hakkında basında çıkan olumsuz köşe yazılarında sıkça Sırp bir müzisyenin oğlu olduğuna dikkat çekilmişti. Babasının yetenekli bir keman virtüözü olduğu gerçeği bir kenara, Sir Nicolas'ın aslında Britanyalı olmadığını ima etmek gülünç elbet. Ancak mizah duygusunu yine de kaybetmedi Sir Nicolas.

> *"Sanırım insanın [basınla] ilişkisinde kazanan taraf olması mümkün değil. Başkan Britanyalı ise, --iyi de gerçekten Britanyalı değil derler. Eğer Başkan Britanyalı değilse, o zaman ulusal sistemi anlayan kimse yoktur. Ben Birleşik Krallık'ta doğdum, büyüdüm, eğitim gördüm, hukuk alanında çalıştım, hakim oldum, oldukça güçlü Britanya referanslarım olduğunu düşünüyordum. Ama belki de yanılıyorumdur."*[2]

Sir Nicolas'ın anne tarafından üç kuşak boyunca Lordlar Kamarası hakimliğini yürüten Russell of Killowen ailesiyle akraba olduğundan çok az söz ediliyordu. Büyük dedesi Yüksek Mahkeme Kraliyet Dairesi Başkanı, dedesi ve dayısı ise Yüksek Mahkeme İstinaf Dairesi Hakimleriydi.

Başkan Bratza hem Mahkeme içinde, hem de dışında bu denli saygı görüyorsa, bunun altında alçakgönüllülük ve olağanüsü bir analiz yeteneğinin özel bir bileşimine sahip olması yatıyor. Hepsinden öte, bir common law hukukçusu olarak sahip olduğu becerilerde. Mahkeme'nin bu özelliklerini onun Sırp, İrlandalı ya da İngiliz kökenlerinden hangisine borçlu olduğu yersiz bir tartışmadır. Gerçek, Sir Nicolas'ın hukuk kabiliyetlerinin Komisyon'da, Mahkeme'de ve başka kurumlarda yıllar boyu etkin olduğu ve Avrupa'da insan haklarının korunmasına yıllar içinde kayda değer katkılarda bulunduğudur. Belki burada sayısız kişisel niteliğini bir araya getiren bir liste sunmamız hoşuna gitmeyecektir - ne denli alçakgönüllü olduğunu hepimiz gözlemlemiş bulunuyoruz. Ancak iki önemli vasfı her zaman için öne çıkmıştır: Mahkeme işlemlerinin yürütülmesindeki büyük – ki bazıları için olağanüstü — sabrı ve hem meslektaşı yargıçlara, hem Mahkeme'de duruşmalara katılan avukatlara, çevirmenlere ya da Mahkeme'nin temasta bulunduğu diğer idari üyelerine, kısaca herkese hakkaniyetli davranmasıdır. Bu kitapla kendisine saygı ve şükranlarımızı sunma sırası bizde.

Makaleleri için tüm yazarlarımıza teşekkür ederiz. İfade özgürlüğü şemsiyesi altında birçok konuya temas ettiler. Parantez içinde Sir Nicolas'ın farklı ifade özgürlüğü davalarında avukat olarak göründüğü fotoğrafları da kitaba aldığımızı belirtmek isteriz. Mahkeme'nin de sıkça belirttiği gibi,

---

1 Bkz. Joshua Rosenberg, *Bratza bemused by UK's disdain for Strasbourg [Bratza Birleşik Krallık'ın AİHM'i Hafife Almasına Şaşırıyor]*, Guardian, 31 Ocak 2012.

2 A.g.k.

demokrasilerde ilerleme sağlanabilmesi için ifade özgürlüğü temel bir özgürlüktür. Yaklaşık 350 sene önce İngiliz şair Milton'ın söylediği üzere, eğer hakikatın suları

> *"sürekli bir devamlılıkla akmıyor, konformizm ve geleneğin çamurlu havuzunda son buluyorsa... Tüm özgürlüklerin ötesinde, bilme, dile getirme ve vicdana uyarak savunma özgürlüğünü verin bana."*[3]

Ancak bu bilge tavrın sadece dile getirilmesi, 10. maddeye ilişkin Mahkeme'ye getirilen ve taraf ülkelerin çoğunu kapsayan anlaşmazlıkların çözümüne temel oluşturamaz. Bu kitaptaki makaleler bu anlaşmazlıklarda görülen, gazetecilerin sorumluluğu, nefret söylemi ve dine sövme sorunları, şoke etme ve incitme hakkı, siyasi fikirlerin beyanına verilen korunmanın sınırları, yargıç ve avukatların ifade özgürlüğü, internetin gelişmesiyle ortaya çıkan meseleler ve bu alanda takdir payının rolü gibi konuları ele almaktadır. İçeriği son derece zengin olan bu seçkiye katkıda bulunan herkese, verdiğimiz teslim tarihlerine ve sözcük sınırlamamıza sadık kaldıkları için müteşekkiriz. Ancak bu noktada bir uyarı yerinde olabilir: İfade özgürlüğü hakkındaki bir kitaptan beklenebileceği üzere, kitapta dile getirilen ve geniş bir yelpaze oluşturan görüşlerde sorumluluk tamamen yazarlarımıza aittir. Bu görüşler hiçbir şekilde Mahkeme'ye yönelik değildir, ya da Mahkeme'nin, Avrupa Konseyi'nin ya da Editörler Kurulu'nun görüşlerini yansıtmamaktadır.

Avrupa Konseyi Yayınevi ile birlikte çalışan Wolf Hukuk Yayınları'na da yayına hazırlama ve baskı sürecinde gösterdikleri işbirliğinden dolayı teşekkür etmek isteriz. Son olarak, bazı metinler üzerinde büyük bir görev aşkıyla çalışan Mahkeme'nin çeviri servisinden Mary Gorman ve James Brannan'e ve kitabı hazırlamamıza yardım ederken hiçbir zaman kaybolmayan neşesiyle bizim de bu projede çalışmaktan aldığımız zevki çoğaltan Gail Fitzpatrick'e teşekkür ederiz.

Josep Casadevall
Egbert Myjer
Michael O'Boyle
Anna Austin
Strazburg – 19 Temmuz 2012

3 Milton'ın 1644'te basılan ünlü eseri *"Aeropagitica" – John Milton'ın İngiliz Parlamentosunda Yaptığı Lisanssız Yayıncılık Özgürlüğüne İlişkin Konuşma*.

MÜSTAKİL GÖRÜŞLER

Yargıç Nicolas Bratza'nın müstakil ve diğer görüşleri

Michael O'Boyle[1]

Muhalifler gelecek çağlara seslenir.[2]

Ruth Bader Ginsburg

Amerika Birleşik Devletleri

Yüksek Mahkeme Yargıcı

Bu makale ifade özgürlüğü hakkındadır. Ancak ifade özgürlüğünün faziletlerinden bahsetmek için değil, ifade sahibinin faziletlerini övmek amacıyla yazılmıştır. Bu pek de alışılageldik bir durum değildir, ancak bu yazıya konu olan kişi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Başkanı ve yargıcı olarak görevde bulunduğu süre boyunca yalnızca ifade özgürlüğüne ilişkin hukuki yaklaşım hakkında değil, Mahkeme'nin Avrupa'da insan haklarını koruyan bir kurum olarak rolü hakkında da önemli şeyler söyleme fırsatına sahip olmuştur. Bunlar kayda geçirilerek üzerinde düşünülmeyi hak etmektedir. Mahkeme'nin rolünün meşruiyeti ve özellikle de ulusal parlamentolar ve mahkemeler ile ilişkisi *Hirst (No. 2)* kararından beri pek çok yoruma konu olmuştur.[3] Bunun üzerine birtakım Devletlerde, Sözleşme sisteminin üzerine inşa edildiği temel önermelere karşı çıkarak yargıçları kıyasıya eleştiren Mahkeme karşıtı bir medya kampanyası başlatılmıştır. Bu nedenle Başkan'ın, insan haklarının kolektif bir şekilde uygulanmasının Avrupa açısından taşıdığı önemi ve Sözleşme sisteminin en başından beri elde ettiği kazanımları, söz konusu Mahkeme karşıtlarına ve daha geniş anlamda kamuoyuna hatırlatması gerekmiştir. Son aylarda savrulan medya yumrukları ve Mahkeme'yi saran hukuki ve siyasi huzursuzluk ortamı bizlere, Avrupa kurumlarının kaygan bir zemin üzerinde hareket ettiğini ve elde edilen kazanımların yerle bir olmayacağı gibi bir zanna kapılmamamız gerektiğini anımsatmaktadır.

---

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdür Yardımcısı. Tüm görüşler kişisel olup, Mahkeme ile hiçbir şekilde ilişkili değildir. Bu yazının daha önce yazılmış bir taslağına yönelttiği mahir öneriler için Yargıç Egbert Myjer'e teşekkürlerimi sunuyorum. Bu makalede atıfta bulunulan bütün Mahkeme kararlarına Mahkeme'nin veri tabanı olan HUDOC'tan erişilebilir – www.echr.coe.int.

2 "Muhalifler gelecek çağlara seslenir. 'Meslektaşlarım yanılıyor, ben bunu şu şekilde yapacağım' demek hiç de kolay bir şey değildir. Ancak en büyük muhalifler mahkeme görüşleri biçimini alır ve zaman içerisinde görüşleri hakim görüş haline gelir. İşte muhalifin umudu da burada yatmaktadır: Bugün için değil, yarın için yazıyor olduğunu düşünür." Yargıç Ginsburg'un National Public Radio'dan Nina Totenberg ile yaptığı bir söyleşi (2 Mayıs 2012).

3 *Hirst/Birleşik Krallık (no. 2)* [BD], başvuru no. 74025/01, ECHR 2005-IX.

Sir Nicolas Bratza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından kurulan insan hakları koruma sistemine dair eşsiz zenginlikte bir tecrübeye sahiptir. Sözleşme kariyeri boyunca, 100'den fazla davada Hükümeti temsilen Komisyon ve Mahkeme huzurunda çok geniş konularda savunma avukatı olarak görev yapmıştır. Çığır açan davalardan birkaçını anacak olursak, *Handyside*,[4] *Sunday Times*,[5] *Observer ve Guardian*,[6] *İrlanda/Birleşik Krallık* davalarında Hükümetin hukuk ekibinde yer almıştır. Kendisi ayrıca, adam öldürme, işkence ve kayıplarla ilgili davalarda en az 12 kez delil-tespit heyetinde yer almış eski bir Komisyon üyesidir (1993-1998). Bunun yanı sıra, 1998-2011 yılları arasında Mahkeme'de Daire Başkanı, Başkan Yardımcısı ve son olarak da bir yıl Mahkeme Başkanı olarak görev yapmıştır.

Kendisi, insan hakları söz konusu olduğunda lafını dinletme hakkı kazanmış biri olmanın yanı sıra, ondan önce pek az AİHM yargıcının sahip olduğu, tecrübeye dayalı bir meşruiyet ve otoriteyle konuşmaktadır. Bu denli yüksek vasıflara sahip olmakla birlikte, söylenmesi gereken her şeyin Mahkeme kararlarında dile getirilmesi gerektiği prensibine sıkı sıkıya bağlı bir yargıçtır. Dolayısıyla, Mahkeme kararıyla sonuçlanan dava ve uyuşmazlıkların onun adına konuşmasını tercih eder. Pek sık olmamakla birlikte bazen çoğunluğun fikrinden ayrılan düşüncelerini müstakil bir görüşte ifade eder. Bunun haricinde ilgi odağının dışında kalır.

Yargıç Nicolas'ın "müstakil ve diğer" görüşlerini incelerken üç konuya odaklanacağım: birincisi, ifade özgürlüğü davalarındaki müstakil görüşleri ve bunların ifade özgürlüğü içtihadına katkısı; ikincisi, Başkan'ın Mahkeme'yi geçtiğimiz yıl boyunca maruz kaldığı düşmanca ve iğneleyici taarruza karşı nasıl savunduğu. Fakat önce, birtakım sorularla Mahkeme bünyesindeki "müstakil görüş" kurumuna eğileceğim. Sözleşme neden yargıçların bir kararın sonuna müstakil görüşlerini eklemelerine olanak tanıyor? Bununla muhalif görüşlerin ifade edilmesi mi isteniyor, yoksa bu durum, Mahkeme'nin çoğunluk görüşünün zayıflatılmasına mı yol açıyor? Önce kısaca bir inceleme yapalım.

4 *Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, Seri A no. 24.

5 *The Sunday Times/Birleşik Krallık (no. 1)*, 26 Nisan 1979, Seri A no. 30.

6 *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, 26 Kasım 1991, Seri A no. 216.

Müstakil görüş[7]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde müstakil görüş kurumu, yargıçların çoğunluk tarafından sunulan gerekçeye katılma ya da katılmama noktalarını ifade etmelerine olanak tanımaktadır. Böylece davanın sonucuna katılmayan yargıçlar Mahkeme'nin tespitleriyle ihtilaflarının temelini ortaya koyabilmektedir. Karara katılan bir görüşte ise neden davanın sonucunu paylaştıklarını, fakat gerekçesine katılmadıklarını izah edebilmekte ya da farklı bir tarzda ele alınmasını tercih ettikleri meseleleri vurgulayarak, ilerideki kararlarda konu edilecek meselelere bu şekilde dikkat çekebilmektedir. Sözleşme müstakil görüşlere her zaman olanak tanımaktaydı, ancak karara bağlanması gereken dava hacmindeki artışla birlikte bu görüşlerin sayısı ve tarzı da eski Mahkeme'ye kıyasla zayıflamıştır. Müstakil bir görüşte bulunma hakkı Sözleşme'de ve Mahkeme İçtüzüğünde dile getirilmektedir.[8] Farklı kombinasyonlar mümkündür. Yani görüşler kısmen karşıt ya da kısmen katılan niteliğinde olabileceği gibi, yargıçlar ortak bir görüşte bulunmayı kabul ettiğinde müştereken (kısmen) karşıt ya da katılan biçiminde de olabilmektedir. Yargıçların bir beyanda bulunma olanağı da olmakla birlikte, günümüzde bu yola neredeyse hiç başvurulmamaktadır.

Tüm bu görüşlerin ortak noktası, bağımsız bir yargıcın düşüncelerinin ifadesi olmasıdır. Bu husus, Mahkeme hakkında son derece temel bir gerçeği hissettirdiği için önem taşımaktadır. Sonuçta Mahkeme'nin itibar ve saygınlığının kökeninde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından seçilmiş olan yargıçların üstün vasıfları ve uyuşmazlıklar hakkında siyasi mülahazalara ya da başkaca dış etkenlere atıfla değil, Taraflarca ortaya konan davanın esasına dayanarak karara varan bağımsız ve tarafsız yargıçlar olarak hareket etme becerileri yatmaktadır. Bağımsızlık elbette ki her türlü ulusal mahkeme açısından temel bir gerekliliktir, ancak Mahkeme'den çözüme bağlaması istenen meselelerin birçoğu açısından geçerli olan hassasiyet düşünüldüğünde bir siyasi baskı gücü söz konusu olabileceğinden, insan hakları meselelerini ele alan uluslararası bir mahkeme açısından daha büyük bir önem taşıdığı

7 Bkz. genel olarak Florence Rivière, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des Droits de l'Homme* [*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıçlarının müstakil görüşleri*], Bruylant, 2004; Emmanuel Roucounas, *Dissenting Opinions in the European Court of Human Rights, Essays in Honour of Christos L. Rozakis* [*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Karşıt Görüşler, Christos L. Rozakis'e Armağan*] içinde (Dean Spielmann, Marialena Tsirli, Panayotis Voyatzis, der.), s. 501-531, Bruylant, 2011. Ayrıca George Letsas, *Judge Rozakis's Separate opinions and the Strasbourg Dilemma* [*Yargıç Rozakis'in Müstakil Görüşleri ve AİHM İkilemi*], *a.g.k.*, s. 305-329 ve J. P. Costa, *Les opinions séparées des juges: est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale*? [*Yargıçların müstakil görüşleri: Uluslararası yargı açısından iyi bir uygulama mıdır?*], Liber Amicorum Pranas Kūris içinde, Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, s. 111-121, 2008.

8 Sözleşme'nin 45(2). maddesi ve Mahkeme İçtüzüğünün 74(2). maddesi.

söylenebilir. Yargıçlar ilgili hukuk alanına dair kavrayışları ve Tarafların sunumlarıyla mayalanan hukuki vicdanlarına dayanarak karar vermek durumundadır.

Müstakil görüş, Mahkeme'nin itibarının temelini oluşturan bu bağımsız yargı sesinin kendisini farklı bir şekilde ifade edebilmesine olanak sağlamaktadır. Mahkeme'nin çoğunluk kararının gerekçeleri, titizlikle biçilip yontulmuş paragraflarda ortaya serilmektedir. Sonuç ne olursa olsun kararın genelinde şahsiyet gözlenmeyip, kararın can alıcı noktaları sadece Mahkeme'nin tespitlerindeki ağırlığın merkezini oluşturan bir ya da iki kilit paragrafta açığa çıkmaktadır. Yargıçlar arasında çıkmış olabilecek birçok iç anlaşmazlıktan pek azını ele veren kararlar, mucizevi (belki de esrarengiz) denebilecek bir şekilde, davanın cevabının en başından beri bariz biçimde ortada olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Yorumcular, Mahkeme'nin gerçek sesinin ancak ve ancak müstakil görüşler aracılığıyla duyulduğunu bilir; zira dikkatli bir okur bu görüşleri okuduğunda yargıçlar arasında çatışma yaratmış noktalar hakkındaki diyalogları bir an için duyar gibi olacaktır. Bu sayede yargıç, Mahkeme müzakerelerini gizli tutma yeminini çiğnemeden, okuru müsaade dahilinde ve kısa bir süreliğine söz konusu müzakerelerin iç dünyasına çekmektedir. Tabii davanın profili yükseldikçe (*McCann*,[9] *Loizidou*,[10] *Al-Adsani*,[11] *Al-Skeini*,[12] *Kononov*[13]), müstakil görüş daha bilgilendirici ve daha ferasetli bir hal almaktadır.

İster istemez, kamuoyunun görüş ayrılığı noktalarından bu şekilde haberdar edilmesinin doğru olup olmadığına dair bir soru ortaya çıkmaktadır. Mahkeme kararının zekice kaleme alınmış karşıt bir görüşle ciddi biçimde sarsılması yönünde bir tehlike söz konusu değil midir? Hükmün esasının Mahkeme tarafından ikna edici bir tarzda dile getirilmesi gerekiyorsa, iletilmek istenen mesaj kararla eş zamanlı olarak ifade edilen okkalı karşıt görüşlerle bulandırılmış olmaz mı? Bazı hukuk sistemlerinde müstakil görüş sunulmasına izin verilmediği de gayet bilinen bir durumdur.[14] Avrupa Adalet Divanı tek ağızdan konuşmayı tercih etmektedir. Kara Avrupası mahkemeleri de öyle. Ancak common law, geleneksel olarak, muhalifin kendi adına konuşmasına izin vermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde uzun zamandır sürdürülen müstakil görüş uygulaması incelendiğinde, kanımca, böylesi müsamahakâr bir uygulamanın birçok avantajı olduğu ortaya çıkmaktadır.

9 *McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995, Seri A no. 324.

10 *Loizidou/Türkiye* (esas), 18 Aralık 1996, *Reports of Judgments and Decisions* [*Hüküm ve Kararlara İlişkin Raporlar*] 1996-VI.

11 *Al-Adsani/Birleşik Krallık* [BD], başvuru no. 35763/97, ECHR 2001-XI.

12 *Al-Skeini ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], başvuru no. 55721/07, ECHR 2011.

13 *Kononov/Letonya* [BD], başvuru no. 36376/04, ECHR 2010.

14 Bkz. J. P. Costa, müstakil görüşün kökenleri hakkında, yukarıdaki dn. 7.

Birincisi, müstakil görüşler uyuşmazlığın nasıl çözülebileceğine dair alternatif bir bakış açısı sunarak, yargı sürecine belirli bir şeffaflık kazandırmaktadır. Böylece sadece karşıt ya da katılan yargıcın ifade özgürlüğüne saygı gösterilmekle kalmayıp, aynı zamanda meselelere yönelik farklı yaklaşımların varlığı ortaya konulmak suretiyle yargı sürecinin meşruiyetine de katkı sağlanmaktadır. Bu zaten herkesçe malumdur. İkinci ve hiç de küçümsenmemesi gereken bir husus, müstakil görüşlerin Taraflara, Mahkeme'nin kendileri tarafından öne sürülmüş olan savları (her zaman ikna olmamış ise de) anlamış ve tartışmış olduğunu göstermesidir. Kendi bakış açısının ustalıkla savunulan bir karşıt görüşte desteklendiğini görmek, hiç şüphesiz ki kaybeden taraf açısından bir miktar teselli sağlamaktadır. Üçüncüsü, müstakil görüşler daha geniş bir yargı sürecinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu görüşler, sadece önemli hukuki meseleler ya da hukuki yorum yaklaşımları (örn. takdir yetkisine ya da Avrupa'daki görüş birliğine tanınması gereken rol) hakkında yargıçlar arasında bir diyalog teşkil etmekle kalmayıp, gelecekteki bir uyuşmazlıkta hukuki açıdan yeni gelişmelere yol açabilecek görüşlerin de ifade edilip kayıt altına alınmasını sağlamaktadır. Ruth Bader Ginsburg'un dile getirdiği üzere bunlar, aslında geleceğe seslenmektedir.[15] Hukuki yorum durağan değildir ve müstakil görüşler çoğu zaman gelecekte galip gelebilecek prensiplerin taslağını oluşturmaktadır. Çok çeşitli meseleleri kapsayan bu düşüncelerin zaman içerisinde birikmesiyle, hukukun gelişimine her zaman kavranabilir olmasa da gerçek bir katkı sunulmaktadır. Son olarak, karşıt/katılan yargıç Mahkeme müzakereleri sırasında kendi savlarını müstakil bir görüşte geliştirme fırsatı bulacağının farkında olduğundan, müstakil görüşler hükme varma sürecini kolaylaştırmak ve Mahkeme bünyesinde vakitlice mutabakata varmak açısından da olumlu bir etki doğurmaktadır. Müzakereler sırasında karara farklı nedenlerle katılan muhtemel bir görüşten bahsedilmesi, çoğunluğun daha geniş bir mutabakat sağlayabilme çabasıyla bir ya da birden fazla meseleye ilişkin gerekçesini değişik biçimde formüle etmesine bile yol açabilmektedir. Öte yandan, karşıt bir görüş yazılması ihtimali de, muhalif yargıcın kendi görüşlerinin nihayetinde okura aksettirileceğinden emin olması sayesinde müzakereler sırasında daha rahat hareket etmesini sağlamaktadır.

Mahkeme bünyesinde sunulan karşıt görüşlerden bazıları, Mahkeme içtihadına damga vuran ve eninde sonunda içtihatta bir değişime yol açan keskin fikir beyanları olmaktadır. Yargıç Martens'in karşıt görüşlerinden birçoğu bu kategoriye girmektedir.[16] Bunlar çoğu zaman Mahkeme kararının kendisinden daha uzun olmuş, fakat taşıdıkları su götürmez güç ve kalite, uzunluk meselesinin ötesine geçmiştir. Bazıları ise Yargıç Gerald Fitzmaurice'in görüş-

15 Yukarıdaki dn. 2.

16 Bkz. örneğin, *Cossey/Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1990, Seri A no. 184 davasında transseksüellik konusuna dair açıkladığı karşıt görüş, nihayetinde *Christine Goodwin/Birleşik Krallık* [BD], başvuru no. 28957/95, ECHR 2002-VI kararında Mahkeme'ye "yol göstermiştir".

leri gibi statükoyü eni konu savunucu görüşler içermektedir.[17] Çoğu ise kısa ve öz bir biçimde yazılmış rutin fikir ayrılığı beyanlarından oluşmaktadır. Mahkeme'nin yıllar içerisinde geliştirmiş olduğu genel tarz zaten bu yöndedir ve bugün itibariyle üzerlerindeki ağır dava yükü dolayısıyla kaçınılmaz bir şekilde özlü ifadeler kullanılmaktadır. Meseleleri genişletmeye ve insan hakları alanında hükme varmanın altında yatan pek çok muğlaklık ve ikilemi vurgulamaya çalışan daha uzunca felsefi nutuklar da yok değildir. Bazı görüşlerde ise, söz konusu edilen meseleye dair bilimsel hukuk makalelerine atıfta bulunan dipnotlarla yazarın derin bilgisi vurgulanmaktadır.[18] Hatta nadiren de olsa, müstakil görüşün gerçek amacı ve anlamını ayırt etmek güç dahi olabilmektedir. Mahkeme ya da Başkan, Mahkeme'nin imajını korumak amacıyla bu görüşlere müdahale etme, hatta bunları men etme yetkisine sahip olmalı mıdır? Bu zaman zaman tartışılan bir konudur. Yargıç bağımsızlığı, bizzat mahkemenin genel menfaatleri ile yarışan bir husus olduğundan, bu soruyu cevaplamak hiç de kolay değildir. Ben de bu fırsattan kendi isteğimle feragat ediyorum.

Mahkeme İçtüzüğü müstakil görüşlerin kullanımına dair bir düzenleme getirmese de, Mahkeme'nin Yargı Etiği Hakkındaki Kararında müstakil görüş yazarları tarafından uyulması gereken hükümler yer almaktadır[19].

Ancak bu görüşlerin hepsi, bir davanın incelenmesine katılmış bulunan ve kişisel bir görüşü kayda geçirmek isteyen bağımsız yargıçların beyanlarıdır. Özgür ifadenin mükemmel örnekleridir ve bu haliyle, ekseriyetle farklı nitelik taşıyan görüşleri kapsamaktadır. Bu görüşler aynı zamanda Mahkeme kararının da bir parçasını oluşturmaktadır ve sert görüş ayrılıkları içeriyor olsa bile, genelde, bariz bir çoğunluk görüşünün ortaya çıktığı durumlarda Mahkeme tarafından çoğunluğun görüşünün gücünü dağıtır nitelikte görülmemektedir. Görüşler öncelikle bizzat Mahkeme'ye yöneltilmekte, ancak aynı zamanda taraflara da hitap etmekte ve en nihayetinde tarihsel kayıt oluşturmaktadır.

---

17 Bkz. *Golder/Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975, Seri A no. 18 davasında 6. madde hakkındaki müstakil görüşü ve *The Sunday Times/Birleşik Krallık (no. 1)*, 26 Nisan 1979, Seri A no. 30 davasındaki karşıt görüşü.

18 Bkz. örneğin, Yargıç Zupančič ve Pinto de Albuquerque'nin müstakil görüşleri.

19 Mahkeme tarafından 23 Haziran 2008 tarihinde kabul edilen karar (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ 1F0376F2-01FE-4971-9C54-EBC7D0DD2B77/0/Resolution_on_Judicial_Ethics.pdf) – özellikle bkz. Ketumluk ve İfade Özgürlüğü hakkındaki V. ve VI. maddeler. Bu hükümler şu ifadeleri taşımaktadır: (V) *Yargıçlar mahkeme huzurundaki yargılamaya dair mahrem ya da gizli bilgilere ilişkin olarak azami ketumiyet sergileyecektir. Müzakerelerin gizliliğine saygı göstereceklerdir.* (VI) *Yargıçlar ifade özgürlüklerini, görevlerinin saygınlığı ile bağdaşır bir tarzda kullanacaktır. Mahkemenin otoritesini sarsabilecek ya da kendi tarafsızlıkları hakkında makul şüpheye yol açabilecek kamusal açıklama ve beyanlardan kaçınacaklardır.*

Bratza imzalı müstakil görüşler

Yargıç Bratza, Mahkeme'de görev yaptığı süre boyunca müstakil görüşe sık başvurmamıştır. Hiçbir yönden müzmin muhalif olarak tanımlanması mümkün olmayıp, bu anlamda kendini dizginlemesi yoğun bir meslektaş dayanışması duygusunu yansıtmaktadır. Genelde çoğunluk görüşünden yana olma eğilimindedir; zira bu görüşün şekillendirilmesine çoğu zaman kendisi aracı olmaktadır. HUDOC'a bakılırsa,[20] 1998 yılında "yeni" mahkemenin başlangıcından beri, yaklaşık 54 adet müstakil görüşe dahil olmuştur. Bunlardan 30 tanesi aynı kanıda olan başka meslektaşları ile birlikte kaleme alınmış ortak görüşlerdir. 29 karşıt görüşe imza atmıştır. Fakat bir "Bratza" görüşünü görür görmez tanırsınız. Metin genelde stilden tasarruf ederek özlü ve incelikli bir şekilde yazılmıştır. Süslemeye pek rastlanmaz. ABD ya da Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin bir kararından tam ayarında çarpıcı ve güçlü bir alıntı yer alır.[21] Çoğunluk görüşüyle arasındaki farkı, kararın temel gerekçesiyle münakaşa ederek keskin bir dille anlatan bir görüştür. Fakat aynı zamanda, içerdiği savları nasıl geliştirdiğine dair her bir adımı da hiç bezdirmeden anlatan bir görüştür. Bu, büyük ustalık gerektiren bir iş. Bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda çoğunluğun savlarına verilen cevaplar ayrıntılı ve etkilidir. Yazarının vasfı ve görüşlerine yansıttığı tefekkür derecesi bu kararları hayli ikna edici kılmaktadır. Kısacası, "Bratza" tarzı görüşler müstakil görüşlerin nasıl kaleme alınması gerektiğine dair bir örnek oluşturmaktadır.

Bratza'nın müstakil görüşlerinin tamamını burada ayrıntılı olarak inceleyecek değiliz. Bize birkaç ipucu yetecektir. Bratza, 3. madde davalarında, hiç şüphesiz ki Komisyon bünyesinde katıldığı delil tespitlerinden (keşiflerden?) edindiği tecrübeye dayanarak sağlam görüşler sunmaktadır ve bazen de, *Mamatkulov*'da olduğu gibi, iade davalarında risk değerlendirmesi noktasında çoğunluk görüşünden ayrılmaktadır.[22] Ayrıca, öldürücü güç kullanımının

20 HUDOC'ta yargıçların müstakil görüşlerine dair arama yapmak son derece güç olduğundan, bu istatistikler sadece takribidir. Yukarıda yer alan rakamlar Yargıç Bratza'nın eski Komisyon üyesiyken açıkladığı müstakil görüşleri dikkate almamaktadır.

21 Bkz. örneğin, *Jalloh/Almanya* (11 Temmuz 2006 [BD] tarihli karar) davasındaki karara farklı nedenle katılan görüşü – "*Mahkeme'nin 6. maddeye yönelik ihlal tespitine ilişkin başlıca nedene ve bunun gerekçesine genel anlamıyla katılabilirim ve Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin Rochin/Kaliforniya davasında görüşünü açıklayan Sayın hakim Frankfurter'in şu sözlerini tekrarlamak isterim: "Sonunda bu hükme yol açan yargılamalar, bir suçla aşırı gayretkeş biçimde mücadeleye dair bir titizliğe ya da aşırı duygusallığa karşı çıkmaktan daha fazlasını yapmaktadır."*

22 *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* [BD], başvuru no. 46827/99 ve 46951/99, ECHR 2005-I. Yargıç Bonello ve Hedigan ile birlikte imza attığı ortak görüş; "*İade alan Devletin vereceği teminatlara yüklenmesi gereken ağırlık, her bir olayda, söz konusu zamanda o Devlette hakim olan duruma bağlı olmalıdır. Başvuruculaın iadesi sırasında Özbekistan'da siyasi muhaliflere uygulanan muameleye ilişkin deliller, kanaatimizce, söz konusu teminatların başvuruculara yeterli bir güvenlik güvencesi sağlamak noktasında etkililiğine dair ciddi şüpheler uyandırmaktadır. Aynı şey, çoğunluk görüşüne dayanak oluşturan, Özbekistan'ın İşkenceye karşı Sözleşme tarafı olması olgusu açısından da geçerlidir. Bu bağlamda bilhassa, Özbekistan'ın adı geçen sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine*

söz konusu olduğu davalarda, can kaybının 2. maddede sayılan amaçlardan birine ulaşılması için "mutlak olarak gerekenden" fazlasını içermeyen bir güç kullanımından kaynaklandığını kanıtlama yükünün –başvurucuya değil– Hükümete düştüğü konusunda da sarsılmaz görüşlere sahiptir. Bu görüşünü *Agdas* davasında kuvvetli bir şekilde ifade etmiştir.[23] *Al-Adsani*[24] ve *Ilaşcu*[25] uyuşmazlıklarındaki görüşleri, devlet dokunulmazlığı meselelerine ve Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamında "yetki" kavramına dair unutulmaz bir kavrayış içermektedir.[26] Dolaylı kanıtların kullanımı hakkında Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nde süregiden doktrin tartışmasından[27] cesaret alan *Al-Khawaja*[28] davasında Bratza, AİHM ile ulusal yüksek mahkemeler arasında Sözleşme'nin nasıl uygulanması gerektiği konusunda sürdürülen diyalogdan bahsetmiştir. "Diyalog" kavramı günümüzde ikincillik ilkesinin olmazsa olmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Adı geçen davada ve *Dickson*[29] davasında Bratza'dan, ulusal yargıç olarak davanın görüşülmesinde iki kez –ilki Daire bünyesinde ve ardından Büyük Daire'de– yer alması istenmiştir. Bu süreçle ilgili olarak besbelli ki rahatsızlık hisseden Bratza, konu üzerinde biraz daha düşündükten sonra görüşlerinde değişiklik olduğunu itiraf etmiştir. AİHM pratiğinde bu hiç alışılmadık bir şey olsa da, yeni bir savla karşılaşıp bundan istifade eden bağımsız bir yargıç açısından aslında tamamen doğal bir durumdur. Ve tam da, yargıç bağımsızlığı kavramının hücrelerine işlemiş olduğuna gönülden inanabileceğiniz Yargıç Bratza'dan beklenebilecek bir şeydir.[30]

---

getirmemiş olduğunu ve, bu yükümlülüklere rağmen, başvuruculara yakalanıp teslim edildiği tarihte muhalefet partilerinin üyelerine ve muhalif hareketlere kötü muamele ve işkence uygulandığına dair yaygın iddialar bulunduğunu dile getiren Uluslararası Af Örgütü tespitlerine işaret etmekteyiz".

23 *Agdas/Türkiye*, 27 Temmuz 2004, başvuru no. 34592/97.

24 *Al-Adsani/Birleşik Krallık [BD], no.35763/97,ECHR 2001-XI*

25 *Ilaşcu ve diğerleri/Rusya ve Moldova*, 8 Temmuz 2004, ECHR-2004-VII.

26 Yargıç Pellonpää ile birlikte, üstün hukuk (*jus cogens*) prensibinin devlet dokunulmazlığı prensibini gölgede bırakabileceği yönündeki azınlık görüşü hakkındaki rahatsızlığını ifade eden, genel karara farklı nedenlerle katılan bir görüşe imza atmıştır. Mahkeme'nin çok fazla riske atılmasıyla ilgili olarak şu uyarıda bulunulmuştur: "*Sir Robert Jennings birkaç yıl önce 'birtakım mahkemelerin kendilerini sayıları mümkün olduğunca arttırılması gereken farklı ve müstakil birer küçük imparatorluk olarak görme eğilimi' hakkındaki endişesini dile getirmişti [Sir Robert Jennings, "The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Possible Answers"* [*Yargı Organlarının Çoğalması: Tehlikeler ve Muhtemel Yanıtlar*], *Implications of the Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution* [*Uyuşmazlık Çözümünde Uluslararası Yargı Organlarının Çoğalmasının Etkileri*] içinde, *Asil Bulletin: Educational Resources on International Law* [*Asil Bülteni: Uluslararası Hukukta Eğitim Kaynakları*], *Sayı 9, Kasım 1995, 2 s. 6]. Bu davada da Mahkeme'nin, Sir Robert'ın ikaz ettiği türden bir gelişmeyi önlemiş olduğu kanaatindeyim*." Çoğunluk görüşünün haklılığı daha sonrasında UAD tarafından *Almanya/İtalya* davasında da kanıtlanmıştır, 12 Şubat 2012 tarihli karar, s. 37-39.

27 Bkz. *Al-Khawaja* kararında *R/Horncastle* davası ile ilgili yer alan özet a.*g.k.*, paragraf 57-62.

28 *Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık* [BD], başvuru no. 26766/05 ve 22228/06, ECHR 2011.

29 Bkz. *Dickson/Birleşik Krallık*, başvuru no. 44362/04, 18 Nisan 2006 (Daire kararı) ve *Dickson/Birleşik Krallık* [BD], ECHR 2007-V.

30 Bunu sağlayan şey Killowen geni olsa gerek – bkz. bu kitapta Önsöz, 7. sayfa.

Fakat asıl dikkatimizi vermemiz gereken nokta, Bratza'nın müstakil görüşler aracılığıyla ifade özgürlüğü içtihadına yaptığı katkıdır. İfade özgürlüğü davalarında açıkladığı görüşlerde özellikle öne çıkan üç konu mevcuttur: (1) ulusal mahkemelerin kararlarına gösterilmesi gereken saygı; (2) ceza hukukunun gazetecilere yaptırımda bulunmak amacıyla kullanılması; ve (3) koşullar gerektirdiğinde hiddetlenme hakkı.

İfade özgürlüğü davalarında Bratza görüşü

Ulusal mahkemelerin kararlarına saygı gösterilmesi

Bu konu, "Bratza" görüşlerinde göze çarpan ikincillik prensibiyle ilgili bir temadır. *Selisto/Finlandiya*[31] davasında Mahkeme'nin karşısına, önemli bir kamu yararıyla ilgisi bulunan, fakat ulusal mahkemelerin, gazeteci tarafından söz konusu kişi hakkındaki ciddi iddiaları soruşturmak hususunda yeterli özeni göstermiş olmadığı sonucuna varmış olduğu bir gazetecilik örneği çıkmıştır. Mesele, ulusal mahkemelerin gerekçelerine yüklenmesi gereken ağırlık noktasına odaklanmıştır ki bu konu, Mahkeme ile Sözleşmeci Tarafların ulusal makamları arasındaki ilişki açısından önem ve hassasiyet içeren bir meseledir.

Gazeteci olan başvurucu, ameliyattan önceki gece alkol alması yüzünden dört yıl önce bir hastasının ölmüş olduğu iddiasında bulunan yazılar yazarak bir cerrahın adını karalamış olduğu gerekçesiyle mahkum edilmiştir. Söz konusu yazıların içerisinde, hastaların alkollü bir kişi tarafından gerçekleştirilen cerrahi işlemlere karşı korunmasına yönelik koruyucu tedbirlerle ilgili olarak çeşitli hastanelerin başhekimleriyle yapılan röportajlar da yer almaktaydı. Ulusal mahkemeler, cerrahın adı anılmasa dahi, başvurucunun olaylara ve cerrah hakkındaki şüphelere dair aşırı kışkırtıcı ve tek taraflı bir şekilde kaleme aldığı yazılar üzerinden yerel halkın cerrahın kimliğini tespit edebileceği sonucuna varmıştır.

Mahkeme 10. maddenin ihlal edilmiş olduğuna kanaat getirmiştir. Söz konusu yazılarda önemli bir kamu yararını –hastaların güvenliği– ilgilendiren bir konu ele alınmaktaydı ve söz konusu ameliyat genel bir sorunu ortaya koyan bir örnek olarak seçilmişti. Dahası, cerrahın adını vermemiş olan gazeteci açısından herhangi bir kötü niyet bulunmamaktaydı.[32]

Yargıç Bratza bu tespite karşı çıkmıştır. Mahkeme'nin rolü iç hukuktaki mahkemelerin yerini almak değil, bu mahkemelerin kararlarına ilişkin

31 *Selisto/Finlandiya*, 16 Kasım 2004 (Dördüncü Daire).

32 *A.g.k.*, paragraf 61-70.

yerinde ve yeterli gerekçeler sunmuş olup olmadıklarını incelemekti. Onun görüşüne göre bu yapılmıştı. Gazetecilerin yaptıkları haberlerin olgusal dayanağını doğrulama konusundaki "ödev ve sorumlulukları"nın da dikkate alınması gerekmekteydi. Ulusal mahkemeler, hastanelerin işletilme biçimine ilişkin basının yürüttüğü araştırmaların önemini teslim etmiştir. Fakat söz konusu mahkemeler, gazetecinin cerrahı, ortaya attığı iddialara dair haklı bir dayanak ya da kanıt sunmaksızın suçladığı noktasına bir eleştiri yöneltmiştir. Gazetecinin, bu yazılardan iki yıl önce bir savcının yürütülen soruşturmanın ardından cerrah hakkında cezai kovuşturma başlatmamaya karar vermiş olduğundan bahsetmemesi son derece kritik bir husustur. Üstelik, yazısını sözü geçen ölüm olayına yönelik soruşturma kayıtlarından cımbızla ayıkladığı kısımların üzerine kurmuştur. Karşıt görüşe göre, iddia ne denli ciddiyse, iddia konusunun gerçekliğini teyit etme yükümlülüğü de o denli ağırdır. Ulusal mahkemelerin yaklaşımı AİHM'in 10. maddeye yönelik yaklaşımıyla tutarlılık arz etmekteydi ve dolayısıyla buna riayet edilmesi gerekliydi.

Aynı mesele, yakın bir tarihte karara bağlanan olağandışı *Mouvement Raelien Suisse/İsviçre*[33] davasının da merkezinde yer almaktaydı. Bu davada Mahkeme 10. maddeye yönelik bir ihlal bulunmadığını 8'e karşı 9 oyla tespit etmiştir. Başvurucu konumundaki derneğe, Neuchatel şehir yönetimi kamusal alanlarda poster kampanyası yürütme izni vermeyi reddetmiştir. Diğer İsviçre kantonlarında ise bu izin verilmiş olup, ne Hareket, ne de internet sitesi yasaklanmıştır. Yetkili makamlar ve mahkemeler, başvurucunun posterlerde yer alan internet sitesi adresinin (İsviçre hukuku kapsamında yasaklanmış olan) klonlamayı teşvik eder nitelikte addedilmesi nedeniyle bu iznin reddini onaylamıştır. Ayrıca, grubun öğretisi doğrultusunda çocukların cinsel istismarının teşvik edilme tehlikesi de bulunduğu saptanmıştır. Bu davada çoğunluk ile azınlığın ayrıldığı nokta, ret gerekçelerine ilişkin incelemenin derinliği ve çoğunluk tarafından ticari reklama daha yakın görülen, dolayısıyla da devlet makamlarına daha geniş bir takdir yetkisi tanıyan ifadenin niteliğidir. Bratza karara farklı nedenle katıldığı görüşünde, bu davanın, devletlerin kamusal alanda başvuruculara 10. madde haklarını koruma konusundaki pozitif yükümlülüklerine ilişkin bir meseleyi gündeme getirdiğini dile getirmiştir. Ne var ki, 10. madde ulusal makamlara, bilgi ya da düşüncelerin yayılması için kamusal olanakların kullanımına koşulsuz ve sınırsız bir erişim sağlama yükümlülüğü yükler şekilde yorumlanmamalıdır. Görüşte ağırlık verilen nokta ise, ifade özgürlüğü ile ilgili hukuki meselelerin ulusal makamlar tarafından kapsamlı bir şekilde incelenmiş olmasıydı:

> *"İdare Mahkemesi ve Federal Mahkeme de dahil olmak üzere dört ulusal makamın davayı ve poster kampanyasına izin verilmemesi gerekçe-*

33 13 Temmuz 2012 tarihli Büyük Daire kararı.

sini incelemiş olduğuna hayli önem atfediyorum. Kararın iki mahkeme tarafından ayrıntılı bir şekilde yargı denetiminden geçirilmiş olması, izin verilmemesine yol açan karar alma sürecinde keyfiliğe, ayrımcı muameleye ve yetki suistimaline karşı etkili bir güvence sağladığı içindir ki, son derece önemlidir."[34]

Sözü geçen her iki dava da, devletlerin Mahkeme'yi ulusal mahkemeler tarafından usulünce incelenmiş bulunan davaları kabul edilemez bularak reddetme yönünde cesaretlendirdiği Brighton Deklarasyonu'nda da altı çizilen bir sorunla ilişkilidir.

Ancak Mahkeme'nin ulusal mahkemece varılan tespitleri uygun görmemekte haklı olduğu durumlar da mevcuttur. Ulusal makamların gerekçeleri "yerinde ve yeterli" olmalıdır. Fakat konuyu değerlendirirken doğru Sözleşme kriterini kullanmamışlarsa, Mahkeme varılan tespitleri uygun bulmayacaktır. İncelenen davanın şartları açısından bunun böyle olup olmadığı bir tartışma konusu olabilir. *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa*[35] davasında böyle olmuştur. Yargıç Bratza ve diğer bazı meslektaşları çoğunluğun yaklaşımının doğruluğu konusunda ikna olmamıştır.[36] Bu davada, siyasi görüşlerinin keskinliği ve aşırılığı ile bilinen bir siyasi şahsiyetten incitici eleştirilere daha fazla hoşgörü sergilemesinin beklenmesi gerekip gerekmediği sorusu ortaya çıkmıştır. Hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılıkları şüpheli olan aşırı uç siyasi hareketlerin artması sonucunda insan hakları mahkemeleri huzurunda zor meseleler ortaya çıkmaktadır. Birinci başvurucunun yayımladığı bir romanda yer alan kurgusal karakterler kitap içerisinde farklı pasajlarda Jean-Marie Le Pen'in "katiller çetesinin lideri" olduğunu ve "seçmenlerinin öfkesinden ve bazen de kanlarından beslenen bir vampir" olduğunu dile getirmekteydi. Başvurucular ulusal mahkemelerce hakaret suçundan mahkum edilerek para cezasına çarptırılmıştır. Çoğunluk, tanınmış bir siyasi şahsiyetin kurgu bir eserde dahi olsa bu denli ağır biçimde eleştirilmesinin bu gibi konularda izin verilen sınırların dışına taşmış olduğuna ve Fransız mahkemelerinin doğru kriteri uygulamış olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme'ye göre, siyasi tartışmaların içerisindeki kişilerin bu mücadeleyi ölçülü ve uygun bir şekilde yürütmesi gerekmekteydi ve siyasi bir şahsiyetin itibarı, tartışmalı dahi olsa, Sözleşme kapsamında korunmayı hak ediyordu.[37]

Aralarında Bratza'nın da yer aldığı bir grup yargıç tarafından keskin bir dille kaleme alınan ortak karşıt görüşte, ulusal mahkemeler ve çoğun-

34 *A.g.k.*

35 *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa* [BD], başvuru no. 21279/02 ve 36448/02, ECHR 2007-IV.

36 *A.g.k.*, Yargıç Rozakis, Bratza, Tulkens ve Sikuta'nın ortak kısmi karşıt görüşü.

37 *A.g.k.*, paragraf 64-69.

luk tarafından, söz konusu ifadelerin bir romandaki kurgusal karakterler tarafından dile getirilmiş olduğu gerçeğine yeterince önem atfedilmediği ve Mahkeme'nin daha önceki davalarda sık sık, siyasi tartışmada sanatsal yaratıcılığın rolüne vurgu yapmış olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu roman da, bir sanat eseri olarak, çok daha yüksek bir koruma düzeyini hak etmekteydi. Le Pen gibi siyasi şahsiyetlerin, başkalarından daha yüksek bir siyasi eleştiri düzeyini hoşgörüyle karşılaması beklenmelidir. Üstelik, ulusal mahkemeler incitici pasajların Le Pen'in yıllar boyunca nefret söylemi ve antisemitizm nedeniyle almış olduğu sayısız mahkumiyet kararına atıfla olgusal bakımdan destekleniyor olup olamayacağını da incelememiş bulunmaktaydı.

Mizzi/Malta[38] kararında çoğunluk, ulusal mahkemelerin doğru orantılılık standardını uygulamamış olduğu sonucuna varmıştır. Bu davada Maltalı bir gazetecinin 1962 yılında ölmüş olan eski başbakana hakaret ettiğine kanaat getirilmiş ve bu kişinin varislerine tazminat ödemesine hükmedilmişti. Mahkeme, Malta hukukunun vefat etmiş kişiler adına hakaret davası açılmasına olanak tanıdığını kabul etmekle birlikte, ulusal mahkemenin söz konusu kişinin itibarının neden başvurucunun ifade özgürlüğünden üstün görüldüğünü izah etmemiş olması nedeniyle 10. maddeye yönelik bir ihlal tespit etmiştir. Yani ulusal mahkeme söz konusu müdahale için yerinde ve yeterli gerekçeler sunmamış bulunmaktaydı. Yargıç Bratza karara farklı nedenle katılan görüşünde bu tespite önemli bir nüans eklemiştir. Böylesi bir işlem prensipte 10. madde şartlarıyla bağdaşır olsa dahi, çekişen menfaatler arasında denge gözetirken, müteveffa şahsın itibarının ağırlığının yıllar geçtikçe zayıflamış olması ve ifade özgürlüğüne yüklenen önemin de aynı oranda artması gerektiği göz önüne alınmalıdır. Şurası açıktır ki, şahsın otuz yıl önce ölmüş olduğu bir durumda söz konusu dengenin neden itibar hakkından yana ağır basması gerektiğini izah etmek konusunda yetkili makamlara ağır bir yük düşmekteydi.[39]

Ceza hukukunun gazetecilere yaptırımda bulunmak amacıyla kullanılması

Yargıç Bratza, istisnai koşullar haricinde, gazetecilerin yaptıkları haberlerden ötürü ceza hukuku uyarınca aşağılama ve hakaretle suçlandıklarında dahi kovuşturulmasının Sözleşme kapsamında artık kabul edilebilir bir durum olmadığı kanaatindedir. Mahkeme gazetecilere verilmiş olan cezalara odaklanmış olup, henüz daha geniş kapsamlı bir prensip benimsemiş değildir. Örneğin *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* davasında Büyük Daire, aşağılama ve hakaret suçlarından mahkum edilmiş ve haklarında yedi ay hapis cezası

38 *Mizzi/Malta*, başvuru no. 26111/02, ECHR 2006-I (alıntılar).

39 *A.g.k.*

verilmiş gazetecilere yönelik cezaların, bu cezaların nihayetinde çekilmesi gerekmediyse dahi, orantısız olduğuna hükmetmiştir. Burada temel mesele, gazeteciler yayımlamış oldukları şeylerden ötürü cezaevine konulacak olursa bu hapis cezasının basın özgürlüğü açısından yaratacağı "caydırıcı etki"dir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bir hapis cezası ancak istisnai koşullar altında haklı görülebilir. Bu koşullar da nefret söylemi ya da şiddete teşvik gibi temel hakların özüne zarar gelen hallerde doğabilmektedir. Ancak Mahkeme bu noktada durarak, işi ceza hukuku kapsamındaki hakaret suçunun doğası gereği ifade özgürlüğünü çiğnediği tespitine kadar vardırmamıştır.

Mahkeme daha önce, hakaret karşısında alınan cezai bir tedbirin başkalarının haklarının korunmasına yönelik meşru amaç bakımından tek başına ele alındığında orantısız olmadığını dile getirmiş bulunmaktadır. Peki ama kovuşturmaya uğrama ihtimalinin gazetecileri, bu noktada kuvvetli bir kamu yararı bulunuyor olabilecek hallerde siyasetçiler ya da başka kişiler tarafından işlenen suiistimaller hakkında haber yapmaktan vazgeçirmesi gibi bir tehlike yok mudur? Yargıç Bratza böyle bir tehlikenin varlığına inanmaktadır. Yukarıda ele alındığı üzere *Lindon* davasındaki ortak karşıt görüşte, basın, medya ya da başkaca iletişim araçları kanalıyla itibarın zedelenmesi nedeniyle ceza mahkemeleri huzurunda cezaya çarptırılmanın 21. yüzyılda halen uygun olup olmadığını sorgulamışlardır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1589(2003) sayılı Tavsiye Kararında şu tespitte bulunmuş olduğunu hatırlatmışlardır:

> *"Bazı [batı Avrupa] ülkelerindeki medya mevzuatı güncelliğini yitirmiş durumdadır (örneğin Fransız basın yasası 1881 tarihlidir) ve kısıtlayıcı hükümler artık uygulanmasa da, kendi medya mevzuatlarını demokratikleştirmek istemeyen yeni demokrasiler için elverişli bir bahane oluşturmaktadır."*[40]

Yeni demokrasilerden gelen davalar bu gözlemi doğrulamıştır. Örneğin *Dlugolecki/Polonya*[41] davasında gazeteci olan başvurucu, eski bir belediye başkanıyla ilgili olarak belediye seçimlerinin hemen öncesinde hakaret ve itibarsızlaştırma nedeniyle kovuşturmaya uğramıştır. Mahkeme verilen mahkumiyet kararının orantısız olduğu kanaatindedir. Yetkili makamlar ifadenin siyasi niteliğini ve başvurucunun ifadelerinin, bir miktar abartı içerse dahi gazetecinin olgulara dayanarak ulaşma hakkına sahip olduğu değer yargıları içerdiğini yeterince dikkate almamıştır. Yargıç Bratza karara farklı nedenle katılan görüşünde, kararın 10. maddeye yönelik ihlal tespitinde yeterince ileriye gitmediği yönündeki kanaatini dillendirmiştir. Mahkeme'nin genelde, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin orantısız olduğunu saptarken, cezai

40 *A.g.k.*

41 24 Şubat 2009 tarihli karar (Dördüncü Daire).

yaptırımlar dışında başka araçlara başvurulabileceğine hükmettiğini belirtmektedir. Bratza orantısızlık tespitini Daire'nin yaptığı gibi hapis cezası riskiyle bağlantılandırmamaktadır. Ona göre, cezanın ağırlığı ne olursa olsun:

> "*bir siyasetçinin ya da halka mal olmuş başka bir şahsiyetin şahsen hakaretamiz addedilebilecek bir tarzda eleştirilmesi nedeniyle, beraberinde mahkumiyet kararı ve cezalandırılma riski de içeren biçimde ceza hukukuna başvurulması, gazetecileri toplum yaşamını etkileyen meselelere ilişkin kamusal tartışmalara katkıda bulunmaktan caydırma ve daha genel olarak, basının kamu bekçisi olarak üzerine düşen önemli rolü ifasını engelleme ihtimali doğurmaktadır. Somut dava gibi, kamusal bir tartışma sırasında bir siyasetçiye yöneltilmiş eleştiriler içeren davalarda, kanaatimce iddia konusu hakaretten ötürü gazeteci aleyhinde ceza yargılaması yoluna başvurulması ancak çok istisnai koşullarda orantılı bir karşılık olarak görülebilecektir*".[42]

Ceza davasının savcı ya da bizzat siyasi şahsiyet tarafından başlatılmış olmasının bu açıdan hiçbir önemi olmadığını da eklemiştir.

Ruokanen/Finlandiya[43] davasında bu mesele yeniden gündeme gelmiştir. Sözü geçen davada başvurucu gazeteciler, bir öğrencinin bir beyzbol takımı oyuncuları tarafından tecavüze uğramış olduğu hakkında haber yapmıştır. Bu haber kızın iddia konusu olaydan kısa bir süre sonra okul yönetimine vermiş olduğu bir ifadeye dayanmakta, ismi verilmeyen birçok tanıkla da desteklenmekteydi. Gazeteciler ağırlaştırılmış hakaretten mahkum edilmişti. Yüksek miktarda para cezasının yanı sıra, beyzbol takımının her bir oyuncusuna itibarları zedelendiği için tazminat ödemek durumunda kalmışlardı. Mahkeme'ye göre davada 10. maddeye yönelik bir ihlal bulunmamaktaydı. Habere bakılarak takım oyuncularının kimliklerinin teşhis edilebileceğini saptayan Mahkeme, başvurucuların yönelttikleri suçlamaların gerçekten bir dayanağı olup olmadığını takım oyuncuları ve mağdur olduğu iddia edilen kişi ile temasa geçerek doğrulamamış olduğunu dile getirmiştir. Dolayısıyla masumiyet karinesini ihlal etmiş ve takımın oyuncularının adını lekelemiş olup, söz konusu tanıkların isimlerini vermeyerek hakaret kovuşturması riski aldıklarını biliyor olmaları gerekirdi.[44]

Yargıç Bratza'ya göre ise verilen mahkumiyet kararı ve cezalar orantısız nitelikteydi. Bu haberde kuvvetli bir kamu yararı bulunmaktaydı. Haber sansasyona başvurulmaksızın kısa ve öz bir şekilde kaleme alınmıştı. Dahası, kı-

42 *A.g.k.*

43 *Ruokanen ve diğerleri/Finlandiya*, başvuru no. 45130/06, 6 Nisan 2010 (Dördüncü Daire).

44 *A.g.k.*, paragraf 43-49.

zın okul yönetimine tecavüze uğramış olduğu yönünde bir ifade verdiği ve takım yöneticilerinin bundan haberdar kılındığı gerçekti. Takım menajerlerinin bu iddiadan haberdar edilir edilmez olaya dair bir soruşturma yürütme çabasına girişmemiş olması, gazetecilerin takımdan görüş almaya çalışmamasından çok daha çarpıcı bir durumdur. En önemlisi de, Bratza, uygun bulmaları halinde itibarlarını temizlemek amacıyla başvurabilecekleri özel hukuk yolları bulunması dolayısıyla böyle bir olayda neden ceza hukukunun kullanılmış olduğunu anlayamamıştır. Ayrıca, başvurucuların kovuşturulması ve mahkumiyeti 10. madde kapsamında başka bir açıdan haklı görülmüş olsa dahi, para cezası ve tazminat biçiminde hükmedilen yüksek meblağların, iddia konusu tecavüz fiilini işlemiş ya da buna katılmış olduğu belirtilerek herhangi birinin ismi verilmemişken, güdülen meşru amaç her ne olursa olsun tümüyle orantısız olduğunu da eklemiştir.[45]

Hiddetlenme hakkı

Yeni Mahkeme 1999 yılında, *Janowski/Polonya*[46] davasında oldukça net bir "ifade özgürlüğü" uyuşmazlığı ile karşılaşmıştır. Komisyon daha öncesinde, oybirliğiyle olmamakla birlikte 10. maddeye yönelik bir ihlal tespit etmiş ve meseleyi "yeni" Mahkeme'ye sevk etmişti. Olayların sıradanlığına karşın, bu dava kamu görevlileri ile vatandaşlar arasındaki ilişkilerde sık sık yaşanan türden bir uyuşmazlıkla ilgili olduğu için dikkatimizi çekmektedir. Avrupa'nın dört bir yanında Sulh Ceza Mahkemeleri her gün böyle dosyalara bakmaktadır. İfade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin temel prensipler bu tür münakaşalarla şekillenmektedir. İlginçtir ki *Janowski* bugün itibariyle sıradan yaşam açısından bakıldığında muhtemelen, ifade özgürlüğü içtihadının en temelini oluşturan cafcaflı 10. madde kararlarından çok daha fazla önem taşıyor denebilir.

Başvurucu sokak satıcılarına tezgâhlarını bir meydandan kaldırarak yakındaki bir pazar yerine taşımaları talimatında bulunan belediye zabıtalarına hakaret etmekten ötürü kovuşturulmuş ve para cezasına çarptırılmıştı. Kendisi araya girerek satıcılar adına zabıtalara karşı çıkmış ve "hararetli konuşmalar" sırasında ağzından "hödük" ve aptal" sözcükleri çıkmıştır. Büyük Daire'nin çoğunluğu ulusal mahkemelerin söz konusu sözcükleri hakaretamiz bulurken takdir yetkisini aşmış olmadığına kanaat getirmiştir.[47]

45 *A.g.k.* İki başvurucu sırasıyla 3540 ve 1920 euro para cezasına çarptırılmış olup, aynı zamanda sanıklara ödenecek tazminat, yargılama masraf ve giderleri için de 81.600 euro ödemelerine hükmedilmiştir.

46 *Janowski/Polonya* [BD], başvuru no. 25716/94, ECHR 1999-I.

47 *A.g.k.*, paragraf 31-35.

Yargıç Bratza Büyük Daire'nin yaklaşımını ikna edici bulmamıştır.[48] Bratza'nın görüşünde, Sözleşme'nin ifadede yalnızca bir miktar abartıyı değil, hiddetlenme hakkını da hoşgörmesi gerektiği dile getirilmektedir. Vatandaş hakaret ettiğinde, Mahkeme tarafından genelde yapıldığı üzere kaş çatmak yerine böyle bir tutum benimsenmesi cesurca olacaktır. Zaten ifade özgürlüğü –ifade "siyasi içerikli" olmadığında dahi– şoke eden, inciten ya da aşağılayan yorumları da kucaklamak için vardır.

Birinci sorun, söz konusu yasa hükmünün genişliğiydi. Bu hükme göre ulusal mahkemenin, bir hakaret tespit edildiğinde, bu ifadelerin haklı bir gerekçesi olup olmadığını inceleme gereği duymaksızın mahkumiyet kararı vermesini gerekmekteydi. Mahkemelere göre kanunun amacı kamu görevlilerinin onurunu korumak değil, görevlerini yerine getirirken engellenmemelerini sağlamaktı.

> *"Bir kamu görevlisinin resmi görevi dahilinde belirli bir işlemi gerçekleştirirken temelde haklı ya da yanlış olmasının önemi ... bulunmamaktadır ..., bir kamu görevlisinin resmi görevini ifa ederken hakarete uğramış olduğu tespiti yeterlidir. Bu hüküm, Mahkeme'nin Oberschlick/Avusturya (no.2) (1 Temmuz 1997 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions [Hüküm ve Kararlara İlişkin Raporlar] 1997-IV) davasında incelemiş olduğu üzere, bir başkasına karşı hakaretamiz ifadeler kullanan bir kişinin, söz konusu hakaretler ilgili şahsın anlaşılabilir hiddetinden ateşlenmiş ve kaynaklanmış olduğunda bu yönde savunmada bulunma olanağına sahip olduğu, Avusturya kanun hükümleriyle taban tabana zıttır."*[49]

Demek oluyor ki, kanunun "kamu düzeninin sağlanması" biçimindeki meşru amaca hizmet ettiği kabul edilecek olsa dahi, Yargıç Bratza, söz konusu kanun çerçevesinde olaya dahil olan kişilerin onurunun değil, kamu görevlisinin "işlevinin" korunması amaçlanıyor olduğu için, "başkalarının haklarının korunması" amacının söz konusu olamayacağı kanaatindeydi.

Yargıç Bratza, acil bir toplumsal ihtiyaca yanıt vermemesi ve herhangi bir meşru amaç bakımından orantılılık arz etmemesi nedeniyle mahkumiyet kararının demokratik bir toplumda gerekli de olmadığı kanaatindeydi. Burada dört hususa değinmiştir. Birincisi, hakaret içeren iki sözcüğün başvurucu ile belediye zabıtaları arasındaki "hararetli konuşma" sırasında kullanılmış olduğu delillerle sabitti. Bu konuşma, zabıtaların tezgâh sahiplerine meydanı boşaltmaları yönündeki talimatlarının başvurucu tarafından bir yetki suiisti-

48 *A.g.k.* Yargıç Rozakis de bu görüşe katılmıştır.

49 *A.g.k.*

mali olarak görülmesiyle alevlenmişti. Belediye meclisinin sokaklarda satış yapmayı yasaklayan bir kararı bulunmamaktaydı ve ilgili tarih ve yerde bu yönde herhangi bir bildirimde bulunulmuş değildi. Başvurucu, bu koşullar altında, belediye zabıtalarına karşı çıkarken ifade özgürlüğünü kullanmakta tamamen haklıydı. Bunu yaparken, besbelli ki zabıtaların tavrı karşısında yaşadığı hüsran duygusunu yansıtan iki hakaret sözcüğü kullanmış olması, hakkındaki kovuşturmayı haklı kılamazdı. Başvurucu tarafından kullanılan üslup abartılı görülebilirse dahi, zabıtaların şahsına karşı kasıtlı ve yersiz bir saldırı teşkil etmemekteydi.

İkincisi, Mahkeme'nin çoğunluğu, başvurucunun sözlerinin kamuoyunu ilgilendiren konulara dair yürütülen açık bir tartışmanın parçasını oluşturmadığı noktasına vurgu yapmışlardır. Oysa ki başvurucu, kamu görevlilerinin yetkilerini aştıkları ya da suistimal ettikleri yönünde haklı bir algı nedeniyle müdahalede bulunmuştur ve bu da kamuoyunu ilgilendiren ve dolayısıyla 10. madde korumasını gerektiren bir meseleydi. Üçüncüsü, iki hakaret sözcüğünün kullanımının herhangi bir şekilde kamu düzenini bozabileceği ya da zabıtaların uygun görevleri olarak gördükleri işlemleri ifa etmelerine engel olabileceği izlenimi yaratan hiçbir unsur bulunmamaktaydı. Başvurucuyla yaşadıkları çatışmanın bir engel yaratmış ve zabıtalar açısından aleni bir mahcubiyete yol açmış olabilmesi mümkündür. Ne var ki başvurucu, Bölge Mahkemesi huzurunda "taşkınlık çıkarma" suçundan açıkça beraat etmiş olup, Bölge Mahkemesi kararında zabıtalara yönelik olarak kullanılan iki sözcüğün zabıtaların resmi görevlerini ifası üzerinde herhangi bir etki yaratmış olduğuna işaret eden hiçbir husus bulunmamaktadır. Son olarak, başvurucuya verilen para cezası bir aylık işsizlik yardımına eşit olup, başvurucunun mahkum edildiği suç bakımından orantılı bir yanıt teşkil etmemektedir.

Böylece ılımlı bir hiddetlenme hakkı telaffuz edilmiş olmaktadır.[50] Peki bu hak Mahkeme içtihadına yerleşecek mi? Şu an için bu yönde umut vaat eden sinyaller yoktur.

---

50 Yargıç Bonello da sağlam bir karşıt görüş sunmuştu. Şu sözleri hiddetlenme hakkına ilişkin sarf edilmiş addedilebilir: "*ölçüsüz bir kınama yoluyla da olsa suiistimalleri engellemeye çalışan kişilerin mahkum edilmesinde herhangi bir toplumsal zaruret göremiyorum (...) Devlet'in gasp edildiklerinde ses çıkaranları değil, yetki gaspında bulunanları susturması gereği çok daha büyüktür. Bu davada aciliyeti ortada bulunan tek bir toplumsal ihtiyaç görüyorum; o da yetki sahibi olanların bu yetkilerini gayrimeşru biçimde kullanmalarının önüne geçilmesi (...) Kanaatimce bu davanın Mahkeme'den sağlamasını istediği denge, yetkili zabıtalar tarafından işlenen hukuk ihlali ile iyi niyetli fakat çabucak hiddetleniveren bir kişi tarafından işlenen hukuk ihlali arasındaydı. Kamu düzenini suistimal edenler ile mazur görülebilir ifade sınırlarını aşarak hukuku suistimal edenleri taciz edenleri korumak arasında düzgün bir denge gözetilmesi gerekmekteydi. Belediye zabıtaları, yasal yetkilerinin sınırlarını aşarak, doğrudan hukuk devletinin yanlış tarafında konuşlanmışlardır. Kanuna aykırı davranan bir noktadan, hukuki koruma talep etmektedirler*."

Bratza'nın ifade özgürlüğü mirası

Öyleyse Bratza'nın ifade özgürlüğü davaları açısından bıraktığı miras nedir? Kendisi Mahkeme'deki kariyerinin en başından beri ifade özgürlüğü meselelerine karşı özel bir ilgi duymuştur. Birçok eski Komisyon üyesi gibi, o da eski Mahkeme'nin *Otto-Preminger*[51] ve *Wingrove*[52] davalarında ihlal tespit etmeyerek hata yaptığı düşüncesindeydi. *Wingrove* davasında, pek dikkat çekme ihtimali bulunmayan bir video filmin dini hassasiyetleri rencide ettiği gerekçesiyle gösteriminin yasaklanmasının 10. madde kapsamında savunulabilir olmadığı biçimindeki Komisyon görüşünü Mahkeme huzurunda Komisyon'un delegesi olarak Bratza savunmuştur. Bu iki kararın oluşturduğu içtihadın günümüzde sürdürülebileceği şüphelidir.

Mahkeme'nin ulusal mahkeme kararlarıyla ilişkisi hakkındaki görüşleri bir yandan uluslararası bir mahkemenin çalışması açısından ikincillik prensibinin önemini, diğer yandan da ulusal mahkemelerin kararlarına ilişkin yerinde ve yeterli gerekçeler sunmaması ya da 10. madde kriterini yanlış uygulaması halinde bu prensibin sınırlarını ortaya koymaktadır.

Bratza'nın gazetecilere yazdıklarından ötürü ceza davaları açılması ve basının bekçilik rolü üzerinde bunun yaratabileceği olası "caydırıcı etki" hakkındaki görüşleri, üzerinde durulmayı hak etmektedir. Ceza hukuku ancak istisnai durumlarda özel hukuk kapsamındaki tazminat arama yollarına tercih edilmelidir.[53] İçtihadın bu alanı, ileride Parlamenterler Meclisi'nin öğütleri uyarınca geliştirilmeye mahkum görünmektedir. Halen kimi hukuk sistemlerinde savcının sivil vatandaşların özel hayatlarını ya da kişisel itibarını savunmak amacıyla müdahalesi, 8. madde haklarının meraklı bir basın tarafından çiğnenmesi ihtimali karşısında önemli bir koruma güvencesi olarak görülmektedir. Mahkeme, ifade ve özel hayatın gizliliği haklarının aynı öneme ve ağırlığa sahip olduğu konusunda başlangıç noktası olarak *von Hannover (no. 2)*[54] kararından hareket etmektedir. Peki kamuoyunun öğrenme hakkına

51 *Otto-Preminger Institut/Avusturya*, 20 Eylül 1994, Seri A no. 295-A.

52 *Wingrove/Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996, *Reports of Judgments and Decisions* [*Hüküm ve Kararlara İlişkin Raporlar*] 1996-V.

53 Ceza hukuku kapsamında hakaret suçunun kullanımına ilişkin olarak Azerbaycan, Karadağ, Polonya, Romanya ve Sırbistan aleyhinde verilen kararlar için bkz. Nuala Mole, *The importance of the Court's case-law in Central and Eastern Europe*" [*"Orta ve Doğu Avrupa'da Mahkeme'nin İçtihadının Önemi"*] (bu kitabın 397. sayfasında yer almaktadır).

54 *Von Hannover/Almanya (no. 2)* [BD], başvuru no. 40660/08 ve 60641/08, ECHR 2012. "*Somut olaydaki gibi, özel hayata saygı gösterilmesi hakkının ifade özgürlüğü karşısında dengelenmesi gereken davalarda Mahkeme, başvurunun sonucunun, teoride, başvurunun söz konusu makalenin konusunu oluşturan kişi tarafından Sözleşme'nin 8. maddesine dayanılarak mı, yoksa yayıncı tarafından 10. maddeye dayanılarak mı Mahkeme huzuruna taşınmış olmasına göre değişiklik sergilememesi gerektiği kanaatindedir. Nitekim prensip olarak bu haklar eşit bir saygıyı hak etmektedir*

sahip olduğu konularda haber yaparken basının bekçi işlevi ile basının çok ileri gittiğini düşünerek tazminat davası açabilecek kişilerin özel hayat hakları karşı karşıya geldiğinde terazinin kefelerinin eşit çekmesi gerektiği savunulabilir mi? Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, söz konusu ceza kanunu hükümlerinin kendi medya yasalarında reform yapmak istemeyen yeni demokrasiler açısından elverişli bir bahane oluşturduğu yönündeki endişesi de önemli bir savunma noktasıdır.[55]

Vatandaşın yetkili mercilerin hatalı davranışı karşısında haklı nedenlerle hiddetlenme hakkı da ifade özgürlüğünün temel bir prensibi olarak yerini bulmaktadır.

Kısacası ve Lord Denning'in unutulmaz mütalaasından (*obiter dictum*) alıntı yapmak gerekirse:

> "Karşıt karar tıpkı çoğunluk kararı gibi ve o kadar haklı olma ihtimali taşır, üstelik vasıflı bir kişi tarafından verildiğinde bu ihtimal daha da artar."[56]

"Diğer Görüşler"

Mahkeme'nin savunulması

Başkan Bratza'nın Mahkeme adına savunma yapması ve birtakım siyasi şahsiyetler tarafından ve kimi gazetelerde Mahkeme'ye yöneltilen aşırı abartılı, haksız ve yanlış bilgilerle dolu eleştiriler karşısında doğruları açıklaması gerekliliği de doğmuştur. Savunma çizgisini, Mahkeme'nin reformdan geçirilmesinin önemini vurgulamak ve şu tartışma konularını bir bir ele almak üzerine inşa etmiştir: Mahkeme'nin sıklıkla dördüncü derece mahkemesi gibi davranması ve ikincillik ilkesine gereken saygıyı göstermemesi; Mahkeme'nin devletin takdir yetkisi prensibini gereğince uygulamaması; ve belirli bir toplumdaki ulusal geleneklere ve yerleşik kanun ve uygulamalara karşı yeterince hassasiyet göstermemesi. Bu meselelere karşı sunduğu cevaplar gerektiği

---

(bkz. Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS), paragraf 41; Timciuc/Romanya (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 28999/03, paragraf 144, 12 Ekim 2010; ve Mosley/Birleşik Krallık, başvuru no. 48009/08, paragraf 111, 10 Mayıs 2011; ayrıca bkz. Parlamenterler Meclisi Kararının 11. maddesi – yukarıdaki paragraf 71). Dolayısıyla, takdir yetkisi teoride her iki davada da aynı olmalıdır" – *A.g.k.*, paragraf 106.

55 Ayrıca bkz. bu kitabın 475. sayfasında Yargıç Pellonpää tarafından kaleme alınan *"Some thoughts on the principle of subsidiarity and margin of appreciation in the context of freedom of expression"* [*"İfade özgürlüğü bağlamında ikincillik ilkesi ve takdir yetkisi üzerine düşünceler"*] adlı makalede dile getirilen karşı savunma noktaları.

56 *Fisher Bendix Ltd/İstihdam ve Üretkenlikten Sorumlu Devlet Bakanlığı* [1970] 1 W.L.R 856.

kadar iyi bilinmemektedir. Mahkeme'ye yönelik mevcut karalama sürecinin ileride, Mahkeme'nin gelecekte vereceği bir karar ya da başkaca bir karardan rahatsızlık duyacak bir ulusal merci ya da medya sektörü tarafından tekrarlanacağı gayet olası bir şekilde öngörülebileceği içindir ki, bu cevapların altının çizilmesi gerekmektedir. Mevcut sürecin gelip geçici olduğunu düşünmek için hiçbir neden bulunmamaktadır. Bratza'nın savlarını başka sözcüklerle anlatmak, bunlara hakkını vermek bakımından yetersiz kalacaktır. O nedenle, bırakalım kendisi konuşsun. Adeta dizginlerinden kurtulmaya çalışan sözleri tümüyle alıntılanmayı hak ediyor.

Medyanın yargıçlara saldırması – iğneleyici sözler

> "Mahkememin yargıçlarına yöneltilen iğneleyici –ve üzülerek söylüyorum ki, yabancı düşmanlığı güden– bu öfke, 40 seneyi aşkın süredir Sözleşme sistemine dahil biri olarak benim daha önce eşini benzerini görmediğim bir şeydir. Bizler Mahkeme olarak, çok ileri gittiğimizi düşünen Hükümetlerden, yeterince ileri gitmediğimizi düşünen STK'lardan ve davası reddedilmiş başvuruculardan ve Mahkeme'ye saldırmak için fırsat kollayan birtakım medya gruplarından gelen, genelde yalan yanlış bilgiler içeren ölçüsüz eleştirilere alışığız. Fakat şu anda, İngiliz Parlamentosu ve Hükümetin üst düzey üyeleri tarafından Mahkeme'yi ve bir bütün olarak Sözleşme sistemini hedef alan husumetin derecesi ve tonu, Strazburg'daki yargıçlar arasında anlaşılır bir üzüntü ve küskünlüğe yol açmaktadır."[57]

Medyada Mahkeme hakkında çıkan birtakım söylentilerin çürütülmesi

> "Geçtiğimiz aylarda AİHM ile Birleşik Krallık mahkemeleri arasındaki ilişki hakkında çok şey yazılıp söylendi. Bu tartışma, en azından bir yanıyla, iki mahkemenin kamuoyunun iyi bildiği bazı davalarda sonuç üzerinde mutabık kalmamış olmasının yanı sıra, ulusal mahkemelerin AİHM içtihadını ya da bu içtihadın Birleşik Krallık bağlamında uygulanmasını doğru bulmadıklarını açıkça ifade etmiş olmasıyla ortaya çıkmıştır. AİHM'in *Al-Khawaja* ve *Tahery*[58] kararının sert biçimde eleştiri konusu yapıldığı Yüksek Mahkeme'nin *Horncastle* kararı, belediye evlerine el

57 Sir Nicolas Bratza, *The relationship between the UK Courts and Strasbourg* [*Birleşik Krallık Mahkemeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki ilişki*], [2001] E.H.R.L.R., Sayı 5, s. 505-506. Bu makale Mart 2011'de, Scottish Public Law Group (İskoç Kamu Hukuku Topluluğu) tarafından Edinburgh'da düzenlenen bir seminerde sunulan bir yazıyı temel alarak hazırlanmıştır.

58 Yukarıdaki dn. 28.

konulması yönündeki kararlara [8. maddenin] uygulanmasıyla ilgili bir dizi dava boyunca süregiden ve Yüksek Mahkeme'nin *Pinnock*[59] davasında verdiği hükümle doruğa ulaşan anlaşmazlığın en son örneklerinden biridir.

Bu tartışmada gözler büyük ölçüde, AİHM'in uluslarüstü hüküm verme görevini ifa biçiminde iyileştirmeler yapılabileceği söylenen alanlara çevrilmektedir. Bu hususlardan birkaçını ele almaya çalışacağım. Fakat buna geçmeden önce, başlangıç niteliğinde birkaç noktaya değinmek istiyorum. Birincisi, bazen, AİHM bireysel davalarda yetkisini ulusal mahkemelerin tespit etmediği Sözleşme ihlalleri bularak iç hukuktaki karar mercilerine müdahale etmek hevesiyle kurulmuş gibi bir izlenim yaratılıyor. Yalnızca bu izlenimin hiçbir kanıta dayanmadığını söylemekle yetineceğim. Öyle ki, Mahkeme önüne getirilen davaların çok büyük bir çoğunluğu kabul edilemez bulunarak kestirmeden reddedilmektedir. Örneğin Birleşik Krallık için, geçen yıl (2010) AİHM tarafından 1200 civarında başvuru değerlendirmeye alınmıştır. Bunlardan 1177 kadarı kabul edilemez ilan edilmiş ya da liste dışı bırakılmış; yalnızca 23 tanesi –toplam sayının yüzde 3'ünden az– Mahkeme tarafından verilen bir hükümle sonuçlanmış olup, bunların birçoğunda da ihlal tespit edilmemiştir.

İkincisi, AİHM, benim anlayışıma göre, İnsan Hakları Yasasının yürürlüğe girmesinden beri Birleşik Krallık mahkemelerinin verdiği kararlara özellikle saygı göstermektedir ve bunun nedeni de, söz konusu mahkemelerin kararlarının bizim hüküm verme işimizi son derece kolaylaştıran yüksek düzeydeki kalitesidir. Birçok davada, ulusal mahkemelerin ilgili içtihada yönelik analizi ve ikna edici gerekçeleri AİHM'in verdiği kararın temelini oluşturmaktadır. Destekli intihar meselesiyle ilgili *Pretty*[60] davasının yanı sıra zorunlu müebbet hapis mahkumlarıyla ilgili *Stafford*[61] ve transseksüellerin evlilik haklarıyla ilgili *Christine Goodwin*[62] davaları da Mahkeme'nin, İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin kararı ve gerekçesi sayesinde insan haklarının korunması alanında aksi takdirde yapacağından daha ileriye gitmeyi göze aldığı ilk örnekler arasında sayılabilir.

Daha yakın tarihte ise, Hükümetin 5 maddeyi askıya alma işle-

59 *Manchester City Council/Pinnock* [2010] UKSC 45.

60 *Pretty/Birleşik Krallık*, başvuru no. 2346/02, ECHR 2002-III.

61 *Stafford/Birleşik Krallık* [BD], başvuru no. 46295/99, ECHR 2002-IV.

62 *Christine Goodwin/Birleşik Krallık* [BD], başvuru no. 28957/95, ECHR 2002-VI.

minin hukuka uygunluğu ile ilgili *A/Birleşik Krallık*[63] ve sığınma talebi reddedilen bir AIDS hastasının Uganda'ya iadesiyle ilgili *N/Birleşik Krallık*[64] davalarında Büyük Daire, esasen Lordlar Kamarası tarafından kullanılan gerekçeyi benimsemiştir. Ancak bu konuda en çarpıcı örnek, Mahkeme'nin *Judge* davasında, İskoç Yüksek Mahkemesi'nin *Beggs* ve *Moir* davalarında, jürinin gerekçe sunmaması ve başvurucunun kötü karakter delillerini öne sürememiş olması dolayısıyla bir adaletsizlik yaşandığı yönündeki şikâyetleri reddederken dile getirdiği gerekçeye dayanabildiği çok yakın tarihli kabul edilemezlik kararıdır.[65]

Daha genel anlamda, Mahkeme'nin geçtiğimiz üç yıl içinde Birleşik Krallık aleyhindeki davalarda verdiği en önemli kararlar incelendiğinde de aşağı yukarı aynı tablo ortaya çıkmaktadır: Bu davaların büyük çoğunluğunda Mahkememiz Birleşik Krallık'taki üç farklı yargı yetkisi alanının temyiz mahkemeleri tarafından ulaşılmış sonuçları uygun bulmuştur."[66]

Ulusal mahkemelerle diyaloğun önemi

"Nihayet, fakat son derece önemli olarak, mahkemelerin hakimleri ile hem gayriresmi yollarla, hem de verdikleri kararlar üzerinden diyaloğun daha çok arttırılmasına olanak bulunduğu düşüncesindeyim. Gayriresmi olarak, halihazırda ulusal mahkemelerden gruplar halinde gelen hakimler ile AİHM yargıçları arasında düzenli olarak gerçekleştirilen başarılı toplantılarda bu diyalog sağlanmaktadır. Ancak kararlar üzerinden yürütülecek diyalog da eşit ölçüde önemlidir. AİHM, Sözleşme haklarının yorumlanması bakımından ulusal mahkemelerin görüşlerini kabul etmek zorunda değilse de, bu görüşlerin önümüzde olması tahmin edilemeyecek denli büyük bir yarar sağlamaktadır. [Birleşik Krallık] İnsan Hakları Yasasının 2. maddesinin, ulusal mahkemelere "zaman içerisinde gelişmekte olan AİHM içtihatlarına uyma ("daha fazlası gerekmemekle birlikte, kesinlikle daha azı olmamalıdır") yönünde genel bir gereklilik yükler biçimde yorumlanması yüzünden, bu mahkemelerin aktif diyalogda bulunmak konusunda kendilerine bir miktar ket vurduğu söylenmektedir.

63 *A ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], 19 Şubat 2009, ECHR 2009.

64 *N/Birleşik Krallık* [BD], 25 Mayıs 2005, ECHR 2008.

65 *Beggs/HM Advocate* [2010] HCJAC27; *Moir/HM Advocate* (2005) 1 J.C. 102.

66 *A.g.k.*, yukarıdaki dn. 57.

Kanımca, insan haklarının korunması için ulusal mahkemelerin, Barones Hale'in sözleriyle, bazen bilinçli olarak AİHM'in ötesine geçmesi gereği doğru ve olumlu bir şeydir, ki zaten *Limbuela* davasında sığınmacılara uygulanan muamele hakkında, *Re G* davasında evli olmayan çiftlerin birlikte evlat edinebilmesi konusundaki ayrımcılık hakkında ve *EM* davasında 8. madde hakları ihlal edilecek bir anne ve çocuğun ülkeden sınır dışı edilmesi hakkında tam da bunu yapmışlardır.[67] Kanımca, ulusal mahkemelerin AİHM kararları müphem ya da tutarsız prensipler uygulamış ya da ulusal hukuku ve uygulamaları yanlış anlamış olduğunda AİHM kararlarını eleştirmek konusunda özgür hissetmeye devam etmesi gereği doğru ve sağlıklı bir şeydir.[68] Ancak yine kanımca, *Horncastle* kararında Lord Phillips tarafından ortaya konulduğu üzere, ulusal yüksek mahkemelerin, bir AİHM kararının ulusal yargı sürecini birtakım açılardan yeterince takdir ya da telif edip etmediğine dair kaygılar taşıdıkları nadir durumlarda "bunun gerekçelerini açıklayarak AİHM kararının izinden gitmeyi reddetmesi" gereği de önemlidir. Şayet, *Al-Khawaja* davasında olduğu gibi, AİHM'e söz konusu kararı yeniden değerlendirme fırsatı verilirse, ortaya, tam da Lord Phillips'in söylediği gibi, "işbu mahkeme ile AİHM arasında kıymetli bir diyalog çıkabilir". Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne nasıl eleştiriler yöneltilmiş olursa olsun, iki mahkeme arasında sağlıklı ve sağlam bir ilişkiyi ancak böyle bir diyaloğun pekiştirebileceğine yürekten inanıyorum."[69]

Sözleşme'de takdir yetkisini kapsayacak bir değişiklik yapılması hakkında

"Ancak konferans hazırlığı sürecinde, ikincillik kavramının ve takdir yetkisi doktrininin takviye edilmesinin doğru ve gerek-

67 *R. (Limbuela başvurusunda)/İçişleri Bakanlığı* [2005] UKHL 66; *G (Çocuk)* (*Evlatlık Edinme: Evli Olmayan Çiftler*), Re [2008] 3 W.L.R. 76; *EM (Lübnan)/İçişleri Bakanlığı* [2008] UKHL 64.

68 Eleştiri dobra olabilir. Nitekim Lord Hoffman, *Salabiaku/Fransa* kararında (7 Ekim 1988 tarihli karar, A141-A) dile getirilen, kanuni sorumluluk karinelerinin Sözleşme kapsamında uygun olduğu, ancak "makul sınırlar içerisinde" tutulması gerektiği biçimindeki görüşü anlamak için nafile çabalarken yaşadığı çaresizliği şu ifadelerle anlatmıştır: *"Sayın Lordlar, hakimler ve akademisyenler bu talihsiz davanın kemikleri üzerinde elle tutulur bir et parçası bulabilme çabasıyla bu iskeleti o kadar çok ele alıp incelemişlerdir ki, kanımca artık buna bir son vermenin zamanı gelmiştir. Emsal karar doktrini ya da hükmün gerekçesini saptama gereği ile baskılanmış olmayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu kararı yok sayıyor gibi görünmektedir ... Sizlerin de öyle yapmasını tavsiye ediyorum", R/G (Temyiz Eden Taraf)* [2008] UKHL 37 (dipnot yazar tarafından eklenmiştir, orijinal metinde bulunmamaktadır).

69 Yukarıdaki dn. 57.

> li olup olmadığı; Mahkeme açısından halihazırda mevcut olan kabul edilebilirlik şartları cephanesine, her yıl önüne gelen başvuruların büyük bir çoğunluğunu kabul edilemez ilan ederek reddetmesine olanak tanıyacak yeni bir kabul edilebilirlik kriteri eklenmesi gerekip gerekmediği; ya da yine ulusal mahkemelerle yürütülecek diyaloğun istişari görüşlerle kurumsallaştırılması gerekip gerekmediği hususunda pek çok tartışma yürütülmüştür. İkincillik konusunda, Mahkeme, Sözleşme sisteminin AİHM ile ulusal mahkemeler arasında karşılıklı saygıya dayanan ve demokratik süreçlere gereğince riayet eden bir ilişki tesisini içeren ortak bir sorumluluk gerektirdiğini açıkça tanımaktadır. Ancak bu prensibin uygulanması ulusal düzeyde Sözleşme'nin usulünce uygulanmasına bağlıdır ve Mahkeme'nin incelemesini hiçbir zaman tümüyle dışarıda bırakamaz. Sınırsız dokunulmazlık diye adlandırılabilecek bir şeyi hiçbir hal ve koşulda bahşedemez. Takdir yetkisi doktrini, hakkında çok fazla tartışma bulunan karmaşık bir öğretidir. İncelemenin kapsamını belirlemek noktasında bizzat Mahkeme tarafından kendisine yardımcı olması amacıyla geliştirilmiş değerli bir araç olarak taşıdığı önemi inkâr etmiyoruz. Net bir tanıma sığmayan değişken bir kavramdır. Kısmen bu nedenledir ki, Mahkeme tarafından kendisine yüklenmiş olan yargı rolünün yerine getirilmesi sırasında geliştirilmiş bulunan diğer pek çok yorum aracı gibi bu kavramın Sözleşme'ye dahil edilerek yasalaştırılmasının gereğini ya da mantığını anlamakta güçlük çekmekteyiz."[70]

Mahkeme kararlarının "demokratik üstünlük" ile gözardı edilmesi hakkında

> "Avrupa Konseyi'nin ve İnsan Hakları Sözleşme sisteminin temel taşlarından biri hukukun üstünlüğü ilkesidir. Hukukun üstünlüğü, bir mahkeme tarafından nihai ve bağlayıcı bir karar verildiğinde, –söz konusu makamlarca uygun görülsün ya da görülmesin– bu karara uyulması anlamına gelmelidir. Ulusal parlamento vekilleri, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve hatta Bakanlar Komitesi tarafından, "Bu kararı sevmedik, o yüzden uygulamayacağız"[71] gibi bir çeşit "demokratik üstünlük" sistemi yaklaşımı benimsenirse, bunun sistem açısından tamamen yıkıcı bir şey olacağını düşünüyorum.

70 Sir Nicolas Bratza, Üst Düzey Konferans, Brighton 18-20 Nisan 2012.

71 Joshua Rozenberg, *Bratza bemused by UK's disdain for Strasbourg* [*Bratza Birleşik Krallık'ın AİHM'e dudak bükmesine şaşırıyor*], Guardian Gazetesi, 31 Ocak 2012 (Başkan ile röportaj).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kazanımları

"Her türlü seçim işlemi ister istemez özneldir. Sözleşme sistemine 40 seneyi aşkın bir süredir avukat, Komisyon üyesi ve Mahkeme yargıcı sıfatıyla dahil olmuş bir insan olarak, bu sistemin kazanımlarından bazıları benim için daha ön plandadır: Mahkeme'nin, yaşam hakkını, ister Devlet yetkilileri tarafından, isterse başka bir şekilde gerçekleştirilmiş olsun adam öldürme ve ani ölüm vakalarına yönelik derhal, bağımsız, etkili ve şeffaf bir soruşturma yürütülmesi konusunda ısrar ederek koruması ve ister üye devletlerde, ister başka yerlerde olsun, ölüm cezasına amansızca karşı çıkması. Ölümle karşı karşıya bırakılma ya da işkenceye veya insanlık dışı muameleye maruz kalma yönünde gerçek bir tehlike bulunan ülkelere ihraç ya da sınır dışı edilme ihtimaliyle karşı karşıya olan kişilere yönelik olarak ihtiyati tedbir kararlarıyla da pekiştirilen koruma. Alıkonulan kişilere yönelik kötü muamele fiillerinin hukuka aykırılığını tespit etmek, kötü muamele iddialarına yönelik etkili bir soruşturma talep etmek ve kabul edilemez alıkonulma şartlarını kınamak konusunda Mahkeme'nin giderek artan katılıktaki tutumu. Her türlü alıkonulma biçimine yönelik gecikmeksizin yargı denetiminde bulunulmasının temel öneminin vurgulanmasına ilişkin kararlılığı. Ulusal mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, sanığın sessiz kalma ve avukata erişim hakkı ve ulusal mahkemelerin nihai ve bağlayıcı nitelikteki kararlarının keyfi bir şekilde bozulmasını önlemek için kanuni belirlilik prensibi üzerinde ısrarla durması. İster sivil yaşamda, ister silahlı kuvvetlerde, başta mahrem eşcinsel ilişkiler olmak üzere mahrem cinsel ilişkilere ve transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin kabulüne ilişkin haklarına yönelik olarak sağladığı güçlü koruma; her türlü gizli takip sisteminin suiistimallere karşı etkili kanuni güvencelere sahip olması hususundaki ısrarı; ve insanların özel yaşamına medya müdahalesine karşı koruma sağlanması konusuna giderek artan bir şekilde eğilmesi. Mahkeme'nin özellikle bekçi rolünü yerine getiren basının özgürlüğünü ve gazetecilerin kaynaklarını koruma haklarını sağlam bir şekilde savunması. Ve en son, fakat çok önemli olarak, Mahkeme'nin gitgide, azınlıkların korunması ve ırk, etnik köken, toplumsal cinsiyet ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılığın yasaklanması konularına odaklanması."[72]

72 Başkan Bratza'nın Mahkeme'nin adli yılı açılışı nedeniyle yaptığı konuşma, 27 Ocak 2012.

Sonuç

Sir Nicolas Bratza, 2011-2012 yıllarında Mahkeme Başkanı olarak, Sözleşme'nin reformdan geçirilmesi ve dışarıdan gelen saldırıların artması konusunda üçüncü kez gerçekleştirilen hükümetlerarası bir konferansta gayet akıllıca davranarak tüm yargıçların görüşlerini ifade etmelerine tam anlamıyla fırsat tanımış ve Mahkeme'yi son derece akıllıca yönetmiştir.[73] Bratza meslektaşları arasında yargıçlıktaki tükenmez sabrıyla bilinir. Basının ve hükümetlerin ölçüsüz eleştirileri karşısında bir yandan Mahkeme'nin menfaatlerini alenen ve etkili biçimde savunurken, bir yandan da Mahkeme ve yargıçların bağımsızlığı gibi temel prensiplere saygı gösterilmesi konusunda ısrarcı olmuştur. Yukarıda alıntılanan paragraflardan da görüldüğü üzere, korunmayı ve desteklenmeyi hak ettiğine inandığı bir kurumu savunmak için sav ve prensipleri ustalıkla kullanmıştır. Zaman zaman yazdığı müstakil görüşleriyle, diğer yargıçlar tarafından örnek alınabilecek bir model sunmuştur. Her iki rolünü yerine getirirken, sakin bir kararlılık, alçakgönüllülük, mantık ve hayranlık uyandıran bir bağımsızlık içerisinde Avrupa'da insan haklarına yönelik korumanın menfaatlerine hizmet etmiştir.

73 Yine Lord Denning'in bir sözü durumu gayet güzel özetlemektedir. *"Atın sırtında ehil biri oturuyorsa, azgın atın dizginlenmesi mümkün olabilir. Engellerin üzerinden atlayabilir. Kurguların yarattığı çitleri aşıp adaletten yana çıkabilir." Enderby Town Football Club Ltd./Football Association Ltd*. [1971] 1 All ER 215.

BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ
VE ÖZEL HAYAT

Avrupa'da medya özgürlüğü ve insan hakları

Thomas Hammarberg[1]

Medyanın "dördüncü kuvvet", yasama, yürütme ve yargı erklerine zaruri bir ek olarak görülmesi nedensiz değildir. Bu şekilde tanımlanmasının altında medyanın demokratik bir toplumda siyasi ve adli mercilere karşı bir denge sağlayacak şekilde bağımsız, dolayısıyla da değerli bir faktör olarak rolünün vurgulanması yatar.

Gazeteciliğin amacı iktidarı elinde tutanları memnun etmek ya da hükümetlerin sözcülüğünü yapmak değildir. Gazeteciler haber yapar, araştırır ve analiz ederler: bize siyaset, din, ünlü kişiler, sanat, spor, devrimler ve savaşlar hakkında bilgi verirler. Bizi eğlendirir ve bazen de kızdırırlar. Ancak en önemlisi, gazeteciler kamu bekçisi görevi görürler.

Medya özgürlüğü diğer bütün insan haklarının korunmasında son derece önemli bir rol oynar. Araştırmacı gazetecilerin çalışmaları sayesinde açığa çıkmış olan güç ve yetkinin kötüye kullanımı, yolsuzluk, ayrımcılık ve hatta işkenceye ilişkin birçok örnek mevcuttur. İnsan hakları ihlallerinin tazmin edilebilmesi ve yetkiyi elinde bulunduranların sorumlu tutulabilmesi için gerçeklerin kamu tarafından bilinmesini sağlamak çoğunlukla ilk elzem adımdır.

Ancak, yazılı ve görsel medya çeşitliliği ve içeriği üzerinde uygulanan farklı biçimlerdeki kontrol ve baskı, medyanın bağımsızlığını ve çoğulculuğunu engellemektedir. Bazı Avrupa Birliği devletlerinde, medya özgürlüğünün şu yollarla kısıtlanması söz konusudur: hakaretin suç olarak tanımlanması; yasa yoluyla uygulanan sansür; gazetecilerin sindirilmesi, taciz edilmesi ve hatta öldürülmesi; radyo ve televizyon frekanslarının dağıtımının siyasileşmesi; ve medya genelinde çoğulculuğu engelleyen tekelleştirici eğilimler.

Medyanın gücü demokrasinin işleyişini tehdit etme derecesine varabilecek kadar kötüye kullanılabilmektedir. Bazı medya kuruluşları iktidardakiler için propaganda megafonlarına dönüştürülmüş durumdalar. Bazıları da azınlıklara ve savunmasız başka gruplara karşı düşmanlık, nefret ve şiddeti körüklemek için kullanılmaktadır.

Medyanın genel durumu sosyal medyanın rolünün gittikçe daha çok öne çıkmasıyla hızlı bir değişim geçirmekte. İnternette ifade özgürlüğünün çağımızın temel haklarından biri olduğu son yıllarda açıkça görüldü. Bloglar, videolar ve sosyal ağ websiteleri insanların siyasi fikir alışverişinde bulun-

1 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri 2006-2012.

mak, tartışmak ve örgütlenmek için bazı devletlerin karşı bir tepki vermesine neden olacak derecede önemli bir forum işlevi görür hale gelmiştir. Gerçekten de bu yeni fenomen hem potansiyel problemleri, hem de kazançları beraberinde getirmektedir. Bir yandan kişisel bütünlüğün daha iyi korunmasını sağlamaya çalışırken, bir yandan da internet tabanlı sosyal medyanın aşırı şekilde denetim altına alınarak düzenlenmesi riskinin üzerine eğilmek özgürlüklerimiz için hayati derecede önemlidir.

Bir ülkenin kanunlarının medya özgürlüğünü ne kadar yücelttiği ve yetkililerin bu kanunları fiili uygulama biçimleri, söz konusu ülkede demokrasinin ne durumda olduğunu gösteren işaretlerdir. Kanunların uygulanmasında, eğitimde, etik davranışlara ve özdüzenlemeye dair evrensel standartların gözlemlenmesi ve getirilmesinde, medya kuruluşu sahipleri ve gazeteci örgütlerinin yanısıra, kamu yetkililerinin, sivil toplumun ve uluslararası topluluğun da oynadıkları önemli roller vardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan böyle Mahkeme) bu alanda birtakım önemli hükümler vermiştir. 1976'da İngiltere'de kamu ahlakını bozduğu gerekçesiyle Little Red Schoolbook adlı kitabın yayımlanmasının yasaklanması konusunda verdiği *Handyside* kararı ile sarsılmaz bir ilkeyi benimsemiştir.

Mahkeme, ifade özgürlüğünün "demokratik bir toplumun" olmazsa olmaz temellerinden biri olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişimi için, yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen "bilgi" ya da "fikir"ler için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de uygulanmasının temel bir şart olduğunu beyan etmiştir. Verilen kararda belirtildiği üzere: "Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz."

İfade özgürlüğüne ve bireysel bütünlüğün korunmasına ilişkin olarak medya özgürlüğü son yıllarda benim Ofisimin de ilgilendiği başlıca konulardan biri olmuştur. Medyaya ilişkin gelişmeler ve insan haklarına etkileri hakkında farkındalık oluşturmak ve daha derin toplumsal tartışmalara katkıda bulunmak amacıyla *Medya Özgürlüğü Üzerine Konuşmalar*'ı başlattım ve bu konuşmalar *İnsan Hakları ve Medyanın Değişen Manzarası* (*Human rights and a changing media landscape*)[2] başlığıyla kitap olarak basıldı. Kitaptaki metinlerin tamamı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesine ilişkindir.

2 "*Human rights and a changing media landscape*" *["İnsan hakları ve medyanın değişen manzarası"]*, Avrupa Konseyi Yayınevi, Aralık 2011.

Kitap için 6 ana konu seçildi: Gazetecilerin şiddetten korunması, Etik gazetecilik, Sosyal medya, Resmi belgelere erişim, Medya çoğulculuğu ve Kamu hizmeti medyası.

Bu farklı konulardaki eğilimlere değinen ve Mahkeme'nin içtihadının Avrupa'da medya özgürlüğü için ne kadar önemli olduğunu açıkça gösterecek olan genel bir bakış sunmak istiyorum.

Gazetecilerin şiddetten korunması

Her şeyden önce, gazetecilik en tehlikeli mesleklerden biri olmaya devam ediyor, Avrupa'da bile. Birçok gazeteci işlerini tacize uğrama, saldırı ya da öldürülme riskinin olmadığı güvenli koşullar altında yapamamakta.

Son yıllarda araştırmacı gazetecilerin önde gelenlerinden bazıları hunharca katledildi. Rusya'da Anna Politkovskaya, Türkiye'de Hrant Dink, Ukrayna'da Georgyi Gongadze ve Azerbaycan'da Elmar Huseynov cinayetleri uzun bir listeden sadece birkaç örnek. 1992'den beri Avrupa Konseyi bölgesinde çalışmaları nedeniyle 100'den fazla gazeteci öldürüldü.

Cinayetlerin birçoğunda sorumluların kökeni, çıkarları çoğunlukla birbiriyle örtüşen ve demokratik olmayan siyasi çevrelere, polise ya da güvenlik yapılarına dayanmakta. Alışılageldiği üzere, bu cinayetlerin emrini veren kişiler adaletten kaçmayı başarıyor.

Bir gazeteciye yapılan her türlü şiddet ya da tehdit eyleminin anında ve ciddi bir biçimde soruşturulması son derece önemli. Bu tabii ki sosyal medyada etkin olan blogculara ve başka kişilere karşı uygulanan baskılayıcı davranışları da kapsamalı. Suçların cezasız kalması şiddete daha fazla başvurulmasına teşvik eder. Ayrıca şurası açıktır ki, cezasızlık gazetecilik ve ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratmaktadır.

Yasaların uygulanması ve yargı sisteminin işlemesi son derece önemlidir. Hem tetikçilerin, hem de suçun arkasındaki planlayıcıların cezalandırılması gerekmektedir, aksi takdirde acımasız işlerine devam edeceklerdir. Cezasızlık daha fazla cezasızlık getirir. Eğer gazeteci cinayetleri, gazetecilere saldırılar ve tehditler hüküm sürerse medya özgür olamaz, bilgi çoğulcu olamaz ve demokrasi işleyemez.

Polis ve güvenlik görevlileri gazetecileri tehlikelerden etkili bir biçimde korumalılar. Tehditler ciddiye alınmalıdır. AİHM'in birçok kez yinelediği üzere, AİHS (2. madde) "devleti bir yaşama kasten ve yaşadışı bir biçimde

son vermekten men etmekle kalmaz, aynı zamanda devleti yetki sınırları içindeki insanların hayatlarını korumak için gerekli adımları atmakla yükümlü tutar".[3] Mahkeme'ye göre, 2. madde ayrıca bireylerin güç kullanımı sonucunda öldürülmesi durumunda etkili bir resmi soruşturmanın açılmasını da gerekli görür.

Bir tek gazeteciye karşı yapılan tehditlerin birçok gazeteciyi susturmak gibi yıkıcı bir etkisi olabilir. Kurbanların meslektaşları çalışmaya devam edebilir, ancak halkın bilmesi gerekenler hakkında haber yapmanın ve yazı yazmanın tehlikesini hissederler. Birçoğu otosansür uygulamaya başlayabilir.

Gazetecileri susturmanın bir başka yolu hakaret suçlamalarıdır. Bu tür suçlamalar gazetecileri parmaklıklar arkasına göndermeye devam etmektedir. Birçok batı Avrupa ülkesinde bu tür suçların (uzun yıllardır uygulanmıyor olsalar da) ceza hukukunun hâlâ bir parçası olması, yayımlanan ya da yayınlanan sözler nedeniyle hapis cezası alma ihtimalinin caydırıcı etkisi ifade özgürlüğünü engellemeye devam ediyor demektir. Burada "eski demokrasiler" geçiş evresinde olan ülkelere kötü örnek olmaktadırlar.

Örneğin Azerbaycan'da (başkalarıyla birlikte) Eynulla Fatullayev hakaretten suçlu bulundu. Karabağ'daki 1992 Hocalı katliamına ilişkin internette yayımladığı sözlerinden dolayı hakaretle suçlandı ve öncelikle iki buçuk yıl hapis cezasına çarptırıldı. Ayrıca, Ekim 2007'de Bakü'deki Ağır Suçlar Mahkemesi Fatullayev'i terörizm ve ırkçı nefret suçlarından mahkum etti. Nisan ve Ekim 2007'deki mahkeme kararlarına temyizler hem İstinaf Mahkemesi hem de Yüksek Mahkeme tarafından reddedildi. Fatullayev ve ailesine yapıldığı söylenen tehditlere ilişkin kaygılar da dile getiriliyordu.[4]

22 Nisan 2010'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eynulla Fatullayev'in ilk iki mahkumiyetinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin iki kez ihlal edildiğine, duruşmasının bağımsız bir mahkeme tarafından görülmemesi nedeniyle 6. maddenin 1. paragrafının, masumiyet karinesine riayet edilmemesi nedeniyle de 6. maddenin 2. paragrafının ihlal edildiğine dair bir karar[5] çıkardı. Mahkeme ayrıca Fatullayev'in hâlâ cezaevinde olmasının kabul edilemez olduğunu belirtip, Azeri yetkililere Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlalinin sona erdirilmesi için Fatullayev'i bir an önce serbest bırakmaları çağrısında bulundu.

---

3 Bkz. örneğin *Gongadze/Ukrayna* davası, başvuru no. 34056/02, 8 Kasım 2005 tarihli karar, paragraf 164.

4 Bkz. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg'in 1-5 Mart 2010 tarihleri arasında yapmış olduğu Azerbaycan ziyaretinden sonra yazdığı rapor.

5 *Fatullayev/Azerbaycan*, başvuru no. 40984/07, 22 Nisan 2010 tarihli karar.

Mahkeme'ye göre "bir basın suçundan ötürü hapis cezası verilmesi, gazetecilerin Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile ancak istisnai durumlarda, örneğin nefret söylemi ya da şiddete teşvik durumlarında, diğer temel hakların ciddi biçimde ihlalinin söz konusu olduğu zaman bağdaşabilir".[6]

Hepimiz farkında olmalıyız ki hakaret ya da başka potansiyel zarar içeren materyal ve yayınlardan ötürü uygulanan yaptırımlar söz konusu olduğunda, gazeteciler herhangi bir kişiyle eş tutulamazlar: kamu görevlileri, polis ya da diplomatlar gibi gazeteciler de toplumun geneline hizmet eder, demokrasiyi korurlar. Dolayısıyla görev başındayken özel koruma ve birtakım ayrıcalıklara sahip olmalıdırlar.

Hakaretin suç olmaktan çıkarılması ifade özgürlüğünün korunmasında atılacak çok önemli bir adımdır ve bu alanda yapılacak her türlü reform Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirlemiş olduğu standartları izlemelidir.

Gazetecilerin sözlerinden, mesleki aktivitelerinden, hakaret ya da iftira suçlarından ötürü hapis cezası almamaları son derece önemlidir. Hakaret nedenli anlaşmazlıkların adil bir biçimde çözülmesi için idare hukuku ve medeni hukukta yeterince yaptırım bulunmaktadır, ancak bu yaptırımlar da uygun ve orantılı olmalıdır.

Etik gazetecilik

Birleşik Krallık'taki yasadışı telefon dinleme skandalı etik gazetecilik konusunu (ya da etik gazeteciliğin aslında var olmadığını) tartışmayı daha da elzem kılmıştır. Birleşik Krallık'taki medya pratiklerine ve etiğine dair özel bir soruşturma başlatılması önemli bir karardı. Hakim Lord Leveson'ın bulguları ve tavsiyeleri sadece Birleşik Krallık'ı değil, tüm Avrupa'yı ilgilendirmektedir. Ancak, News International'ın gerçekleştirmiş olduğu ihlaller, her ne kadar ölçüyü fazlaca kaçırmış da olsa, medya özgürlüğünü engellemek için bir bahane olarak kullanılmamalı.

Küresel ekonomik kriz geleneksel medyayı büyük bir yıkıma uğrattı; bu da sonuç olarak gazeteciliğin kalitesini olumsuz etkiledi. Binlerce gazeteci işini kaybetti ve zor piyasa dinamikleri eğitim ve araştırmacı gazeteciliğe yapılan yatırımlarda kesintiye gidilmesine yol açtı. Bunun sonucunda da haber odalarında yasa ve etik dışı faaliyetlere karşı bir zaafiyet oluştu.

Gazetecilik etiği para ve siyasi güç elde etmek nedeniyle bir kenara bırakıldığında ve basın elindeki gücü sorumsuzca kullandığında kamuda yaşa-

6 A.g.k., paragraf 103.

nan büyük öfke meşrudur. Medya dünyası o sırada dile getirilen kaygıları dikkatle dinlemelidir. Medyada özdüzenleme mekanizmalarının ne şekilde güçlendirilebileceği derhal tartışılmalıdır. Ne yazık ki, mevcut sistemlerin hiçbiri çoğu Avrupa ülkesinde pek de etkili olamamıştır.

Medyanın kendini düzenlemesi fikri, bireyleri ya da çıkar gruplarını medyadaki kabul edilemez tacizlerden koruyan etik prensipleri medya yapılarının kendilerinin geliştirmesini teşvik etme ve devlet müdahalerininin gerekli olmadığını gösterme arzusundan doğmuştur. Özdüzenleme, medyanın halka karşı sorumlu olduğuna ve hataları düzelteceğine dair resmi düzeyde vermiş olduğu bir sözdür. Ancak buna cevaben hükümetler medyaya yaklaşımlarında ölçülü olmadılırlar.

Gazeteciler ve editörler birtakım çıkarların –hatta insan haklarını savunmanın bile- megafonu olmasalar da, etik gazetecilik ve insan haklarının korunması içiçe evrilmiştir. Etik gazeteciler kamunun bilme hakkına hizmet eder ve medya sahiplerinden, iş çevrelerinden ve politik güçlerden gelecek baskılara direnir. Medyanın genel görünümünde meydana gelen ani değişiklikler insan hakları çerçevesinde ele alınmalıdır. Demokrasilerimizin ihtiyacı olduğu medya, özgür ve çeşitlilikler barındırabilen medyadır.

Temel bir insan hakkı olmasına rağmen, ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığı açıktır. Gazeteciler ve insan hakları hukukçuları için belki de en zorlu görevlerden biri, birbiriyle rekabet halinde olan mahremiyet hakkı ile ifade özgürlüğü arasında bir denge sağlamaktır.

AİHS ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmaların bazı durumlarda, örneğin milli güvenlik ve kamu güvenliği söz konusu olduğunda gerekli olabileceğini açıkça belirtmektedir. Ancak, herkesin ifade özgürlüğü hakkının olduğuna ilişkin bu temel kuralın istisnaları yasalar çerçevesinde belirlenmeli, meşru bir amaca hizmet etmeli ve demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.

Bu tür istisnaların net olarak tanımlanması Mahkeme'ye yapılan bazı başvurularda sorun olmuştur. Mahkeme'nin kararları, ifade özgürlüğü sınırlandırmalarının sadece dar çerçeveli tanımları olan istisnai durumlarda kabul edilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymuştur. Bu, AİHS'in ilk oluşturulduğu haliyle 10. maddesinin mantıklı bir yorumudur. Bu yaklaşımın bir nedeni, medyayı denetim altına alma amacı taşıyan sansür, sınırlandırıcı yasalar ve diğer tedbirlerin medya dünyası üzerinde caydırıcı bir etki yaratmasıdır.

Gazeteciler mahremiyete duyulan ihtiyacı çok iyi anlasalar da, kırmızı çizgilerini gizlilik hattı üzerine çizerler; gizliliği, hesap verme sorumluluğunun yerine getirilmemesi ya da kamu işlerindeki riyakârlık ve suistimallerin

örtülmesi için kullanabilirler. Mahremiyet kurallarının aşırı bir titizlikle uygulanması medya için bir kaygı kaynağıdır; çünkü bu tür uygulamalar aile hayatı, cinsel davranışlar ve yönelim ya da sağlık durumu gibi bir insanın özel hayatının temel veçhelerine dokunan herhangi bir bilgiyi yayımlamalarını –yayımlanması kamu yararına olsa bile- neredeyse olanaksız kılar.

Bu önemli nokta, sorumsuz gazeteciler hizmet etmeleri gereken insanlara karşı saygı sınırlarını aştıklarında göz ardı edilmektedir. Birleşik Krallık'ta News Corporation'a hissedilen öfke, dikkatsiz ve pervasızca insanların hayatlarına giren gazeteciliğin kamunun güvenini nasıl bir çırpıda yok ettiğini gösteren mükemmel bir örnektir. Ancak bu, medya özgürlüğünü engellemeye bir temel oluşturmamaktadır.

Murdoch davası, her ne kadar utanç verici olsa da, medyaya araştırmacı gazeteciliğin kapasitesini sınırlayacak ağır düzenlemeler getirmek için bir gerekçe olarak kullanılmamalıdır. Çoğu Avrupa ülkesinde iyi yapılan gazetecilik, iktidardaki kişilerin denetlenmesinde kritik bir rol oynamaktadır. Ancak iyi gazetecilik hükümetleri ya da siyasetçileri mutlu eden gazetecilik demek değildir. Hatta, bunun tam tersidir.

Alınacak dersler şunlardır: Gazeteciler yöntemlerinde şeffaflık ve adaletten ödün vermemeli, özdüzenlemenin kamunun güvenini yeniden tesis edecek yeni biçimlerine dair tartışmalara katılmalı ve aynı zamanda siyasi müdahale riskinden sakınmalıdırlar.

Sosyal medya ve insan hakları

Yeni sosyal medya bize bir dizi yeni zorluk sunmakta. Karşılaştığımız önemli meseleler arasında, bir yandan kişisel bütünlüğün daha iyi bir şekilde korunması güvence altına alınırken, bir yandan da ifade özgürlüğünün internet düzenlemeleri tarafından boğulmaması ne şekilde sağlanabilir sorusu var.

Sosyal ağlar, hepsi dijital formatta olmak üzere kişisel bilgilerin toplandığı çok geniş ve daha da genişlemekte olan bir veri havuzuna sahiptir. Bu nedenle, sosyal medyada bireylerin bütünlüğünün korunmasının (veri korumanın) ifade özgürlüğü hakkına zarar vermeden nasıl güvence altına alınacağı konusu tartışılmaya mutlaka devam etmelidir.

Bu soru özellikle AİHS'in 8. maddesinin bütünleyici bir parçası olan bireyin mahremiyet hakkıyla bağdaşır biçimde ele alınmalıdır. Sosyal ağların kullanıcı güdümlü olduğunu, bu yüzden de mahremiyetimize istenmeyen tecavüzlere kaynaklık etme ihtimalinin olmadığını düşünürüz. Ancak bu yanlış bir güvenlik anlayışıdır.

Facebook ve diğer sosyal ağlar, sahip oldukları her abone üzerinden, sadece kullanıcıların kendilerine değil, arkadaşlarına, ailelerine ya da tanıdıklarına da ait kişisel detaylar, e-posta adresleri, telefon numaraları, temasta olunan kişilerin ve yapılan sohbetlerin kayıtları, boş vakit geçirme tercihleri, fotoğraf ve videolar biriktirmiş durumdadır.

Tüm bu veriler kendi verilerini gönüllü olarak verenlerin düşünebileceğinden daha fazla düzeyde ve süregiden bir biçimde izlenmekte, arşivlenmekte, taranmakta ve analiz edilmekte, paylaşılmakta ve kullanılmaktadır. Bu kişisel veriyi kullanan birçok oluşum devlet-dışı olup, ürünlerini daha etkin bir biçimde pazarlama amacı güden ticari aktörlerdir. Fakat aynı veri devlet yetkilileri tarafından da kullanılabilir.

Birkaç yıldır, kapalı devre kamera sistemlerinden casus yazılımlara kadar çeşitli araçlar kullanılarak yapılan devlet kaynaklı takipte artış görülmekte. Bu şekilde toplanan bilgiler, aralarında özel hayata zorla giren terör karşıtı sıkı tedbirlerin de bulunduğu birçok yasa uygulama girişimine katkı sağladı. Benzer şekilde, sosyal ağlara girişi yapılmış olan kişisel verilerimiz ister rutin olarak yapılan izleme olsun, ister belirli bir "profil"e uyan insanları hedefleyen kişilerce yapılsın, "veri takibi"ne ("dataveillance") karşı savunmasızdır. Bu tür "veri takibinin" potansiyel doğasına, kapsamına ve destek vereceği devlet faaliyetlerine dair çok büyük bir belirsizlik vardır.

Devletin özel hayatlarımıza ne kadar girebileceğini ve yetkililerin kişisel verilerimizi ne şekilde işleyebileceğini belirleyen ve öteden beri süregelen sınırlar ya da düzenlemeler vardır: "veri koruma" olarak adlandırılan mevzuat.

İnsan hakları araçlarımızın sosyal ağların önlenemez yükselişi gibi yeni gelişmeleri yansıtacak şekilde güncel olması son derece önemlidir. Halihazırda geniş yelpazeli bir toplumsal istişareyle gerçekleştirilen Avrupa Konseyi Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nin[7] "modernleştirilmesi" süreci özellikle çok isabetlidir ve Facebook gibi sosyal ağların bu sürece dahil olması teşvik edilmelidir.

Bu konular ayrıca Birleşmiş Milletler Fikir ve İfade Özgürlüğü Özel Raportörü Frank La Rue'nun internette ifade özgürlüğünün önemi üzerine önemli bir bildiri olan 2011 yılı raporunda[8] da ele alınmıştır. Raportör çalışmasında, bugün gözlemlediği biçimde giderek artan takibe ve iletişimin

7 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan ve 43 üye ülke tarafından imzalanan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulmasında Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 No.'lu Sözleşme [Convention No. 108 for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data].

8 BM Özel Raportörü Frank La Rue'nun fikir ve ifade özgürlüğü hakkının korunması ve desteklenmesine ilişkin raporu, 16 Mayıs 2011.

izlenmesine izin veren keyfi uygulamaların aksine, açık kurallara duyulan ihtiyacı vurgulamıştır.

"Erişimin engellenmesi", örneğin, belirli içeriklerin kullanıcılara ulaşmasını engellemek için son günlerde sıkça kullanılan bir yöntem. Ancak, bu yöntemin, örneğin internet üzerindeki insan hakları ihalllerini engellemede çok da etkili olmadığı görülmekte. Ayrıca, neyin engelleneceğine ve bu engellemenin ne tür süreçlere ve yasal yollara tâbi olacağına kim karar vermelidir?

İnternette erişimin engellenmesinde yasaklı içeriğin sınırlanmasına temel oluşturan koşulların Mahkeme'nin içtihatlarıyla sınırlandırılması ve engelli web sitelerinin kamuya liste şeklinde açıklanması gibi daha fazla şeffaflık ve orantılılık içeren düzenlemeler gerekmektedir. Ayrıca engelleme işlemi, usulüne uygun bir sürecin sonucu olan etkili bir bildirim ile gerçekleştirilmelidir ve ilgili tarafların karara yasal yollara başvurarak itiraz etme olanakları olmalıdır. Diğer açılardan demokratik olan birçok ülkede, engelleme ya da izleme gibi tedbirler insan hakları açısından istenen düzeyin çok gerisinde kalmaktadır.

Tüm sosyal medya sınırlama ya da düzenlemeleri Avrupa Konseyi'nin, özellikle de AİHS'in standartlarına ve AİHM'in demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilen, ifade özgürlüğünü sınırlayıcı dar çerçeveli tedbirlere ilişkin içtihatlarına uygun olmalıdır. Ayrıca, iletişim kurma, görüş ifade etme ya da toplanma haklarına herhangi bir müdahale anlaşılır, belirli ve erişilebilir kurallara dayandırılmalıdır.

Bu özgürlüklerin önemi dikkate alındığında, bu tür kuralların büyük ölçüde kolayca ya da ivedilikle değiştirilemeyen yazılı hukukta yer alması gerektiği görülür. Keyfiliğin daha da etkili bir şekilde önlenebilmesi için, yasaları uygulama yetkisi verilen her yetkili tamamiyle bağımsız olmalı, erişilebilir, şeffaf ve gerekçeli karar verme yükümlülüğü olmalı ve adli denetime tâbi olmalıdır.

AİHS'in standartlarına ve Mahkeme'nin içtihadına tamamıyla ve aktif bir biçimde uyularak yorumlanması gereken "şiddete teşvik" kavramına özellikle dikkat edilmelidir.

BM Özel Raportörü'nün yazmış olduğu raporda, örneğin, terörizme verildiği iddia edilen desteğin sansürlenmesi konusunda belirtildiği üzere, ifade hakkına getirilecek sınırlandırmalar, ancak hükümet bu ifadenin, gerçekleşmesi yakın bir şiddete teşvik içerdiğini ve söz konusu ifade ile şiddetin gerçekleşme olasılığı arasında doğrudan bir bağlantı olduğunu ispatlayabilirse gerekçelendirilebilir[9].

9 A.g.k., paragraf 36.

Önceden de belirtildiği üzere, internet ve diğer modern iletişim teknolojileri insanların yaygın bir biçimde takibi için yeni olanaklar açmıştır. Baskıcı ülkelerde, yasaklanmış materyallere erişmeye çalışanların kimliğini tespit etmekteki amaç muhalif aktivistleri hedef almak olabilir. Demokrasilerde ise, böylesi bir takip gerçek teröristleri tespit etmekten uzaklaşıp teröristlere sempati duyan ya da sadece "aşırı" görüşleri olan kişileri hedef almaya kolayca kayabilir. Son on yılda, terörle mücadele ve acil durum mevzuatının kapsamı bu şekilde genişletilmiştir.

Çoğulculuk ve kamu medya hizmeti

Avrupa genelinde medya çoğulculuğunu ve ifade özgürlüğünü ciddi biçimde tehdit eden iki paralel eğilim söz konusudur. Biri, devlet yetkililerinin medya pazarına hakim olma çabasıdır. Diğeri ise ticarileşme ve tekelleşme eğilimidir. Her iki eğilim de kamu medya hizmetinin güçlendirilmesi için iyi nedenlerdir.

Güçlü ve bağımsız bir kamu medya hizmetinin olduğu yerde, çoğunlukla kaliteli ve etik gazetecilik de vardır. Reklam verenler de dahil olmak üzere birçok faktörden bağımsız olması nedeniyle böylesi bir medya, kaliteli araştırmacı gazeteciliği ve bilgi temelli içeriği teşvik edebilir. Yine de, Avrupa'nın birçok ülkesinde kamu medya hizmetinin değeri, aleyhine kampanyalar düzenleyecek derecede sorgulanmaktadır.

Medya çoğulculuğu değişik seslerin duyulabildiği, bilgilendirilmiş toplumların gelişebilmesi için gereklidir. Ancak bazı Avrupa ülkelerinde medya özgürlüğü gerçekte pek az olduğu için çoğulculuğa da pek yer kalmamaktadır. Bağımsız televizyon ve radyo kanallarına ruhsat verilmemekte, eleştirel gazetelerin gazete kağıdı alması ya da gazetelerini dağıtması engellenmektedir. Devlet kontrolünün daha farklı yöntemleri de vardır. Hükümetler sadece "sadık" olan medyaya reklam vererek işletmelere kendilerini örnek alma mesajı verebilirler, bu da bağımsız medyanın gerçekte boykot edilmesi anlamına gelir. Bürokratik tacizler ve idari ayrımcılık da kaygı vericidir.

Medya sahipliğinin özel sektörde yoğunlaşması da bir diğer sorundur. Kitle iletişim araçlarına eğer birkaç şirket hakim olacaksa, taraflılık ve editoryal bağımsızlığa müdahale olasılığı artacaktır. Örneğin İtalya'da Silvio Berlusconi başbakanken, aynı zamanda ülkenin en büyük özel televizyon şirketinin en büyük hissedarı olması Hükümetin medyaya muazzam ölçüde müdahale etmesine ve toplumda gücün dağılımına ilişkin ciddi soruların sorulmasına neden oldu.

1980'lere kadar süren uzun bir zaman diliminde, Avrupa'da devlet destekli yayıncılık normdu, özel televizyonlar ise istisnaydı. Yayınların devlet tekelinde olmasına dair Demir Perde'nin iki tarafı arasındaki tek –ancak önemli—fark şuydu: Batı'da, Britanya Yayın Kuruluşu (BBC) örneğinin izinden gidilerek yayıncılığın özerk bir kamu hizmeti olarak "kendi içinde çoğulcu" (tek bir iletişim aracında çoğulculuk) olduğu ve bilginin siyasi yelpazedeki tüm tarafların memnuniyetini gözeten sağlayıcısı olduğu düşünülüyordu. Sovyet hakimiyeti altındaki Avrupa'da ise, medya tek partili hükümetler için açıkça ve gururla propaganda aracı olarak kullanılıyordu.

Batı Avrupa'da 1980'lerin başında ve Avrupa'nın geri kalanında da 1980'lerin sonunda yaşanan demokratik hareketlerden sonra, yayıncılıkta devlet hakimiyeti savunulamaz hale geldi ve izleyicilerden gelen çeşitlilik talebi nedeniyle özel kanallara izin verilmesi gerekti.

1993 yılında AİHM *Informationsverein Lentia ve diğerleri/Avusturya*[10] davasında verdiği kararda, Avusturya'nın özel televizyon kanallarının ruhsatlarını yasaklamakla AİHS'in 10. maddesini ihlal ettiğini açıkladığında, Avusturya yayıncılığın devlet tekelinde olduğu tek Avrupa ülkesiydi. Her ülkenin sadece bir tane yayıncısının olması gerektiğini, televizyonu herhangi bir hakimiyetten korumanın zorunlu olduğunu bir zamanlar iyi niyetle savunan görüş, şimdi hükümetlerin medyaya, pazar payına sahip olmasına ya da bilgiyi başka şekillerde tekeline almasına tümüyle karşı çıkıyordu.

Çok daha net bir yükümlülük olan yayın araçlarında çoğulculuğu güvence altına alma zorunluluğu da Avrupa Konseyi'nin bir tavsiyesinde ele alınmıştır: "Düzenleyici çerçeveler, seçim kampanyaları sırasında kitlesel yayın araçlarında görüşlerin çoğulcu bir biçimde ifade edilebilmesini teşvik etmeli ve kolaylaştırmalıdır."[11] Siyasi söylem "piyasasında" hükümet hakkındaki görüş ve gerçeklere dair bilgi çeşitliliğinin muhafaza edilmesi özellikle önemlidir.

Medyada çoğulculuğa duyulan ihtiyaç, üye devletleri, devlet ya da özel olsun, sahipleri farklı olan yeterli çeşitlilikte yayın aracının halkın erişimine açık olduğunu temin etmeye davet eden Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiyesi'nde[12] de vurgulanmıştır.

---

10 *Informationsverein Lentia ve diğerleri/Avusturya*, başvuru no. 13914/88, 15041/89, 15717/89; 15779/89; 17207/90, 24 Kasım 1993 tarihli karar.

11 Committee of Ministers Recommendation [Bakanlar Komitesi Tavsiyesi] No. R (99) 15, Ek, II(1).

12 Committee of Ministers Recommendation [Medya çoğulculuğu ve medya içeriğinin çeşitliliğine ilişkin Bakanlar Komitesi Tavsiyesi] CM/Rec(2007)2.

En az bunun kadar önemli bir başka hedef ise medyayı sadece haberler ve günün kalıptan çıkma siyasi bloklarının görüşleri için, ya da sosyal, etnik, dini veya diğer çoğunluklar için değil, aynı zamanda azınlıklar için de erişilebilir kılmaktır.

AİHS açıkça medya özgürlüğünden bahsetmese de, Mahkeme basına 10. maddede adı geçen özgürlükleri kullanması konusunda özel bir statü verir. *The Sunday Times* (No. 1)[13] davasında, Mahkeme daha önce bahsettiğimiz *Handyside* davasında tanımlanan ifade özgürlüğüne dair ilkelerin basına ve özellikle de, basın *için* de uygulanabilir olduğunu teyit etmiştir. *Jersild* davasında[14] Mahkeme basının "'kamu bekçisi' olarak hayati bir rol oynadığı"nı teslim etmiş ve bu ilkelerin görsel-işitsel medyada da uygulanmasına duyulan gereksinimi vurgulamıştır.[15]

Human rights and a changing media landscape [İnsan Hakları ve Medyanın Değişen Manzarası] başlıklı kitabın kamu medya hizmeti ve insan haklarını konu alan bölümünde, Mahkeme'nin kamu yayıncılık hizmeti alanındaki birtakım tedbirlerin meşruluğunu incelediği birkaç dava ele alınıyor:

Kamu yayıncılığında tekelleşme

Yukarıda bahsedilen *Informationsverein Lentia* davasında[16] Mahkeme, Avusturya'da yayıncılıktaki devlet tekelini, ifade özgürlüğünün etki alanı geniş bir biçimde ve acil bir ihtiyaçla gerekçelendirilmeksizin sınırlandırılması olarak değerlendirdi. Buna göre, özel televizyon ve radyo kanallarına ruhsat vermeyi reddetmek ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmekteydi.

Hakaret

Radyo Fransa[17] davasında, Mahkeme radyo muhabirlerinin hakaretten yargılanmalarını 10. maddenin ihlali olarak görmedi. Yargıçlar eski bir vali yardımcısı hakkında İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudilerin sınır dışı edilmesinde aktif rol oynadığını kabul ettiğine dair yanlış bir haber yapan gazetecilere karşı işlem yapılması için "acil bir toplumsal ihtiyaç" olduğuna kanaat getirdiler.

13 *The Sunday Times/Birleşik Krallık*, başvuru no. 6538/74, 26 Nisan 1979 tarihli karar, paragraf 65.

14 *Jersild/Danimarka*, başvuru no. 15890/89, 23 Eylül 1994 tarihli karar.

15 A.g.k., paragraf 31.

16 *Yukarıdaki dn. 10*.

17 *Radio France ve diğerleri/Fransa*, başvuru no. 53984/00, 30 Mart 2004 tarihli karar, paragraf 37.

Kamu televizyon hizmeti aboneliğinin iptalinden sonra televizyonun mühürlenmesi

Faccio davasında[18] Mahkeme bir başvurucunun ifade özgürlüğü hakkının, kamu televizyon hizmetine aboneliğinin iptalini istedikten sonra polis tarafından televizyonunu mühürlenmesi sonucunda ihlal edilmediğine karar verdi. Mahkeme, bu tedbirin kamu televizyon hizmeti için vergi olarak kabul edilen aboneliği ödemeyen bireyleri caydırmayı hedefleyen bir kanun hükmünde kararnamede yeri olduğunu gözlemledi. Mahkeme ayrıca, televizyon cihazı sahiplerinin devlet kanallarını izlemek isteseler de istemeseler de bu vergiyi ödemelerinin zorunlu olmasını sorunlu bulmadı.

Yayıncılıkta çoğulculuğa dair devlet yükümlülükleri

Wojtas-Kaleta davasında[19] Mahkeme, devletin çoğulculuğu güvence altına almadaki rolünün altını çizdi ve "eğer bir devlet kamu yayıncılık hizmeti sunmaya karar veriyorsa, kurulan sistemin sunduğu görsel-işitsel hizmetin çoğulcu olmasını iç hukukuyla ve uygulamalarıyla güvence altına alır"[20] şeklindeki fikrini beyan etti.

Dijital çağda, medya genişlemekte ve daha etkileşimli hale gelmektedir. Bunun sonucu ise, kamu yayıncılık hizmeti kavramının, hizmetleri bakımından daha kapsamlı olan ve hem geleneksel, hem de yeni medyayı içine alan bir kamu medya hizmetine (KMH) dönüşmesidir.

Kamu medya hizmetinin insan haklarıyla pek bağı olmadığı düşünülür, ancak kamu medya hizmeti medya özgürlüğü ve çeşitliliğinin temin edilmesinde gerçekten çok önemli bir rol oynayabilir. İyi işleyen bir KMH, insan haklarının ve özellikle de ifade özgürlüğünün korunmasında belirleyici olabilir ve özellikle azınlıklar, çocuklar ve marjinalleştirilmiş diğer gruplar da dahil olmak üzere toplumdaki her ses için alan açabilir. Bunun için hükümetlerin internet özgürlüğüne zarar veren faaliyetlerden kaçınmaları gerekir.

Resmi belgelere erişim

Son olarak, çoğulcu demokrasilerin sadece şeffaflık ve açıklıkla gelişeceği açıktır. "Kamu bekçilerinin" hem devlette hem de özel sektörde yetkinin kötüye kullanımı karşısındaki önemli rollerini oynayabilmeleri için, yetkiyi ellerinde bulunduranların faaliyetlerine dair bilgilere ulaşmaları ve ihtiyaçla-

18 *Faccio/İtalya*, başvuru no. 33/04, 31 Mart 2009 tarihli karar.

19 *Wojtas-Kaleta/Polonya*, başvuru no. 20436/02, 16 Temmuz 2009 tarihli karar.

20 A.g.k., paragraf 47.

rı olan belgeleri bulabilmeleri gerekmektedir. Seçmenler de seçmiş oldukları siyasetçilerin ve kamu görevlilerinin aldıkları kararları bilme hakkına sahiptirler.

Dolayısıyla şeffaflık ve açık hükümet, hukuk karşısında adil ve eşit muameleyi, kamu yönetiminde ise etkinliği sağlar. Böylesi bir şeffaflığa duyulan ihtiyaç bazı Avrupa ülkelerinde kabul edilmiştir, ancak kıtanın büyük bir kısmında hâlâ bir gerçeklik olmaktan uzaktır.

Yetkililer vatandaşlarla ilgili her geçen gün daha fazla veri toplarken, halkın hükümete ilişkin bilgilere erişimini engellemek gibi talihsiz bir eğilim söz konusudur.

Ulusal ve yerel yetkililerden resmi belge edinmeye çalışan gazeteciler engellerle karşılaşmakta ve bazı ülkelerde talepleri açıkça reddedilmektedir. Bu nedenle gazetecilerin haber kaynakları için, özellikle de kamu çalışanı olup da gazetecilere haber sızdıran kimseler için güçlü bir yasal koruma olması, şeffaflığın önemli bir parçasıdır.

AİHM defalarca gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının basın özgürlüğü için temel koşullarından biri olduğunu vurgulamıştır:

> "Bu tür bir koruma olmadan, haber kaynakları basının kamuyu ilgilendiren konular hakkında halkı aydınatmasına yardımcı olmaktan vazgeçebilir. Bunun sonucunda, basının çok önemli olan kamu bekçiliği rolü zarar görür ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlama kabiliyeti olumsuz etkilenebilir. Haber kaynaklarının açıklanmasının istenmesi (...) kamu çıkarı için daha ağır basan bir taleple gerekçelendirilmediği sürece 10. madde ile bağdaşamaz."[21]

Ayrıca Mahkeme sürekli olarak halkın geneli ilgilendiren konular hakkında bilgi alma hakkı olduğunu açıkça belirtmiştir. Burdan çıkan sonuç şudur: Kamu yetkililerinin şeffaflığı, ifade özgürlüğü ile ilişkili olan bilgi özgürlüğünün önemli bir bileşeni olarak görülmelidir.

Burada açıkça görülen bir sorun, yetkililerin medya ile ilişkilerinde açık olmaya pek de alışkın olmamasıdır. Bu sorun, önceleri yerel yetkililer tarafından verilen eğitim, ve yaşlı bakımı gibi hizmetlerde daha fazla özelleştirilmeye gidilmesi eğilimiyle daha da vahim bir hal aldı. Bu tür faaliyetlerin halk tarafından değerlendirilmesi daha da zorlaştı.

21 *Goodwin/Birleşik Krallık*, başvuru no. 17488/90, 27 Mart 1996 tarihli karar.

Bunun dışında, karar mercilerinin bazı gerçeklere halkın vereceği olası tepkiden çekindikleri zaman, sözde bir gizlilik ihtiyacı arkasına saklandığını ortaya koyan durumlar vardır. Avrupa hükümetlerinin "terörle savaş" sırasında ABD ile yapmış oldukları güvenlik işbirliği konusunda gerçekleri bütün açıklığıyla söylemek konusunda isteksiz davranmasının nedenlerinden biri bu olabilir.

Ulusal güvenliğin temini ya da sıradan vatandaşların kişisel bütünlüğünün korunması gibi bazı durumlarda birtakım bilgileri gizli tutmanın gerekçeleri olabilir. Bu tür savların kötüye kullanılmasını engellemek için gizlilik kararlarının nasıl alınabileceğine ve halktan temsilcilerin bu tür kararlara nasıl karşı çıkabileceğine dair anlaşılır biçimde ifade edilmiş düzenlemelere ihtiyaç vardır.

2009 yılında Avrupa Konseyi Resmi Belgelere Erişime ilişkin bir Sözleşme [Convention on Access to Official Documents][22] kabul etti: Ulusal ve yerel yetkililer ile yasama ve yargılama organlarının da aralarında olduğu kamu yetkilileri ve idari mercilerde bulunan tabii ve tüzel kişiliklerin katılımıyla oluşturulan bu sözleşme resmi belgelere erişime ilişkin ilk uluslararası yasal belgeydi.

Şu ana kadar sadece beş üye ülke Sözleşmeyi kabul etti; bu, hayal kırıklığı yaratan bir skor. Ancak, bilinmesi gereken olumlu eğilimler de mevcut. Özellikle de şeffaflık ve yolsuzlukla mücadele arasındaki bağın daha da çok kabul edilmesiyle, açıklığa duyulan ihtiyaç bugünlerde daha genel anlamda kabul görmekte. Bazı Avrupa ülkelerinin anayasaları bigiye erişim hakkını güvence altına almaktadır.

Bazı olumlu devlet uygulamaları da görülebilmekte. Örneğin Birleşik Krallık'ta Bilgi Özgürlüğü Kanunu, kamu yetkililerinden bilgi yayımlamalarını talep etmekte ve bireysel dilekçelere cevap verilirken izlenecek belirli prosedürleri belirlemekte. Birleşik Krallık'ta devlet verilerine erişimi kolaylaştırmak için bir çevrimiçi adres tayin edilmiştir: data.gov.uk. E-devlet Estonya ve Yunanistan'da da gerçekleşmiştir. Vatandaşlar devletin internet portalına giriş yaparak hükümet politikaları hakkında yorum yapabilir ya da kanun tasarıları hazırlayabilirler. Sırbistan, İsveç ve bazı başka ülkelerde bilgi komiseri gibi bir gözetim organı da bulunmaktayken, diğer ülkelerde bilgi hakkının gözetimi parlamentodan bir kamu denetçisine (ombudsman) verilmiştir.

22 18 Haziran 2009 tarihinde imzaya açılıp, 5 üye ülke tarafından kabul edilen (henüz yürürlükte olmayan) Resmi Belgelere Erişime İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi No. 205 [Convention No. 205 on Access to Official Documents].

Sonuç

Medya beklenmedik bir hızla değişim geçirmekteyken, bazı Avrupa ülkelerinde medya özgürlüğüne yönelik kaygı verici baskı sinyalleri, ihlaller ve medya çoğulculuğuna karşı tehditler gözlenmekte.

Medyada tekelleşme, gazetelerin kapatılması, mali kesintiler ve haber odalarından çalışanların eksilmesi, oldukça büyük miktarda ham bilginin bir anda internete akmasıyla aynı döneme denk geldi. Medya piyasaları hızla değişmekte, ancak haberler daha yüzeysel bir biçimde verilmekte. Haberlerin daha derinlemesine ve etraflıca doğrulanmış olarak verilebilmesi için gereken zaman ve para pek nadir bulunmakta.

Medyanın verdiği yeni görüntüde, kaliteli bilgi sağlayan araştırmacı gazeteci nesli tükenmekte olan bir tür olabilir. Gazetecilikte yaşanan kriz Avrupa'da demokrasinin ciddi sorunlarından biri haline gelmiştir.

Böyle zamanlarda, gazetecilerin bağımsız gözlem ve haber yapabilmelerinin güvence altına alınması önemlidir. Mahkeme'nin basına en geniş kapsamlı korumayı getiren içtihadı, medyanın oynadığı bu temel rol için koruyucu niteliktedir.

Özel hayat ne zaman kamuyu ilgilendirir?

Robert Walker[1]

Birleşik Krallık hakimleri sık sık, kamuoyunu ilgilendiren meselelerin, yani kamu yararının, kamuoyunun ilgisini çeken şeylerle aynı olmadığını dile getirmektedir. Örneğin *Jameel*[2] davasında (özel hayata saldırı değil, hakaret konulu bir dava) Lady Hale şu ifadeleri kullanmıştır:

> "[Kamuoyunu gerçekten ilgilendiren bir mesele, yani gerçek bir kamu yararı], hepimizin bildiği üzere, kamuoyunun ilgisini çeken bilgilerin varlığı iddiasından hayli farklı bir şeydir – futbolcuların eşleri ve kız arkadaşlarının neler yaptığı hakkındaki en yavan dedikodular kamuoyunun geniş kesimlerinin ilgisini çekmektedir, fakat kimse bunların bizlere anlatılmasında gerçek bir kamu yararı bulunduğunu iddia etmeyecektir."

İngilizcedeki "*interest*" sözcüğünün ilgi çekme/ilgilendirme noktasındaki bu muğlaklık hiç şüphesiz ki başka birçok Avrupa dilinde de mevcuttur. Bu yazıda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından büyük oranda etkilenerek geliştirilen Birleşik Krallık içtihadı değerlendirilmektedir.

Gerçek şu ki, kamuoyunun ilgisini çeken şeyler, özellikle ünlülerin cinsel ilişkileri ve basiretsizlikleriyle ilgili gerçek ya da iddia niteliğindeki dedikodu ve skandallardır. ("Ünlü" sözcüğü, konumu ya da sorumlulukları böyle bir muameleyi görmeyi hak etsin ya da etmesin, basının[3] halka mal etmeyi seçtiği kişileri tanımlamak bakımından en uygun sözcüktür.) Öte yandan neyin kamuoyunu ilgilendirdiği, yani kamu yararına olduğu hususu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8(2). ve 10(2). maddelerinin lafzına yansıtılmıştır; bu ifadeler ziyadesiyle bilindiği için burada tekrarlanmasına gerek duyulmamaktadır.

Bu gibi durumlarda her iki madde de söz konusu olmaktadır. Ünlüler, 8. madde kapsamındaki özel yaşama saygı gösterilmesi hakkını çiğneyen fiili bir yayından ya da yayın tehdidinden yakınır. Basın ise 10. madde kapsamındaki ifade özgürlüğünün fiilen çiğnendiğinden ya da çiğnenme tehlikesi bulunduğundan yakınır. Birbiriyle çekişen bu haklar arasında denge gözetilmesi işlemi, Birleşik Krallık insan hakları hukukçuları tarafından bazen "paralel analiz" olarak adlandırılmakla birlikte, bu terim gerekenden daha kesin

1 Lord Walker Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi hakimidir.

2 *Jameel/Wall St. Journal Europe* [2007] 1 AC 359, paragraf 147.

3 "Basın" sözcüğü sadece gazete ya da dergileri değil, radyo ya da televizyonu ve medyanın ihtiyaçlarına hizmet eden serbest fotoğrafçıları da içerecek şekilde kullanılmaktadır.

ve sistematik bir yaklaşım ima ediyor olabilir. Paralel analiz, uygulamada, birbiriyle çekişen haklara birinin diğerinden önce geldiği yönünde bir zanna kapılmaksızın yaklaşılmasını ve somut olayın koşullarına dair derinlemesine bir inceleme yürütülmesini gerektirir. Lord Steyn doğru yaklaşımı *Re S*[4] davasında şu şekilde açıklamıştır:

> "Birincisi, bu maddelerden hiçbiri birbirinden üstün değildir. İkincisi, iki madde kapsamındaki değerler çatıştığında, somut olayda öne sürülen hakların karşılaştırmalı önemine yoğun bir şekilde odaklanılması gerekmektedir. Üçüncüsü, her bir hakka müdahale edilmesine ya da sınırlama getirilmesine ilişkin gerekçeler dikkate alınmalıdır. Son olarak, her birine orantılılık testi uygulanmalıdır."

Birleşik Krallık'ta dava konusu edilebilir bir haksız fiil olarak özel hayata tecavüz kavramı yakın tarihte gelişmiş bir kavramdır. 1998 yılında, "ülkeye hakları getirmek", yani Sözleşme haklarını doğrudan Birleşik Krallık mahkemelerinde uygulamaya konulabilir kılmak amacıyla İnsan Hakları Yasasının çıkartılmasından yoğun biçimde etkilenmiş olan gizliliğin ihlali hakkındaki hukukun bir uzantısıdır. Adı geçen Yasa uyarınca, Sözleşme hakları öncelikle devlet makamlarına karşı uygulanabilir olmakla birlikte, özel hayata tecavüz bağlamında kişinin dava hakkı bununla sınırlı değildir. Ünlü model Naomi Campbell tarafından yüksek tirajlı bir günlük gazeteye karşı açılmış bir davada Lordlar Kamarası'nın verdiği karar bu hakkı resmen ortaya koymuştur.[5] Gazetenin yayıncısı davayı Strazburg'a taşımış,[6] ancak ihlal konusunda değil, yalnızca Campbell'e ödenmesine hükmedilen muazzam tazminat miktarı konusunda sınırlı bir başarı elde edebilmiştir.

Avrupa Konseyi'ne mensup diğer devletlerin kişisel mahremiyetin korunması konusunda daha özel ve yerleşik kanunları bulunmaktadır. Örneğin tartışmalara yol açmış *Von Hannover*[7] davası, Alman Telif Hakları Kanununun (*Kunsturhebergesetz*) mahremiyetin korunmasını "çağdaş toplumun bir yönünü resmeden görsellerin, ilgili kişinin meşru bir menfaatine müdahalede bulunmamak şartıyla yayımlanabileceğini" öngören bir maddesiyle ilgiliydi.[8] Alman mahkemeleri bu hükmü uygularken, tam anlamıyla halka mal olmuş bir kişi (*absolut Person der Zeitgeschicte*) ile nispeten halka mal olmuş bir kişi arasında bir ayrım yapmaktadır; bu ayrım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

4 *Re S (Çocuk) (Kimliğini Açıklama: Yayın Sınırlamaları)* [2005] 1 AC 593, paragraf 17.
5 *Campbell/MGN Ltd*. [2004] 2 AC 457.
6 *MGN Ltd./Birleşik Krallık* (2011) 53 EHRR 5.
7 *Von Hannover/Almanya* (2005) 40 EHRR 1.
8 Kararın İngilizcesinin 41. paragrafı.

açısından bir miktar sıkıntı yaratmıştır.[9]

Von Hannover ile *Campbell* davalarından çıkartılacak net bir sonuç, 8. madde kapsamındaki haklar ile 10. madde kapsamındaki haklar arasında hiç de kolay olmayan dengeleme işleminin, halka mal olmuş kişilerle diğerleri arasında yoruma yer bırakmayan bir ayrım yaparak ve ilk gruba koruma konusunda son derece zayıflatılmış haklar tanıyarak çözülemeyeceğidir. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, ABD Anayasası 1. Ek maddesini yorumlarken bu yola sapma eğilimindedir. Aşırı tutucu olarak nitelendirilebilecek bu yaklaşım, özellikle "kamuoyuna mal olmuş kişi" kavramı "eserleriyle nam salarak ya da kamuoyunun dikkatini çekmek istedikleri gayret ya da başarıları sonucunda layıkıyla, halka mal olmuş diye sınıflandırılan kişileri" de kapsaması halinde birtakım sıkıntılar doğurmaktadır.[10] Bu durumda, halihazırda ima edildiği üzere, kimin halka mal olmuş kişi sayılacağına karar verme noktasında bizzat basının yetkili kılınması gibi bir tehlike ortaya çıkmaktadır. Bu konuda çarpıcı bir örnek olarak, Portekiz'de ailecek çıktıkları bir tatil sırasında kaybolan Madeleine McCann adlı küçük çocuğun talihsiz ebeveynleri verilebilir. Aklı başından gitmiş bu anne-babanın kızlarını ararken medyanın yardımından yararlanma çabasının, bu kişilerin maruz bırakıldığı taciz ve hakaretleri hiçbir açıdan haklı kılması mümkün değildir.

Özellikle başlıca üç unsuru dikkate alan çok daha incelikli bir yaklaşımın gerekli olduğu savunulmaktadır. Bu unsurlardan birincisi, özel yaşamına yönelik fiili bir ihlalden ya da ihlal tehdidinden yakınan kişinin statüsü, mesleği ve şöhretidir. Bu nokta yukarıda dile getirilen hususla ters düşmemektedir. Kişinin ne ölçüde layıkıyla halka mal olmuş bir kişi olarak görülebileceği son derece önemli olmakla birlikte,[11] yoruma yer bırakmayan bir kriter olmayıp, bu konuda önem arz eden tek husus da bu değildir.

Önem arz eden ikinci unsur, özel hayata dair ifşa edilmiş ya da edilebilecek olan materyalin niteliğidir. İtibarsızlaştırıcı hatta özel olarak utanç verici bir şeyin ifşasının söz konusu edilmediği az sayıda davadan bahsedilebilir. Örneğin Prenses Caroline'in Almanya'da çok uzun süren üç tur dava sürecinin ardından Strazburg'a taşıdığı yargılamada dile getirdiği şikâyet konusu üç aşağı beş yukarı, paparazziler tarafından sürekli olarak izlenmesi ve fotoğraflarının yayımlanması suretiyle, kendisinin ve ailesinin kapalı kapıların ardından başka bir özel hayata sahip olmasının olanaksız kılınmasından ibaretti. Oysa birçok davada basın, özel hayattaki utanç verici, nahoş, hatta suç niteliği taşıyan davranışları ortalığa serer bir konumdadır. Cinsel yönden ku-

9 Paragraf 73.

10 *Gertz/Welch* (1974) 418 US 323.

11 *Lingens/Avusturya* (1986) 8 EHRR 407.

raldışı davranışlar (rastgele bir aldatmadan tutun da hiçbir kanıta dayanmayan sadomazoşist seks partisi iddialarına kadar uzanan) ve uyuşturucu ya da alkol bağımlılığı en yaygın örneklerdir. Birleşik Krallık'ta telekulak skandalı çok satan bir Pazar gazetesinin birdenbire kapanmasına, polis soruşturmalarına, tutuklamalara ve tam teşekküllü bir yargısal incelemeye yol açmıştır.

Önem arz eden üçüncü unsur, özel hayata ilişkin materyalin elde edilme ve kullanılma biçimidir. Haber toplama faaliyetine bariz bir taciz ya da gizli kapaklı bir takip karışabileceği gibi, her ikisi birden de söz konusu olabilmektedir. Hakim Lord Leveson'un yürüttüğü soruşturma sırasında genç bir sinema aktristi, fotoğrafçıların fotoğraflayabilecekleri bir tepki alabilmek için kendisinin üzerine tükürdüklerini söylemiştir. Böyle bir davranış özel hukuk ya da ceza hukuku davası açılması için ayrı bir gerekçe oluşturmakla birlikte, her durumda terazide 10. maddenin karşısındaki kefeye yerleştirilmesi gerekmektedir. Şimdi gelelim materyalin nasıl kullanılması gerektiğine: Sansasyonel manşetler ve fotoğraflar basın açısından daha iyi bir haber sağlarken, dikkatlerin üzerine çekildiği kişi açısından ortaya çıkan etkiyi muazzam ölçüde arttırmaktadır. *Campbell* davasında, Bayan Campbell'in Adsız Uyuşturucu Müptelaları toplantısından çıkarken çekildiği söylenen ve dört bir tarafta yayımlanan fotoğrafı, az farkla verilen nihai karar bakımından belirleyici olmuş olabilir. *Von Hannover* davasında ise, Prenses Caroline'in şikâyetinin temelinde paparazzilerin sürekli tacizi yatıyordu.

Ulusal mahkemelerin 8. madde ile 10. madde arasındaki denge değerlendirmesine dair anlayışı, Büyük Daire tarafından *Von Hannover/Almanya (No 2)* ve *Axel Springer AG/Almanya* davalarında her ikisi de 7 Şubat 2012 tarihinde verilen önemli kararlar sonucunda bir adım daha ileriye taşınmaktadır. Sözü geçen ilk davada Büyük Daire (oybirliğiyle), Prenses Caroline'in pek mütecaviz sayılmayabilecek fotoğraflarının yeniden basılmasını 8. maddeye yönelik bir ihlal olarak görmezken, tanınmış bir aktörün ciddi bir uyuşturucu suçu iddiasıyla tutuklanması hakkında yüksek tirajlı bir günlük gazetede çıkan bir haberle ilgili ikinci davada (5'e karşı 12 oyla) ihlal tespitine varmıştır. Karşıt görüşteki azınlık ise, *Von Hannover/Almanya (No 1)* kararında ortaya konan AİHM kriterlerini bilinçli bir şekilde uygulamış olan Alman mahkemelerinin vardığı görüşten sapmak için yeterli bir neden olmadığı kanaatindeydi.

Bu iki başvuru Büyük Daire tarafından birlikte görüşülmüştür. Kararların her birinde, haklar arasında denge gözetmeye ilişkin kriterleri birbirine çok yakın ifadelerle dile getiren hayati bir paragraf yer almaktadır. *Von Hannover/Almanya (No 2)* kararında söz konusu paragraflar 109 (genel kamu yararı tartışmasına katkı), 110 (söz konusu kişi ne kadar tanınmış ve haberin konusu ne?), 111 (söz konusu şahsın daha önceki davranışları), 112 (yayının içeriği,

biçimi ve sonuçları) ve 113. (fotoğrafların çekilme koşulları) paragraflardır. *Axel Springer AG/Almanya* kararında buna denk gelen 90-95. paragraflar "bilgi edinme ve doğrulama yöntemi" ile "uygulanan yaptırımın ağırlığı" dışında aynı başlıkları taşımakta ve fotoğraflara bir gönderme yapmamaktadır. İşbu yazı, mevcut iki paragraf dışında, kararların açıklanmasından önce yazılmıştır. Yazıda önerilen üçlü yaklaşım, daha az incelikli olmakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çizdiği son rotayla büyük ölçüde tutarlılık arz ediyor gibi görünmektedir.

Halka mal olmuş kişiler arasında, en azından anayasal anlamda, halka en çok mal olmuş kişiler demokratik yöntemlerle seçilmiş siyasetçilerdir. Avrupa ve Amerika içtihatları, temsili demokraside basının ve bireysel olarak vatandaşların siyasetçileri kırıcı ve ölçüsüz ifadelerle bile olsa eleştirme özgürlüğüne son derece değer verilmesi noktasında birleşmektedir.[12] "Skandal haberciliği" siyasetçileri yolsuzluklardan, ego tatmininden, tutulmayan sözlerden ve yetersizlikten sorumlu tutmanın etkili bir aracı olarak basının önemli bir işlevini oluşturmaktadır. Seçimle gelmiş bir siyasetçi açısından zina davranışının ya da alkol ya da uyuşturucu müptelalığının ifşa edilmesi, kendisinin bu iş için uygun olmadığını ya da bir güvenlik zaafı içinde olduğunu gösteriyor olabileceği için kamunun yararına sayılabilir. Gizli sağlık bilgilerinin ifşası dahi, devlet başkanıyla ilgili olduğunda haklı nedenlere dayalı addedilmiştir.[13]

Yüksek devlet mercilerinde yer alan başka kişiler de –üst düzey kamu görevlileri, hakimler ve akademisyenler– sert eleştirilere açık olmak durumundadır. "Kendi öğüdünü kendisi tutmuyor" ya da yetki ve sorumluluklarını suiistimal ediyor şeklinde bir görünüm yaratıyorsa, bu eleştiriler pekâlâ özel yaşamlarına da sıçrayabilmektedir. *Campbell* davasında, Bayan Campbell'in uyuşturucu kullandığını alenen inkâr etmiş ve kendisini uyuşturucu bağımlısı olan modellerden üstün tutmuş olması (belirleyici olmamakla birlikte) önemli sayılmıştır. Yetki ya da konumunu suiistimal ise özellikle, çok geniş ekonomik kaynakları elinde bulunduran büyük özel sektör şirketlerinin başındaki yöneticiler bakımından önem arz etmektedir. Bu yöneticiler, ister şirket kaynaklarını birlikte yaşadığı partneri yararına suiistimal etmek,[14] ister altında çalışan bir kişiyle ilişki yaşamak söz konusu olsun, özel hayatlarını iş yaşamlarından ayrı tutmayı başaramazsa haklı eleştirilere açık hale gelmektedir.

12 2008 yılında kaleme aldığım Holdsworth Konuşmamda bu yöndeki birtakım atıflar toplu halde yer almaktadır, *The First Amendment and Article Ten: Sisters Under the Skin?* [ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi ve Onuncu Madde: Ruh İkizleri mi?], s. 4-11.

13 *Editions Plon/Fransa* (2006) 42 EHRR 3 (söz konusu materyal Cumhurbaşkanı Mitterand'ın ölümünden bir süre sonra yayımlanmıştır).

14 *Browne/Associated Newspapers Ltd*. [2008] QB 103.

Birleşik Krallık'ta basının son yıllarda dizginlenemeyen davranışları, mahkemelerin hükmettiği oldukça sert tedbir kararlarının, başka bir deyişle "süper tedbirlerin" sayısında endişe uyandırıcı bir artışa yol açmıştır. Bu kararlar kapalı oturumlarda verilmekte ve sadece temel olguların (örneğin evli bir futbolcunun bir kucak dansçısı ile yatıyor olduğu ya da evli bir bankerin işyerinden biriyle yatıyor olduğu) değil, tedbir başvurusu ve kararının da haber yapılmasını yasaklamaktadır. Bu tür tedbirler adaletin aleni bir şekilde dağıtılması gerektiği yönündeki anayasal ilkeyi çiğnemektedir. Bazen ulusal güvenlik nedeniyle ya da küçük çocukların menfaatleri gereği bu ilkenin esnetilmesi gerekmektedir. Fakat zengin bir futbolcunun ya da varlıklı bir bankerin cinsel basiretsizliklerini saklamasına elverişli bir ortam yaratılması, gizlilik kararı verilmesi bakımından rutin bir gerekçe oluşturamaz. Hele ki deliller, davacının ailesini korumaktan ziyade kendi prestijine ya da kazancına yönelik etkiler hakkında endişelendiğini gösteriyorsa, bu daha da geçerli olacaktır.[15]

Özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında, ünlü futbolcular özellikle ilgi çekici bir kategori oluşturmaktadır. Futbolcular boyalı basında bazen iyi, bazen kötü yönde pek çok habere konu edilmektedir. Zaten muazzam olan kazançları, sponsorluk sözleşmeleriyle daha da katlanmaktadır. Bu insanlar genç, sağlıklı ve kadınlar açısından cazip bir konumdadır. Birleşik Krallık mahkemeleri bu futbolcuların genç erkekler açısından "rol model" (belki de şuursuz bir rol model) olarak görülmesi gerekip gerekmediği ve dolayısıyla bunların özel hayatlarındaki davranışlarının bir kamu yararı meselesi oluşturup oluşturmadığı konusunda ikircikli kalmıştır.[16] Sir Stephen Sedley[17] yargı kararları dışında bu konuda birtakım görüşler sunmuş bulunmaktadır:

> "Ahlak bekçisi tahayyülümüz gençlerin zihinlerinde neye denk geliyor diye düşünmek gerek. Muhtemelen, sadece muhtemelen, birtakım delikanlılar büyüdüklerinde [tek gecelik ilişkileri gün ışığına çıkartılmış olan evli bir futbolcunun ismi] gibi futbol oynamak istiyordur. Ailenin Pazar gazetesinde adamın bir kucak dansçısıyla yatıyor olduğu haberi, bu gençlerin rol model olarak artık, örneğin Wayne Rooney'i mi almasını sağlayacak? Yoksa profesyonel bir futbolcu ya da başka bir medya yıldızı olmanın en iyi yanının, dilediğiniz hemen herkesle yatabiliyor olmak olduğu izlenimini mi yaratacak?

15 *Terry/Meçhul Şahıslar* [2006] EWCH 119.

16 Krşl. *A/B Plc* [2003] QB 195 ile *McKennitt/Ash* [2008] QB 73.

17 2006 Blackstone lecture [2006 Blackstone dersleri], yeniden basım Ashes & Sparks (2011) CUP s. 314.

> Bir hakimden, "ünlü biriyle yasak ilişki" haberinin (ve ayrıca söz konusu tedbir kararının) yayınını yasaklayan sert bir tedbir kararı vermesi istendiğinde, bu başvuru genellikle acilen, alelacele hazırlanmış yazılı delillere dayanarak ve taraflardan herhangi biri dinlenmeksizin yapılır. Yani sadece basın değil, "diğer kadın" da dışlanır. Başvuru sahibinin avukatları için, bu kadının kötü niyetli bir fırsatçı, hatta potansiyel bir şantajcı olduğunu öne sürmek çocuk oyuncağıdır. Kadın belki de gerçekten öyledir. Fakat belki de ünlü kişinin şöhretine ve servetine kanıp, kullanıldıktan sonra ıskartaya çıkartılmış toy bir genç kadındır. Belki de gazetedeki haber tamamen farklı bir kaynaktan geliyordur. Evlilik dışı cinselliğin duygusal ve ekonomik dinamikleri çok çeşitlidir."

Hakim Tugenhat, *Terry* davasında[18] verdiği kararda bu hususların birçoğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bay Terry yüksek meblağlı sponsorluk sözleşmelerine imza atmış çok ünlü bir İngiliz futbol oyuncusudur. Evli olan Terry'nin bir modelle ilişkisi olmuştur. Avukatları süper tedbir talep etmiş olup, bu talep başvurusu başarıya ulaşamadığı içindir ki, olağan bir tedbir kararından başka neler istemiş olduklarını tümüyle öğrenmemiz mümkün olmuştur: birincisi, gizli duruşma; ikincisi, sözü geçen herkesin isminin saklı tutulması; üçüncüsü, mahkeme dosyasının mühürlü tutulması; dördüncüsü, yargılamaların varlığının gizliliği; ve beşincisi, hakime sunulan delillerin gizliliği. Dava hakimi bu tedbir taleplerinin hepsini reddetmiştir. Verdiği hükmün açıklanmasını geri bırakarak gerekçelerini sıralamıştır: Öncelikle, davacıyı esas endişelendiren husus özel hayatından ziyade sponsorluk sözleşmeleriydi; ilişki gerçeği dışında, özel hayata müdahale niteliği taşıyan ayrıntılar ya da fotoğrafların yayımlanması yönünde gerçek bir tehlike bulunmuyordu; ve hakim ortada korunmaya değer bir kamu yararı bulunduğu konusunda ikna olmamıştı.

Hakim Tugendhat vardığı kararda genel bir hususa dikkat çekmiştir:[19]

> "Somut davada söz konusu edilen davranışın hukuka aykırı sayılması gerektiği yönünde bir iddia ya da herhangi bir editörün bu yönde bir yorumu mevcut değildir. Ancak çoğulcu bir toplumda bu tür davranışların caydırılması gerektiğini ileri sürenler olacaktır. İşte bu yüzdendir ki sponsorlar, kendi ürünlerini tanıtmaları için para ödedikleri sporcuların toplumsal imajı konusunda hassas davranabilmektedir. İnsanın kendi tercih ettiği

18 *Terry/Meçhul Şahıslar* [2006] EWCH 119.

19 Paragraf 102.

> şekilde yaşama özgürlüğü en değerli özgürlüklerden biridir. Ancak toplumdaki başka insanların davranışlarını sosyal açıdan zararlı ya da yanlış bularak (kanuni sınırlar içerisinde) eleştirme özgürlüğü de öyledir."

İşte doğru istikamet, bu yönde olmalıdır. Sözleşme hakları karşısında, İngiliz hukukundaki "kötülük gizli kalmaz" prensibinin, en azından çok kapsamlı bir nitelendirme yapılmaksızın sürdürülmesinin artık mümkün olmadığı açıktır. Basına, insanların özel hayatlarındaki itibarsız davranışlar hakkında sansasyonel haberler yayımlamak konusunda, bu haberlerin doğru olduğu kanıtlanabilir dahi olsa, genel bir izin verilmiş değildir. Ancak şöhreti ve serveti kamuoyunun hayranlığına bağlı insanların özel hayatlarındaki itibarsız davranışları, bu kişiler anayasal ya da siyasi anlamda halka mal olmuş kişiler olmasa bile, yoruma açık bir konu oluşturabilmektedir. Birleşik Krallık hakimleri denge gözetme işlemini kavramakta olup, bizzat Sir Nicolas Bratza, yakın bir tarihte yargı kararı dışında açıkladığı görüşlerinde,[20] Sözleşme hakları arasında denge gözetilmesi bakımından ikincillik prensibinin önemini vurgulamış bulunmaktadır:

> "Birbiriyle çekişen haklar arasında bir denge gözetilmesi gereken durumlarda [Avrupa İnsan Hakları] Mahkemesi, eğer ulusal mahkemeler ilgili Sözleşme prensiplerini uygulamaya çalışmış ve ilk bakışta keyfilikten uzak ve makul görünen bir denge gözetmiş iseler, bu mahkemeler tarafından bu dengenin gözetilme biçimine müdahale etmek konusunda son derece temkinli davranmalıdır."

20 *The Relationship between the UK courts and Strasbourg* [*Birleşik Krallık Mahkemeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki ilişki*] [2011] EHR Law Review 505, 511.

Medyanın özel alana müdahalesi ve insan hakları: denge gözetmek

Hakim Lady Arden[1]

Başkan Nicolas Bratza, Avrupa insan hakları hukuku alanında mesleki kariyeri boyunca öncü bir isim olmuştur. Uluslararası bir mahkeme yargıcı olarak onun kadar tecrübeli ve bu görevde onun kadar fark yaratan bir başka isim daha çıkar mı bilinmez. Bu nedenledir ki, ona adanmak üzere yazdığım bu yazı beni çok gururlandırıyor. Bu yazıda, açıklamaya çalışacağım nedenlerden ötürü Birleşik Krallık'ta tartışmalı bir konu olan medyanın özel hayata müdahalesi alanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kimi kazanımlarını özetlemek istiyorum. Medya ile kişi arasında gözetilmesi gereken denge meselesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok davada önüne çıkan bir konudur.

Medyanın özel alana müdahalesi: Sözleşme'nin genel yaklaşımı[2]

Medyanın özel hayata müdahalesini, yani bir kişi hakkında daha önce açıklanmamış gizli bilgilerin medya tarafından yayımlanmasını, 8.[3] ve 10.[4] maddeler olmak üzere Sözleşme'nin iki maddesi kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. 8. madde uyarınca kişinin özel hayatına ve aile yaşamına saygı gösterilmesi gerekmekte, ancak aynı zamanda, medya da dahil olmak üzere, başkalarının da 10. madde kapsamında bir ifade özgürlüğü hakkı bulunmaktadır. Demek oluyor ki, basının mesnetsiz bilgi ifşaları da dahil olmak üzere özel hayata ve aile yaşamına yönelik risklere karşı koruma sağlanma-

1 İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi üyesi.

2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atfen kısaca Sözleşme tabirini kullanıyorum.

3 8. madde özel hayata ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkını güvence altına almaktadır. Şu hükmü taşımaktadır: "(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

4 10. madde ifade özgürlüğü hakkını güvence altına almaktadır. Şu hükmü taşımaktadır: "(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 tâbi tutmalarına engel değildir. (2) Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ya da kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ya da yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar ya da yaptırımlara tâbi tutulabilir."

sı gerekmekle birlikte, basın özgürlüğü de başka yönlerden güvence altına alınmaktadır. Mahkeme[5], "özel hayat" kavramının geniş bir kavram olduğunu vurgulamaktadır. Tam anlamıyla kapsayıcı bir tanımı bulunmamakla birlikte, kişinin itibarının[6] yanı sıra şahsiyetiyle ilgili daha belirgin hususları ilgilendiren, örneğin kişinin adı, fotoğrafı ya da fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne[7] yönelik korumayı da içermektedir. Geleneksel olarak Mahkeme, kişinin 8. madde kapsamındaki hakkını, son tahlilde, kendini gerçekleştirme bağlamında görürken, medya tarafından kullanılan 10. madde hakkını demokratik bir toplumda kamu yararı içeren konularda yürütülen tartışmalara katkıda bulunma hakkı olarak nitelendirmektedir.

Öncelikle, Sözleşme'nin medyanın özel hayata müdahalesi konusuna yaklaşımına dair başlıca altı noktanın altını çizmek gerekir.

Birincisi, Sözleşme sistemi kapsamında, askıya alınamaz haklar dışında, koruma kapsamındaki haklar arasında bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Bu hakların hepsi temel haklar olup, 8. maddenin 10. maddeden üstün olduğu, ya da tam tersi, söylenemez.

İkincisi, 8. ve 10. haklar kısıtlanabilir haklardır. Yani Sözleşme demokratik ve çoğulcu bir toplumda bu hakların sınırları olduğunu teslim etmektedir. Örneğin devletin özel hayata saygı gösterme yükümlülüğü, başta kamu yararı olmak üzere 8(2). maddede yer alan mülahazalarla kısıtlanabilir.

Üçüncüsü, 10. madde kapsamında ifade özgürlüğünü kullandığını iddia eden medyanın, bir kişinin 8. madde tarafından korunan özel hayatına müdahalede bulunduğu öne sürüldüğünde 8. ve 10. madde genellikle birbiriyle uyuşmazlık içerisine girer.

Bu gibi durumlarda, somut koşullar altında her bir hakka yüklenmesi uygun ağırlığı tespit edebilmek için bir denge değerlendirmesi yapılması gerekir.[8] Ancak hakların eşit statü ve öneme sahip olması dolayısıyla, Mahkeme şu hususu vurgulamaktadır:

> "[bir] başvurunun sonucu, teoride, Mahkeme'ye Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında haberin konusunu oluşturan kişi tarafından mı, yoksa 10. maddesi kapsamında yayıncı tarafından mı sunulduğuna göre değişiklik göstermemelidir."[9]

5 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne atfen kısaca Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na atfen de kısaca Komisyon tabirini kullanıyorum.

6 *Axel Springer AG/Almanya* (başvuru no. 39954/08), paragraf 83.

7 *Von Hannover/Almanya (No. 2)* (başvuru no. 40660/08 ve 60641/08), paragraf 95.

8 Bkz. örneğin, *Re S (FC) (çocuk)* [2004] UKHL, 47, Lord Steyn tarafından paragraf 17.

9 *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, *a.g.k.*, paragraf 106.

Dördüncüsü, Mahkeme sürekli olarak özgür basının önemini ve kamu bekçisi olarak üstlendiği "hayati rolü" teyit etmektedir.[10] Geçmişe baktığımızda, özgür ifade haklarına getirilen sınırlamaların genelde demokratik prensiplere yönelik saldırılara eşlik ettiğini ya da bunların habercisi olduğunu görmekteyiz.

Beşincisi, 10. madde kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkı genel kabul gören fikirlerle sınırlı değildir.

> "Yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'bilgi' ve 'fikirler' için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de geçerlidir. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın 'demokratik toplum' olmaz."[11]

Altıncısı, Mahkeme, gazetecilerin kaynaklarını da ifşadan korumaktadır. Bu koruma olmadan gazetecilerin hayati rollerini yerine getirmeleri mümkün olmazdı.

Giriş niteliğindeki bu açıklamaların ardından, şimdi medyanın müdahalesi konusunda Mahkeme'nin kazanımlarını ele alacağım.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin geliştirdiği sorumlu gazetecilik kavramı

Kanaatimce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının kişinin hakları ile medyanın hakları arasında denge gözetilmesi meselelerini çözmek konusunda yaptığı en büyük katkı, sorumlu gazetecilik kavramını geliştirmek olmuştur. Mahkeme, medyanın bir kişinin özel hayatının gizliliğine ilişkin haklarını çiğnemekten kaçınmak için uyması gereken bir dizi norm geliştirmiş bulunmaktadır. Aşağıda incelediğim davalarda bu normların örneklerini bulabilirsiniz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihatlarında, olgular ile fikir ve düşünceler arasında bir ayrım yapmaktadır. Demek oluyor ki, gazetecilerin olgulara ilişkin haber yaparken bilginin doğruluğunu kontrol etmek amacıyla genelde birtakım adımlar izlemesi gerekmektedir. Değer yargılarını ifade ederken ise, söz konusu değer yargısında bulunulmasına elverecek yeterli bir

10 Bkz. örneğin, *The Sunday Times/Birleşik Krallık* (1992) 14 E.H.R.R. 229, s. 241.

11 *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, *a.g.k.*, paragraf 101.

dayanağa sahip olmaları gerekir. *Pedersen/Danimarka*[12] davası bu noktada örnek oluşturmaktadır. İki televizyon muhabiri tanınmış bir Polis Komiserinin bir cinayet davasında kasten delil kararttığına dair iddialarda bulunmuştur. Mahkeme, polis memuru vb. kamu görevlileri açısından kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sıradan vatandaşlara oranla daha geniş olmakla birlikte, bu bağlamda siyasetçilerle de aynı düzeyde görülemeyeceklerini dile getirmiştir. *Pedersen* davasındaki iddialar eleştiri sınırlarını aşmış ve ciddi bir suçlama teşkil etmiştir. Dahası, söz konusu iddiaların niteliği ve ciddiyeti düşünüldüğünde, gazetecilerin vardıkları sonuçları haklı kılmak bakımından sadece tek bir tanığın beyanlarına dayanmaları mümkün değildir.[13] Varılan çıkarımlar ve yayımlanan iddialar nedeniyle kişinin itibarına zarar gelme riski bulunduğunda, basının olguları kontrol ederken özellikle dikkatli davranması beklenir.

Ancak Mahkeme, basının önemli rolünü yerine getirmesine engel olabilecek aşırı külfetli yükümlülükler dayatmamak konusunda da dikkatli davranmaktadır. İşte bu nedenledir ki, gazeteciler resmi raporlarda yer alan bilgileri doğruluğunu kontrol etmeden kullanabilir. *Bladet Tromsø/Norveç*[14] davasında bir gazete, fok avcılığı ticaretini açığa çıkartan bir yazı dizisi yayımlamıştır. Bu yazılarda yer alan, fok avcılığı konusundaki yasal düzenlemelerin ihlal edildiği, avcıların hayvanlara zulmettiği –haberin başlığı "Fok derileri canlı canlı yüzülüyor" idi– ve avcıların bir keresinde avcılık müfettişini tartaklamış olduğu izlenimi uyandıran birtakım beyanlara kimi avcılar tarafından itiraz edilmiştir.

Ancak bu iddialar gazetenin kendisinden kaynaklanıyor olmayıp, doğrudan Norveç Balıkçılık Bakanlığı tarafından fok avını izlemek üzere görevlendirilmiş bir kamu müfettişi tarafından resmi sıfatıyla hazırlanmış bir rapordan alınmıştı. Mahkeme "basının, haklı endişe uyandıran konulara ilişkin kamuoyu tartışmalarına katkıda bulunurken, normalde, bağımsız bir araştırma yürütmeksizin resmi raporların içeriklerine dayanma hakkı bulunması gerektiği, aksi takdirde basının hayati öneme sahip kamu bekçiliği rolünün zarar görebileceği" kanaatine varmıştır.[15]

Dahası, fikir ve düşünce beyanları söz konusu olduğunda, gazetecilerin ileri sürdükleri görüşü her durumda aksi yöndeki bir görüş beyanıyla dengelemeleri gerekmemektedir. *Jersild/Danimarka*[16] davasında bir televizyon muhabiri, Danimarka'da Greenjackets olarak tanınan ırkçılık ve ırksal üstünlük düşünce-

12 (2006) 42 E.H.R.R. 24.
13 Bkz. paragraf 78-80 ve 84-89.
14 (2000) 22 E.H.R.R. 125.
15 (2000) 29 E.H.R.R. 125, paragraf 68.
16 (1995) 19 E.H.R.R. 1.

lerini savunan radikal bir topluluk hakkında kısa bir haber hazırlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gazetecinin dengeleyici ya da karşıt nitelikte herhangi bir görüş sunmamış olmakla birlikte, röportaj yapılan kişilerin ırkçı yorumları ile kendisi arasına açık bir çizgi çekmiş olduğunu dile getirmiştir. Ayrıca söz konusu beyanlardan bazılarına karşı çıkarak, bu ırkçı ifadelerin Danimarka'daki anti-sosyal eğilimin bir parçası olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme, bu noktada amacın ırkçı beyan ve düşüncelerin propagandasını mı yapmak, yoksa daha geniş bir tartışmaya katkı sunmak amacıyla sadece bu konular hakkında haber mi yapmak olduğunu tespit etmeyi önemli bulmuştur.[17]

Mahkeme'nin bu konulardaki değerlendirmesinin ve dolayısıyla ulusal mahkemeler tarafından Sözleşme kapsamında yürütülmesi gereken değerlendirmenin sürece yönelik olduğu açıktır: Gazeteci gereğince araştırma yapmış mıdır? Görüş ya da iddiayı yeterli bir olgusal temele dayandırmış mıdır? Bu soruların haberin içeriğiyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Bu noktada sürece vurgu yapılması hiç şüphesiz ki kasıtlı bir seçimdir: Hukuk içeriğe karıştığı anda, basın üzerinde "caydırıcı etki"[18] doğurma riski bulunmaktadır. Sürece yönelik bu şartların etkisi ise gazetecilikte yüksek standartları teşvik etmektedir. İşte bu nedenle Mahkeme, bireyleri basının müdahalesine karşı korumak, ancak demokrasilerdeki hayati rolünü yerine getirebilmesi için de güçlü bir basını tehlikeye atmayıp teşvik etmek yönünde gerçek ve faydalı bir etkiye sahip bir dizi prensip geliştirmiş bulunmaktadır.

Şimdi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kamu yararı kavramını geliştirdiği davalara göz atalım. Siyasetçilerin özel hayatlarını konu alan haberlerin yayınıyla ilgili olarak basının rolünü ele alan davalarla başlamak istiyorum. Siyasetçiler hakkındaki hususların ifşası demokrasi açısından çoğu zaman faydalıdır. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, bir siyasetçi söz konusu olduğunda kabul edilebilir eleştiri sınırları sıradan bir kişiye oranla daha geniştir. *Lingens/Avusturya*[19] davasında, gazeteci olan başvurucu, Avusturya Şansölyesini eski Nazi SS mensuplarını siyasi nedenlerle korumak ve bunların Avusturya siyasetine girmesine olanak sağlamakla suçlayan iki yazısından ötürü ulusal mahkemeler tarafından hakaret suçundan mahkum edilmişti. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi siyasetçiler açısından kabul edilebilir eleştiri sınırının sıradan insanlara oranla çok daha geniş olduğunu, siyasetçiler hakkında medyada çıkan haberlerin halkı bilgilendirdiğini ve insanların siyasetçiler hakkında fikir sahibi olması-

17 *A.g.k.*, paragraf 34-35.

18 Yaptırıma uğrama korkusuyla ifade özgürlüğüne ket vurulması halinde "caydırıcı etki"den söz edilmektedir.

19 (1986) 8 E.H.R.R. 407.

nı sağladığını dile getirmiştir. Mahkeme, Avusturya mahkemeleri tarafından dile getirilen medyanın işlevinin bilgi yaymak olup, bu bilgilerin yorumunu halka bırakması gerektiği şeklindeki görüşü kabul etmemiştir. Bir siyasetçi "her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve daha geniş anlamda kamuoyunun sıkı denetimine açmaktadır ve bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır". 8. madde siyasetçiler açısından kamusal görevleri çerçevesinde hareket ettiklerinde dahi geçerli olmakla birlikte, "bu gibi durumlarda söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartılıp değerlendirilmelidir".[20]

Mahkeme'nin halka mal olmuş kişilere ilişkin haberlerde gazetecilere daha geniş bir serbesti tanımasına dair bir başka örnek de *Editions Plon* davasıdır.[21] Adı geçen davada Mahkeme, bir Fransız yayıncının, ölümünden kısa bir süre sonra eski Fransa Cumhurbaşkanı François Mitterand'ın kanser hastalığının detaylarını anlatan bir kitap basma hakkını korumuştur. Cumhurbaşkanı Mitterand hayatta iken, hastalığına ilişkin detaylar kamuoyuna açıklanmamıştı. (Hatta kendisi düzenli olarak sağlık bültenleri yayımlamış, fakat hastalığından hiç bahsetmemiştir). Mahkeme, kitabın basılmasını, vatandaşların devletin başındaki kişinin yaşadığı her türlü ciddi sağlık sorunundan haberdar olma hakkı ve ağır hasta olduğu bilinen bir kişinin en yüksek devlet makamında bulunmasının uygun olup olmadığı ile ilgili genel anlamda kamuoyunu ilgilendiren geniş bir tartışmaya dahil görmüştür. Öte yandan, Avusturya'daki bir günlük gazetenin o sırada görevde olan Avusturya cumhurbaşkanının eşinin boşanma davası açma niyeti ve evlilik dışı ilişkileri hakkında söylentiler yayımladığı için ulusal mahkemeler tarafından sansüre uğratılmasında 10. maddeye aykırı bir durum bulunmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme'nin tespitine göre:

> "bir siyasetçinin sağlığı ile ilgili olarak kimi durumlarda kamuoyunu ilgilendiren bir mesele oluşturabilecek bilgiler ... ile evliliğinin durumu ya da evlilik dışı ilişki iddiaları hakkındaki mesnetsiz söylentiler arasında bir ayrım bulunmaktadır ... böylesi söylentiler basının 'kamu bekçiliği' rolünün yerine getirilmesi bakımından herhangi bir kamuoyu tartışmasına katkıda bulunmayıp, sadece belirli bir okur kitlesinin merakını gidermeye yaramaktadır."[22]

20 Paragraf 41-43.

21 *Editions Plon/Fransa* (2006) 42 E.H.R.R. 36. Mahkeme'nin, kitabın yayımlanmasını kısa vadede yasaklayan bir ihtiyati tedbir kararı verilmesinde 10. maddeye yönelik bir ihlal tespit etmemiş olduğu belirtilmelidir. 10. maddeyi ihlal ettiği saptanan husus bu yasağın devamlılığıdır.

22 *Standard Verlags GmbH/Avusturya (No. 2)* (başvuru no. 21277/05), paragraf 52.

Şimdi sıradan vatandaşlarla ilgili olaylarda kamu yararı meselesine göz atalım. Kamu yararı bulunması şartı bu bağlamda da aranmaktadır. Bu şart, bireylerin medyanın müdahalesinden korunmasında esaslı bir rol oynamaktadır. Bunun tespiti genellikle kolay değildir. Ancak Mahkeme, söz konusu hususun ifşasında kamu yararı bulunup bulunmadığı sorusuna hayli önem atfetmektedir. Bir kişi hakkındaki gizli bilgilerin ifşasında hiçbir kamu yararı bulunmuyorsa, genelde 8. maddeye yönelik bir ihlal saptanmaktadır.

Prenses Caroline von Hannover/Almanya[23] davasında (bundan böyle, ilerleyen sayfalarda ele alacağım ikinci *von Hannover* davasından ayırt edebilmek amacıyla bu davayı *von Hannover (No. 1)* olarak anacağım) Mahkeme şu hükme varmıştır:

> "Örneğin siyasetçilerin resmi görevlerini icralarıyla ilgili olarak, demokratik bir toplumda yürütülen bir tartışmaya katkı sağlayabilecek olguların aktarılması ile böyle bir görevin icrasında bulunmayan bir kişinin özel hayatıyla ilgili ayrıntıların aktarılması arasında temel bir ayrım yapılması gerekmektedir. ... İlkinde, basın, kamu yararı içeren konularda bilgi ve fikirleri yayarak demokrasideki 'kamu bekçiliği' rolünü yerine getirirken, ikinci durumda bu rol o denli önemli görünmemektedir."

Bir konunun kamu yararı içerip içermediğinin tespiti tüm koşulların titizlikle değerlendirilmesine bağlıdır. Bir kişinin özel hayatı hakkındaki bilgilerin yayımlanmasında kamu yararı bulunması için, demokratik bir toplumda yürütülen tartışmaya katkı sağlıyor olması gerekir. Büyük Daire'nin[24] *von Hannover (No. 2)* davasında verdiği yakın tarihli karar, Mahkeme'nin bu meselelere ilişkin yaklaşımını ortaya koymaktadır. Adı geçen davada, Prenses'in bir kayak tatili sırasında çekilmiş fotoğraflarının 8. maddeyi ihlal etmeden yayımlanıp yayımlanamayacağı söz konusu edilmiştir. Medya bu hususta bir kamu yararı bulunduğunu, zira Prenses'in söz konusu tatile babası olan Monako Prensi III. Rainier ağır hasta iken çıkmayı tercih etmiş olduğunu öne sürmekteydi. Fotoğraflar gizlice ya da mahcubiyet yaratacak koşullarda çekilmemişti.

Söz konusu üç fotoğraf şunlardır: Fotoğraflardan ilkinde prenses ve eşi Prens Ernst August bir kayak tatili sırasında St Moritz'de yürüyüşe çıkmış halde resmedilmekteydi ve fotoğrafın yanında tatil hakkında bir yazı da yer almaktaydı. Sözü geçen kişiler fotoğrafın çekildiği esnada işlek bir caddede bulunuyor olmakla birlikte, fotoğraf ve yazı kamuoyu tartışmasına herhangi

23 (2005) 40 E.H.R.R. 1.

24 Bu yazıda Büyük Daire'ye yapılan atıflar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Büyük Dairesine yöneliktir.

bir katkıda bulunmamaktaydı ve esasen sırf eğlence olsun diye yayımlanmıştı. Tatiller, kamuoyunda çok tanınmış isimler söz konusu olduğunda bile, kişinin tamamen özel alanına girmektedir.

İkinci fotoğrafa Monako'da her yıl düzenlenen "Gül Balosu" ile ilgili bir yazı eşlik etmekteydi. Gül Balosu tek başına değerlendirildiğinde pekâlâ çağdaş toplumu ilgilendiren bir olay olarak nitelendirilebilirse de, Prenses'in telesiyejde görüntülendiği bu fotoğrafın yazıyla ya da Gül Balosu'yla hiçbir bağlantısı bulunmamaktaydı. Fotoğrafın bilgi yönünden pek bir değer taşımaması dolayısıyla, kamuoyunun merakı karşısında özel alanın korunması ağır basmalıdır.

Ancak son fotoğraf diğerlerinden ayrı tutulmuştur. Bu fotoğrafta da Prenses ve eşi tatil sırasında bir sokakta yürürken görünmekle birlikte, fotoğrafa eşlik eden yazıda Prenses'in babasının hastalığı ele alınmaktaydı. Prens Rainier'in o sırada tahtta oturduğu düşünülecek olursa, bu haber doğrudan çağdaş toplumu ilgilendiren bir olayı konu almaktaydı. Fotoğraf tek başına değerlendirildiğinde hiçbir bilgi değeri taşımamakla ve kamuoyuna hiçbir katkı sunmamakla birlikte, beraberindeki yazıyı da dikkate alarak değerlendirilmek durumundaydı. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Prens Rainier'in hastalığı sırasında ailesinin ne şekilde davranışlar sergilediği sorusunun bu haberin meşru bir yönünü oluşturduğuna kanaat getirmiştir. Bu bağlamda Prenses'in tatilde çekilmiş fotoğrafı haberi hem desteklemekte, hem de örneklendirmekteydi. Yazının niteliği ve sunulma biçimi bu değerlendirme açısından önem taşımamaktadır; zira (mütecaviz ifadeler vb. dışında) bu hususların dikkate alınması halinde yazı işlerine tanınan geniş takdir yetkisine haksız biçimde müdahale edilmiş olacaktır.

Büyük Daire de, son fotoğrafın Prenses'in Sözleşme kapsamındaki hakları ihlal edilmeksizin yayımlanabileceği hususunda Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin değerlendirmesine katılmıştır. "Prens Rainier'in hastalığının, Alman mahkemeleri tarafından dile getirilen gerekçelere binaen ... çağdaş toplumu ilgilendiren bir olay olarak nitelendirilmesini makul sınırları aşan bir durum olarak değerlendirmek mümkün değildir."[25] Dolayısıyla basın "Prens'in çocuklarının ailevi dayanışma yükümlülüklerini, tatile çıkma arzusu da dahil olmak üzere özel hayatlarındaki meşru ihtiyaçlarla nasıl bağdaştırdığı" hakkında haber yapma hakkına sahipti.[26] Büyük Daire bunun sadece basının kamu yararını içeren konularda bilgi ve fikir yayma hakkıyla değil, aynı zamanda kamuoyunun bu bilgi ve fikirleri edinme hakkıyla da ilgili olduğunu yinelemiştir.

25 *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, *a.g.k.*, paragraf 118.

26 Paragraf 117.

Kraliyet ailesinin prensin ağır hastalığına nasıl yaklaştığı hakkında bilgi edinmenin nasıl bir kamu yararı içerdiği kolayca kavranabilir bir husus değildir. Bu nedenledir ki, söz konusu dava son derece uç bir örnek gibi görünmektedir; zira kraliyet ailesinin tavrı anayasal açıdan önem taşıyan bir konu teşkil etmiyordu. Öte yandan Büyük Daire bu olayda ulusal mahkemenin değerlendirmesinden etkilenmiş olabilir. Mahkeme'nin bir konunun kamu yararı içerip içermediği hususunda tereddütte kaldığı duumlarda ulusal mahkemelerin söz konusu yayını kamu yararıyla ilintili görüp görmediğine bakması, akıllıca bir yaklaşımdır. İfade özgürlüğü prensipte elbette ki resim ve fotoğrafların yayımlanması hakkını da içermektedir. Ancak bu resim ve fotoğraflar haberin metninden daha ağır bir müdahale oluşturabilir. Mahkeme'nin yine *von Hannover (No. 1)* kararında saptadığı üzere:

> "bu alan, başkalarının hak ve itibarlarının korunmasının özel önem arz ettiği bir alandır. Somut dava, 'fikirlerin' değil, bir kişi hakkında son derece kişisel hatta mahrem 'bilgiler' içeren görsellerin yayılmasıyla ilgilidir. Üstelik, magazin basınında yer alan fotoğraflar genellikle, söz konusu kişinin özel hayatına yönelik son derece yoğun bir müdahaleye hatta zulme uğradığı duygusuna kapılmasına neden olan süregiden bir taciz ortamında çekilmektedir."[27]

Benzer biçimde, Büyük Daire, *von Hannover (No. 2)* kararında da "kamuoyunca tanınmayan sıradan bir kişinin fotoğrafının yayımlanmasının yazılı bir habere oranla çok daha esaslı bir müdahale teşkil edebileceğini" hatırlatmıştır.[28] Nitekim "bir fotoğrafın yayımlanması, Mahkeme'nin kanaatine göre özel hayatın gizliliği hakkı bakımından genelde, kişinin sadece isminin geçirilmesine oranla daha esaslı bir müdahale olarak görülmelidir."[29]

Ayrıca, fotoğrafın çekildiği koşullar da önemli addedilmektedir. *Von Hannover (No. 1)* davasında olduğu gibi, fotoğrafı çekilen kişi gazetecilerin girişini katı kurallara bağlayan özel bir kulüpte bulunduğu sırada teleobjektif kullanılarak gizlice çekilen fotoğraflar söz konusu olduğunda, Mahkeme bu hususu karar açısından belirleyici olmamakla birlikte yayın aleyhinde bir faktör olarak dikkate alacaktır.[30]

Mahkeme tarafından geliştirilen sorumlu gazetecilik kavramının temel unsurları işte bunlardır. Bu kavram medyanın ne zaman bir kişinin özel ha-

27 Paragraf 59.

28 Paragraf 113.

29 *Eerikäinen ve Ors/Finlandiya* (başvuru no. 3514/02), paragraf 70.

30 Bkz. *von Hannover (No. 1)*, paragraf 68; ayrıca bkz. *von Hannover (No. 2)*, paragraf 113 ve 122.

yatına müdahalede bulunan materyalleri yayımlayabileceğini tespit etmekte kullanılmaktadır. Yine yakın tarihli *Axel Springer AG/Almanya*[31] kararında Büyük Daire, gayet faydalı bir şekilde bu alandaki içtihatlarını birleştirmeye çalışmıştır. Bu son derece önemli gelişmeye eğilmeden önce, davadaki olayları ele almak istiyorum.

Axel Springer davası tanınmış bir Alman aktörün bir bira festivalinde "orta ağırlıkta" uyuşturucu suçundan ötürü tutuklanmasıyla ilgiliydi. Büyük Daire şu hususları dile getirmiştir:

> "96. (...) söz konusu haberler aktör X'in tutuklanması ve mahkumiyetiyle, yani belirli bir genel kamu yararı içeriyor addedilebilecek aleni yargısal olaylar ile ilgilidir. Kamuoyunun prensip olarak ceza yargılamaları hakkında bilgilendirilmekte –ve bilgi edinebilmekte– bir menfaati bulunmakla birlikte, masumiyet karinesine sıkı bir şekilde riayet edilmelidir (...) Ancak bu menfaatin derecesi, söz konusu kişinin tanınma derecesi, olayın koşulları ve yargılamalar sırasında ortaya çıkabilecek her türlü başkaca gelişme gibi bir dizi farklı faktöre bağlı olarak –yakalanma anından itibaren–yargılamaların gidişatı içerisinde evrilebileceği için değişime uğrayacaktır."

Büyük Daire, ulusal mahkemeler söz konusu haberlerin yayınına haksız bir şekilde kısıtlama getirmiş olduğu için 10. maddeye yönelik bir ihlal bulunduğu kanaatine varmıştır. Büyük Daire'yi bu sonuca ulaştıran başlıca faktörleri belirtmek yeterli olacaktır. Gazete tutuklamanın ayrıntıları hakkında haber yaparken sorumlu bir davranış sergilemiştir. Gazetenin muhabiri, tutuklama anına tanıklık etmiştir. Savcılıktaki basın görevlisinin de tutuklamanın niteliğini teyit etmiş olması özellikle önem taşımıştır.[32] Gazete bu bilgiye dair hiçbir yorum yapmamış; sadece bilgiyi yayımlamıştır. Büyük Daire, bir haberde "hangi açıdan bakılırsa bakılsın, kamuoyunun dikkatini çekmek üzere kaleme alınmış birtakım ifadeler bulunmasının, Mahkeme içtihadı kapsamında başlı başına bir mesele oluşturamayacağına" kanaat getirmiştir.[33] Söz konusu aktör daha öncesinde özel hayatını röportajlarda konu etmiş olmakla birlikte, Büyük Daire bunun bir kişiyi tam anlamıyla korumadan mahrum bırakmadığını kaydetmiştir.[34] Söz konusu bilgiler demokratik bir toplumda yürütülen tartışmaya katkı sağlamaya elverişliydi. Aktör tanınmış bir kişi olduğundan, halka mal olmuş bir kişi addedilebilirdi.[35]

31 *A.g.k.*
32 Paragraf 102-107.
33 Paragraf 108.
34 Paragraf 101.
35 Paragraf 97-100.

Şimdi Büyük Daire'nin bu davada, içtihatlarında bu konuda geçen kriterleri önemli bir şekilde derleyip toplamış olmasına değinmek istiyorum. Bu kriterler, kişinin 8. madde kapsamında sahip olduğu hak ile basının 10. madde kapsamındaki hakkı arasında bir denge gözetirken ulusal mahkemeler tarafından göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir. Bu derleme, Büyük Daire'nin uzunca bir paragrafında ortaya serilmektedir. Bu yazıda paragrafın tamamını alıntılamak mümkün olmamakla birlikte, ayrıntılı bir şekilde dile getirilen kriterler şöyle özetlenebilir:

> i. *Kamu yararı içeren bir konuda tartışmaya katkı sunmak*. Bu, bir kişinin 8(1). madde kapsamındaki hakkına yönelik her türlü müdahale açısından olmazsa olmaz bir önkoşuldur.
>
> ii. *Söz konusu kişinin ne kadar tanınmış olduğu ve haberin konusu*. Büyük Daire örneğin söz konusu kişinin sıradan bir vatandaş olup olmadığını, yapılacak değerlendirme açısından önem arz eden bir husus olarak görmüştür. Ayrıca Büyük Daire, fotoğrafların sırf okurun merakını gidermek için kullanılmasına karşı uyarıda bulunmuştur.
>
> iii. *Söz konusu kişinin önceki davranışları*. Kişinin örneğin daha önce basınla özel hayatını konuşmuş olması önem arz eden bir faktör olacaktır.
>
> iv. *Bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu*. Yukarıda değinildiği üzere, gazeteciler yeterli olgusal temellere dayanarak hareket etmelidir. Dolayısıyla, örneğin haberi sadece *Twitter*'da[36] görmüş olmak yeterli olmayabilir. Ayrıca yayının bir kişinin çöp tenekesinden bulunmuş olması ya da usulsüzce ifşaya teşvik edilmiş bir kamu görevlisinden edinilmiş olduğu bilinen gizli bilgilere dayanması aleyhte bir faktör sayılabilir.
>
> v. *Yayının içeriği, biçimi ve sonuçları*. Örneğin yerel bir gazetede mi, ulusal bir gazetede mi basılmış?
>
> vi. Bir yargı organı tarafından yaptırımda bulunulduğunda, *söz konusu yaptırımın ağırlığı*.

36 *Twitter*, kullanıcıların en fazla 140 karakterden oluşan ve "tweet" olarak adlandırılan metin esaslı mesajlar gönderip okumasına olanak sağlayan geniş bir kullanıcı ağına sahip bir çevrimiçi ağ hizmetidir.

Bu yaklaşım, bir kişinin özel hayatına müdahale eden bir haberin basının ifade özgürlüğü uyarınca yayımlanması gerekip gerekmediğine yönelik tespit bakımından son derece ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Uzun yıllar boyunca bir referans niteliği taşıyacağı açıktır. Yukarıda izah ettiğim üzere, ulusal mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanınmış olmakla birlikte, Büyük Daire bihassa savcılık tarafından öncesinde bir ifşaatta bulunulmuş olması nedeniyle, 10. maddeye yönelik ihlal tespit etmeye devam etmiştir. Ancak, ulusal mahkeme önem arz eden tüm kriterleri değerlendirmiş olduğunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin farklı bir sonuca ulaşmak için sağlam bir gerekçesi bulunması gerekeceğini de vurgulamıştır.[37] Mahkeme'nin sorumlu gazetecilik gibi önemli bir konuda içtihadına netlik kazandırması takdir edilmesi gereken bir tavırdır. Dahası, yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü, örneğin olguların kontrol edilmesiyle ilgili olarak getirdiği sürece yönelik şartlar da yüksek bir bilgeliğe işaret etmektedir.

Ancak, buradan hareketle varılabilecek daha genel bir sonuç da bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ulusal mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanıyarak, aynı zamanda, sözleşmeci devletlerde basın özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği konularına yönelik farklı yaklaşımlar bulunduğunu da teslim etmektedir. Örneğin Alman mahkemelerinin *Axel Springer* davasında özel hayatın gizliliğine ilişkin haklara odaklanması başka bir sözleşmeci devlet açısından bakıldığında hayli şaşırtıcı görünebilir. Bir devlet sanığın cezasını çekip ıslahı bakımından isminin açıklanmasını zarar verici bulup yasaklarken, bir başka devlet bunun aksine, genel anlamda toplumun suç işleyen kişileri bilmeye hakkı olduğunu söyleyebilir. Bu alanda devletler arasında meşru bir yaklaşım çeşitliliğinin bu şekilde zımnen tanınması önemlidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son derece memnuniyetle karşılanan bir başka mesajı da, ulusal mahkemelerin 8. madde ile 10. madde arasında denge gözetirken en azından sözü geçen tüm kriterleri ele almış olması kaydıyla, Mahkeme açısından bir sorun saptanmayacağı yönündedir. Böylece ikincilliğin tanınması anlamında dev bir adım atılmış olmaktadır.

Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi medya özgürlüğünün niteliğini inceleyerek neyin kamu yararı oluşturduğuna dair hassas kriterleri ön plana çıkarmaktadır. Medya özgürlüğü her şeyden önemlisi, demokratik bir toplumda yürütülen tartışmaya katkıda bulunma özgürlüğüdür. Bu nedenledir ki medya özgürlüğü sadece gerçeğe yönelik arayışla sınırlı olmadığı gibi, her zaman zarar verme kapasitesiyle de sınırlı değildir. Esasen kitlenin iletişim ihtiyaçlarıyla ilgilidir.

37 Paragraf 88.

Son olarak, basından yükselen siren sesleri, sıklıkla bu iletişim ihtiyaçlarının kamuoyu tarafından belirlenmesi gerektiği görüşünü dile getirmektedir. Buna göre, kamuoyunun okumak istediği bir haber olması halinde, kişinin özel hayatına yönelik her türlü müdahalenin haklı kılınması mümkün olabilecektir. Mahkeme bu görüşe inatla direnmektedir. Basının, konu halka cazip geliyorsa yayımlanması kamunun yararınadır demesi hiçbir şekilde yeterli değildir.

Basının zararlı olma potansiyeli taşıyan gizli materyalleri yayımlama niyetini söz konusu kişilere önceden bildirmesi gereği bakımından devlete düşen pozitif yükümlülük

Basın kimi ülkelerde güçlü bir konuma sahiptir. Kişinin itibarına gelen zararlardan ötürü tazminat hakkı pek bir teselli oluşturmayabilmektedir. Basının özel hayata müdahalede bulunarak kusurlu davranması kişinin itibarı açısından büyük zararlar doğurabilmektedir. Ayrıca tazminatın sınırlandırılması da büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu materyal internette ve Twitter'da tekrar tekrar yayımlanabilmekte ve dolayısıyla materyali geri almak mümkün olmayabilmektedir. Bu yüzden, özel hayatının gizliliği kusurlu bir davranışla ihlal edilmiş olan kişi açısından muazzam bir zarar ortaya çıkabilmektedir.

Sözleşme, devletlere, kişi lehinde denge sağlama yönünde pozitif bir yükümlülük getirmekte midir? *Mosley/News Grubu Gazeteleri*[38] davasında Sayın Mosley, özel hayatı hakkında hiçbir kamu yararı içermeyen bilgilerin yayımlanmasından ötürü İngiliz mahkemeleri önünde gazete aleyhinde tazminat davası açmıştır. Tazminata hükmedilmiş, ancak tedbir talebi reddedilmiştir. Bilgiler halihazırda kamusal alana yayılmış olduğundan, bu zafer büyük kayıplarla elde edilmiştir. Mosley daha sonrasında davasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşımıştır. Devletin bir ön bildirim şartı getirmemiş olması nedeniyle 8. maddeye yönelik bir ihlal bulunduğunu öne sürmüştür. Sözü geçen şart, gazetenin söz konusu kişiye özel bilgilerin ifşası hakkında önceden bildirimde bulunmasını gerektirecektir. Böylece kişinin ifşayı engelleyen bir tedbir kararı alma olanağı bulunacaktır. Mosley 8. madde kapsamındaki hakkının ihlaline yönelik etkili bir hukuk yolunun ancak bu şekilde sağlanabileceğini savunmuştur.

Ancak Mahkeme, *Mosley/Birleşik Krallık*[39] davasında, 8. maddenin bağlayıcı bir ön bildirim şartı gerektirmediği sonucuna varmıştır. 8. madde ile 10. madde arasında denge gözetilirken devletin basın özgürlüğünü kısıtlayabi-

38 *A.g.k.* [Yukarıda geçmiyor]

39 Başvuru no. 48009/08.

leceği sınırlı koşulların hatırda tutulması gerektiğini dile getirmiştir. Ayrıca, böylesi bir ön bildirim şartının potansiyel yararının da ciddi anlamda şüpheli olduğu yönünde kanaat bildirmiştir. Basının kendisini kamu yararı temeline dayanarak savunabilecek durumda gördüğünde ön bildirimde bulunmaksızın bir haberi yayımlayabilmesi için bu şarta dair bir kamu yararı istisnası getirilmesi gerekeceği açıktır. Basın üzerinde "caydırıcı bir etkiyi" önlemek için, bu istisna bakımından yayının kamu yararına olduğu yönünde makul bir inanç yeterli görülmelidir. Dahası, bir ön bildirim sisteminin etkili olabilmesi ancak ihlal halinde yüksek tazminat cezaları getirilerek mümkün kılınabilir. Bu da ancak ceza hukuku bağlamında sağlanabileceğinden, 10. maddeyi ihlal etme tehlikesi doğacaktır. Mahkeme, bu faktörlerin yanı sıra, devletlere tanınan geniş takdir yetkisini de göz önünde bulundurarak 8. maddeye uygun hareket edilmesini sağlamak bakımından ön bildirim şartının gerekli olmadığı kanaatine varmıştır.[40]

Sonuçlar

Bu makalede ele alınan davalarda gördüğümüz üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi basının ifade özgürlüğü alanına muazzam bir katkı sağlamış bulunmaktadır. Bir yandan bireyi korurken, bir yandan da basını güçlendiren ayrıntılı sorumlu gazetecilik prensipleri ortaya koymuştur. Mahkeme yargıçları bu prensipler üzerinde çalışırken, hiç şüphe yok ki, Avrupa'nın dört bir yanından derledikleri tecrübelerini ve derin bilgilerini içtihatlara yansıtmışlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası bir mahkeme olarak, yalnızca gelişmiş bir Batı demokrasisi perspektifine değil, aynı zamanda basının devlet tarafından kontrol altında tutulduğu toplumlardaki sorunları yaşamış yeni bir demokrasinin bakış açısına da sahiptir. Mahkeme'nin bu alanda vardığı hükümler büyük bir hassasiyet ve bilgelik içermektedir. Bu anlamda uluslararası bir mahkemenin sağladığı avantajlar fark edilmektedir.

Birleşik Krallık'ta basının kusurlu davranışlarına dair son yaşanan örnekler, kamuoyunda kimi gazetecilerin davranış biçimi hakkında hayli endişe uyandırmış bulunmaktadır.[41] Ağustos 2011'de Birleşik Krallık hükümetinin

40 Paragraf 122-132.

41 Birleşik Krallık'ta medyanın müdahalesi konusunda şu anda süregiden kamuoyu tartışmalarının nedenlerinden biri, birtakım basın mensuplarının davranış biçimine dair uyanan geniş kaygıdır. Bu kaygıya yol açan olaylardan biri Chris Jefferies ile ilgiliydi. Jefferies Aralık 2010'da Bristol'de öldürülen Joanna Yates adlı genç bir kadının ev sahibiydi. Jefferies kısa bir süre şüpheli olarak addedilmiştir. Yakalanmasının ardından sorgulanmak amacıyla iki gün boyunca gözaltında tutulmuştur. Ardından salıverilmiştir. Vincent Tabak adında başka bir kişi yakalanmış ve suçlanmıştır. Tabak nihayetinde suçunu itiraf etmiştir. Ancak Jefferies'in gözaltında tutulduğu süre zarfında kimi gazeteler kendisi hakkında son derece ağır eleştiriler içeren ve cinayetle arasında bağlantı kuran haberler yayımlamış, seçtiği münzevi yaşam tarzına dair yorumlarda bulunmuş ve bırakın hüküm giymeyi,

Hakim Lord Leveson yönetiminde başlattığı soruşturma kapsamında artık herkesçe bilindiği üzere *News of the World* bünyesinde çalışan gazetecilerin yasadışı bir şekilde telefonları dinledikleri yönündeki suçlamalar ve ardından bu konuyla ilgili açığa çıkan gerçekler ele alınmaktadır. Sözü geçen olayda cep telefonlarına bırakılan mesajlara erişilmek suretiyle insanlar hakkında usulsüz bir şekilde gizli bilgiler edinilmiştir. Soruşturmanın kapsamı çok geniştir.

Ancak şu anda basına ilişkin düzenlemelerle meşgul olan tek ülke Birleşik Krallık değildir. Avrupa Komisyonu da medya özgürlüğü ve çoğulculuk konusunda yüksek düzeyde bir grup oluşturmuş bulunmaktadır. Bu grup 2012 sonbaharında medyanın korunmasına ilişkin tavsiyeler sunacaktır.[42] Avustralya'da, Mart 2012'de açıklanan Finkelstein Soruşturması raporu, gazetecilik standartları belirlenmesi ve uygulanması amacıyla hükümet tarafından finanse edilen bir Haber Medya Konseyi kurulmasını tavsiye etmiştir. Bu soruşturma, News Corporation'ın geçtiğimiz sene telekulak iddiaları üzerine *News of the World*'ü kapatmasının ardından başlatılmıştır. News Corporation, Avustralya'daki gazetelerin yüzde yetmişine sahiptir. Avustralyalıların birçoğu News Corporation'un sahibi olduğu gazete holdinglerinin aşırı büyük ve iktidardaki partiye karşı önyargılı olduğu kanısındadır. Bunun yanı sıra, Yeni Zelanda'daki Hukuk Komisyonu da, medyaya yönelik düzenlemenin genişletilmesine ve haksız fiiller konusunda reform yapılmasına ilişkin görüşlerde bulunan bir istişare raporu yayımlamıştır.

Mevcut ortamda gazetecilere yönelik yeni bir düzenleme sistemi getirilmesinin yasa koyucular açısından bir seçenek olduğu açıktır. Bağımsız bir düzenleme kurumu, gazetecilerin usulen neyi yapıp neyi yapamayacağı konusunda var olan belirsizliklerin ve görüş farklılıklarının bir kısmını ortadan kaldırmaya yardımcı olabilecek bir meslek kuralları bütünü oluşturabilir. Fakat basına yönelik düzenlemeler, basın üzerinde "caydırıcı etki" doğurabileceğinden son derece güç bir konudur. Bir kanuni düzenleme sistemi getirile-

suçlanmış dahi olmadığı daha önceki birtakım suçları ona yüklemiştir. Başsavcılığın mahkemeyi tahkir suçlamasıyla gazetelere karşı açtığı davada hakim Lord CJ, mahkemenin kararını açıklarken, gazetelerde çıkan haberleri Jefferies'i "karalayan" haberler olarak nitelendirmiştir. Kendisi sadece gözaltında tutulan bir şüpheli olduğu ve hakkında hiçbir zaman suç isnadında bulunulmadığı içindir ki, söz konusu haberler Jefferies'e yönelik hakaret oluşturmaktaydı. Hakkındaki bu karalamalar Jefferies'i aklayabilecek bilgilere sahip tanıkların ortaya çıkmasını engelleyebilirdi: *Başsavcılık/MGN Ltd. ve News Group International Ltd.* [2011] EWHC 2074 (Admin), [2012] 1 Cr. App. R. 1. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, 7 Mart 2012 tarihinde, bu davada kendisi huzurunda itirazda bulunulmasına olanak tanımamış, davanın o tarihte Yüksek Mahkeme tarafından değerlendirilmesi gereken genel kamu yararını haiz savunulabilir bir hukuki mesele oluşturmadığını, zira davanın halihazırda yargı kararına konu olduğunu ve temyiz aşamasında incelemeden geçirildiğini ve bunun çok açık biçimde bir mahkemeyi tahkir vakası oluşturduğunu dile getirmiştir.

42 Görev Tanımı, Eylül 2011.

cekse, bunun dikkatli bir şekilde hazırlanması gerekecektir. Basın faaliyetinin yol açtığı meselelerin niteliği ciddi bir muhakeme gerektirmektedir. Ayrıca, böyle bir düzenleme sisteminin idaresi için tamamen bağımsız bir süreçle atanacak bağımsız bir düzenleme merciine ihtiyaç duyulacaktır. Ancak, bir devlet gazetecilere yönelik kanuni düzenleme sistemi getirmeye karar versin ya da vermesin, mahkemeler her daim son derece önemli bir rol oynayacaktır. Sorun yaşanma ihtimali yüksek olan durumların olgulara duyarlı kılınması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, hukukun da teknoloji alanındaki gelişmeleri ve sosyal davranış biçimlerindeki değişiklikleri yansıtacak şekilde güncel kılınması şarttır. Herhangi bir düzenleme sisteminin yeterince esnek olabilmesi güç görünmektedir.

İşte bu nedenledir ki, gelecekte, özel hayatın gizliliğine ilişkin davalarda somut olay koşullarına bağlı olarak karar vermek suretiyle uygun gazetecilik standartlarına güncel bir tanım kazandırma işinin büyük kısmını üstlenmesi muhtemel merci, ulusal mahkemeler olacaktır. Ulusal mahkemeler bu görevi yerine getirirken, tıpkı geçmişte yaptıkları gibi, dönüp Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bakacaklardır. Mahkeme'nin bu alandaki içtihadını bilgelikle geliştirmeye devam etmesini bekleyeceklerdir. Başkan Bratza'nın söz konusu içtihat geliştirme işine dahil olduğu uzun yıllar boyunca Mahkeme bunu muazzam bir başarıyla gerçekleştirmiş bulunmaktadır.

Telekulak, ünlüler ve özgür medya - basın özgürlüğü ile özel hayat arasında denge gözetmek

Philip Leach[1]

Bu yazı yazılırken halen sürmekte olan Leveson soruşturması, telekulaktan tutun da "kandırmacaya" ve bilgi sızdırmak için devlet görevlilerine yapılan ödemelere kadar Birleşik Krallık'ta medyanın kullandığı en berbat yöntemlerden bazılarını gözler önüne sermiştir.[2] Soruşturma kapsamında, medyanın yelpazenin her iki ucunda da oynadığı rol hakkında sektör içinden tanıklıklar dinlenmiştir. Örneğin *Sun* gazetesinin eski politika editörü Trevor Kavanagh şunları söylemiştir: "Benim çıkış noktam şu: Köydeki bir şenlikten, içinde seks ve yalan barındıran siyasi bir skandala ya da nükleer bir aygıtın saklandığı yere kadar yeryüzündeki her şey insanın ilgi alanına girer".[3] Rupert Murdoch, hakim Eady'nin *News of the World* gazetecileri tarafından yapılan şantajlara atıfla *Mosley* davasında[4] verdiği hüküm hakkında yöneltilen soruya şu yanıtı vermiştir:

> "... Sayın hakim Eady'ye sonsuz hürmet duymakla birlikte, bu olay beni onun kadar şoke etmedi."[5]

Öte yandan *Guardian* editörü Alan Rusbridger bu konudaki sıkıntıları teslim etmektedir:

> "Özgür basın daha geniş anlam taşıyan ifade özgürlüğü hakkının bir parçasıdır – bu özgürlükler kendisine gazeteci diyen birkaç kişi tarafından ya da onlar adına kötüye kullanılsa dahi,

---

1 Londra Metropolitan Üniversitesi İnsan Hakları Profesörü, Human Rights and Social Justice Research Institute (HRSJ – İnsan Hakları ve Toplumsal Adalet Araştırma Enstitüsü) Direktörü, European Human Rights Advocacy Centre (EHRAC – Avrupa İnsan Hakları Savunma Merkezi) Direktörü.

2 Leveson soruşturması Temmuz 2011'de başlamıştır. İlk aşamada basın ile kamuoyu arasındaki ilişki ele alınmış ve telekulak ve hukuka aykırı olma potansiyeli taşıyan başka davranışlar incelenmiştir. Bkz. http://www.levesoninquiry.org.uk/ "Kandırmaca" fiili (örneğin ev adresleri, telefon faturaları, banka kayıtları ve sağlık dosyaları açısından) "veri denetleyicisinin rızası olmaksızın kişisel veri ya da bilgilerin bilerek ya da tedbirsiz bir şekilde elde edilmesini ya da ifşa edilmesini" hukuka aykırı kılan 1998 tarihli Veri Koruma Yasasıyla yasaklanmıştır.

3 Trevor Kavanagh: "*Is there a difference between the public interest and the interest of the public? What questions does this raise in relation to a single set of journalistic ethics? The Rights and Responsibilities of the Press*" [*"Kamu yararı ile kamuoyunun ilgisi arasında bir fark var mıdır? Bu fark müstakil bir gazetecilik etiğiyle bağlantılı olarak ne gibi meseleler doğurmaktadır? Basının Ödev ve Sorumlulukları*"], 6 Ekim 2011. Şu adresten erişilebilir: http://www.levesoninquiry.org.uk/news-and-events/events/rights-and-responsibilities-of-the-press/

4 *Max Mosley/News Group Newspapers Limited* [2008] EWHC 1777 (QB).

5 Leveson soruşturması, 26 Nisan 2012 tarihli sabah duruşması tutanağı, sayfa 49. Şu adresten erişilebilir: http://www.levesoninquiry.org.uk/evidence/?day=2012-04-26

gözden sakınarak korunması ve kollanması gerekir."[6]

İngiliz medyası, özel hayatın gizliliğine ilişkin bir yasa çıkartılmasından tutun da Ekim 2000'den beri İnsan Hakları Yasasının uygulanmasıyla ilgili endişelere kadar yasal ya da yargısal müdahaleler hakkında uzun süredir derin bir kaygı beslemektedir. Özellikle de, davacıların özel hayatının gizliliğini ihlal eder addedilen materyallerin yayımlanmasına engel olunması için verilen geçici tedbir kararlarının sıklığı ve geniş kapsamlı oluşu kaygı uyandırmaktadır. Avam Kamarası bünyesindeki Kültür, Medya ve Spor Komitesi, 2010 yılında, rekabet halindeki bu görüşlerin yansıtılabilmesi için, Basın Şikâyet Komisyonu'nun (PCC) Kurallarında değişiklik yapılarak, "kamu yararı" kriterine bağlı olarak, gazetecilerin haberin konusunu oluşturan kişiye normal koşullarda haber yayımlanmadan önce bildirimde bulunmasını gerektiren bir şart getirilmesi ve PCC'nin Editörler Meslek Kılavuzunda bu ön bildirime dair yol gösterici bilgiler sunması önerisinde bulunmuştur.[7]

Kimilerine göre bu meseleler, Birleşik Krallık'ta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM ya da Mahkeme) aleyhinde eleştirilerde bulunan bazı siyasetçi ve yorumcular arasında yeni gözlenmeye başlanan yaygın AİHM düşmanlığıyla ayrılmaz bir şekilde iç içe girmiş durumdadır. Örneğin Trevor Kavanagh, Leveson soruşturması sırasında şu retorik soruyu yöneltmiştir:

> "Bırakın kamu yararını, bu ülkeyi, bu halkı ya da bu ülkenin geleneklerini temsil etmeyen, seçimle gelmemiş, hiçbir sorumluluğu bulunmayan ve kimileri vasıfsız 'yargıçlar' tarafından ortaya atılan geri alınamaz bir kişisel mahremiyet hukukuna adım adım zemin hazırlamak adına makus yargı kararlarına izin mi verilmeli?"[8]

Sir Nicolas Bratza, Mart 2011'de Edinburgh'da bir seminerde, Birleşik Krallık'tan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yöneltilen genel eleştirilere ölçülü fakat çok etkili bir yanıt vermiştir.[9] Ayrıca birbiriyle ihtilafa düşen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi standartları arasında ulusal mahkemelerin ha-

6 Alan Rusbridger: "*The importance of a free press, The Rights and Responsibilities of the Press*" ["*Özgür basının önemi, Basının Ödev ve Sorumlulukları*"], 6 Ekim 2011. Şu adresten erişilebilir: http://www.levesoninquiry.org.uk/news-and-events/events/rights-and-responsibilities-of-the-press/

7 Press standards, privacy and libel [Basın standartları, mahremiyet ve karalama], Avam Kamarası Kültür, Medya ve Spor Komitesi, 2009-10 Oturumu 2. Raporu, HC 362-I, 9 Şubat 2010.

8 Yukarıdaki dn. 3.

9 Bratza N. (2011) "*The relationship between the UK Courts and Strasbourg*" [*Birleşik Krallık Mahkemeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki ilişki*], European Human Rights Law Review 5: 505-512. Ayrıca bkz. Donald, A., Gordon J. ve Leach P., "*The UK and the European Court of Human Rights*" [Birleşik Krallık ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi], Equality and Human Rights Commission [Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu], 2012.

lihazırda bir değerlendirmede bulunmuş olduğu durumlarda AİHM'in daha sessiz kalması gerektiğini de ima etmiştir:

> "...Sözleşme içerisindeki birbiriyle çekişen haklar arasında bir denge gözetilmesi gereken durumlarda [Avrupa İnsan Hakları] Mahkemesi, eğer ulusal mahkemeler ilgili Sözleşme prensiplerini uygulamaya çalışmış ve ilk bakışta keyfilikten uzak ve makul görünen bir denge gözetmiş iseler, bu mahkemeler tarafından bu dengenin gözetilme biçimine müdahale etmek konusunda son derece temkinli davranmalıdır."[10]

Bu noktada, özel hayatın gizliliğine ilişkin haklar ile medya özgürlüğünün kafa kafaya çarpıştığı şu iki davayı örnek göstermiştir: *Von Hannover* ve *MGN*. Bratza, bu davalardan ilkinde AİHM'in Alman Anayasa Mahkemesi'nin görüşü yerine kendi kanaatini geçirmesinin söz konusu mahkemelerin yargıçları arasında bir gerilime yol açtığını, ancak ikinci davada AİHM bünyesindeki Daire'nin, Lordlar Kamarası'nın vardığı denge noktasına katılmış olduğunu kaydetmiştir.[11]

Kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkı (Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunduğu üzere) ile medyanın ifade özgürlüğü (10. madde) arasında yakalanması zor olan denge arayışı, hem ulusal mahkemelerde, hem de AİHM'de zihinleri yormaya devam etmektedir. *News of the World* tarafından cinsel eğilimleri açığa çıkartılan eski *Fédération Internationale de l'Automobile* (FIA) başkanı Max Mosley'nin açtığı davada Yüksek Mahkeme hakimi Eady, "8. ve 10. madde kapsamında güvence altına alınmış değerler arasında bir uyuşmazlık doğduğunda, somut olayda öne sürülen hakların karşılaştırmalı önemine 'yoğun bir şekilde odaklanılması' gerektiğini' savunmuştur.[12] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birbiriyle çekişen böylesi iddiaları nasıl değerlendireceği, müteveffa Monako Prensi III. Rainier'in medyanın 'yoğun biçimde odağında' olan kızı Caroline von Hannover tarafından açılmış olan en son davada açıkça ortaya konulmuş bulunmaktadır. *Von Hannover/Alman-*

10 Bratza, yukarıdaki dn. 9, s. 511.

11 Bkz. özellikle *MGN Limited/Birleşik Krallık*, başvuru no. 39401/04, 18 Ocak 2011, paragraf 156. Ancak Yargıç David Thór Björgvinsson, *MGN* davasında sunduğu kısmen karşıt görüşünde, Mahkeme'nin görevini yerine getirmemiş olduğunu öne sürmüştür: "... son tahlilde, çoğunluk ulusal mahkemeler tarafından yapılmış olan değerlendirmeye uymakla yetinmektedir. Bu yaklaşım işbu Mahkeme'nin 8. madde ile 10. madde haklarını dengelemek konusundaki içtihatlarında sıkça rastlandığı üzere, Mahkeme'nin söz konusu olaylara ve ilgili prensiplerin bu olaylara uygulanmasına dair sürekli olarak kendi bağımsız değerlendirmesini yürüttüğü ve çoğu zaman ulusal mahkemelerin görüşlerinin yerine kendi kanaatini geçirdiği "titiz inceleme" ile bağdaşmamaktadır. İşbu Mahkeme'nin yerleşik yaklaşımına göre, ulusal mahkemelerin ilgili prensipleri göz önünde bulundurması tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda bu prensiplerin doğru bir şekilde uygulanması da gerekmektedir."

12 *Mosley/Birleşik Krallık*, başvuru no. 48009/08, 10 Mayıs 2011, paragraf 15.

ya (No 2) davasında Büyük Daire, Şubat 2012'de, söz konusu denge bakımından önem arz eden altı genel kriter saymıştır:[13]

(i) genel kamu yararı içeren bir konuda tartışmaya katkı sunmak;

(ii) söz konusu kişinin rolü ya da görevi ve haberin konusunu oluşturan faaliyetlerin niteliği;

(iii) söz konusu kişinin önceki davranışları;

(iv) bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu;

(v) yayının içeriği, biçimi ve sonuçları; ve

(vi) uygulanan yaptırımın niteliği ve ağırlığı.

2004 yılında açılan ilk *Von Hannover/Almanya* davasında[14] Mahkeme, başvurucunun çeşitli Alman dergilerinde –*Bunte*, *Freizeit Revue* ve *Neue Post*– yayımlanan fotoğraflarının "hiç şüphesiz ki" özel hayat kapsamına girdiğini tespit etmiştir. Bunlar arasında bir lokantanın bahçesinde (bir aktörle birlikte) çekilmiş fotoğrafların yanı sıra, başvurucuyu bir markette alışveriş yaparken, çocuklarıyla birlikte kayak tatilinde, bisiklet sürerken, at yarışı izlerken, evinden çıkarken, tenis oynarken ve güneşlenirken resmeden fotoğraflar da yer almaktaydı.

Von Hannover ulusal mahkemelerde tazminat talep ettiğinde, Hamburg Bölge Mahkemesi kendisinin "tam anlamıyla" çağdaş topluma mal olmuş bir kişi olarak özel hayatına yönelik bu tür müdahaleleri hoşgörüyle karşılaması gerektiği sonucuna varmıştır. Bölge Mahkemesi, başvurucu açısından özel hayatın korunması hakkının evin dışına çıktığı anda son bulması ve söz konusu fotoğrafların kamusal alanlarda çekilmiş olması nedeniyle ileride başkaca yayınların yapılmasını engelleyecek bir tedbir kararı verilmesini haklı kılacak meşru bir menfaatin kanıtlanamamış olduğuna karar vermiştir. Almanya Federal Yüksek Mahkemesi ise kendisini bir lokantanın bahçesinde bir aktörle birlikte resmeden fotoğrafların başka yerlerde yayınına ilişkin olarak Von Hannover lehinde bir tedbir kararına hükmetmiş ve Federal Anayasa Mahkemesi de başvurucuyu çocuklarıyla birlikte gösteren fotoğrafların yayımlanmasının, ailenin korunması hakkıyla da desteklenen kişilik haklarının korunması hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle temyiz itirazını kısmen kabul etmiştir.

Federal Anayasa Mahkemesi medyanın eğlence sektöründeki rolünün hukuk korumasına istisna oluşturmadığını dile getirerek, gazetecilikte gitgide önem kazanmakta olan "kişiselleştirme" aracına işaret etmiştir:

13 Başvuru no. 40660/08 ve 60641/08, 7 Şubat 2012, paragraf 89-95. Ayrıca bkz. *Axel Springer AG/Almanya*, başvuru no. 39954/08, 7 Şubat 2012, paragraf 89-95.

14 Başvuru no. 59320/00, 24 Haziran 2004, paragraf 53.

> "Genelde idol ya da rol model olarak görülen söz konusu kişilerin şahsi davranışlarının resmi ilişkilerindeki davranışlarıyla inandırıcı biçimde örtüşüp örtüşmediğini değerlendirme olanağı kamuoyu açısından meşru bir hak oluşturmaktadır."

Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, magazin basınının özel hayata yönelik müdahalesini vurgulamıştır: "[M]agazin basınında yer alan fotoğraflar genellikle, söz konusu kişinin özel hayatına yönelik son derece yoğun bir müdahaleye ya da hatta zulme uğradığı duygusuna kapılmasına neden olan süregiden bir taciz ortamında çekilmektedir."[15]

Sözü geçen davanın konusunu oluşturan görseller, Von Hannover hakkında son derece kişisel hatta mahrem bilgiler içermekte olup, söz konusu faaliyetler tamamen özel hayata ait addedilmiştir. Öyle ki, "fikir ve düşüncelerin" yaygınlaştırılmasıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktaydı. Von Hannover kraliyet ailesine mensup olmakla birlikte, devlet adına herhangi bir resmi görev yürütmemekteydi:

> "örneğin demokratik bir toplumda siyasetçilerin görev icrasıyla ilgili bir tartışmaya katkıda bulunabilecek olaylar –tartışmalı olsa bile– hakkında haber yapmak ile somut davada olduğu gibi, resmi bir görevi bulunmayan bir kişinin özel hayatına ilişkin ayrıntılar hakkında haber yapmak arasında temel bir ayrım yapılması gerekmektedir."[16]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bünyesindeki bir Daire'nin oybirliğiyle verdiği karara göre, yayının tek amacı Von Hannover'in özel hayatı hakkında "belirli bir okur kitlesinin merakını gidermek" idi ve ulusal mahkemelerin başvurucuyu "tam anlamıyla" çağdaş topluma mal olmuş bir kişi olarak niteleyerek özel hayata yönelik bu müdahaleye haklı bir gerekçe kazandırması mümkün değildi.[17]

Ancak, hem Caroline Von Hannover'in, hem de eşi Prens Ernst August von Hannover'in Alman dergilerinde kendi fotoğraflarının yayımlanmasıyla ilgili şikâyette bulunduğu ikinci *Von Hannover* davasında, Büyük Daire oybirliğiyle Sözleşme'ye yönelik bir ihlal bulunmadığı tespitine varmıştır.[18] *Von Hannover (No 2)* davasında iki temel farklılık bulunmaktaydı. Birincisi, Büyük Daire *Von Hannover* davasında 2004 yılında verdiği kararın ardından, Alman

15 *Von Hannover/Almanya*, başvuru no. 59320/00, 24 Haziran 2004, paragraf 59.

16 *A.g.k.*, paragraf 63.

17 Karara farklı nedenlerle katılan görüşlerinde Yargıç Cabral Barreto halka mal olmuş bir kişinin medyanın ilgisinden azade olma yönünde "meşru bir beklentiye" sahip olup olmadığı şeklinde bir değerlendirme önerisinde bulunurken, Yargıç Zupančič de "makul bir mahremiyet beklentisi" kriteri önermiştir.

18 *Von Hannover/Almanya (No 2)*, başvuru no. 40660/08 ve 60641/08, 7 Şubat 2012.

Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihadında AİHM kararlarını yansıtacak şekilde değişiklik yapmış olduğunu, dolayısıyla bir haber ya da fotoğrafın olgusal bir tartışmaya katkıda bulunup bulunmadığına ve sırf kamuoyunun merakını giderme arzusunun ötesine geçip geçmediğine dair bir değerlendirmede bulunulduğunu kaydetmiştir. İkincisi, ulusal mahkemeler fotoğrafların ve beraberindeki yazıların tahttaki Monako Prensi Rainer'in hastalığı ile ilgili olduğunu ve dolayısıyla genel kamu yararını ilgilendiren bir mesele oluşturduğunu tespit etmiş bulunmaktaydı. Bu değerlendirme Büyük Daire'nin reddetmeye razı geleceği bir değerlendirme değildi. İngiltere ve Galler İstinaf Mahkemesi hakimi Lady Arden bu dava hakkında görüş bildirirken "uç bir karar" tanımını kullanmıştır.[19] Bu davada devlete genişletilmiş bir takdir yetkisi tanınması nedeniyle Mahkeme'yi eleştiren Helen Fenwick ise, bu kararın aşırı müdahaleci olduğuna dair son zamanlarda Mahkeme'ye yöneltilen eleştirileri savuşturma isteğinden kaynaklandığını öne sürmektedir.[20] Oysa Arden, AİHM'in ulusal mahkemeler tarafından benimsenen görüşe daha çok saygı göstermesi olarak algıladığı bu tavrı memnuniyetle karşılamıştır:

> "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkemelerin 8. madde ile 10. madde arasında denge gözetirken en azından sözü geçen tüm kriterleri ele almış olması kaydıyla, Mahkeme açısından bir sorun saptanmayacağı yönünde bir mesaj vermektedir, ki bu son derece memnuniyet yaratan bir mesajdır. Böylece ... ikincilliğin tanınması anlamında dev bir adım atılmış olmaktadır."[21]

Von Hannover (No 2) ile aynı gün açıklanan bir kararda Büyük Daire, *Axel Springer AG/Almanya* davasında,[22] tanınmış bir televizyon oyuncusunun yasadışı uyuşturucu bulundurmak suçundan mahkum edildiğine dair yaptıkları iki haberden ötürü *Das Bild* aleyhinde verilen tedbir kararının yayıncının 10. madde haklarını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir. AİHM bu karara varırken, söz konusu haberlerin aleni yargısal olaylarla ilgili olduğunu, dolayısıyla genel kamu yararı içerdiğini ve söz konusu oyuncunun halka mal olmuş (en çok da popüler bir dedektif dizisinde canlandırdığı polis komiseri rolüyle ünlenmiş) tanınmış bir isim olduğunu kaydetmiştir. Bu oyuncu özel hayatına ilişkin ayrıntıları medyayla paylaşarak "bilfiil ilgi odağı olmaya" çalıştığından,

19 Hakim Lady Arden, "*Media Intrusion and Human Rights: Striking the Balance*" [*Medyanın Müdahalesi ve İnsan Hakları: Bir Denge Gözetmek*], Cardiff Hukuk Fakültesi Konferansları, 15 Mart 2012, paragraf 46, şu adresten erişilebilir: https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/lj-arden-speech-media-intrusion-cardiff.pdf

20 Helen Fenwick, "An appeasement approach in the European Court of Human Rights?" [Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi taviz mi veriyor?], Birleşik Krallık Anayasa Hukuku Grubu bloğu, şu adresten erişilebilir: http://ukconstitutionallaw.org/2012/04/05/helen-fenwick-an-appeasement-approach-in-the-european-court-of-human-rights/

21 Bkz. hakim Lady Arden, yukarıdaki dn. 19, paragraf 57.

22 Başvuru no. 39954/08, 7 Şubat 2012.

özel hayatına yönelik her türlü meşru koruma beklentisi de haliyle azalmış olmaktaydı. Söz konusu bilgiler polisten ve savcılıktan kaynaklanmaktaydı, dolayısıyla yeterli olgusal dayanağa sahipti. Tüm bu faktörler bir arada ele alındığında, tedbir kararının orantısız olduğu anlamına gelmekteydi. Ancak Büyük Daire'nin beş üyesi, Mahkeme'nin halihazırda Bölge Mahkemesi ve İstinaf Mahkemesi tarafından yapılmış olan değerlendirmeler üzerinde sonradan fikir yürüterek haddini aşmış olduğu kanaatindeydi.[23] Büyük Daire aynı şeyi *Von Hannover (No 2)* davasında göze *alamamıştı*.

Bir ceza davasına konu olan bir kişinin özel hayatı söz konusu olduğunda, prensipte muhtemelen, sırf ünlüler hakkında dedikodular içeren durumlardan çok daha geniş bir kamu yararı saptanması uzun zamandır yerleşik bir uygulamadır. Bu temel fark, polisin ev hapsinde tutulmakta olan bir şüphelinin (öğretmen) fotoğrafını basına vermesiyle ve ardından bu fotoğrafın günlük gazetelerde yayımlanmasıyla ilgili *Sciacca/İtalya*[24] davasında AİHM tarafından teslim edilmiş bulunmaktadır. Nitekim, adı geçen davada müdahalenin orantılılığı değerlendirme konusu yapılmamış olup, Mahkeme her hal ve şartta fotoğrafların polis tarafından medyaya verilmesinin iç hukuk tarafından düzenlenmemiş bir husus olduğuna ve dolayısıyla 8. maddeye ilişkin bir ihlal bulunduğuna hükmetmiştir.

Peck davasının[25] gözler önüne serdiği üzere, özel hayatın gizliliği elbette ki sadece zenginleri ve ünlüleri ilgilendiren bir konu değildir. Kişisel ve ailevi durumlarından ötürü depresyona girmiş olan Sayın Peck, Brentwood kent merkezine elinde bir bıçakla yürüyerek gitmiş ve orada intihara kalkışmıştır. Peck'in bu hareketleri bir güvenlik kamerası tarafından kayda alınmıştır. Polis teyakkuza geçirilmiş, Peck 1983 tarihli Akıl Sağlığı Yasası uyarınca gözaltına alınarak muayeneye götürülmüş ve hekim tarafından tedavi edilmesinin ardından kendisine yönelik herhangi bir suçlamada bulunulmaksızın salıverilmiştir. Yetkili makamların işlemleri açısından bu noktaya kadar bir sorun yoktur. Ancak daha sonrasında kimliğin tespit edilebileceği görüntüler Brentwood Belediye Meclisi tarafından medyaya dağıtılarak, yerel basın organlarının yanı sıra bölgesel ve ardından da ulusal televizyonlarda gösterilmiştir. Peck'in özel hayatın gizliliği konusunda yayıncılar hakkında yaptığı şikâyetler Yayın Standartları Komisyonu (BBC hakkındaki şikâyeti) ve Bağımsız Televizyon Komisyonu (Anglia TV hakkındaki şikâyeti) tarafından kabul edilmiş, ancak PCC'ye (Basın Şikâyet Komisyonu) yapılan şikâyet reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme özel hayata yönelik bir müdahale tespit etmiş, ancak o esnada henüz İnsan Hakları Yasası çıkartılmış olmadığından, yetki-

23 Bkz. Yargıç López Guerra'nın Yargıç Jungwiert, Jaeger, Villiger ve Poalelungi'nin de katıldığı Karşıt Görüşü.

24 Başvuru no. 50774/99, 11 Ocak 2005.

25 *Peck/Birleşik Krallık*, başvuru no. 44647/98, 28 Ocak 2003. Bu yazının yazarı, adı geçen davada başvurucunun hukuki temsilcisi konumundaydı.

sizlik nedeniyle harekete geçememiştir. Dava Strazburg'a taşındığında, yerel belediyenin gizli kamera görüntülerini ifşa etmesinin, kamusal bir alanda filme çekilmiş olmasına karşın, Peck'in özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına yönelik ciddi bir müdahale oluşturduğu tespit edilmiştir. Görüntülerin bir suç edimiyle ilgili olmadığını ve yerel belediyenin gizli kamera sisteminin faydalarını tanıtabilmek için elinde başka seçenekler de bulunduğunu belirten Mahkeme, ifşanın orantısız ve 8. maddeye aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

10. madde *Peck* davasında doğrudan dile getirilmemiş olup, öldürülmüş olan bir kamu görevlisinin ailesinin Sözleşme haklarına yönelik bir müdahale iddiasıyla ilgili olan *Hachette Filipacchi Associés/Fransa* davasında çekişmeli 8. madde ve 10. madde savları arasında çok titiz bir denge gözetilmiştir.[26] Bu davada başvurucu şirketin sahip olduğu *Paris-Match* dergisinde, Korsika Valisi Claude Erignac'ın öldürülmesinden birkaç dakika sonra çekilmiş olan ceset fotoğrafını içeren bir haber yayımlanmıştır. Cinayetten bir hafta sonra yayımlanan bu habere, Erignac'ın suratı kısmen kameraya dönük bir halde yerde yatan cesedini gösteren iki sayfa büyüklüğünde renkli bir fotoğraf eşlik etmekteydi.

Erignac'ın akrabaları talep ettikleri tedbir kararını almış ve dolayısıyla şirketin, söz konusu fotoğrafın, bu yayını özel hayatlarına yönelik bir müdahale olarak gören ailenin rızası olmaksızın basılmış olduğunu dile getiren bir açıklama yayımlaması gerekmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ikiye karşı beş oyla), ulusal mahkemelerin bu tedbirin "yerinde ve yeterli" olduğuna dair gerekçeler sunmuş olduğunu saptayarak, güdülen meşru amaçla orantılı ve "demokratik bir toplumda gerekli" olduğu sonucuna varmış ve 10. maddeye yönelik bir ihlal bulunmadığına kanaat getirmiştir.

Daire'nin çoğunluğunu aileden yana çeviren şey, vahşet içeren travmatik bir ölümün yarattığı koşullar olmuştur:

> "... bir ailenin yaşamındaki kimi olaylar karşısında özellikle titiz bir koruma sağlanması gerekir. Yakın bir akrabanın ölümü ve ardından gelen yas dönemi büyük bir kedere neden olup, bazen de söz konusu kişilerin özel hayatına ve aile yaşamına saygı gösterilmesini sağlamak için yetkili mercilerce gerekli tedbirlerin alınmasına yol açmalıdır..."[27]

Böyle bir durumda, gazetecilerin daha da basiretli ve dikkatli davranmaları gerekmektedir. Ayrıca, söz konusu yaptırımın yayıncı açısından sınırlı bir kısıtlama yarattığı (sözgelimi derginin toplatılması değil de, bir açıklama

26 *Hachette Filipachhi Associés/Fransa*, başvuru no. 71111/01, 14 Haziran 2007.

27 *A.g.k.*, paragraf 46.

yayımlanması şartı) ve yayımlanacak metnin (yayının ailede üzüntüye yol açtığı şeklindeki bir açıklamadan, ailenin bu yayını özel hayatlarına yönelik bir müdahale olarak gördüğü şeklindeki bir açıklamaya) değiştirilmeden önce ulusal mahkeme tarafından incelenmiş olduğuna da işaret edilmiştir. Daire'nin iki üyesi karşıt görüş bildirmiş olup, bunlardan biri olan Yargıç Vajić hiç tereddütsüz bir şekilde, halka mal olmuş bir ismin siyasi bir cinayete kurban gitmesi hakkındaki haberin yayınındaki kamu yararının ailenin sahip olduğu haklardan üstün olduğunu savunmuştur.

Bu gibi davalarda talep edilen yaptırımın niteliği belirleyici olabilmektedir. Max Mosley talep ettiği (ve aldığı) tazminatın yanı sıra, özel hayatıyla ilgili materyallerin yayımlanması yönündeki düşüncenin kendisine önceden bildirilmesi ve böylece bu yayını engellemek için tedbir talep etme olanağı tanınması bakımından *News of the World*'e bir şart dayatılmasını istemiştir. Bu talep AİHM'de aşırı külfetli bir kısıtlama olarak görülmüştür; zira böyle bir şart sadece *Mosley* davasında söz konusu edilen "sansasyonel habercilik"le sınırlı kalmayıp, siyasi haberler ve ciddi araştırmacı gazetecilik açısından da geçerli olma riski taşımaktadır.[28] Mahkeme Mosley'in özel hayatına yönelik "çirkin ve haksız bir müdahale" bulunduğunu kabul etmekle birlikte,[29] 8. maddenin hukuken bağlayıcı bir ön bildirim şartı gerektirmediğine kanaat getirmiştir.[30]

Öte yandan, *Armonienė/Litvanya* davası "basın özgürlüğünün aşırı derecede kötü kullanılması" nedeniyle bir gazeteye uygulanan yaptırımın yetersizliğine odaklanmıştır.[31] Bu davada ulusal bir günlük gazete, başvurucunun eşinin HIV-pozitif olduğuna dair ön sayfasında "Pasvalys köyleri ölüm korkusuyla karşı karşıya: Litvanya'nın bu ücra bölgesinde yaşayanlar AIDS tehlikesi altında" manşetiyle çıkan bir haber yayımlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu haberi haklı kılabilecek hiçbir kamu yararı bulunmadığı hususunda ulusal mahkemelere katılmış ve bu koşullar altında tazminat kararı verilmesi noktasında yargının takdir yetkisi üzerindeki ağır

28 Bu sav bir grup medya özgürlüğü örgütü tarafından Mahkeme'ye sundukları üçüncü şahıs görüşlerinde de öne sürülmüş bulunmaktadır: Media Legal Defence Initiative, Index on Censorship, Media International Lawyers' Association, European Publishers' Council, Mass Media Defence Centre, Romanian Helsinki Committee, Bulgarian Access to Information Programme Foundation, Media Law Resource Centre ve Global Witness adlı örgütler adına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne sunulan 23 Mart 2010 tarihli dilekçe.

29 *Mosley/Birleşik Krallık*, başvuru no. 48009/08, 10 Mayıs 2011, paragraf 104.

30 *A.g.k.*, paragraf 132. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi medyanın ön kısıtlamaya tâbi tutulmasına uzun süreden beridir temkinli yaklaşmaktadır. Bkz. örneğin *Sunday Times/Birleşik Krallık (No 1)*, başvuru no. 6538/74, 26 Nisan 1979; *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, başvuru no. 13585/88, 26 Kasım 1991; *Sunday Times/Birleşik Krallık (No 2)*, başvuru no. 13166/87, 26 Kasım 1991.

31 Başvuru no. 36919/02, 25 Kasım 2008, paragraf 47.

yasal kısıtlamalardan ötürü 8. maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.[32]

2012'de Strazburg'daki adli yıl açılışında konuşan Sir Nicolas Bratza, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk 50 yılında kıta genelinde standart belirleme konusunda elde ettiği yüksek kazanımlara dikkat çekmiştir.[33] Bu kazanımlar arasında medyanın insanların özel hayatlarına yönelik müdahalesine karşı sağlanan korumanın yanı sıra Mahkeme'nin basın özgürlüğünü güçlü bir şekilde müdafaası da yer almaktaydı. AİHM'in medya özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği konularında standart belirlemek bakımından oynadığı (ve Sir Nicolas Bratza'nın çok değerli bir katkı sunmuş olduğu) önemli rol hakkında kaleme alınan bu kısa görüş yazısını hakim Lady Arden'in şu sözleriyle bitirmek istiyorum:

> "...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi basının ifade özgürlüğü alanına muazzam bir katkı sağlamış bulunmaktadır. Sorumlu gazetecilik konusunda da ayrıntılı prensipler ortaya koymuştur. Mahkeme yargıçları Avrupa'nın dört bir yanından derledikleri tecrübelerini ve derin bilgilerini içtihatlara yansıtmışlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası bir mahkeme olarak, yalnızca gelişmiş bir Batı demokrasisi perspektifine değil, aynı zamanda basının devlet tarafından kontrol altında tutulduğu toplumlardaki sorunları yaşamış yeni bir demokrasinin bakış açısına da sahiptir. Mahkeme'nin bu alanda vardığı hükümler büyük bir hassasiyet ve bilgelik içermektedir."[34]

İşte bu nedenledir ki, yıllar içerisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla getirilen standart ve prensiplerin, Leveson soruşturması tamamlandıktan sonra Birleşik Krallık'ta medyaya ilişkin sağlanacak düzenleme sistemi üzerinde etki doğurması umulmaktadır.

---

32 Başvurucuya 3000 Euro'ya yakın bir tazminat ödenmesine hükmedilmişti. Yargıç Zagrebelsky bu tazminat düzeyini makul dışı bulmayarak, 8. maddeye yönelik bir ihlal olup olmadığı meselesinde karşıt görüş sunmuştur: "İki aşırı uçta yer alan davalar dışında, Mahkeme'nin kendi değerlendirmesini ulusal mahkemelerin değerlendirmesi yerine geçirmesini kabullenmekte zorlanıyorum."

33 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Sir Nicolas Bratza'nın konuşması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adli yıl açılışı nedeniyle düzenlediği resmi tören, 27 Ocak 2012, şu adresten erişilebilir: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/9F353912-1F71-4ABD-827F-4CEBA52EDBD0/0/2012_AUDIENCE_ SOLENNELLE_Discours_Bratza_EN.pdf

34 Bkz. hakim Lady Arden, yukarıdaki dn. 19, paragraf 81.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE SORUMLU GAZETECİLİK

Sorumlu gazetecilik ve common law

Worth Matravers Lordu Phillips[1]

İngiliz hukukçular, ifade özgürlüğünü her daim temel bir hak olarak gördüğü için common law hukuk sistemini takdir etmeyi severler: "İfade özgürlüğünün bu ülkede, dünyanın başka herhangi bir ülkesinde olduğu kadar, belki daha da eskiden beri var olmasından gurur duyabiliriz."[2] "Milton, Paine ve Mill'in ülkesinde"[3], modern demokrasilerde kamu yararı içeren meselelerin yoğun bir şekilde tartışılması ve kamuoyuna bol bilgi akışı sağlanması gerekliliği hiçbir zaman göz ardı edilmemiştir.

Bu bakımdan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde güdülen amaç bire bir yansıtılıyor olmakla birlikte, common law hukuk sisteminin konuya yaklaşımı daima biraz daha farklı olmuştur. 10. madde temel bir hakkı dile getirmekte ve ardından bu hakkın sınırlandırılmasına geçmektedir. Oysa İngiltere'de, özgürlük prensibi, geleneksel olarak ifade özgürlüğü karinesinden hareket ettiğimiz ve ancak bu özgürlüğe dair yerleşik istisnaları keşfetmek istediğimizde gözümüzü hukuka çevirdiğimiz anlamına gelmektedir. İtibarın korunması bu istisnaları harekete geçiren haklardan biri olup, "Common law hukuk sisteminin geçmişten beri ziyadesiyle önemsediği"[4] bir konudur. Ancak itibarın çok sıkı korunması karşısında, hatalı ya da yanlış bilgilendirilme durumunda tazminat ihtimalinden doğan endişenin özgürce konuşma ve yazma isteği üzerinde yarattığı caydırıcı etki de artık kabul edilen bir husustur.

Bu kabule varılması hayli uzun sürmüş ve şikâyetin hakaret içeren olgusal iddialarla mı, yoksa hakaret içeren yorumlarla mı ilgili olduğuna bağlı olarak izlenmesi gereken farklı rotalar geliştirilmiştir. Common law, on dokuzuncu yüzyılın başında hakaretten doğan sorumluluğun katı kurallara bağlanmasıyla keskin bir dönemece girmiştir. Daha öncesinde, ancak davalının kötü niyetle –zarar verme yönünde öznel bir niyetle– hareket etmiş olması halinde davacıya açık bir hukuk yolu bulunmaktaydı. Katı yükümlülük, yayıncının yürüttüğü araştırmalar ne denli derin ya da elindeki materyalin doğruluğuna ilişkin inancı ne denli makul olursa olsun veya söz konusu yayın kamu yararı içeren bir tartışma açısından ne denli önemli bir katkı oluşturursa oluşturusun, yayımladığı herhangi bir şeyde zarar doğuran hatalar bulunması halinde sorumluluğu üstlenmesi anlamına gelmekteydi. Doğruluk, bir

1 Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi Başkanı.

2 *Başsavcılık/Observer Ltd.* [1990] 1 AC 109, 284 (Chievely Lordu Goff).

3 *Reynolds/Times Newspapers Ltd*. [1998] 3 WLR 862, 909 (Cornhill Lordu Bingham CJ).

4 *Reynolds/Times Newspapers Ltd*. [2001] 2 AC 127, 192 (Lord Nicholls).

iddia karşısında her daim tastamam bir savunma oluştursa da, doğruluğun ispat yükü çok ağır olabilmekte ve meşru tartışmaların bastırılarak engellendiği yönündeki endişeleri ortadan kaldıramamaktaydı.

Dolayısıyla, ket vurulmamış haberlerin kamu yararı için hayati nitelikte görüldüğü durumlarda mahkemeler, hiç de şaşırtıcı olmayarak, yayıncılar için süratle ek korumalar geliştirmişlerdir. Hakaret içeren olgusal iddialar bakımından bu koruma mutlak ya da sınırlı imtiyaz tanınarak sağlanmaktadır. Bazı durumlarda yayıncının haber konusunun doğruluğuna ilişkin güvence sağlaması gerekliliğinin kamu yararına hizmet etmediği kabul edilmekte, bazı durumlarda sorumlu hareket etmiş ve bilgiyi doğrulamaya çalışmış olması yeterli sayılmakta, bazı durumlarda ise, birtakım iddiaların doğru olup olmamasından ziyade ortaya dökülmüş olmasında kamu yararı görülmektedir. Hakaret içeren yorumlara gelince, bunlar artık "dürüst yorum" olarak adlandırılan başka bir savunma kapsamında korunmaktadır. Her iki savunma yolunun sınırları ve ifade özgürlüğü ile itibar arasında rekabet halindeki hakları korumak bakımından yeterlilikleri Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin yakın tarihli iki kararına konu olmuş bulunmaktadır.[5] Bu bölümde sorumlu gazeteciliğin korunması amacıyla imtiyaz konusunda kaydedilen gelişmelere eğileceğim.

İmtiyazlı yayınların varlığının temelinde kamu politikası yatmaktadır. Common law belirli durumlarda kişinin, kendisine karşı dava açılması tehdidi olmaksızın, özgürce konuşabilmesi ve yazabilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Kamu yararı kimi ifade kategorilerine mutlak imtiyaz tanınmasını gerektirmektedir. Buna "Parlamento'daki ifade ve tartışma özgürlüğü ya da Parlamento'daki görüşmeler sırasındaki özgürlük",[6] yargılamalar sırasında dile getirilen beyanlar,[7] yargılamalara ilişkin olarak ilgili tarihlerde yapılan adil ve doğru haberler[8] ve polise yapılan şikâyetler dahildir. Basının yargılamalar hakkında haber yapma özgürlüğü, aleni adalet prensibinin desteklenmesi ve

5 *Spiller/Joseph* [2010] UKSC 53 [dürüst yorum], *Flood/Times Newspapers Ltd*. [2012] UKSC 11 [sınırlı imtiyaz].

6 1689 tarihli Haklar Yasası (Bill of Rights), 9. madde.

7 Görgü tanıkları bakımından; bilirkişilerin yargılamalarda sunulan tanıklıktan ötürü haklarında ihmal nedeniyle dava açılmasından bağışık tutulması bakımından bkz. *Jones/Kaney* [2011] UKSC 13.

8 Kanunla da teyit edilmektedir: 1888 tarihli İftira Düzeltme Yasası, 1996 tarihli Hakaret Yasasının 14(1). maddesiyle ilga edilmiştir, buna göre: "Bir mahkeme huzurunda aleni şekilde yürütülen ve işbu maddenin hakkında geçerli olduğu yargılamalara dair adil ve doğru haberlere, yargılamalar ile eş zamanlı olarak yayımlanmış olması halinde, mutlak imtiyaz tanınmaktadır."

hukuk devletine duyulan güvenin muhafazası bakımından elzemdir. İtibar hakkının bu menfaate rücu olanağı olmadan boyun eğmesi gerekmektedir.

Başka birtakım yayın türleri açısından ise sınırlı imtiyaz savunması geliştirilmiştir. İmtiyazın sınırının anlamı, yayıncının kötü niyetle hareket etmiş olduğu ispatlanabilirse imtiyazın kaldırılacak olmasıdır. 1834 kadar eski bir tarihte, *Toogood/Spyring*[9] davasında Parke B, hakaret içeren olgusal beyanların yayınının "bir kişi tarafından kendi menfaatinin söz konusu olduğu konularda, ister hukuki, ister manevi olsun kamusal ya da özel bir görevin yerine getirilmesi ya da kendi işlerinin yürütülmesi sırasında kurallara uygun bir şekilde yapılmış olmadıkça" kanunen kötü niyetli addedileceğine ve "Böylesi haberlerin makul bir neden ya da gereklilikle usulünce haklı gösterilmesi ve dürüst bir şekilde yapılmış olması halinde, toplumun ortak yararı ve refahı bağlamında korunduğuna; ve kanunun bu tür haberlerin yapılması hakkını dar sınırlarla kısıtlamadığına" hükmetmiştir.

Ancak en başlardan beri, ifade özgürlüğü hakkı karşısında denge gözetilmesi gereken tek unsurun davacının özel itibar hakkı olmadığı da teslim edilmiştir. Bu noktada bir kamu yararı da söz konusu idi. Dolayısıyla, *Campbell/Spottiswoode*[10] davasında "siyasi meseleleri tartışmanın Kraliçe'nin tüm tebaasına bahşedilmiş bir hak olduğu"[11] kabul edilmekle birlikte, yazarın yazdığı şeyin doğruluğu hakkında dürüst bir kanaati bulunsa dahi, bu hakkın uygun bir şekilde sınırlandırılması gerektiğine hükmedilmiştir. Hakim CJ Cockburn'ün ifadesiyle "bana öyle geliyor ki, halka mal olmuş isimlerin bu sıfatlarının korunmasında da eşit bir kamu yararı bulunmaktadır ve ülkenin refahını düşünen namuslu adamların namus ve şereflerine yönelik mesnetsiz saldırılara yaptırım uygulamazsak, devlet işlerinin bu kişiler tarafından yürütülmesi olanaksız hale gelir."[12]

Daha sonrasında, yanlış yönlendirilmemek konusunda dengeleyici bir başka kamu yararı daha dillendirilecektir: "Yanlış bilgilerin yayımlanması ya da iletilmesi hiçbir kamu yararına hizmet etmez."[13]

Yıllar içerisinde mahkemeler, iş referanslarının açıklanması gibi birçok yaygın durumun bu imtiyaz kapsamına girdiğine kanaat getirmiş bulunmaktadır. İçtihatla oluşturulan bu kategoriler eksiksiz olmamakla birlikte, temelde yatan kamu politikası prensibinin kendine has koşullarında ortaya

9 (1834) 1 CM & R 181, paragraf 193.

10 (1863) 3 B & S 769.

11 *A.g.k.*, 779 (Hakim Crompton).

12 *A.g.k.*, 777.

13 *Reynolds/Times Newspapers Ltd*. [2001] 2 AC 127, 238 (Lord Hobhouse).

çıkan uygulamalardan ibaret sayılmaktadır;[14] Lord Atkinson'ın *Adam/Ward*[15] davasında özetlediği üzere: "İmtiyazlı durum ... haberi yapan şahsın, haberin yapıldığı şahsa karşı hukuki, sosyal ya da ahlaki bir hak ya da ödevinin bulunduğu ve haberin yapıldığı şahsın da söz konusu haberi alma konusunda buna mukabil bir hak ya da ödevi bulunduğu bir durumdur. Bu karşılıklılık esastır."

Bu ödev/hak kriteri gazeteciler tarafından tüm dünyaya yapılan yayınlara nasıl yansıtılmıştır? Bir dizi davada, yabancı yargılamalar,[16] düzenleyici kurumların disiplin kararları[17] ya da kanun tasarısı komisyonlarının sonuçları[18] gibi birtakım belgelere dayanan haberlere sınırlı imtiyaz tanınmıştır. Her bir olayda yayının koşulları bir bütün olarak ele alındığında bilginin kamuoyuna yayılmasını haklı kıldığı tespitine varılmıştır.

Ancak bu tür haberlerin ötesinde, gazetecinin katı sorumluluk kıskacından nefes alabildiği anlar pek az görünmekteydi. Gazeteciler açısından en dip nokta, İstinaf Mahkemesi'nin *Blackshaw/Lord*[19] davasında, başka şeylerin yanı sıra Avam Kamarası Kamu Hesapları Komitesi'nde bir Enerji Bakanlığı planı kapsamındaki ödeneklerle ilgili oturuma dair yapılan bir gazete haberine ilişkin olarak öne sürülen common law hukuk sistemindeki imtiyaz savunmasını reddetmesiyle yaşanmıştır. Hakim Fox "'İngiliz gazetelerinin okurlarına ait meşru ve gerçek bir hak' kriterinin dengeyi kabul edilemez bir ölçüde bireyin aleyhine çevirdiği" düşüncesindeydi.[20] Doğruluğu kanıtlanmamış materyallerin tüm dünyaya yayını, bir terör şüphesiyle ya da bozuk yiyecek ya da ilaç dağıtımıyla ilgili tehlike arz eden acil haberleşmeler gibi istisnai durumlarla sınırlandırılmalıdır.[21]

Bu prensiplerin siyasi tartışma üzerindeki engelleyici etkisi dikkat çekiciydi. 1990'lara gelindiğinde, gazeteciler İngiliz mahkemelerinin siyasi alanda ifade özgürlüğüne ek korumalar getirmek konusunda diğer common law ülkelerinde yaşanan gelişmelerin izinden gitmeye hazır olup olmadığını sı-

14 *Reynolds/Times Newspapers Ltd*. [2001] 2 AC 127, 194'te Lord Nicholls tarafından.

15 [1917] AC 309, 334.

16 Örn. *Webb/Times Publishing Co Ltd*. [1960] 2 QB 535, Birleşik Krallık vatandaşının İsviçre mahkemesinde görülen davasına ilişkin bir haber dava konusu edilmiş, haberin konusu İngiltere'de adaletin işleyişiyle yakından bağlantılı görülmüştür.

17 *Allbutt/General Council of Medical Education and Registration* [*Genel Tıp Eğitimi ve Sicil Konseyi*] (1889) 23 QBD 400.

18 *Perera/Peiris* [1949] AC 1, Ceylon Valisi'nin kanuni yetkileri kapsamında oluşturulan bir yolsuzluk komisyonunun resmi raporundan alıntıların Ceylon Daily News tarafından yayımlanmasıyla ilgili Danışma Meclisi Yargı Komitesi'nin verdiği bir karar.

19 [1984] QB1.

20 *A.g.k.*, paragraf 42.

21 *A.g.k.*, paragraf 27 (Hakim Stephenson).

namanın vakti geldiğini hissettiler. ABD mahkemelerinin *New York Times Co/ Sullivan*[22] davasında ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararın ardından "halka mal olmuş isim" savunmasını kabul etmesi, kamu yararı mülahazalarına karşı daha liberal bir yaklaşımın habercisiydi. ABD'ye has çözüm –şikâyette bulunan kişinin sınıfına odaklanan– doğrudan yankı bulmamıştır. Daha ziyade, belirli bir yayın kategorisine –devlet ve siyaset meseleleriyle ilgili olanlar– daha sağlam bir koruma sağlanması gerektiği konusunda mahkemeler ikna edilmeye çalışılırken Avustralya ve Yeni Zelanda mahkemeleri huzurundaki iki davada gözlenen vurgu değişiklikleri değerlendirilmiştir. Her iki dava da Yeni Zelanda'nın eski Başbakanı David Lange tarafından, siyasetçi kimliğine yönelik eleştirel haberler hakkında açılmıştır. Avustralya'da Yüksek Mahkeme halkın siyasi konular hakkında bilgi edinme hakkının, gazetenin makul sınırlar çerçevesinde hareket etmiş olduğunu kanıtlayabilmesi kaydıyla, sınırlı imtiyaz için aranan ödev/hak kriterini karşıladığına kanaat getirmiştir.[23] Yeni Zelanda İstinaf Mahkemesi daha da ileriye giderek, seçimde aday olan ya da milletvekili seçilmiş kişilerle ilgili yayınlara, makul bir özen gösterilmiş olup olmadığına dair hiçbir şart aranmaksızın, sınırlı imtiyaz tanınması gerektiğine hükmetmiştir.[24]

20 Kasım 1994 tarihli *Sunday Times* gazetesinde çıkan bir habere ilişkin olarak İrlanda Başbakanı Albert Reynolds tarafından açılan çığır açıcı davada, İngiliz mahkemeleri siyasi tartışmalara daha geniş bir koruma sağlanması gerekip gerekmediği konusunu değerlendirme fırsatı yakalamıştır. Gazete Reynolds'u, istifasına yol açan siyasi bir kriz sırasında İrlanda Parlamentosu'nu ve koalisyon ortaklarını kasten yanlış yönlendirmekle suçlamaktaydı. Mahkeme jürisi, olgulara dayanarak bu suçlamanın yanlış olduğuna, ancak gazetecilerin kötü niyetle hareket etmiş olmadığına kanaat getirmiş ve Reynolds'a tazminat ödenmemesine hükmetmiştir. Gazete "siyasi ifadeler" için common law hukuk sisteminde geniş bir sınırlı imtiyaz tanındığını öne sürmüş, fakat hakim bu savı kabul etmemiştir. Ancak İstinaf Mahkemesi bu savunmanın kapsamını genişletmeye razı gelmiş[25] ve Lordlar Kamarası'na yapılan temyiz başvurusu da sorumlu gazeteciliğe tanınan korumanın yeterliliğine dair etraflıca bir inceleme yapılmasını sağlamıştır.[26]

Lord Nicholls yaptığı çarpıcı konuşmada, sınırlı imtiyazın tarihçesine dayanarak ödev/hak kriterinin söz konusu imtiyazın temelini oluşturan kamu yararının özünü gölgelemesine izin verilmemesi gerektiğini savunmuştur.

22 (1964) 376 US 254.

23 *Lange/Avustralya Broadcasting Corporation*, (1997) 189 CLR 520.

24 *Lange/Atkinson* [1998] 3 NZLR 424.

25 *Reynolds/Times Newspapers Ltd*. [1998] 3 WLR 862.

26 *Reynolds/Times Newspapers Ltd*. [2001] 2 AC 127.

"Hukuk bağlamında tanınan unsur, belirli bir kişinin belirli bir kaynaktan belirli bilgileri, kamu yararına olacak şekilde, açıkça ve ket vurulmamış bir şekilde edinme ihtiyacıydı".[27] Bunun için, yayının tüm koşulları önem taşımaktaydı; ve bu koşulların "bugünden bakılarak" ve "mevcut toplumsal şartlara bağlı olarak" incelenmesi gerekmekteydi. Kamu yararı içeren meselelerin dünya çapında yayımlanması böylelikle haklı görülebilirdi.

Lord Nicholls, yayının koşullarına bakmanın esneklik sağladığını söylerken, öngörülemezlik ve muğlaklık durumunun yarattığı dezavantajı da kabul etmiştir. Kararları profesyonel gazeteciliğin etik kurallarıyla bağlı bulunan editörlere bırakmak yeterli değildir; zira samimi hatalara göz yumulsa dahi, "ne yazıktır ki, bu konuların kendine ait ticari menfaatlere sahip olan ulusal basın tarafından ele alınma biçimi, bir bütün olarak bakıldığında, duyulan güvene her zaman riayet etmemektedir."[28] Ancak bu belirsizliğin ölçüsü mahkemelerce getirilen kılavuz ilkeler doğrultusunda daraltılabilecek olup, zaten "common law, medyanın bizzat kendi benimsediği bir standart olan sorumlu gazetecilik standardından daha yüksek bir standart getirmeye çalışmamaktadır."

Lord Nicholls siyasi bilgiler için yeni bir sınırlı imtiyaz kategorisi "konusu" geliştirmeye gerek bulunmadığına kanaat getirmiştir. Siyasi tartışmaları, kamuoyu açısından ciddi bir mesele oluşturan başka konulara ilişkin tartışmalardan ayırt etmek prensipte mantıklı olmayacaktır. Common law hukuk sisteminin, bugünün koşullarında, medyanın ifade özgürlüğüne kamuoyunu ilgilendiren tüm konular bakımından uygun bir önem atfetmesi mümkündür. Herhangi bir olayın koşulları incelenirken aşağıda yer alan, ancak bunlarla sınırlı olmayan şu faktörler göz önüne alınmalıdır:[29]

1. *İddianın ciddiyeti. Suçlama ne kadar ağırsa, iddianın doğru olmaması halinde kamuoyunun yanlış bilgilendirilme ve kişinin zarara uğrama ihtimali de o denli artmaktadır.*
2. *Bilginin niteliği ve konunun kamuoyunu ne ölçüde ilgilendirdiği.*
3. *Bilginin kaynağı. Kimi haber kaynaklarının olaylar hakkında doğrudan bilgisi bulunmamaktadır. Kimileri ise kendilerine ait bir gündemle hareket etmekte ya da aktardıkları hikâyeler karşılığında para almaktadır.*
4. *Bilginin doğrulanması için atılan adımlar.*
5. *Bilginin statüsü. İddialar halihazırda bir soruşturmaya konu olmuş ise bu soruşturmaya saygı gösterilmesi gerekebilmektedir.*

27 *A.g.k.*, paragraf 195.
28 *A.g.k.*, paragraf 202.
29 *A.g.k.*, paragraf 205.

6. *Konunun aciliyeti. Haber genelde bozulmaya müsait, çabuk tüketilmesi gereken bir metadır.*
7. *Davacıdan görüş istenmiş olup olmadığı. Davacı başkalarının elinde bulunmayan ya da ifşa etmediği bilgilere sahip olabilir. Davacıdan görüş istenmesi her durumda gerekli değildir.*
8. *Haber içerisinde hikâyenin davacı açısından görünen yüzüne yer verilip verilmediği.*
9. *Haberin tonu. Gazete soru işaretleri uyandırabilir ya da bir soruşturma çağrısında bulunabilir. Her durumda olaya ilişkin gerçeklere yönelik iddialarda bulunması gerekmez.*
10. *Zamanlama da dahil olmak üzere yayının kendine özgü koşulları.*

Gazetenin bir haber kaynağının kimliğini açıklamak istememesinin aleyhte bir durum oluşturmaması ya da o günün koşullarıyla değil de sonradan geriye dönüp bakıldığında başka türlü bir değerlendirme yapmanın da söz konusu olmaması gerektiği vurgulanmıştır. Lord Nicholls bu konuda zaman içerisinde değerli bir içtihat oluşacağı ve bu sayede sorumlu gazeteciliğin nasıl ele alınıp tartılması gerektiği konusundaki muğlaklığın azalacağı kanaatindeydi.

Reynolds kararı sonradan onun adını alan yeni bir imtiyaz biçimini doğurmuştur. Özellikle yazılı ve görsel basın açısından, bir yayının kamu yararı kapsamında savunulması noktasında önem taşımaktadır. Sınırlı imtiyazın geleneksel temelleri üzerine inşa edilmiş olmakla birlikte, Lordlar Kamarası "bu konuda hukuku bir adım ileriye taşıyarak, önemli toplumsal meseleler hakkında kamuoyu tartışmalarının bilgilendirilmesine yüklenen değeri daha da yükseltmiştir."[30]

Medya bu yeni savunmayı coşkuyla karşılayarak, kamuoyu tartışmalarına dair kendi yürüttüğü araştırmalar,[31] halka mal olmuş isimler arasında suiistimal suçlamaları ve karşı suçlamalar içeren ihtilaflara dair dengeli haberler,[32] ve kamu kuruluşları tarafından soruşturulmakta (ya da yok sayılmakta) olan iddiaların tekrarlanması[33] açısından da uygulamaya çalışmıştır. Savunmanın elverişliliği konusunda eli kolu jürinin olgusal tespitlerine bağlı olan hakimler tarafından ise aynı coşkuyla karşılanmamıştır. Nihayetinde, 2005 yılında *Jameel/Wall Street Journal Europe Sprl*[34] davasında Lordlar Kamarası'nın ifade

30 *Jameel/Wall Street Journal Europe Sprl* [2007] 1 AC 359, paragraf 28 (Lord Bingham).
31 Örn. *Grobbelaar/News Group Newspapers Ltd*. (1999) Times 12 Ağustos 1999, CA.
32 Örn. *Al-Fagih/HH Saudi Research and Marketing (Birleşik Krallık) Ltd*. [2001] EWCA Civ 1634.
33 Örn. *Loutchansky/Times Newspapers Ltd*. [2001] EWCA Civ 1805.
34 [2007] 1 AC 359.

özgürlüğü açısından *Reynolds* imtiyazının parametrelerini yeniden inceleyip ortaya koyması gerekmiştir.

Jameel davası *Wall Street Journal Europe*'da çıkan ve 2001 yılında Amerika'ya yönelik olarak yapılan saldırıların ardından Suudi Arap Para Ajansı'nın (SAMA) bilerek ya da bilmeyerek teröristlere para aktarılmasında kullanıldığından şüphelenilen tanınmış Suudi şirketlerin banka hesaplarının izlenmesinde ABD'li yetkililerle işbirliği halinde çalıştığını açıklayan bir haberle ilgili olarak başlatılmıştır. Davacının şirketinin ismi de bu şirketler arasında geçmekteydi. Gazeteciler izlenmek üzere SAMA'ya verilen listede bu şirketler grubunun da yer aldığını doğrulamaya çalışmış olmakla birlikte, bu grubun terörle ilişkisi bulunduğundan şüphelenilmesi için bir makul neden bulunup bulunmadığını araştırmamıştı. Hakim, söz konusu haberin öncelikle gazetecilerin yayından önce davacının görüşlerini beklememiş olması nedeniyle sınırlı imtiyaz kapsamında korunmadığı sonucuna varmıştır.

Jameel kararı *Reynolds* imtiyazını şu şekilde düzelterek geliştirmiştir:

- Ödev/hak kriterinin her seferinde bir olgusal mesele olarak karara bağlanması gerekmemekteydi. Yayın kamu yararına hizmet ediyorsa, ödev ve hak hukuken mevcut sayılmalıdır.[35]

- İmtiyaz yayına değil, materyale tanınmaktaydı. Yayıncının davranışının yerindeliği imtiyaza yol açan koşulların içerisinde değerlendirildiği içindir ki, kötü niyet karşısında imtiyazın ortadan kalkması mümkün değildi. Dolayısıyla *Reynolds* imtiyazını geleneksel imtiyaz biçimlerinden farklı bir hukuki varlık olarak görmek doğru olacaktır.[36]

- Savunma için aranan şartlar (i) yayının kamu yararını ilgilendiren bir konuyla ilgili olması ve (ii) bilginin toplanması, doğrulanması ve yayımlanması için atılan adımların sorumluluk içermesi ve hakkaniyetli olmasıydı.

- Lord Nicholls tarafından bu son hususa dair *Reynolds* davasında dile getirilen faktörler aşılması gereken engellerden ziyade, birer ibre niteliği taşımaktaydı.[37]

35 *A.g.k.*, paragraf 50 (Lord Hoffman).

36 *A.g.k.*, paragraf 46 (Lord Hoffman) ve paragraf 146 (Barones Hale), Temyiz Mahkemesi'nin *Loutchansky/Times Newspapers Ltd. (no. 2-5)* [2001] EWCA Civ 1805 davasındaki hükmünü onaylamıştır. Lord Scott, paragraf 135'te buna karşı çıkmışsa da, *Flood/Times Newpapers Ltd*. [2012] UKSC davasında *Reynolds* imtiyazının nevi şahsına münhasır niteliği teyit edilmiştir.

37 *A.g.k.*, paragraf 33 (Lord Bingham).

- Kamu yararı, hakaret içeren beyan tek başına değil, haber bir bütün olarak ele alınmak suretiyle değerlendirilmelidir. Söz konusu beyan hikâyenin bir parçasını oluşturmalı ve haberdeki kamu yararı öğesine gerçek anlamda katkı sunmalıdır. Bu noktada editörün takdirine olanak tanınmalıdır.[38]

Bu yaklaşım uygulandığında, *Wall Street Journal* haberinin imtiyazdan yararlanmak için gereken koşulları karşıladığı tespit edilmiştir.

Reynolds imtiyazının "aktarım" diye nitelendirilebilecek belirli bir habercilik biçimine uygulanması biraz daha farklı mülahazalara yol açmaktadır. Bu gibi durumlarda kamu yararı, iddiaların içeriğinden ya da doğru olma ihtimalinden ziyade bu iddiaların öne sürülüyor olmasına ilişkindir. İncelendiğinde *Jameel* davası bu şekilde nitelendirilebilir. Bu tür yayınlar açısından, Lord Nicholls'un ortaya koyduğu on faktörden bazılarında değişiklik yapılması gerekmektedir: En önemlisi, doğrulama şartı esnetilmekte ve haberin tonunun doğru olması gerekmektedir. Aktarım, atfedilen iddiaların kabulü değil, tarafsız bir şekilde aktarılması olarak tasvir edilmektedir. Koruma, yayına yol açan koşullardan ziyade bizzat yayının kendisinden doğmakta ve kötü niyet ayrı bir mesele olarak potansiyel varlığını sürdürmektedir.[39]

Her ne kadar *Jameel* kararında *Reynolds* imtiyazının ardında yatan özgürleştirme niyeti sağlam bir şekilde yinelenmiş olsa da, Yüksek Mahkeme'nin çok yakın tarihli bir davada bu prensiplerin nasıl uygulanacağına dair tekrar kılavuzluk etmesi gerekmiştir: *Flood/Times Newspapers Ltd*.[40] Bu dava, görevdeki bir polis memurunun gizli bilgileri açıklamak için rüşvet aldığına ve sonrasında bu konuda polis tarafından sorgulanmakta olduğuna dair ayrıntılı iddialar içeren bir gazete haberiyle ilgiliydi. Bir soruşturma sürerken, soruşturmanın yürütüldüğü bilgisi dışında kalan ayrıntıların yayımlanmasında kamu yararı bulunmadığı ve iddiaların doğruluğunun yeterince araştırılmadığı öne sürülerek şikâyetçi olunmuştur. Yüksek Mahkeme bu olayda, iddiaların ayrıntılarının yayımlanmasında söz konusu iddiaların gereğince soruşturulmasını sağlama yönünde meşru bir amaç güdüldüğüne, zira gazetecinin bu konuda haklı şüpheleri bulunduğuna kanaat getirmiştir.[41] Gazetecinin yayın konusu olayların gerçek olduğuna dürüst ve makul bir çerçevede inanması gerekli olmakla birlikte, (böyle bir haberin haklı kılınması için gereken delillerin aksine) bu inancın güvenilir kaynaklardan edinilen bilgilere dayanması ya

38 *A.g.k.*, paragraf 48 ve 51 (Lord Hoffman).

39 *Al-Fagih/HH Saudi Research and Marketing (Birleşik Krallık) Ltd*. [2001] EWCA Civ 1634, paragraf 55.

40 [2012] UKSC 11.

41 *A.g.k.*, paragraf 69.

da bir polis soruşturması yürütülüyor olmasından hareketle çıkarım yoluyla böyle bir kanaate varılması mümkündü.[42]

Bu özel imtiyazın geliştirilmesiyle, common law hukuk sisteminin modern demokratik bir toplumun ihtiyaçlarına cevap vermek konusunda yeterince esnek olduğu da kanıtlanmış olmaktadır. İfade özgürlüğünün İngiliz hukuku kapsamında her zaman gereğince korunduğu yönündeki ezici görüşe rağmen, bu kararlarla, hakaret konusunda hukukun davacılar lehine işleyen bir hal aldığı teslim edilmiştir. Lordlar Kamarası *Reynolds* davasında bu dengeyi, gerçekten kamu yararına hizmet eden haberlerin yayımlanması konusunda daha geniş bir özgürlükten yana çevirerek düzeltmeye çalışmıştır. Bunu yaparken, 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası sonucunda 10. maddenin bir iç hukuk kuralı haline gelmek üzere olmasının yanı sıra, common law hukuk sisteminin geçerli olduğu diğer ülkelerde siyasi tartışmalara sağlanan korumanın pekiştirilmekte olmasını da dikkate almışlardır. *Reynolds* imtiyazı, tam anlamıyla kamu yararı içeren bir konuda haber yapan sorumlu gazetecilerin hassas konumu üzerinde hatırı sayılır bir etki doğurmuştur. Ortam gerçekten değişmiş olmakla birlikte, *Jameel* ve *Flood* davalarından da anlaşıldığı üzere, bu değerli korumanın sınırlarının çizilebilmesi için dikkatli davranılması gereği varlığını sürdürmektedir.

42 *A.g.k.*, paragraf 80.

Saray soytarılarına dair: İfade özgürlüğü ve gazetecilerin ödev ve sorumlulukları

Egbert Myjer[1]

Uzunca bir girizgâh

1. Nicolas Bratza sözcüğün en olumlu anlamıyla müstesna biridir. İşte bu nedenle ben de onun için özel bir şey yazmak istedim. İfade özgürlüğümü meslektaşlar arasında pek alışılageldik olmayan bir şey yapmak için kullanıp, Bratza'nın ne denli muhteşem bir insan, iş arkadaşı ve yargıç olduğunu ve onu ne kadar özleyeceğimizi burada açıkça dile getirmek istiyorum. Aşırı resmi görünmek istemediğim için, uygun görülecek daha yumuşak bir ton seçmeye çalıştım; zira bir zamanlar Mahkeme'den ayrılan başka bir meslektaşımız hakkında bir öykü yazmıştım, fakat –Alman– yayıncı tarafından geri çevrilmişti.[2] Fakat beni tanıyanlar, yazının nihayetinde ifade özgürlüğüne ve bu bağlamda saray soytarısının ya da meddahın oynadığı etkileyici role odaklandığımı gördüklerinde hiç şaşırmayacaklardır.[3]

2. İngiliz *The Times* gazetesinde çıkan 19 Nisan 2012 tarihli başyazıyı gördüğümde saray soytarıları ve meddahlar hakkında her türlü materyali zaten toplamış bulunuyordum. O gün, Avrupa Mahkemesi'nin Geleceğine dair Üst Düzey Konferans'ın (Brighton Konferansı olarak da anılmaktadır) ilk günüydü. Manşeti olabilecek en koyu ve en büyük puntoyla atmışlardı: **Avrupa'nın saray soytarıları**. Yine koyu fakat daha ufak bir puntoyla ise şu yazıyordu*:*

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcı. Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü Hukuk Sekreteri Peter Kempees'e bu yazının hazırlanması için sunduğu değerli yardımlardan ötürü teşekkür etmek istiyorum. Kendisinin bütün önerilerine uymadığım için yazıda varsa eksik kalan noktalar ya da mantıksız önermeler tamamen şahsıma aittir.

2 Bu yazı daha sonrasında ufak bir kitap olarak yayımlanmıştır: Egbert Myjer & Peter Kempees, *Jack and the Solemn Promise. A cautionary tale* [*Jack ile Kutsal Vaat. Bir kıssadan hisse*], Nijmegen 2010. Sözü geçen meslektaş yargıç Renate Jaeger idi. Onun için hazırlanan armağan kitap ise, Engel Verlag tarafından basılan *Grundrechte und Solidarität. Durchsetzung und Verfahren* [*Temel Haklar ve Dayanışma. Usul ve İcra*] idi.

3 Bilge meddahın ifade özgürlüğünün neredeyse evrensel ve tüm çağlara ait olduğu söylenebilir. Edebiyatta saray soytarısı sağduyunun ve dürüstlüğün sembolüdür. Shakespeare'in *Kral Lear*'inde saray soytarısı Kral'a karşı açık yüreklilikle konuşabilen ve alaycı davranabilme yetkisinden faydalanarak her türlü eleştirel gözlemde bulunabilen bilge bir karakterdir. Gerçekleri genellikle paragrafların, bilmecelerin ve şarkıların içerisinde dile getirir. Kral'a 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 çarptırılabilmektedir: "*Kendine gel kendine – kırbacı unutuyorsun galiba*" (1:4:104). Ancak ve ancak sarayın en aşağı kademesindeki soytarı, kralın en faydalı danışmanı olabilirdi. Soytarının acı gerçekleri dile getirme özgürlüğü daha fazlaydı; çünkü insanlar onun konuşmalarını ciddiye almıyordu. Dile getirdiği gerçeklere şakaymış gibi gülünüp geçilebiliyordu.

İçişleri Bakanlığı'nın tarihleri karıştırması üzerine Ebu Katada tekrar kazanınca, Britanya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden çıkma tehdidinde bulundu. Haber, Mahkeme yargıçlarından bazılarının göründüğü kocaman bir fotoğrafla –Mahkeme üyelerinin resmi fotoğrafı– tamamlanmakta, fotoğrafın altında ise şu cümle yer almaktaydı: *Mahkeme başkanı Sir Nicolas Bratza (ortada önde) bugünkü konferanstan "sihirli değnek" çıkmayacağını söyledi*.

Avrupa'nın saray soytarıları. *The Times* gazetesi Mahkeme'den bu şekilde bahsetmektedir. Söylenilenlere bakılırsa gazete, 2. sayfada (başyazılar) manşet konusunu ayrıntılarıyla ele almaktaydı: Geciken adalet. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çoğu zaman adaleti frenliyor. Britanya'nın bu otoriteye saygı göstermeye devam etmesi isteniyorsa, Mahkeme'nin çalışmasını hızlandıracak acil bir reforma ihtiyaç bulunuyor*. Gazete 6. sayfada Nicolas Bratza ile yapılmış bir söyleyişe yer vererek Brighton Konferansı'na bir miktar değinmiştir: "Hayal kırıklığını anlıyorum, fakat bu demek değildir ki Mahkeme hatalı." Alt başlıkta ise şöyle yazmaktaydı: *Eksik bilgiye dayanan husumet zararlıdır, diyor insan hakları mahkemesinin İngiliz başkanı*. Söyleşiyi başkanın bir fotoğrafı tamamlamaktaydı: Sir Nicolas Bratza: "*Bu mahkeme hakkında gerçek dışı bir sürü efsane dolaşıyor*." Ancak yine 6. sayfada ve 7. sayfada tüm Mahkeme'nin yer aldığı bir fotoğrafın yanında Birleşik Krallık aleyhinde karar vermiş olan birçok Mahkeme yargıcına ilişkin yorumlar yer almaktaydı. Sir Nicolas Bratza hakkında yorumlar şöyleydi: BİRLEŞİK KRALLIK, YAŞ 67. AİHM'in İngiliz başkanı Londra'ya Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra gelmiş Sırp bir konser kemancısının oğludur. Yüksek Mahkeme yargıçlarından daha yetkili bir konumda olan Bratza, Britanya'da hiçbir zaman üst düzey bir yargıç makamına sahip olmamıştır. Ebu Katada'nın sınır dışı edilmemesi ve birtakım İngiliz mahkumlara oy hakkı tanınması yönünde oy kullanmıştır. Kilit kararlar: Ebu Katada ve mahkumların oy kullanması. Aynı sayfada QC Jonathan Fisher adında biri "*İnsan hakları ülküsüne zarar veren bir davranış*" başlığı altında kendi görüşlerini yazmıştır.

3. Ne yalan söyleyeyim, *The Times*'daki haberi görünce ilk başta ne düşüneceğimi bilemedim. İlk tepkim incinmiş, şoke olmuş ve rahatsız hissetmek oldu. Fakat sonra mantıklı düşünmeye başladım: Bu haber, benim Hollandalı biri olarak hiçbir zaman tam olarak anlayamayacağım tipik İngiliz mizah anlayışının bir örneği miydi? "Avrupa'nın saray soytarıları" lafı olumlu bir anlamda, yani ulusal hükümetlere uluslararası yükümlülükler hakkında açık yüreklilikle bir şeyler söylemeye ve dolayısıyla faydalı eleştirel gözlem ve değerlendirmelerde bulunmaya 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? Yine Murdoch gazetelerinden biri olan *The Sun*'da çok da eski olmayan bir tarihte neredeyse bire bir aynı görünümle yayımlanan *Avrupa Palyaçoları*

Hamza'yı İpten Aldı manşetli bir haber çıkmış olduğunu biliyordum. Bu haberin alt başlığı da, *Ebu Hamza'nın insan haklarının ihlal edileceği iddiası üzerine Avrupalı yargıçlar dün imamın terör suçlarından ABD'ye iadesini durdurdu* şeklindeydi (7 Ekim 2008). İngiliz gazeteleri, mahkemeyi tahkir konusundaki geleneksel hukuk kavramıyla bağlı olmadığında yargıçlar hakkında sürekli olarak böyle haberler mi yapıyorlardı? Mahkeme'yi "kendi silahıyla mı vuruyorlardı"?[4] ya da Hollandaca'da bizim dediğimiz gibi kendi hamurunda yoğrulmuş bisküvi mi veriyorlardı? Mahkeme bir taraftan *The Sunday Times/Birleşik Krallık*[5] davasında, yargı yetkisinin muhafazası amacıyla ifade özgürlüğünün kısıtlanması ihtimalinin (Sözleşme'nin 10. maddesinde dile getirildiği üzere) şu şekilde anlaşılması gerektiğini izah etmiş:

> "55. (..) 'Yargı yetkisi' ibaresi özellikle, mahkemelerin yasal hak ve yükümlülüklerin tayini ve bunlarla ilişkili uyuşmazlıkların çözümü için uygun forumu oluşturduğu ve genel anlamda toplum tarafından bu şekilde kabul edildiği; ayrıca genel anlamda toplumun, mahkemelerin bu işlevi yerine getirme kapasitesine saygı ve itimadı bulunduğu düşüncesini içermektedir. (..)"

Böyle olmakla birlikte, diğer taraftan, önündeki davada söz konusu edilen müdahalenin, Sözleşme anlamı dahilinde ifade özgürlüğünün içerdiği kamu yararından ağır basıyor addedilmek için yeterince acil bir toplumsal ihtiyaca tekabül etmediğine hükmetmiştir. Mahkeme bu sonuca varırken basının oynadığı önemli role özel önem atfetmiştir:

> "65. (...) Mahkeme'nin *Handyside* kararında dile getirdiği üzere, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun en önemli dayanaklarından birini oluşturmaktadır; 10. maddenin 2. paragrafına tâbi olma koşuluyla, yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'bilgi' ya da 'fikirler' için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de geçerlidir (s. 23, paragraf 49)."

Bu prensipler bilhassa basın söz konusu olduğunda özel önem arz etmektedir. Geniş anlamda toplumun menfaatlerine hizmet eden ve aydınlanmış

---

4 Yazının İngilizcesinde kullanılan "hoist by its own petard" ibaresi (mealen kendi bombasıyla havaya uçmak olarak çevrilebilir) Shakespeare'in *Hamlet* adlı eserinde kullandığı bir deyiştir.

5 *The Sunday Times/Birleşik Krallık (no 1)*, 26 Nisan 1979, Seri A no. 30. Kararda yazan şu hususa işaret etmek ilginç olabilir: Sözlü duruşmalar 24 ve 25 Nisan 1978 tarihlerinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda aleniyet çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Mahkeme huzurunda:
- hükümet adına: (..) (..) Sayın N. Bratza, vekil

bir toplumun işbirliğini gerektiren yargının işlemesi açısından da eşit oranda geçerlidir. Mahkemelerin dış dünyadan kopuk bir şekilde iş göremeyeceği genel kabul gören bir gerçektir. Uyuşmazlıkların çözüm forumunu mahkemeler oluşturmakla birlikte, bu demek değildir ki söz konusu uyuşmazlıklar daha öncesinde, ister özel dergiler, ister genel basın, isterse de genel anlamda toplum olsun, başka bir yerde tartışma konusu yapılamasın. Dahası, yargının usulünce idaresi bakımından getirilen sınırların medya tarafından aşılmaması gerekmekle birlikte, kamu yararına giren diğer alanların yanı sıra mahkemelerin huzuruna taşınmış olan konularla ilgili bilgi ve fikirlerin yayılması görevi de medyaya yüklenmiş durumdadır. Sadece medyanın bu tür bilgi ve fikirleri yayma ödevi değil, kamuoyunun da bunları edinme hakkı bulunmaktadır (bkz. gerekli değişikliklerle birlikte, *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen* kararı, 7 Aralık 1976, Seri A no. 23, s. 26, paragraf 52). (..)".

Öyleyse *The Times* gazetesi tarafından kullanılan "saray soytarısı", basının yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'bilgi' ya da 'fikirler' için değil, incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici olanlar için de "hayati kamu bekçisi rolünü" oynayabilmesi gereğiyle ilişkili sık sık tekrar edilen Mahkeme içtihadını tam anlamıyla anlamış olduğunu göstermek için mi kullanılmış bir ifadeydi?[6] Bu içtihadın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hakkındaki haberler için de geçerli olduğu mu düşünülmüştü?

Yoksa durumun çok daha basit bir açıklaması mı vardı? Uluslararası medya uzmanı ve Uluslararası Gazeteciler Federasyonu eski Genel Sekreteri Aidan White tarafından yakın bir tarihte yazılmış bir şeyle mi ilgiliydi? 2011 tarihli *Human Rights and a changing media landscape* [*İnsan Hakları ve değişen medya ortamı*] adlı kitapçıkta,[7] etik gazetecilik ve insan hakları bölümünü kaleme alan White şu görüşü dile getirmiştir:

> "(..) Günümüzde gazetecilik bir krizin ortasındadır. Başta gazeteler olmak üzere, geleneksel medya sadece küresel ekonomik krizin etkilerinden değil, medya kuruluşlarının kârlılığını azaltan yapısal ve piyasaya özgü değişikliklerin doğurduğu etkilerden de muzdarip durumdadır. Bu değişen kader karşısında editörler düzeyinde yapılan ciddi kesintiler gazeteciliğin kalitesini zayıflatmış bulunmaktadır. Gerçekten de birçok medya çalışanı ticari gayeler uğruna habercilik standartlarını feda etmekte, po-

6 Bu noktada sadece 26 Kasım 1991 tarihli *The Sunday Times/Birleşik Krallık (no 2)* kararına değinmeye karar verdim. Bu davada yapılan duruşma 25 Haziran 1991'de Strazburg'daki İnsan Hakları Binası'nda aleniyet çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Bu davada da Mahkeme huzurunda hükümet adına (..) vekil olarak Sayın N. Bratza QC yer almıştır.

7 Thomas Hammerberg ve diğerleri, *Human Rights and a changing media landscape* [*İnsan Hakları ve değişen medya ortamı*], Strazburg 2011.

> pülist, sansasyonel ve yandaş gazetecilik etik değerleri çiğneyip geçmektedir. (..)"[8]

4. "Saray soytarıları" lafını nasıl yorumlayacağım konusunda halen kafam karışıkken, biri bana Avrupa Birliği Adalet Divanı Yargıcı Konrad Schiemann, Avrupa Birliği Adalet Divanı Savcısı Eleanor Sharpston ve Avrupa Birliği Genel Mahkemesi Daire Başkanı Nicholas Forwood imzası taşıyan 24 Nisan 2012 tarihli *Editöre Mektup* yazısını gönderdi. Bu mektupta Lüksemburg'daki Avrupa Birliği Mahkemelerinden üç İngiliz hukukçu haber hakkındaki görüşlerini dile getirmekteydi:

> "Beyefendi,
>
> 19 Nisan Perşembe günü, 'The Times', 'Avrupa'nın saray soytarıları' manşetiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) üyelerinin resmi fotoğrafının bir parçasını kullanan bir baş sayfa haberi yayımlamıştır (bu haber iç sayfalarda yer alan daha geniş haberlerle ve 'Geciken adalet" başlıklı başyazıyla bağlantılıydı). Ana fikir, Ebu Katada'nın derhal sınır dışı edilmesi gerektiği ve bu sürecin geciktirilmesinin AİHM'e düşen bir vazife olmadığı şeklindeydi. Dikkatli bir okuma yapılarak gerçek hikâye anlaşılmaktaydı: (1) Ebu Katada AİHM kuralları çerçevesinde sahip olduğu bir hakkı kullanarak, davasının Büyük Daire'ye nakledilmesi yönünde bir başvuruda bulunmuştur; (2) şimdiye dek AİHM tarafından gerçekleştirilen tek maddi 'işlem' Yazı İşleri Müdürlüğü'nün bir belgeyi tebliğ almasından ibarettir; fakat (3)

8 Buna katılmak işten bile değildir. Bir örnek vermek gerekirse: Nicolas Bratza hakkında 19 Nisan 2012 tarihli *The Times* gazetesinde yayımlanan kişisel özgeçmişte yer alması tercih edilen bilgiler bu noktada hayli aydınlatıcıdır. Babasının milliyetine vurgu yaparken, annesinin üç nesil boyunca Hukuk Lordu çıkaran Russell ailesinden geldiğine hiçbir yerde değinilmemesi hayli ilginçtir. İkinci Killowen Lordu Russell –Temyiz Mahkemesi Yargıcı– Nicolas'ın dedesiydi. Nitekim Nicolas Bratza, Angela Holdsworth tarafından kaleme alınan *A portrait of Lincoln's Inn* [*Lincoln's Inn locasının portresi*] adlı eserin (Londra 2007) 161. sayfasında hukukçu bir ailenin üyesi olarak belirtilmektedir. *The Times*, Bratza'nın 1988 yılında ülkedeki en üst avukatlık mertebesi olan QC statüsüne hak kazanmış olduğundan ve 1993 yılında Lincoln's Inn (dünyanın en prestijli avukat ve yargıçlarının mensup olduğu bir tür hukuk locası) üyeliğine kabul edildiğinden bahsetmemektedir. Strazburg bünyesinde Mahkeme'deki diğer tüm yargıçlardan çok daha uzun bir tecrübeye sahip olduğu gerçeği de yok sayılmaktadır: önce Avrupa Komisyonu huzurundaki bir duruşmada avukat olarak (1972 kadar eskilere dayanan: *X ve Y/Birleşik Krallık*, No. 5775/72 ve 5856/72 (kabul edilebilirlik hakkında karar), 19 Temmuz 1974, Collection 46, s. 128-133), sonra 1976 yılında Mahkeme huzurundaki bir duruşmada hükümetin vekili olarak (*Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, Seri A no. 24) ve 1993 yılından beri Birleşik Krallık'ın Avrupa İnsan Hakları Komisyonu üyesi olarak. 1998 yılında tam zamanlı Mahkeme kurulduğunda ise yargıç olarak atanmış ve diğer yargıçlar tarafından dört Daireden birinin Başkanı olarak seçilmiştir. 2007 yılında Mahkeme'nin Başkan Yardımcılığına, 2011 yılında ise Mahkeme Başkanlığına seçilmiştir.

İçişleri Bakanlığı başvuruda bulunma süresinin halihazırda sona ermiş olduğunu düşündüğü için bir siyasi mahcubiyet meydana gelmiştir.

Ebu Katada'nın davasının Büyük Daire'ye nakline ilişkin başvurusunun zamanında yapılıp yapılmadığı; ya da şayet zamanında yapıldıysa, bunun kabul edilmesi gerekip gerekmediği konusunda hiçbir görüş bildirmemekteyiz. Bunlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vakti gelince sırasıyla inceleyip karara bağlayacağı meselelerdir. Ancak *The Times*'ın bu habere ilişkin yorumu bunlardan ayrı ve önemli bir mesele doğurmaktadır.

İnsan Hakları hukuku kuvvetli görüşler uyandırır. Birleşik Krallık'ın (daha sonra Muhafazakar Parti'den İçişleri Bakanı ve Lordlar Kamarası Başkanı olacak bir kişi kanalıyla) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) hazırlanmasında öncü bir rol oynamış olduğu; ve 1951 yılında Muhafazakar Parti Hükümeti'nin (Churchill başkanlığında) bu Sözleşme'yi kabul etmeye karar verdiği unutulmamalıdır. Tam da şu anda AİHM'in karşı karşıya olduğu dava yükü sorunlarının nasıl hafifletileceği ve/veya mevcut Strazburg sisteminde daha geniş kapsamlı değişiklik yapılması gerekip gerekmediği (ve gerekiyorsa bunların nasıl yapılacağı) konularında ciddi bir tartışma sürmektedir. Bu tartışma halihazırda Birleşik Krallık'ın Avrupa Konseyi Başkanlığı sırasında yürütülmektedir. Görüşlerin şekillendirilmesi ve politikaları belirleyen mercilere ve keza kamuoyuna yardımcı olunması bakımından aydınlatıcı ve dengeli bir habercilik önemli rol oynayacaktır. Ancak geçmişten gelen bir ağırlığa ve prestije sahip 'The Thunderer' [Gürleyen] lakaplı bir gazetenin meseleleri çarpıtıp önemsizleştirmesi kimseye bir yarar sağlamaz.

Saygılarımızla, Konrad Schiemann, Eleanor Sharpston, Nicholas Forwood"

Editöre yazılmış olan bu mektup, son birkaç satırı dışında gerçekten de yayımlanmıştır.

Son birkaç satırın neden gazetede yer almadığını muhtemelen hiçbir zaman öğrenemeyeceğiz. Belki teknik bir nedenten ötürüdür, belki editoryal bir tercihtir, belki de aşırı kısıtlı bir süre içerisinde sayfayı yetiştirmeye çalışan baskı altındaki zavallı bir editörün yaptığı bir başka gazetecilik hatasından ibarettir. Her ne olursa olsun, *The Times*'ın mizanpajını dış görünüşüne göre algılamaktan başka bir çarem olmadığını anladım. Kendi saray soytarısı yak-

laşımımı bir kenara bıraktım. Farklı bir başlığa yönelmeye[9] ve biraz düşündükten sonra da, gazetecilerin ödev ve sorumlulukları hakkında yazmaya karar verdim.

Ana tema: gazetecilerin ödev ve sorumlulukları

5. Söze, Uluslararası Gazeteciler Federasyonu eski Genel Sekreteri Aidan White'tan altı alıntı daha yaparak başlamak istiyorum:

> "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 verebilirliği olan gazetecilerle tarif edilmektedir.
>
> İyi gazetecilik neyin kabul edilebilir olup neyin olmadığına dair farkındalık uyandırır ve bizlere ahlaki sorumlulukları hatırlatabilir. Kabul edilebilir davranış standartlarına olan bağlılığımızı arttırabilir ve bu anlamda demokrasi ve insan haklarının korunması için çabalayan herkesin müttefikidir.
>
> Bizzat gazetecilerin, başta İHEB [1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi] ve UMSHS [1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi] 19. madde ve AİHS 10. madde kapsamında özgür ifade hakkı olmak üzere yüksek insan hakları standartlarının korunması ve teşvik edilmesinde müktesep bir hakkı bulunmaktadır."[10]
>
> "Gazetecilikte profesyonellik (..) gazetecilik misyonunun etik kurallarıyla çevrilidir – doğruyu söylemek, bağımsızlık ve başkalarına karşı sorumluluk. Etik gazetecilik özgür ifadeyle değil, kısıtlanmış ifadeyle ilgilidir. Başkalarına duydukları saygıdan

9 Sonuçta Ebu Katada'ya ne olduğunu merak edenler olabileceği için, 9 Mayıs 2012 tarihinde Mahkeme Yazı İşleri Müdürü tarafından yapılan bir basın açıklamasından alıntı yapmak istiyorum: *Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık* (başvuru no. 8139/09) "*Bugün Büyük Daire bünyesinde Yargıç Tulkens, Casadevall, Vajić, Jočienė ve Potocki'den oluşan bir Heyet, Sayın Othman'ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 43. maddesi 11. paragrafı kapsamında sunduğu nakil talebini değerlendirmek üzere toplanmıştır. Bu talep Sayın Othman tarafından 17 Nisan 2012 Salı günü (Fransa saatiyle) 23.13'te sunulmuş bulunmaktaydı. Heyet talebin, bu tür taleplere tanınan üç aylık süre içerisinde sunulmuş olduğunu tespit etmiştir. Ancak talebin reddedilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Bu nedenledir ki, Daire'nin 17 Ocak 2012 tarihli kararı artık nihailik kazanmış bulunmaktadır. Karar nihailik kazandığında, uygulamasına nezaret edilmek üzere Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne iletilmektedir.*"

10 Aidan White, s. 50.

> ve etik prensiplere duydukları bağlılıktan ötürü kendi kendilerine sınır koyan meslek erbabıyla ilgilidir."[11]
>
> "Medya çalışanlarının kendi ortamlarını düzene sokmak için daha çok çaba harcaması gerekmektedir. Etik gazetecilik prensiplerine ve standartlarına ihanet edenleri ifşa 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."[12]

6. Aidan White'a göre, "şu ya da bu biçimde var olan 400'den fazla davranış kuralından çoğu, hakikate riayet; tarafsızlık ve editoryal bağımsızlık; adil eleştiri; başkalarına saygı ve hataların düzeltilmesi ilkelerine dayanan tutarlı bir ortak değerler bütününü yansıtmaktadır."[13]

Avrupa Konseyi içerisinde medya alanında neler yapılmış olduğuna baktığımızda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiş birçok Tavsiye Kararı, Karar ve Bildirge olduğunu görmekteyiz.[14] Gazetecilerin ödev ve sorumlulukları bakımından ilgi arz eden tüm metinler arasından sadece, Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere yönelik yeni bir medya kavramı hakkındaki CM/Rec(2011)7 sayılı Tavsiye Kararına değineceğim. Diğer metinlere ilgi duyan okurlar Tavsiye Kararının ekinde yer alan altı sayfadan oluşan uzun referans belgeler listesine bakabilir. Tavsiye Kararında *Medya ve düzenleme* başlığı altında gazetecilerin ödev ve sorumluluklarıyla ilgili olarak şunlar söylenmektedir:

> "3. Tüm Avrupa Konseyi üye devletleri, kendi yetki alanları dahilinde bulunan herkes için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme", ETS No. 5) 10. maddesi uyarınca temel ifade öz-

11 *A.g.k.*, s. 54.

12 *A.g.k.*, s. 67.

13 *A.g.k.*, s. 68. Ayrıca bkz. *a.g.k.*, bu ilkelerin bulunabileceği internet sitelerinden bahsettiği dipnot 40.

14 Bu konuyla ilgili metinleri bulmak konusundaki muazzam yardımları için Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü (GMI), Bilgi Toplumu Dairesi, Medya Bölümü Direktörü Jan Malinowski'ye teşekkür ederim.

> gürlüğü ve bilgi edinme hakkını güvence altına almayı taahhüt etmiş bulunmaktadır. Bu hak mutlak olmayıp, beraberinde ödev ve sorumluluklar da getirmekte ve Sözleşme'nin 10. maddesi 2. paragrafı uyarınca sınırlamalara tâbi tutulabilmektedir.
>
> 4. Tarihsel olarak, medya düzenlemesi toplum üzerinde ve kişi hakları açısından taşıdığı yüksek etki potansiyeli göz önüne alınarak meşrulaştırılmakta ve derecelendirilmektedir; düzenleme aynı zamanda kıt kaynakların kamu yararına yönetilmesi araçlarından birini de oluşturmaktadır. Demokrasi açısından taşıdığı önem nedeniyle, medya Avrupa Konseyi kapsamında kapsamlı standart belirleme faaliyetlerine konu olmaktadır. Amaç medya özgürlüğüne en yüksek korumayı sağlamak ve ödev ve sorumluluklara dair kılavuz ilkeler sunmaktır. Bir müdahale şekli olarak her türlü düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde belirtilen şartları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla ilgili içtihatlarından kaynaklanan standartları karşılamalıdır."

Tavsiye Kararının ekinde yer alan I. Bölüm *medya kriterleri ve göstergelerine* ayrılmıştır. Bu konuda altı kriter geliştirilmiştir. Dördüncü kriter meslek standartlarıyla ilgilidir ve buna ilişkin *göstergeler* arasında şunlar yer almaktadır: Bağlılık, Uyum yöntemleri, Şikâyet yolları, İmtiyazların, hakların ve ayrıcalıkların belirlenmesi. Altıncı kriter toplumsal beklenti olup *göstergeleri* şunlardır: Elverişlilik, Çoğulculuk ve Çeşitlilik, Güvenilirlik, Mesleki ve etik standartlara riayet, Hesap verebilirlik ve şeffaflık. II. Bölümde yeni ekosistemde medya açısından geçerli standartlar ele alınıp, üç standart ayrıntılı biçimde incelenmektedir: (A) Haklar, ayrıcalıklar ve imtiyazlar; (B) Medyada çoğulculuk ve içerik çeşitliliği; ve (C) Medyanın sorumluluğu. Son standarttan alıntı yapacağım:

> "(...) 84. Bekçilik işlevi, yani kamusal ve siyasi ilişkilerin ve özel ya da 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 gösterilmesi 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 ya da dini grupların üyeleri hakkındaki basmakalıp düşüncelere ve seksist 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.

85. Bilginin doğruluğuna bağlı olarak, kişinin onuruna ve itibarına saygı gösterilmesi hakkının sınırları kamu yararıyla çizilmektedir. Profesyonellik bilgilerin doğrulanmasını ve güvenilirliğin tartışılmasını gerektirmektedir; ancak kişiyi kendisi hakkındaki bilgiler yayılmadan önce bu yöndeki niyet hakkında bilgilendirme 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.

86. Yukarıda dile getirilen şartlar, ilgili medya tarafından benimsenen editoryal 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 dahil olmak üzere ilgili meslek standartlarına bağlı kalmalıdır. Azınlık ve kadın meselelerinin etik yayınlar kapsamında ele alınmasını sağlamaya ve azınlıkları ve kadınları haberlerin hazırlık, yayın ve dağıtım süreçleriyle bağlantılandırmaya özel olarak eğilmelidir. (..)"

7. AİHS 10. madde basın özgürlüğünden açıkça bahsetmemekle birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 10. maddede yer alan özgürlüklerin kullanılmasında basına özel bir statü tanıyan bir dizi ilke ve kural sunan kapsamlı bir içtihat geliştirmiş bulunmaktadır.[15] Mahkeme basının şu ödevini tekrar ve tekrar yinelemektedir:

> "*kendi üzerine düşen yükümlülük ve sorumluluklara uygun biçimde, kamu yararına giren tüm konularda bilgi ve düşünceleri yaymak. Sadece medyanın bu tür bilgi ve fikirleri yayma ödevi değil, kamuoyunun da bunları edinme hakkı bulunmaktadır. Aksi takdirde basın hayati öneme sahip kamu bekçisi rolünü yerine getiremeyecektir.*"

15 Monica Macovei, *Freedom of expression. A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights* [*İfade özgürlüğü. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin uygulanmasına ilişkin bir kılavuz*], 2. baskı, Strazburg 2004, s. 11; Alexis Guedj, *Liberté et responsabilité du journaliste dans l'ordre juridique européen et international* [*Uluslararası hukukta ve Avrupa hukukunda gazetecilerin özgürlüğü ve sorumluluğu*], Brüksel 2003.

Basına Mahkeme içtihadında en geniş kapsamlı koruma sağlanmış olup, yayının kendisi dışında, gazeteciler tarafından yürütülen araştırma ve incelemeler gibi hazırlık eylemlerinin yanı sıra gazetecilik kaynaklarının gizliliği de buna dahildir.[16] Ancak kamuoyunda ciddi endişe uyandıran konularda dahi basında çıkacak haberler açısından sınırsız bir özgürlük söz konusu değildir. Özellikle işin içine başkalarının hakları girdiğinde, ifade özgürlüğünün kullanımına özgü olarak, gazetecilerin gazetecilik etiğine uygun bir şekilde doğru ve güvenilir bilgiler sunmak için iyi niyet çerçevesinde hareket etmesini gerektiren ödev ve sorumluluklardan bahsedilebilir.[17] Sözleşme'nin geneline bakıldığında, 10. maddenin 2. paragrafında yer alan, ifade özgürlüğünün beraberinde ödev ve sorumluluklar da taşıdığı biçimindeki atfın bir benzerine rastlamak mümkün değildir; hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer maddelerden hiçbirinde böyle bir atıf yer almamaktadır.[18] Aşağıdaki paragraflarda esasen bu ödev ve sorumluluklara odaklanacağım.

8. İlaveten belirtmek gerekir ki: Hakları kötüye kullanma yasağı (17. madde: *Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa ya da kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi ya da bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz*) basın açısından da eşit oranda geçerlidir. Bu demektir ki, mesleğini Sözleşme'de dile getirilen hak ve özgürlüklerin yok edilmesini amaçlayan bir etkinliğe girişmek için kullanma girişimi engellenen bir gazeteci, ifade özgürlüğünün kısıtlandığına dair bir şikâyetle AİHM'e başvurduğunda zamanını boşa harcıyor olacaktır.[19]

9. Mahkeme *Şener/Türkiye*[20] davasında verdiği kararda, çatışma ve gerilim zamanlarında gazetecilerin görevinin özel bir önem taşıdığını bir kez daha vurgulamıştır. Burada şiddete tahrik ya da nefret söylemi içeren görüşlerin yayını söz konusu edilmiştir:

> "(...) 42. Mahkeme medya çalışanları tarafından ifade özgürlüğünün kullanımına eşlik eden 'ödev ve sorumlulukların' çatışma ve gerilim durumlarında özel önem taşıdığını vurgulamaktadır. Devlete karşı şiddete tahrik içeren düşüncelerin yayımlanması değerlendirilirken özellikle dikkatli davranılması gerekmekte-

16 Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* [*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*], 2. baskı, Oxford 2009, s. 465.

17 Başka birçok pratik kılavuz arasında bkz. Karin Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights* [*Uygulayıcılar için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kılavuzu*], 4. baskı, Londra 2011, II-405, s. 468.

18 Harris, O'Boyle & Warbrick, s. 493-499: 10(2). madde kapsamındaki ödev ve sorumluluklar.

19 Krşl. *Glimmerveen ve Hagenbeek/Hollanda*, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun kabul edilebilirlik kararı (içinde), 11 Ekim 1979.

20 Başvuru no. 26680/95, 18 Temmuz 2000.

> dir; aksi takdirde medya, nefret söyleminin yayılması ve şiddetin teşviki bakımından bir araç haline gelebilir. Aynı zamanda, böylesi düşüncelerin bu şekilde sınıflandırılması mümkün olmadığında, Sözleşmeci Devletler toprak bütünlüğünün ya da ulusal güvenliğin korunmasına ya da suçun önlenmesine ya da kamu düzeninin sağlanmasına atıfla, ceza kanunun ağırlığını medyaya yüklemek suretiyle kamuoyunun bilgilendirilme hakkını kısıtlayamaz (bkz. *Erdoğdu ve İnce/Türkiye* [BD], başvuru no. 25067/94, paragraf 54, ECHR 1999-IV)."

Mahkeme belirli bir davada yayının gerçekten şiddete ya da nefrete tahrik olarak sınıflandırılıp sınıflandırılamayacağına karar vermek için davadaki olayları inceleyecektir. Bu nedenledir ki Büyük Daire, *Erdoğdu ve İnce/Türkiye*[21] davasında verdiği kararda, röportajın içeriğini dikkatle değerlendirdikten sonra, gazetecilerin mahkumiyetine yol açan röportajın şiddete tahrik oluşturmadığı sonucuna varmıştır.[22]

10. Mahkeme söz konusu edilen iletişim aracının gazetecilerin ödev ve sorumlulukları üzerinde doğurmuş olabileceği potansiyel etkiyi kabul etmektedir. Görsel-işitsel medyanın gazetelere göre çok daha hızlı etkisi olmaktadır. İşte bu nedenledir ki Mahkeme, *Jersild/Danimarka* davasında (23 Eylül 1994 tarihli karar) şu hükme varmıştır:

> "(...) 31. (...) Bir gazetecinin 'ödev ve sorumlulukları' değerlendirilirken, söz konusu iletişim aracının potansiyel etkisi önemli bir faktör olup, görsel-işitsel medyanın yazılı basına göre genellikle çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahip olduğu yaygın olarak kabul görmektedir (bkz. *Purcell ve diğerleri/İrlanda*, Komisyon'un 16 Nisan 1991 tarihli kabul edilebilirlik kararı, başvuru no. 15404/89, Decisions and Reports [Kararlar Derlemesi] (DR) 70, s. 262). Görsel-işitsel medya, görseller aracılığıyla yazılı basının yayamadığı anlamları aktarma yoluna sahiptir.
>
> Aynı zamanda, nesnel ve dengeli haber yapma yöntemleri de, başka birçok şeyin yanı sıra söz konusu iletişim aracına bağlı olarak çok çeşitlilik gösterebilmektedir. Dolayısıyla, gazeteciler tarafından hangi haber tekniğinin kullanılması gerektiği konusunda basının düşüncesi yerine kendi düşüncelerini geçirmek ne

21 *Erdoğdu ve İnce/Türkiye* [BD], başvuru no. 25067/94 ve 25068/94, ECHR 1999 IV, *Şener/Türkiye* kararında atıf yapılmaktadır.

22 Mahkeme, daha yakın tarihli bir dava olan *Gözel ve Özer/Türkiye*, başvuru no. 43453/04 ve 31098/05, 6 Temmuz 2010 davasında, birtakım karşıt gruplar tarafından yapılan yayınları neredeyse mekanik bir şekilde şiddete tahrik olarak kabul ettiği için Türk mahkemelerini ağır bir dille eleştirmiştir.

> işbu Mahkeme'ye, ne de ulusal mahkemelere düşmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, 10. maddenin, ifade edilen fikir ve bilgilerin sadece esasını değil, aktarılma biçimini de koruduğunu hatırlatmaktadır (bkz. *Oberschlick/Avusturya* kararı, 23 Mayıs 1991, Seri A no. 204, s. 25, paragraf 57). (...)"

11. Ödev ve sorumluluklar hakkındaki içtihadın büyük bir kısmı gerçeğe saygı gösterilmesi, adil eleştiri ve başkalarına saygı, ya da Mahkeme'nin deyişiyle, gazetecilik etiğine uygun - bir şekilde doğru ve güvenilir bilgiler sunulması hakkındaki meselelerle ilgilidir. Bu bağlamda Mahkeme'nin, basının yayımladığı bilgilerin doğruluğu ya da gerçekliğini teyit etmek için bağımsız bir araştırma yürütme gereğinin ölçüsü meselesini de ele alması gerekmiştir. Örneğin, *Standard Verlagsgesellschaft mbH/Avusturya (no 2)*[23] davasında Mahkeme şu hususları hatırlatmıştır:

> "(...) 38. (...) Mahkeme olgusal gerçeklere ilişkin beyanlar ile değer yargıları arasındaki ayrımı hatırlatmaktadır. Olguların varlığı kanıtlanabilmekle birlikte, değer yargılarının doğruluğu ispata açık değildir (bkz. örneğin *Feldek*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 75-76; *Jerusalem/Avusturya*, başvuru no. 26958/95, paragraf 43, ECHR 2001-II; *De Haes ve Gijsels/Belçika*, 24 Şubat 1997 tarihli karar, *Reports of Judgments and Decisions* [*Hüküm ve Kararlara İlişkin Raporlar*] 1997-I, s. 236, paragraf 47; *Oberschlick/Avusturya (no 2)*, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, *Reports* [*Raporlar*] 1997-IV, s. 1276, paragraf 33). (...) Dahası, medyanın özel şahıslar açısından hakaret içeren olgusal beyanların doğruluğunu teyit etme yönündeki olağan yükümlülüğünden muaf tutulabilmesi için özel nedenler aranmaktadır. Bu tür nedenlerin var olup olmadığı, özellikle bilhassa söz konusu hakaretin niteliği ve derecesine ve medyanın haber kaynaklarını bu iddialar bakımından ne denli makul ölçüde güvenilir sayabileceğine bağlıdır (bkz. yakın tarihli bir emsal karar olarak, *Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka* [BD], başvuru no. 49017/99, paragraf 78, ECHR 2004-..., başka atıflarla birlikte). (...)"

Mahkeme, içtihatlarında bazen, gazetecinin yeterince sorumlu bir şekilde davranıp davranmadığına karar vermek için olayı ayrıntılı bir şekilde incelemeye istekli gözükmektedir. Bu yüzdendir ki, *Flux/Moldova (no 6)* davasında (29 Temmuz 2008 tarihli karar)[24] Mahkeme nihayetinde şu sonuca varmıştır:

---

23 *Standard Verlagsgesellschaft mbH/Avusturya (no 2)*, başvuru no. 37464/02, 22 Şubat 2007.

24 Flux isimli Moldova gazetesiyle ilişkili bir dolu İfade Özgürlüğü kararı bulunmaktadır. *Flux/Moldova (no 3)* (12 Haziran 2007 tarihli karar): 10. madde ihlali; *Flux/Moldova (no 2)* (3 Temmuz 2007 tarihli karar): 10. madde ihlali; *Flux/Moldova* (20 Kasım 2007 tarihli karar): 10.

"(...) 31. (...) ifade özgürlüğünün gazetelere, bir kişiye ilgili tarihte bu yönde olgusal bir dayanak bulunmadan (bkz. *Bladet Tromsø ve Stensaas*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 66) ve suçlamalara karşı çıkacak bir olanak tanımadan suç fiili isnat ederek sorumsuz bir şekilde hareket edecek denli mutlak bir hak tanır

---

madde ihlali; *Flux/Moldova (no 4)* (12 Şubat 2008 tarihli karar): 10. madde ihlali; *Flux/Moldova (no 5)* (1 Temmuz 2008 tarihli karar): 10. madde ihlali; *Flux/Moldova (no 6)* (29 Temmuz 2008 tarihli karar) 3'e karşı 4 oyla 10. madde ihlali tespit edilmemiştir; *Flux/Moldova (no 7*) (24 Kasım 2009 tarihli karar): 10. madde ihlali. Bu kararlar bu nitelikteki davalarda neler olabileceğine dair mükemmel örnekler oluşturmaktadır. *Flux No. 6*'da Yargıç Giovanni Bonello'nun (Yargıç *Davíð Þór Björgvinsson* ve Yargıç Šikuta'nın da katıldığı) sunduğu ve basının yolsuzluğu ortaya çıkartmak amacıyla meslek kurallarına aykırı davranmış olduğu hallerde dahi, sonuçta basının meslek kurallarına aykırı davranışından ziyade yolsuzluğun ortaya çıkartılmış olmasına daha fazla ağırlık yüklenmesi gerektiğini savunduğu karşıt görüşüne dikkat çekmek gerekir:

"(...) 9. Gazeteler, ulusal mahkemeler tarafından güvenilir olduğu tasdik edilmiş bilgileri açıklayarak belediyeyle ilgili ciddi endişe uyandıran meseleler hakkında yürütülen kamusal bir tartışmaya katkıda bulunduğu için işbu Mahkeme'nin onayıyla cezalandırılacak olursa, ifade özgürlüğü çok düşük bir düzeye çekilmiş olacaktır. Benim sağlıklı ve güçlü medyanın sorumluluklarına –aşırı doz iyimserlikten henüz tam anlamıyla kurtulamamış olanlar buna 'elzem kamu bekçiliği' adını verecektir– ilişkin görüşüm, yetkili merciler tarafından yayımlanmış sterilize basın açıklamalarının yayımlanmasının epey ötesindedir. Şimdi bana bu konuda yanlış bir kanıya kapılmış olduğum söylenmektedir.

10. Mahkeme'den farklı olarak, ben, başvuruculaın "meslek kurallarına uymayan davranışı" ya da gazeteciliğin meslek etiğine uygun bir şekilde sorumluluk içerisinde yerine getirilmesi gerektiği savları üzerinde gereksiz bir şekilde uzun uzadıya durmazdım. Şahsen, başvurucu gazetenin davranışını özel olarak olumsuz görmemekle birlikte, bu görüşün amaçları bakımından bu konuda çoğunluğa uymaya ve öyle olduğunu varsaymaya hazırım. Peki böylece nereye varıyoruz? Ben de iyi yönetişim ile iyi mesleki davranışların el ele yürüdüğü düşüncesindeyim, fakat şayet bunlardan ikincisi başarıya ulaşmazsa, medya kurallarına iyi bir şekilde uygunluktan ziyade iyi yönetişime daha imtiyazlı bir konum sağlamayı yeğlerim. Gerçek şu ki, bu davada Mahkeme meslek kurallarına uygun davranışa, ortaya çıkartılan yolsuzluktan çok daha fazla değer yüklemiştir. (...)".

12. Mahkeme bir düzeltme ya da cevap yayımlanması yönünde yasal bir yükümlülük getirilmesinin yazılı basının ifade özgürlüğüyle bağdaşmaz bir nitelik taşımadığını açıkça ortaya koymuştur. Dolayısıyla, Mahkeme *Kaperzynski/Polonya* davasında verdiği 3 Nisan 2012 tarihli kararında şu hükme varmıştır: '(..) 66. Mahkeme, bir düzeltme ya da cevap yayımlanması yönünde yasal bir yükümlülük getirilmesinin, yazılı basının ifade özgürlüğünü kullanmasını düzenleyen yasal çerçevenin olağan bir öğesi olarak görülebileceği kanaatindedir. Dolayısıyla böyle bir şeyi aşırı ya da insafsız addetmek mümkün değildir. Zaten Mahkeme de, ifade özgürlüğünün önemli bir unsurunu oluşturan cevap hakkının Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamına girdiğini halihazırda kararа bağlamış bulunmaktadır. Bu hakkın kaynağında, sadece asılsız bilgilere itiraz edebilme ihtiyacı değil, aynı zamanda özellikle edebi ve siyasi tartışmalar gibi kamu yararı içeren konularda çok sayıda düşüncenin dile getirilebilmesini sağlama ihtiyacı da yer almaktadır (bkz. *Melnychuk/Ukrayna* (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 28743/03, ECHR 2005-IX). Aynı şekilde, bir cevabın ya da düzeltmenin yayımlanması reddedildiğinde bunun nedenlerinin ilgili tarafa yazılı olarak bildirilmesi yükümlülüğü de Mahkeme'nin kanaatine göre tek başına ele alındığında eleştiriye açık değildir. Böyle bir yükümlülük, örneğin basında çıkan bir haberden muzdarip olan kişinin söz konusu gazetenin yazı işleri geleneğine uygun bir şekilde cevap sunmasına olanak sağlamaktadır. (..)"

şekilde değerlendirilemeyeceğinin altını çizmek gerekir. Gazetelerin kamuoyuna bilgi yayma hakkının da sınırları bulunmaktadır ve zarar gören kişilerin hakları ile bu hak arasında bir denge gözetilmesi şarttır.

32. Mahkeme, ayrıca, başvurucu gazetenin meslek kurallarına aykırı davranmış olmasını ve bir hukuk davası bağlamında ödemesi gereken tazminat miktarının nispeten düşük olmasını da dikkate almıştır.

33. Somut davanın koşulları genel olarak değerlendirildiğinde, Mahkeme, ulusal mahkemelerin vardığı sonucun davacı ile başvurucu gazetenin çekişmeli hakları arasında adil bir denge gözetmiş olduğunu tespit etmektedir.

34. Yukarıdaki hususlar ve başvurucu gazetenin sorumlu gazetecilik ödevlerini açıkça hiçe saymış ve dolayısıyla başkalarının Sözleşme haklarını zayıflatmış olması ışığında, ifade özgürlüğünün kullanımına yönelik müdahale haklı gerekçelere dayanmaktadır. Bu nedenledir ki, Sözleşme'nin 10. maddesine yönelik bir ihlal bulunmamaktadır. (...)."

13. Yukarıda sözü geçen *Jersild* davasında Mahkeme, somut dava koşullarında, bir gazetecinin ulusal mahkemeler tarafından "ırkçı düşüncelerin yayılmasına yardım ve yataklık etmekten" ötürü cezalandırılması için haklı bir neden bulunmadığı sonucuna varmıştır: Bir gazetecinin bir röportaj sırasında başka biri tarafından dile getirilen ifadelerin yayılmasına yardımcı olduğu için cezalandırılması, basının kamu yararı içeren konuların tartışılmasına katkıda bulunmasını ciddi anlamda zedeleyecek olup, son derece kuvvetli gerekçeler var olmadıkça böyle bir ceza öngörülmemelidir:

"33. (...) Bu haberin, bir bütün olarak ele alındığında ve nesnel olarak bakıldığında, ırkçı düşünce ve fikirleri yayma amacı güder biçimde algılanması mümkün değildir. Aksine, içinde bulundukları sosyal durum nedeniyle sınırlanmış ve engellenmiş bulunan, şiddete eğilimli ve suç sicili kabarık söz konusu gençlik grubunu –röportaj yoluyla– ortaya sererek analiz ve izah etmeyi amaçladığı açık olduğundan, halihazırda kamuoyunda son derece kaygı uyandırmış olan bir konunun birtakım özel yönlerini ele almaktaydı. (...)

35. (...) Üzerinde kısaltma yapılmış olsun ya da olmasın, röportajlara dayalı habercilik, basının hayati nitelikteki 'kamu bek-

> çiliği' rolünü oynayabilmesinin en önemli araçlarından birini oluşturmaktadır (bkz. örneğin yukarıda sözü geçen *Observer ve Guardian* kararı, s. 29-30, paragraf 59). Bir gazetecinin bir röportaj sırasında başka biri tarafından dile getirilen ifadelerin yayılmasına yardımcı olduğu için cezalandırılması, basının kamu yararı içeren konuların tartışılmasına katkıda bulunmasını ciddi anlamda zedeleyecek olup, son derece kuvvetli gerekçeler var olmadıkça böyle bir ceza öngörülmemelidir. Mahkeme bu bağlamda, Hükümet'in verilen para cezasının sınırlı bir nitelik taşıdığı yönündeki savını yerinde bulmamaktadır; önemli olan, gazetecinin hüküm giymiş olmasıdır.
>
> Greenjackets grubunun mahkum edildiği ifadelerin (bkz. yukarıdaki 14. paragraf) hedef alınan toplulukların üyeleri açısından son derece küçük düşürücü olduğu ve 10. madde korumasından yararlanmadığı şüphesizdir (bkz. örneğin *Glimmerveen ve Hagenbeek/Hollanda*, başvuru no. 8348/78 ve 8406/78, DR 18, s. 187; ve *Künen/Almanya*, başvuru no. 12194/86, DR 56, s. 205 davalarında Komisyon'un verdiği kabul edilebilirlik hakkında kararlar). Ancak başvurucunun Greenjackets haberini hazırlama biçimi göz önünde tutulduğunda dahi (bkz. yukarıdaki 32. paragraf), bir bütün olarak değerlendirildiğinde, haber başvurucunun Ceza Kanunu kapsamındaki bir suçtan ötürü mahkum edilerek cezalandırılmasını haklı kılacak bir nitelik taşımamaktaydı. (...)"

Thoma/Lüksemburg[25] davasında Mahkeme bu noktanın üzerinde daha ayrıntılı bir şekilde durmuştur:

> "64. (...) Gazetecilerin, başkalarını küçük düşürebilecek ya da tahrik edebilecek ya da başkalarının itibarını zedeleyebilecek bir alıntının içeriği ile kendileri arasına sistematik olarak ve resmen mesafe koyması yönünde genel bir şart getirilmesi, basının güncel olaylar, düşünceler ve fikirler hakkında bilgi sunma rolüyle bağdaştırılamaz. (...)"

14. Başkalarının itibarı ve hakları da, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında özel hayatın gizliliği hakkının bir parçası olarak korunan bir hak olduğu içindir ki, Mahkeme'nin, ulusal makamların, Sözleşme tarafından güvence altına alınmış olan ve kimi durumlarda birbiriyle çatışabilen iki değeri, yani bir tarafta 10. madde tarafından korunan ifade özgürlüğü ile diğer tarafta 8. madde kapsamında garanti edilen özel hayatın gizliliği hakkını korurken adil bir denge gözetmiş olup olmadığını teyit etmesi gerekebilmektedir. Yakın ta-

25 *Thoma/Lüksemburg*, başvuru no. 38432/97, ECHR 2001-III.

rihte Büyük Daire huzurunda görülen *Axel Springer AG/Almanya*[26] davasında Mahkeme, bu meseleyi enine boyuna incelemiş ve sözü geçen çekişmeli hakların nasıl ele alınması gerektiğine dair yol gösterici ilkeler sunmuştur:

> "*(ii) İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar*
>
> (...) 82. Ancak, Sözleşme'nin 10. maddesi 2. paragrafı, ifade özgürlüğünün beraberinde 'ödev ve sorumluluklar' getirdiğini dile getirmekte olup, bu ödev ve sorumluluklar medya açısından, kamuoyunda ciddi endişe uyandıran konular söz konusu edildiğinde dahi geçerlidir. Bunlar, adı anılan bir kişinin itibarına saldırıda bulunulduğuna ve 'başkalarının haklarının' çiğnendiğine dair bir soru işareti bulunduğunda önem arz eder. Yani, medyanın özel şahıslar açısından hakaret niteliği taşıyan olgusal beyanların doğruluğunu araştırma konusundaki olağan yükümlülüğünden muaf tutulabilmesi için özel nedenler aranmaktadır. Bu tür nedenlerin varlığı, söz konusu hakaretin niteliğine ve derecesine ve medyanın haber kaynaklarını söz konusu iddialar açısından makul olarak ne denli güvenilir bulup bulamayacağına bağlıdır (bkz. *Pedersen ve Baadsgaard*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 78 *ve Tønsbergs Blad A.S. ve Haukom/Norveç*, başvuru no. 510/04, paragraf 89, ECHR 2007-III).
>
> 83. Mahkeme, itibarın korunması hakkının Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından özel hayatın gizliliği hakkının bir parçası olarak korunduğunu tekrarlamaktadır (bkz. *Chauvy ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 70; *Pfeifer*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 35; ve *Polanco Torres ve Movilla Polanco/İspanya*, başvuru no. 34147/06, paragraf 40, 21 Eylül 2010). 'Özel hayat' kavramı sınırlandırılmış bir tanımı bulunmayan geniş bir terim olup, bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsamakta ve dolayısıyla toplumsal cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim gibi kişinin kimliğinin birçok yönünü, adını ya da kişinin imajına ilişkin hakkını ilgilendiren öğeleri içerebilmektedir (bkz. *S. ve Marper/Birleşik Krallık* [BD], başvuru no. 30562/04 ve 30566/04, paragraf 66, ECHR 2008-...). İnsanların rızaları olmaksızın yayımlanmamasını haklı olarak bekleyebilecekleri kişisel bilgileri de kapsamaktadır (bkz. *Flinkkilä ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 75 ve *Saaristo ve diğerleri/Finlandiya*, başvuru no. 184/06, paragraf 61, 12 Ekim 2010).
>
> Ancak 8. maddenin söz konusu edilebilmesi için, bir kişinin itibarına yönelik saldırının belirli bir ağırlık düzeyine erişmiş ve

26 *Axel Springer AG/Almanya* [BD], başvuru no. 39954/08, 7 Şubat 2012.

kişinin özel hayatın gizliliği hakkından yararlanmasına halel getiren bir hal almış olması gerekir (bkz. *A/Norveç*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 64). Mahkeme ayrıca, bir kişinin, örneğin suç işlemek gibi, kendi davranışlarının öngörülebilir sonucu olarak ortaya çıkan bir itibar kaybından şikâyet etmek amacıyla 8. maddeye dayanamayacağına hükmetmiştir (bkz. *Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, başvuru no. 55480/00 ve 59330/00, paragraf 49, ECHR 2004-VIII).

84. Mahkeme'nin, bir müdahalenin demokratik bir toplumda 'başkalarının itibarını ya da haklarını korumak' bakımından gerekliliğini incelerken, ulusal makamların, Sözleşme tarafından güvence altına alınmış olan ve kimi durumlarda birbiriyle çatışabilen iki değeri, yani bir tarafta 10. madde tarafından korunan ifade özgürlüğü ile diğer tarafta 8. madde kapsamında garanti edilen özel hayatın gizliliği hakkını korurken adil bir denge gözetmiş olup olmadığını teyit etmesi gerekebilmektedir (bkz. *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, başvuru no. 71111/01, paragraf 43, 14 Haziran 2007 ve *MGN Limited/Birleşik Krallık*, başvuru no. 39401/04, paragraf 142, 18 Ocak 2011).

(iii) Takdir yetkisi

85. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında, Sözleşmeci Devletlerin bu madde kapsamında güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin gerekli olup olmadığını ve ne ölçüde gerekli olduğunu değerlendirme konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip olduğunu yinelemektedir (bkz. *Tammer/Estonya*, başvuru no. 41205/98, paragraf 60, ECHR 2001-I ve *Pedersen ve Baadsgaard,* yukarıda adı geçen karar, paragraf 68).

86. Ancak bu takdir yetkisi, hem mevzuat bakımından hem de bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa dahi bu yetkiyi kullanan kararlar bakımından Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir (bkz. *Karhuvaara ve Iltalehti/Finlandiya*, başvuru no. 53678/00, paragraf 38, ECHR 2004-X ve *Flinkkilä ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 70). Bu denetim işlevini yerine getirirken Mahkeme'nin görevi ulusal mahkemelerin yerini almak değil, davayı bir bütün olarak incelediğinde, ulusal mahkemelerin takdir yetkileri uyarınca almış oldukları kararların öne sürülen Sözleşme hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını incelemektir (bkz. *Petrenco/Moldova*, başvuru no. 20928/05, paragraf

54, 30 Mart 2010; *Polanco Torres ve Movilla Polanco*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 41; ve *Petrov/Bulgaristan* (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 27103/04, 2 Kasım 2010).

87. Somut dava benzeri olaylarda Mahkeme, başvurunun sonucunun, prensip olarak, başvurunun sorun oluşturan makalenin konusunu oluşturan kişi tarafından Sözleşme'nin 8. maddesine dayanılarak mı, yoksa yayıncı tarafından 10. maddeye dayanılarak mı Mahkeme huzuruna taşınmış olmasına bağlı olarak değişiklik sergilememesi gerektiği kanaatindedir. Nitekim prensip olarak bu haklar eşit bir saygıyı hak etmektedir (bkz. *Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS)/Fransa*, başvuru no. 12268/03, paragraf 41, 23 Temmuz 2009; *Timciuc/Romanya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 28999/03, paragraf 144, 12 Ekim 2010; ve *Mosley/Birleşik Krallık*, başvuru no. 48009/08, paragraf 111, 10 Mayıs 2011; ayrıca bkz. Parlamenterler Meclisi Kararının 11. maddesi – yukarıdaki paragraf 51). Dolayısıyla, takdir yetkisi prensipte her iki durumda da aynı olmalıdır.

88. Ulusal makamlar tarafından bu iki hak arasında denge gözetilirken Mahkeme'nin içtihatlarında dile getirilen kriterlere uygun hareket edildiği hallerde, Mahkeme ulusal mahkemelerin görüşü yerine kendi görüşünü geçirmek için kuvvetli nedenler aramak durumundadır (bkz. *MGN Limited*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 150 ve 155 ve *Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya* [BD], başvuru no. 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, paragraf 57, 12 Eylül 2011).

(iv) Denge gözetmekle ilgili kriterler

89. İfade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği hakkının dengelendiği hallerde, içtihatta dile getirilip somut dava açısından ilgi arz eden kriterler aşağıda sayılmaktadır.

(α) Genel kamu yararı tartışmasına katkı (...)

(β) Söz konusu kişinin ne kadar tanınmış olduğu ve haberin konusu (...)

(γ) Söz konusu şahsın daha önceki davranışları (...)

(δ) Bilgi edinme ve doğrulama yöntemi (...)

(ε) Yayının içeriği, biçimi ve sonuçları (...)

> 95. Son olarak, uygulananın yaptırımın niteliği ve ağırlığı da, ifade özgürlüğünün kullanımına yönelik müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken faktörlerdir (bkz. *Pedersen ve Baadsgaard*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 93 ve *Jokitaipale ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 77)."

15. Mahkeme sık sık, gazetecilere tanınan özgürlüğün belirli bir derecede abartıya hatta provokasyona başvurulması ihtimalini de kapsadığını dile getirmektedir. Bu cihetle, yukarıda sözü geçen *Axel Springer AG/Almanya* davasındaki kararda Mahkeme şu hususu hatırlatmaktadır:

> "(..) 81. Gazetecilere tanınan özgürlük belirli bir derecede abartıya hatta provokasyona başvurulması ihtimalini de kapsamaktadır (bkz. *Pedersen ve Baadsgaard*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 71). Dahası, belirli bir olayda hangi habercilik tekniklerinin benimsenmesi gerektiği konusunda basının görüşü yerine kendi görüşlerini geçirmek, tıpkı ulusal mahkemeler gibi, Mahkeme'ye de düşmemektedir (bkz. *Jersild/Danimarka*, 23 Eylül 1994, paragraf 31, Seri A no. 298 ve *Eerikäinen ve diğerleri/Finlandiya*, başvuru no. 3514/02, paragraf 65, 10 Şubat 2009). (...)"

16. Gazetecilik etiği ile ilgili olarak, Mahkeme'nin söz konusu edilen haberlerin sunulma tarzını uzun uzadıya incelediği bir dava olmuştur. Mahkeme, *Stoll/İsviçre*[27] davasında verdiği 10 Aralık 2007 tarihli Büyük Daire kararında, ulusal düzeyde ulusal Basın Konseyi'nin, "*Gazetecilerin hak ve sorumlulukları bildirgesi*"ni açıkça ihlal eden haberlerin biçiminden ötürü gazeteyi net ve katı bir dille eleştirmiş olduğunu tekrarlamış ve bu tespite şu sonuçları atfetmiştir:

> "(...) (δ) Başvurucunun davranışı
>
> 140. Gazetecilik etiği söz konusu olduğunda, somut davanın şu iki yönü arasında bir ayrım yapılması şarttır: başvurucunun söz konusu haberi elde etme biçimi ve söz konusu haberlerin biçimi. (...)
>
> - *Haberlerin biçimi*
>
> 145. Somut davada, başvurucu tarafından yayımlanan haberlerin biçiminin gazetecilik etiğine uygun olup olmadığı sorusu

27 *Stoll/İsviçre* [BD], başvuru no. 69698/01, ECHR 2007-V. Nicolas Bratza, *Stoll* davasında Büyük Daire heyetinde yer almamıştır. Kendisi bu davada karar veren Daire'nin Başkanıydı ve çoğunlukla birlikte (3'e karşı 4) ihlal yönünde oy kullanmıştır.

daha da büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda, uzmanlaşmış ve bağımsız bir organ olan Basın Konseyi'nin görüşü özellikle önem arz etmektedir.

146. Mahkeme ilk olarak, 10. maddenin ifade edilen fikir ve bilgilerin sadece esasını değil, aktarılma biçimini de koruduğunu tekrarlamaktadır. Bu nedenledir ki, gazeteciler tarafından hangi habercilik tekniğinin benimsenmesi gerektiği konusunda basının görüşü yerine kendi görüşlerini geçirmek, ne ulusal mahkemelere, ne de işbu Mahkeme'ye düşmektedir (bkz. örneğin, Jersild, yukarıda adı geçen karar, s. 23, paragraf 31 ve *Da Haes ve Gijsels/Belçika*, 24 Şubat 1997 tarihli karar, *Reports* [*Raporlar*] 1997-I, s. 236, paragraf 48).

147. Ancak, tıpkı Basın Konseyi gibi, Mahkeme de yayımlanan haberlerin biçiminde birtakım eksiklikler görmektedir. Birincisi, haberlerin içeriği açıkça budanmış ve indirgenmiş bir nitelik taşımaktadır. (...)

148. İkincisi, başvurucu tarafından kullanılan sözcükler büyükelçinin beyanlarının anti-semitik olduğunu ima etmeye meyletmektedir. (...)

149. Üçüncüsü, haberlerin gözden geçirilmiş biçimi sahipsiz malvarlıkları kadar önemli ve ciddi bir konuya hiç uygun görünmemektedir. (...)

150. Dördüncüsü, başvurucu tarafından kaleme alınan haberler doğru da olmayıp, olayların zamanlamasını yeterince net bir şekilde ortaya koymaması nedeniyle okuru yanlış yönlendirme ihtimali taşımaktadır. (...)

151. Yukarıdaki hususlar ışığında ve ayrıca haberlerden birinin İsviçre'nin yüksek tirajlı Pazar gazetelerinden birinin baş sayfasında yer alması dolayısıyla, Mahkeme, başvurucunun başlıca niyetinin kamuoyunu genel kamu yararına hizmet eden bir konuda bilgilendirmek değil, Büyükelçi Jagmetti'nin raporunu gereksiz bir skandala malzeme yapmak olduğu hususunda Hükümet'in ve Basın Konseyi'nin düşüncesini paylaşmaktadır. Bu nedenledir ki, Basın Konseyi'nin vardığı sonuçlarda gazeteyi neden "Gazetecilerin hak ve sorumlulukları bildirgesi"ni açıkça ihlal eden haberlerin biçiminden ötürü net ve katı bir dille eleştirmiş olduğu kolayca anlaşılmaktadır (bkz. Basın Konseyi

görüşünün 7. paragrafı ve tespitlerin 5. maddesi, yukarıdaki paragraf 24).

152. Bundan dolayıdır ki Mahkeme, söz konusu haberlerin, okuru büyükelçinin kişiliği ve yeterliliği konusunda yanlış yönlendirebilecek budanmış ve indirgenmiş biçiminin, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korunan kamuoyu tartışması açısından yaptığı katkının önemini de hayli azalttığı kanaatindedir. (..)"

Mahkeme sonuçta 5'e karşı 12 oyla 10. maddeye yönelik bir ihlal bulunmadığı sonucuna varmıştır.[28]

17. Mahkeme'nin daha genel anlamda, gazetecinin genel kamu yararına ilişkin birtakım meselelerle ilgili olarak ne ölçüde sorumlu davranmış olduğunu değerlendirmesi gerekmektedir. Basın özgürlüğüne getirilen bir sınırlama, 10. maddenin 2. paragrafında sayılan meşru amaçlardan biri –ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ya da kamu güvenliğinin korunması, kamu

28 151. paragrafta başvurucunun niyetinin kamuoyunu genel kamu yararına hizmet eden bir konuda bilgilendirmek değil, büyükelçinin raporunu gereksiz bir skandala malzeme yapmak olduğu dile getirilmektedir. Bu ifadeden öyle anlaşılıyor ki Mahkeme, davanın bilgilendirici basında değil, magazin basınında çıkan bir yayın hakkında olmasına önem atfetmiştir. Bkz. ayrıca Harris, O'Boyle & Warbrick, s. 512: "(...) öncelikle okurlarının dikizcilik eğilimini tatmin ederek ticari kazançlarını arttırma derdinde olan magazin basınının ya da bulvar gazetelerinin özgür ifade haklarına ne ölçüde ağırlık atfedilebileceği hususunda Avrupa genelinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki, uluslararası bir yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, keyfilik ve elitizmle suçlanmadan, içeriklerin haber değerine ve okur kitlesine dayanarak ulusal ya da yerel basının farklı türlerini kategorileştirerek korumasının gerekli ya da meşru olup olmadığı hassas bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. (...)"
Magazin basını konusunda Büyük Daire'nin *Von Hannover/Almanya (no 2)* davasında verdiği 7 Şubat 2012 tarihli kararın 103. paragrafına da dikkat çekmek istiyorum:
"103. Mahkeme son olarak, ifade özgürlüğünün fotoğrafların yayımlanmasını da içerdiğini hatırlatmaktadır (bkz. *Österreichischer Rundfunk/Avusturya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 57597/00, 25 Mayıs 2004 ve *Verlagsgruppe News GmbH/Avusturya (no 2)*, başvuru no. 10520/02, paragraf 29 ve 40, 14 Aralık 2006). Ancak bu alan başkalarının hak ve itibarlarının korunmasının özel önem arz ettiği bir alandır; zira fotoğraflar bir kişi ya da ailesi hakkında son derece kişisel hatta mahrem bilgiler içerebilmektedir (bkz. *Von Hannover*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 59; *Hachette Filipacchi Associés/Fransa*, başvuru no. 71111/01, paragraf 42, ECHR 2007-VII; ve *Eerikäinen ve diğerleri/Finlandiya*, başvuru no. 3514/02, paragraf 70, 10 Şubat 2009).
Üstelik, "sansasyonel" basında ya da "romantizm" dergilerinde yer alan ve genellikle kamuoyunun bir kişinin özel hayatının en mahrem ayrıntılarına yönelik merakını giderme amacı taşıyan fotoğraflar (bkz. *Société Prisma Presse/Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 66910/01 ve 71612/01, 1 Temmuz 2003 ve *Hachette Filipacchi Associés* (*ICI PARIS*), yukarıda adı geçen karar, paragraf 40) çoğu zaman söz konusu kişinin özel hayatına yönelik son derece yoğun bir müdahaleye ya da hatta zulme uğradığı duygusuna kapılmasına neden olabilen süregiden bir taciz ortamında çekilmektedir (bkz. *Von Hannover*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 59 ve *Gurgenidze*, yukarıda adı geçen karar, paragraf 59)."

düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın, başkalarının itibar ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ya da yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması– açısından demokratik bir toplumda gerekli miydi? (Acil bir toplumsal ihtiyaç bulunuyor muydu?)

18. Yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması konusunda çok sayıda Mahkeme kararı bulunmaktadır. Tüm kamu görevlileri arasında hakimler sahip oldukları yetki bakımından en geniş korumadan yararlanmaktadır ve hakimlere yönelik kabul edilebilir nitelikteki eleştirinin sınırları oldukça dardır. Buna ilişkin en son örneklerden biri olarak *Kobenter ve Standard Verlags GmbH/Avusturya*[29] davasında verilen karara dikkat çekmek istiyorum:

> "(...) 29. Buna hiç şüphesiz ki, her türlü demokratik toplum açısından vazgeçilmez bir kurum olan adalet sisteminin işleyişiyle ilgili meseleler de dahildir. Basın, siyasetçiler ve kamuoyu açısından, hakimlerin üzerlerine düşen ağır sorumlulukları kendilerine emanet edilmiş olan görevin temelini oluşturan amaçla uyumlu bir şekilde yerine getirip getirmediklerini doğrulama araçlarından biridir. Ancak bu noktada yargının toplumdaki özel rolünün dikkate alınması şarttır. Hukuk tarafından yönetilen bir Devletin temel değerlerinden biri olan adaletin teminatı olarak yargının görevlerini başarıyla yerine getirebilmesi için halkın güvenini arkasına alması gerekmektedir. Dolayısıyla, bilhassa eleştiri konusu edilen hakimlerin bu eleştirilere yanıt vermesini engelleyen bir ketumluk ödevi altında bulunduğu göz önüne alındığında, bu güvenin mesnetsiz ancak yıkıcı saldırılara karşı korunması elzem olabilmektedir (bkz. *Prager ve Oberschlick/Avusturya*, 26 Nisan 1995 tarihli karar, Seri A no. 313, s. 17, paragraf 34).

Sonuç niteliğindeki tespitler

19. Peki Mahkeme hakkında *The Times* gazetesinde çıkan haberin verilme biçimi ile yukarıda dile getirilenler arasında, şayet varsa, nasıl bir bağlantı var?

Basının, siyasetçiler ve kamuoyu açısından, hakimlerin üzerlerine düşen ağır sorumlulukları kendilerine emanet edilmiş olan görevin temelini oluşturan amaçla uyumlu bir şekilde yerine getirip getirmediklerini doğrulama araçlarından biri olduğunu tekrarlamak elbette ki her daim faydalı olabilir.

29 *Kobenter ve Standard Verlags GmbH/Avusturya*, başvuru no. 60899/00, 2 Kasım 2006.

Aynı şey Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından da geçerlidir. Basın özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen bilgi ya da fikirler için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de geçerli olduğu pek tabii ki doğrudur. Gazetecilere tanınan özgürlüğün belirli bir derecede abartıya hatta provokasyona başvurulması ihtimalini kapsadığı da doğrudur. Ne var ki, yayının biçiminin gazetecilik etiğine uygun olup olmadığı sorusu da bir miktar önem arz etmekte olup, hakimlere yönelik kabul edilebilir nitelikteki eleştirinin sınırları oldukça dardır.

20. Başkalarına duyulan saygıdan ve etik prensiplere duyulan bağlılıktan ötürü gazetecilerin kendi kendilerine koydukları sınırlar, *The Times*'ı bu şekilde bir yayın yapmaktan kaçınmaya itebilirdi.

Bu tür bir durumda, *Editöre Mektup* yoluyla, utanç duygusunun harekete geçirilmesi genelde etkili bir tepki yöntemi olmaktadır. *The Times*'ın Lüksemburg'daki Avrupa Birliği Mahkemelerinden üç yargıç tarafından kaleme alınmış olan mektubun "Ne var ki, *geçmişten gelen bir ağırlığa ve prestije sahip 'The Thunderer' [Gürleyen] lakaplı bir gazetenin meseleleri çarpıtıp önemsizleştirmesi kimseye bir yarar sağlamaz*" diyen son cümlesini basmamış olması, iyi niyetli bir bakış açısıyla, editörlerin kendilerini bir parça rahatsız hissetmiş olduğuna dair bir gösterge olarak da görülebilir.

Fakat bir an için *The Times*'ın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni –olabilecek en koyu ve en büyük puntoyla– "Avrupa'nın saray soytarıları" olarak adlandırarak Mahkeme'nin 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'e başvurup 10. madde kapsamındaki hakkının ihlal edilmiş olduğundan yakınsın; Mahkeme de bu davadan 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.

Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması

George Nicolaou[1]

Giriş

Özgür, geniş tabanlı bir medyanın sahiden demokratik bir sistemin vazgeçilmez bir parçasını oluşturduğu ve medyanın üzerine düşeni yapabilmesi için kendisi ile kamuoyu arasında bilgi ve düşüncelerin karşılıklı akışına uygun bir düzenleme ortamının sağlanması gerektiği gitgide aşikâr bir hal alırken, kaynakların korunmasına yönelik esaslı bir tedbirin de gerekli olduğu ne Avrupa içinde, ne de dışında o denli aşikâr durumdadır. İngiltere'de kaynakların zorla açıklanmasına yönelik koruma, en iyimser tabirle, son derece sınırlı olup, var olan koruma da gazetecinin prensip olarak kaynaklarının ismini gizli tutma hakkına sahip olduğu düşüncesine değil, kaynakların gizli kalmasındaki kamu yararının diğer menfaatlerden üstün olduğu hallerde mahkemelerin ifşa kararı almama yönünde mündemiç bir takdir yetkisi bulunduğu esasına dayanmaktaydı. Lordlar Kamarası'nın *British Steel Corporation/Granada Television Ltd*.[2] davasında teyit ettiği üzere, common law kapsamında benimsenen görüş bu yöndeydi. Bu görüş, *X Ltd./Morgan-Grampian (Publishers) Ltd*.[3] davasında Lord Bridge tarafından dile getirildiği üzere, en azından söz konusu korumanın derecesi ve koşulları muğlak olduğu içindir ki, hiç tatmin edici değildi. Lord Bridge'in ifadesiyle:

> "Mahkemeler özgür bilgi akışında önemli bir kamu yararı bulunduğunu her daim teslim etmektedir. Bu kamu yararının varlığının ne ölçüde ve hangi koşullarda gazetecilere haber kaynaklarını açıklamak konusunda common law hukuk sisteminde de kabul edilecek bir imtiyaz tanımak amacıyla işletilebileceği sorusuna, yetkili mercilerce kestirmeden ve kolayca verilebilecek bir cevap bulunmuyordu."[4]

AİHM'in *Goodwin/Birleşik Krallık*[5] davasında verdiği kararla attığı hayati adımla birlikte, Avrupa düzeyinde bağlayıcı nitelik taşımayan uluslararası belgeler[6] de gazetecilerin kaynaklarını koruma hakkına sahip olması gerek-

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcı.

2 [1981] A.C. 1096.

3 [1991] A.C. 1; buradan hareketle *Goodwin* davasına varılmıştır; aşağıdaki dn. 5.

4 *A.g.k.*, s. 10.

5 27 Mart 2006 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions [Hüküm ve Kararlara İlişkin Raporlar] 1996-II.

6 Resolution on the Confidentiality of Journalists' Sources [Gazetecilerin Kaynaklarının Gizliliğine ilişkin Karar], 18 Ocak 1994: Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi (No. C44/34);

tiğini dile getirerek, halihazırda bir zemin oluşturmuş bulunmaktaydı. Mahkeme *Goodwin* kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi kapsamında medya özgürlüğü açısından temel bir şart oluşturan bu korumanın önemini vurgulamış ve korumanın taşıdığı önem nedeniyle, "ancak kamu yararına hizmet eden daha üstün bir gereklilikle" yerinden edilebileceği sonucuna varmıştır.[7] Gazeteciler bu bağlamda sadece bir imtiyaza değil, bir hakka sahip bulunuyordu ve bu hak kolayca bertaraf edilebilecek bir hak değildi. Bu görüş, kaynakların korunması açısından üst çizgi haline gelmiştir. Bu makalede *Goodwin* davasını, getirdiği koruma düzeyini, bu kararın kapsamını daha da ayrıntılı bir şekilde tanımlayan sonraki kararları kısaca inceleyecek ve halen ele alınması gereken hususlar bulunup bulunmadığını sorgulayacağız.

Goodwin Davasının Ulusal Hukuktaki Arka Planı

Common law kapsamında, "gazete kuralı"na göre, yargılamadaki inceleme ve keşif aşamasında kaynakların ifşası istenmemekte, ancak Lordlar Kamarası tarafından *British Steel Corporation/Granada Television Ltd*.[8] davasında dile getirildiği üzere, davanın görülmesi sırasında gazetecinin gizlilik hakkı bulunmamaktaydı; fakat hakim tüm hususları göz önünde bulundurarak, kaynağın isminin gizli tutulmasındaki kamu yararının davacının şahsi menfaatinden üstün olması halinde, takdir yetkisini ifşaya izin vermeme yönünde kullanabilmekteydi. Gazeteciye tanınan bu imtiyaz zayıf kalmakta ve fiiliyatta kolayca ortadan kaldırılabilmekteydi. Ancak ilginçtir ki, Lord Salmon sunduğu karşıt görüşte, daha sonraki AİHM tarafından *Goodwin* kararında benimsenecek olana hayli benzer bir kriter öne sürmüştür.[9] Kaynakların korunması daha sonrasında kanuni bir biçim almış ve 1981 tarihli Mahkemeyi Tahkir Yasasının aşağıda yer alan hükmü taşıyan 10. maddesiyle prensipte güçlendirilmiştir:

> "Hiçbir mahkeme bir kişinin sorumlu olduğu bir yayında yer alan bilginin kaynağını açıklamasını isteyemez ya da hiç kimse ifşayı reddettiği için mahkemeyi tahkir etmekle suçlanamaz; meğer ki, söz konusu ifşanın adalet veya ulusal güvenlik gerek-

ve Resolution on Journalistic Freedoms and Human Rights [Gazetecilerin Özgürlükleri ve İnsan Hakları Hakkında Karar], Kitle İletişim politikaları 4. Avrupa Bakanlar Konferansı'nda kabul edilmiştir (Prag, Aralık 1994), bu kararla gazeteciler tarafından kullanılan kaynakların gizliliğinin korunmasının, gazetecilerin işlevlerini yerine getirebilmeleri ve böylece hakiki bir demokrasinin teşviki bakımından elzem olduğu üzerinde mutabık kalınmıştır. Bu belgelerden hareketle, Mahkeme'nin yukarıda 5 sayılı dipnotta sözü geçen *Goodwin* kararına atıf yapan R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararına ve Açıklayıcı Bilgi Notuna varılmıştır.

7 A.g.k., paragraf 39.

8 Yukarıdaki dn. 3.

9 *A.g.k.*, özellikle s. 1195 B-D.

> çesiyle ya da kamu düzeninin korunması veya suçun önlenmesi amacıyla gerekli olduğu mahkemeyi ikna edecek şekilde kanıtlanmış olsun."

Kaynakların gizliliği, maddede dile getirilen bir kamu yararı nedeniyle ancak gerektiğinde yerinden edilebilecek olan bir kural biçimini almış görünse de, bu maddenin yorumlanma biçimi marifetiyle, çok geçmeden, kaynak gizliliğinin üstün bir hak oluşturmadığı ortaya çıkmıştır. Elbette ki bir iyileşme kaydedilmiş olmakla birlikte, varılan noktanın tam anlamıyla tatminkâr olup olmadığı halen bir soru işareti olarak durmaktaydı. Çok basitçe ifade edilecek olursa, 10. madde kapsamında mahkeme, madde kapsamında sayılan gerekçelerden birinin olgusal bir gerçek olarak kanıtlanması halinde ifşa dokunulmazlığından vazgeçilmesi gerekip gerekmediğini değerlendirecek ve ardından, kaynağın gizliliğini diğer kamu yararı karşısında tartarak, hangisinin üstün tutulması gerektiğine karar verecektir. Bu bir muhakeme gerektirmektedir. Madde, ifşanın istenebilme gerekçelerini daraltmış, fakat temelde kaynakların gizliliğini koruma altındaki diğer kamu menfaatleri ile aynı kefeye koyarak ve tercihi, bu ikisi arasında yapılacak karşılaştırmaya dayanacak şekilde hakime bırakarak, söz konusu çekişmeli menfaatlerin görece önemi açısından bir değişiklik getirmemiştir. Ancak söz konusu madde nihayetinde kaynaklar üzerindeki korumayı yerinden etmeye muktedir kamu menfaatlerini özel olarak belirtmekte olduğundan, sonuçta bu denge gözetimine daha çok ağırlık yüklenmiştir. Bu yoruma açık yaklaşım, Sözleşme'nin 10. maddesini doğrudan konuyla bağlantılı kılan 1998 tarihli İnsan Hakları Yasasının yürürlüğe girmesinin ardından değişmiştir. İlk başta bir miktar tereddüt yaşansa da, mahkemeler nihayetinde, belirli bir kamu yararı gerekçesi daha zaruri bir ihtiyaç arz etmediği müddetçe, kaynaklara sağlanan korumanın söz konusu kamu yararından üstün tutulması gerektiğini kabul etmişlerdir.

Nasıl bir gereklilik kriterinin söz konusu olduğuna ve bu kriterin nasıl uygulanması gerektiğine dair hayli tartışma yaşanmıştır. Gerekliliğin ulaşması gereken dereceye gelince, *Savunma Bakanı/Guardian Newspapers Ltd*.[10] davasında Lord Diplock tarafından dile getirildiği üzere, fiili gerekliliğin kanıtlanması şart olup, "ne kadar fazla olursa olsun, amaca uygunluk" yeterli değildi. Ancak *In re an Inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985*[11] davasında Lord Griffiths daha geniş bir kriter önermiştir. Bu kriteri şu şekilde dile getirmiştir: "'Gerekli' sözcüğünün bir yanda 'zaruri' ile diğer yanda 'faydalı ya da 'münasip' arasında bir noktaya denk düşen bir anlamdan fazlasına sahip olduğunu söyleyip, belirli bir davadaki olgulara dayana-

10 [1985] A.C. 339; müteakip *Handmade Films/Express Newspapers* [1986] F.S.R. 463 ve *Maxwell/ Pressdram* [1987] 1 W.L.R. 298 davalarında da aynı görüş benimsenmiştir.

11 [1988] A.C. 660.

rak kastedilen meali bu yelpazenin hangi ucuna doğru kaydırmak gerektiği kararını hakime bırakmaktan daha fazlasını yapmanın pek mümkün olduğunu sanmıyorum. Önerebileceğim en yakın tefsir 'gerçekten ihtiyaç duyulan' olabilir."[12] Saygısızlık etmek istemem ama, bu tür betimlemelerin hakimlerin işini kolaylaştırdığı şüphelidir. Gereklilik kavramı, aslında, görece önem konusunda daha geniş kapsamlı bir bakış açısı gerektiriyor olabilir. Gerekliliğin nasıl değerlendirilip ölçüleceği, aranan kriter eşiğinin ne olduğu ve bu eşiğin nasıl ayırt edileceği, "demokratik toplumun özgür bir basının sağlanıp sürdürülmesi konusundaki menfaati"[13] her daim göz önünde tutulmak suretiyle, her bir olayın kendine özgü koşullarına bağlı değer yargıları olarak kalmak durumundadır. Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında açılmış ancak kaynak korunması konusuyla ilişkisi bulunmayan *The Sunday Times/Birleşik Krallık*[14] davasında Mahkeme, "birbiriyle çekişen iki prensip arasında bir tercihle değil, dar bir şekilde yorumlanması gereken birkaç istisnaya tâbi olan ifade özgürlüğü prensibiyle karşı karşıya olduğunu" vurgulamıştır.[15]

Ulusal Mahkemeler Huzurunda Görülen Dava

Genç bir stajyer gazeteci olan Goodwin, Morgan-Grampian tarafından yayımlanan haftalık dergi kadrosuna henüz yeni dahil olmuştu ki, daha önceden tanıdığı bir kaynak kendisine telefon açarak, "büyük önem taşıyan bir sektör içerisinde ... yerli ve yabancı müşterilere sahip, lider konumdaki" birbiriyle bağlantılı iki şirketten oluşan Tetra'nın yaşadığı mali sıkıntılarla ilgili gizli bilgiler aktarmıştır. Goodwin notlar almıştır. Bu bilgiler müstakbel kredi verenlere sunulmak amacıyla hazırlanmış bir iş planından alınmıştır ve Tetra'nın ciddi zararlara uğramış olduğunu ve borçlarının yeniden finansmanı için müzakereler yürütmeye çalıştığını göstermektedir. Bilgiler istenmeden verilmiş ve karşılığında para ödenmemişti. Sözü geçen iş planının bir kopyası, gözetimsiz bir anda ortadan kaybolmuştu. Goodwin kısmen bu gizli bilgilere dayanarak bir haber yapmaya niyetlenmiş ve bilgileri doğrulamak için Tetra'yı aramıştır. Yüksek Mahkeme, aksi takdirde Tetra'nın, müşteri ve tedarikçilerinin yanı sıra hem fiili hem de potansiyel kredi sahiplerinin güvenini kaybetme ihtimalinden kaynaklı olarak ciddi bir zarar riskiyle gerçek anlamda karşı karşıya kalacağına kanaat getirerek, "adalet yararına" hareket etme gerekçesiyle yayını engelleyen bir ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Siparişlerin iptal edilmesi ve mal ve hizmetlerin tedarik edilmemesi halinde borçların yeniden finansmanına yönelik çabalar etkilenecek; bu çabaların sonuçsuz kalması halindeyse dört yüz kadar kişinin işini kaybetmesiyle sonuçlana-

12 *A.g.k.*, s. 704 E.

13 Yukarıdaki dn. 7, paragraf 40.

14 26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A: Judgments and Decisions [Hüküm ve Kararlar], Cilt 30.

15 *A.g.k.*, paragraf 65.

cak bir tasfiye yaşanabilecekti. Mahkeme, Goodwin ile yayıncılardan haber kaynağını ve notları açıklamalarını istemiştir. Böylelikle iş planının yerinin saptanması, yayını engelleyen daha geniş bir tedbir kararı alınması ve yapılan harcamalardan ötürü tazminat elde edilmesi amacıyla yargılama başlatılabilecekti. Goodwin'in de bu haksızlığa karışmış olduğu, dolayısıyla *Norwich Pharmacal* prensibinin geçerli olduğu söylenmiştir.[16] Goodwin'in temyiz itirazı başarıya ulaşmamış ve karara uymadığı için mahkemeyi tahkirden ötürü suçlu bulunmuş ve sonuçta 5000 Sterlin para cezasına çarptırılmıştır. İstinaf Mahkemesi, *Norwich Pharmacal* prensibinin verilen bu kararlar için yetki sağladığına katılmış ve söz konusu edilen menfaatlerin görece önemi ışığında şu kanaate varmıştır:

> "Davacılar yeniden finansman müzakerelerini, tepelerinde saatli bomba gibi işlemekte olan kaynak (ya da kaynağın kaynağı) tarafından yaratılan tehdit ortamında sürdürmektedir. Bu bombayı tespit edip, yerini belirledikten sonra zararsız hale getirmek konusunda yardıma hakları bulunduğu besbellidir ... Burada bir denge gözetmek durumundayım. Bir tarafta, gazetecinin kaynaklarının gizliliğinin korunmasının sağlayacağı kamu yararı bulunmaktadır; 10. madde de zaten bunun için getirilmiştir. Diğer yanda ise, kanaatimce, adaletin işleyişi açısından geçerli genel kamu yararları bakımından ifşanın gerekli olduğu hususi bir durum söz konusudur. Bu iki faktör tek başına ele alınsaydı ifşa talebini gerektiren durum öne çıkardı; zira parlamentonun niyeti, diğer her şey eşit olduğunda, dört nedenden birine dayanarak ifşa gerekliliğinin üstün tutulması gerektiği yönünde olmalıdır. Aksi halde bu istisnalara yer verilmesinin hiçbir anlamı kalmazdı ... Gazetecinin kaynaklarının gizliliğinin korunmasında genel bir kamu yararı bulunmaktadır, fakat somut olayın koşulları buna ilave edilebilecek bir unsur taşımamaktadır ... denge ifşadan yana ağır basmaktadır."[17]

Diğer hakim Lordların da katılmış olduğu üzere, Lord Bridge, şayet gerekseydi *Norwich Pharmacal* prensibinin bu davada uygulanacağına, ancak bunun gerekli olmadığına, zira bu prensibin ancak hakkında dava açılmamış bir kişiden ifşa talep edilen hallerde önem arz ettiği, oysa Goodwin ile yayın-

16 *Norwich Pharmacal Co./Customs & Excise Commissioners* [1974] A.C. 133 davasında Lord Reid adil ifşa ödevini şu şekilde açıklamıştır (s. 175): "(...) bir kişi kendi hatası olmadan başkalarının haksız fiillerine karışıp da onların işlediği fiili kolaylaştırdığında, kendisi açısından kişisel bir sorumluluk doğmaz, ancak tüm bilgileri vererek ve fiili işleyenlerin kimliğini açıklayarak, kendisine karşı haksızlık yapılmış olan kişiye yardım etme vazifesi doğar...".

17 Yukarıdaki dn. 3, Lord Donaldson, s. 28 E, F, G ve s. 29, C, D.

cıların "usulünce davalı olarak gösterilmiş olduğu"na işaret etmiştir.[18] 1981 tarihli Mahkemeyi Tahkir Yasasının 10. maddesi kapsamında "adalet gerekçesiyle" ifşa nedeninin vuku bulup bulmadığı sorusuna Lord Bridge olumlu yönde cevap vermiştir. Her ne kadar *Savunma Bakanı /Guardian Newspapers Ltd*.[19] davasında Lord Diplock "adalet" gerekçesinin "bir mahkeme ya da ... devletin yargı erkini kullanan bir heyet ya da organ huzurundaki yargılamalar sırasında adaletin işleyişi mealinde teknik anlamda"[20] kullanılmış olduğunu belirtmişse de, Lord Bridge neden daha geniş bir tanım gerektiğini izah etmiş bulunmaktadır. Lord Bridge, "... bunun için bir mahkeme huzurunda yasal işlemler başlatılmış olsun olmasın, insanların önemli yasal haklarını kullanarak kendilerini ciddi hukuki haksızlıklara karşı korumalarının sağlanması gerektiğini" dile getirmiştir.[21] "Gereklilik" kriterine gelince; bunun için dengeleri gözeten bir değerlendirme gerekir; zira "ancak hakimin, 'adalet gerekçesiyle' ifşanın, ifşa karşısında tanınan kanuni imtiyazdan ağır basacak denli önem arz ettiği hususunda ikna olması halinde gereklilik eşiğine ulaşılmış olacaktır."[22] Gereklilik "hakimin takdir yetkisini kullanmasını icap ettiren bir meseleden ziyade maddi bir meseleydi, fakat tıpkı, örneğin birinin belirli bir durumda makul davranmış olup olmadığı gibi başka birçok maddi mesele açısından olduğu üzere, bu da ayrım gözeten ve bazen de güç bir değer yargısının işletilmesini gerektirecektir."[23] Bunun için de "somut olayın içine yerleştirilmesi gereken geniş bir yelpaze üzerindeki" çeşitli faktörlerin dikkate alınıp tartılması gerekmekteydi.[24] Başka şeylerin yanı sıra, bilginin ne denli önem taşıdığı; kaynağın korunmasının ne denli önem taşıdığı; yayımlanmasında meşru bir menfaat bulunup bulunmayacağı; ne şekilde elde edildiği ve şayet hukuka aykırı bir şekilde edinilmiş ve dolayısıyla koruma azalmışsa, bir haksızlığın ortaya serilmesi amacına hizmet edip etmediği; ve ifşa talep eden şahıs açısından neyin tehlikede olduğu sorularının sorulması uygun olacaktır. Somut olayda, Tetra'nın geçim kaynaklarını kaybedebilecek olan çalışanları ve ticari faaliyeti açısından ciddi bir zarar doğması tehlikesi azımsanmayacak bir nitelik taşıyordu; bu nedenledir ki, iş planının çalınmasının ayrıntıları ortaya çıkartılmadığı sürece, bu olay hakkında dava başlatılması ve tazminat istenmesi mümkün olmayacaktı. Öte yandan, kaynağın suça iştiraki ve yayında hiçbir meşru menfaat bulunmaması, kaynağın korunması ihtiyacını azaltmış durumdaydı. Kısacası, "açıkça ağır basacak bir öneme" sahip olduğundan,

18 Yukarıdaki dn. 3, s. 39 B. Davacılar "davalıların gizlilik ihlal edilerek kendilerine aktarılmış olan bilgileri yayımlamaktan men edilmesi amacıyla ihtiyati tedbir talebinde" bulunmuşlardır.

19 [1985] A.C. 339.

20 *A.g.k.*, s. 350 B, C.

21 Bkz. yukarıdaki dn. 4, s. 43 F, G.

22 *A.g.k.*, s. 44 B.

23 *A.g.k.*, s. 44 C.

24 *A.g.k.*, s. 44 D.

ifşa gerekliydi.[25] Bu nedenle de temyiz talepleri reddedilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararı

Goodwin, AİHM huzurunda, ifşa kararının Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki haklarını ihlal etmiş olduğundan yakınmıştır. Mahkeme, yediye karşı on bir oy çoğunluğuyla, ihlal tespit etmiştir. Birinci mesele, 1981 tarihli Mahkemeyi Tahkir Yasasının 10. maddesi kapsamında 'adalet gerekçesiyle' ifşa nedeninin öngörülebilir addedilebilecek denli makul kesinlikte bir anlama sahip olup olmadığıydı; zira aksi takdirde müdahale kanunen öngörülmüş olmayacaktır. Goodwin böyle bir anlamın bulunmadığını savunmuştur. Lordlar Kamarası'nın, kendi davasında söz konusu terimin anlamını genişletmiş olduğundan yakınmıştır; zira sahip olduğu dokunulmazlığın bertaraf edilebilmesi için terimin geçmişe dönük bir etki yaratması gerekmiştir. Mahkeme bu sava katılmamıştır. Bazen kanun çerçevesinin mutlak bir katiyetle çizilmesinin güç olduğunu söyleyerek, bir miktar esnekliğin "mahkemelerin hukuku geliştirmelerine olanak sağlamak bakımından hoş bile karşılanabileceği" görüşünü dile getirmiştir.[26] Yani "adalet gerekçesiyle" tabirinin yeni yorumu, makul olarak öngörülmüş olabilecekler yelpazesine dahil sayılmıştır. Mahkeme, ilgili tarihte, *Guardian Newspapers* davasında "adalet gerekçesi"ne yüklenen anlamın, bir kişiye kendi kusuru olmasa dahi bir haksızlığa karışmış olduğu hallerde ifşa yükümlülüğü getiren *Norwich Pharmacal* prensibiyle yan yana durduğunu da eklemiştir. Dolayısıyla da ifşa kararının kanunen öngörülmüş olduğu sonucuna varmıştır. Ancak, Lord Bridge'in belirttiği üzere, Goodwin ihtiyati tedbir davasında bizzat davalılardan biri olduğu içindir ki, *Norwich Pharmacal* prensibine ya da "adalet gerekçesi"nin genişletilmiş anlamına başvurulmasının gereksiz olduğu belirtilmelidir.[27] İkinci mesele, müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmediğiydi. İfşa kararının amacının Tetra'nın haklarını korumak olduğu tartışmasızdı, dolayısıyla Mahkeme bu amacın gerçekten de meşru olduğunu kabul etmiştir. Son mesele olarak Mahkeme, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin cevaplanması güç soruyu ele almıştır. Goodwin, edindiği bilgilerin yayımlanmasının Tetra'nın faaliyet alanındaki yatırımcılar ve müşteriler açısından ilgi arz edeceğini ve zaten, ifşaya karar verilmesi yönünde acil bir toplumsal ihtiyaç bulunup bulunmamasının, yayının ne denli kamu yararı celp edebileceğine bağlı olmadığını öne sürmüştür. Önemli olan hususun, gazetecilere haber kaynaklarından bilgi akışının teşvik edilmesi olduğunu ve kaynakların gazetecilere duyduğu güveni ortadan kaldıracak herhangi bir şey sonucunda kaynakların kurumaya meyledeceğini ısrarla savunmuştur. Hükümet, özgür

25 Yukarıdaki dn. 23.

26 Yukarıdaki dn. 7, paragraf 33.

27 Yukarıdaki dn. 4, s 39 B.

bilgi akışının taşıdığı genel kamu yararının 1981 tarihli Mahkemeyi Tahkir Yasasının 10. maddesinde belirtilen ve somut davada olduğu gibi, daha ağır basan bir menfaat olduğu kanıtlanan gerekçelerden biriyle yerinden edilebileceğini ileri sürmüştür. Söz konusu bilgi gerçek anlamda bir kamu yararı taşımamaktaydı, haber kaynağının davranışı en hafif tabirle sorgulanabilir nitelikteydi ve verilen tedbir kararlarına rağmen, bu bilginin yayılmasına yönelik olarak ağır sonuçlar doğurabilecek ciddi bir risk halen varlığını sürdürmekteydi. Mahkeme "basına sağlanması gereken güvencelerin son derece önem taşıdığını" söyleyerek, haber kaynaklarının korunmasını "basın özgürlüğünün temel koşullarından biri" olarak tanımlamıştır. Ardından da şunları eklemiştir:

> "Bu tür bir koruma olmazsa, haber kaynakları basının kamu yararı içeren konular hakkında halkı aydınlatmasına yardımcı olmaktan cayabilir. Bunun sonucunda, basının çok önemli olan kamu bekçiliği rolü zarar görür, doğru ve güvenilir bilgi sağlama kabiliyeti olumsuz etkilenebilir. Gazetecinin kaynaklarının demokratik bir toplumda basın özgürlüğü açısından taşıdığı önem ve haber kaynaklarının açıklanması yönündeki bir kararın yaratabileceği caydırıcı etki potansiyeli göz önüne alındığında, kamu yararı için daha ağır basan bir gereklilik doğrultusunda haklı kılınmadığı sürece böyle bir tedbirin 10. madde ile bağdaşması mümkün değildir."[28]

Mahkeme, kaynakların açıklanmasına yönelik bir ifşa kararının haklı nedenlere dayandığını, yerinde ve yeterli gerekçeler sunularak ikna edici bir şekilde kanıtlama ödevinin ulusal makamlara düştüğünü vurgulamıştır. Mahkeme, bir sınırlamanın "acil bir toplumsal ihtiyaç" ile haklı kılınma anlamında gerekli olup olmadığını bizzat enine boyuna incelemiştir. Mahkeme somut olayda alınan tedbirin orantılılığını değerlendirirken, gazete ve dergilere bildirilmiş bulunan ihtiyati tedbirin, ifşa talebinin başlıca amacını oluşturan gizli bilgilerin yayımlanmasının engellenmesi amacı açısından etkili olmuş olmasına özel önem atfetmiştir. Yani tehdidin hayati bir unsuru büyük oranda etkisiz hale getirilmiş bulunmaktaydı. Mahkeme'ye göre geriye bir tek, ifşanın başka herhangi bir amaçla yeterince haklı kılınıp kılınamayacağı sorusu kalmaktaydı. Mahkeme'nin buna yanıtı kılınamayacağı yönünde olmuştur. İfşanın kamu yararına dahil olan üstün bir gereklilikle haklı kılındığı kanıtlanmamıştır. Bilakis, birbiriyle çekişen menfaatler arasındaki denge özgür bir basın sağlanmasından yana ağır basmaktaydı:

> "Mahkeme, somut davadaki olgulara dayanarak, Tetra'nın,

28 Yukarıdaki dn. 7, paragraf 39.

> haber kaynağı aleyhinde başlatılan yargılamalar yoluyla, gizli bilgilerin basın dışındaki yollarla yayılmasına dair artakalan zarar tehlikesini bertaraf etmek, tazminat elde etmek ve sadakatsiz bir çalışanı ya da işbirlikçiyi ortaya çıkartmak konusundaki menfaatlerinin, kümülatif bir şekilde değerlendirilecek olsa dahi, başvurucu gazetecinin haber kaynağının korunmasındaki hayati öneme sahip kamu yararından üstün tutulmaya yetecek bir ağırlık taşıdığı tespitine ulaşamamaktadır ... İfşa talep eden tarafın sadece, ifşa olmadan yasal hakkını kullanamayacağını ya da muhtemel bir haksızlığı bertaraf edemeyeceğini ortaya koyması tek başına yeterli olmayacaktır... 10. maddenin 2. paragrafı kapsamında ... göz önünde bulundurulması gereken mülahazalar ... çekişen menfaatler arasındaki dengeyi, demokratik toplumun özgür bir basın temini açısından sahip olduğu hak lehine çevirmektedir."[29]

Varılan bu sonuç, Mahkeme'nin, yayının en zarar verici yönlerinin, büyük oranda, halihazırda tedbir kararlarıyla etkili bir şekilde ele alınmış olduğu yönündeki kanaatiyle izah edilmektedir. Mahkeme, haber kaynağının ifşasının her durumda uygunsuz olacağını söylememiştir. Yani, muhtemel bir yayını onaylamadığını ifade etmekle birlikte, geriye kalan amaçları da ifşanın haklı kılınması açısından yeterli görmemiştir; oysa ki ulusal mahkemeler bu amaçları çok ciddi görmüşlerdir. İstinaf Mahkemesi adaletin işleyişi açısından geçerli kamu yararlarının haber kaynağının korunmasındaki kamu yararıyla çekiştiği durumlarda, "diğer her şey eşit olduğunda",[30] ilk yararın üstün tutulması gerektiğini söylemiştir. Lordlar Kamarası da aynı şekilde, kaynağın suça iştirakinin olumsuz yönlerine değinerek ve yayında hiçbir meşru menfaat bulunmadığını kaydederek, ilk yararın çok daha büyük bir öneme sahip olduğu sonucuna varmıştır. Oysa AİHM, bir "adalet gerekçesi" öğesi bulunduğunu kabul etmekle birlikte, somut koşullarda bu öğeyi haber kaynağının gizliliğine baskın gelecek denli önemli görmemiştir. Buradaki görüş farklılığı esasen takdire dayalı olmakla birlikte, olaylara yaklaşımı yansıttığı içindir ki, önemsiz olduğu söylenemez.

Mahkeme'nin Müteakip Kararları

Goodwin'den sonraki ilk önemli dava *Roemen ve Schmit/Lüksemburg*[31] davası olmuştur. Bu dava, bir gazetecinin evinde ve işyerinde yapılan aramalarla ilgiliydi. Bir gazetede yayımlanan, bir bakanın vergi dolandırıcılığından

29 *A.g.k.*, paragraf 39 ve 45.

30 Bkz. yukarıdaki dn. 18.

31 Başvuru no. 51772/99, ECHR 2003-IV.

mahkum edilip para cezasına çarptırılmış olduğu bilgisini vermiş olabilecek kamu görevlisinin kimliğine dair delil aranmaktaydı. Mahkeme, yetkili makamların, bilginin nereden sızdığını başka tedbirlere başvurarak saptamanın ve ele almanın mümkün olmadığını hiçbir şekilde kanıtlayamamış olması nedeniyle 10. maddeye yönelik bir ihlal tespit etmiştir. *Tillack/Belçika*[32] davasında ise, gazetecinin pasif bir bilgi alıcısı olmadığı, kendisinin bizzat rüşvet vererek bilginin sızdırılmasını teşvik etmiş olduğu söylenmiştir. Mahkeme yine de, gazetecinin haber kaynaklarını açıklamama hakkı bulunduğuna hükmetmiştir. Bu hak sadece bilginin meşru ya da hukuka uygun bir şekilde elde edilip edilmemesine bağlı olacak bir gazetecilik imtiyazı olmayıp, kamuoyunun bilgi edinme hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Gazetecinin elindeki bilgiyi bir polis memuruna dayandırdığı, fakat haber kaynağının kimliğini açıklamayı reddettiği *Voskuil/Hollanda*[33] davasında da Mahkeme yine, özgür bilgi akışının özündeki değere atıfta bulunmuştur. Polis, bir apartman dairesini neden su bastığını araştırırken dairedeki silahları buluverdiklerini söylemişti. Günlük bir gazetede çıkan bir haberde, gazeteci söz konusu su baskınının aslında polis tarafından ayarlanmış olduğunu öne sürmüştür. Silah kaçakçılığından ötürü açılan ceza davasında savunma tarafından tanık olarak çağrılan gazeteci, haber kaynağının ismini açıklamayı reddetmiş, zira bunu yapması halinde gazeteci olarak güvenilirliğini kaybedeceğini ve dolayısıyla ileride haber kaynaklarından mahrum kalacağını öne sürmüştür. Bu bilgi ifşasının sanıkların mahkumiyeti ve hem polisin, hem de yargı makamlarının bütünlüğü üzerinde doğrudan bir etkisi olması nedeniyle bu soruya cevap vermesi gerektiğine hükmedilmiştir. Gazeteci buna riayet etmeyince, ceza olarak tutuklanmıştır. Mahkeme bu noktada ihlal tespit etmiştir. Bir kamu kuruluşuna, hele ki hakikati yansıtmayan bir konuda çamur atılmasını endişe yaratan bir husus olarak nitelemekle birlikte, "bir kamu kuruluşu tarafından uygunsuz yöntemlerin kullanımının, tam da kamuoyunun bilgi edinme hakkının bulunduğu türden bir mesele" olduğunu ve "doğru ve gerçek bilgilere sahip" kişilerin bunu basınla paylaşmaktan caydırılmaması gerektiğini dile getirmiştir. Ancak, söz konusu bilginin bu şartı karşıladığına dair bir emare bulunmamaktaydı.[34] *Financial Times Ltd. ve diğerleri/Birleşik Krallık*[35] davasında, haber kaynağının amacını "... kazanç elde etme niyetiyle ya da kin güttükleri için zarar vermek üzere hareket eden kötücül bir amaç"[36] olarak niteleyen ulusal mahkemeler, bu hususu kritik addetmişlerdir. Mahkeme, bir olay bütün olarak ele alındığında bu tür faktörler önemli ve yeterli bir gerekçe oluşturabilirse de, bunları varsayarken ya da, şayet varsa, belirleyici addederken temkinli hareket edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca, gazetecinin elin-

32 Başvuru no. 20477/05, ECHR 2007-XIII.

33 Başvuru no. 64752/01, 22 Kasım 2007.

34 *A.g.k.*, paragraf 70 ve 71.

35 Başvuru no. 821/03, 15 Aralık 2009.

36 *Interbrew/Financial Times ve diğerleri* [2002] EWCA Civ 274, Hakim Lord Sedley, paragraf 55.

deki bilgiyi doğrulamak için çaba sarf etmiş olup olmadığını sorgulamak da önem arz edecektir. Mahkeme, 10. maddenin 2. paragrafında görev ve sorumluluklara atıf yapılmasına vurgu yaparak, bunun, başka şeylerin yanı sıra, gazetecilerin "doğru ve güvenilir bilgiler sunmak için iyi niyet çerçevesinde hareket etmesi" gerektiği anlamına geldiğini dile getirmiştir.[37] Son olarak, yasadışı bir sokak yarışı sırasında gazeteciler tarafından çekilen gizli fotoğrafların yer aldığı bir CD-ROM'un konuyla bağlantısı bulunmayan bir ceza soruşturması bağlamında polis tarafından istenmiş ve baskı altında hareket eden yayıncıların da CD-ROM'u polise vermiş olduğu *Sanoma Uitgevers B.V./Hollanda*[38] davasında Mahkeme, *Nordisk Film & TV A-S/Danimarka*[39] kararına atıfla, materyalin zorunlu bir şekilde tesliminin olası caydırıcı etkisinin altını çizmiş ve yayıncıların binalarına yönelik bir arama kararının "haber kaynağının kimliğinin ifşasına yönelik bir karardan daha sert bir tedbir" olduğuna dair *Roemen ve Schmit*[40] kararındaki beyanını[41] yinelemiştir. Mahkeme, gizlilik hakkının güvence altına alınmasına yönelik olarak öncesinde yargısal ya da bağımsız ve tarafsız bir inceleme yapılmamış olması nedeniyle müdahalenin kanunen öngörülmüş olmadığı gerekçesiyle bir ihlal tespit etmiştir.

Sonuç

Goodwin davası gazetecilerin kaynaklarının gizliliğine tanınan yüksek koruma düzeyini ortaya koymaktadır. Bu korumanın bilgi ve düşüncelerin özgürce akışında mündemiç bir değer olduğunu, demokratik bir toplumu ayakta tutan daha geniş anlamdaki erkler ayrılığı düzeninin vazgeçilmez bir parçasını oluşturduğunu ve bu korumanın güvenilir ve kalıcı olabilmesi için, daha ağır basan bir kamu yararı bulunmadıkça, belirli bir durumda yayındaki ya da yayın önerisindeki olası kusurlardan ya da fayda noksanlığından üstün tutulması gerektiğini vurgulamaktadır. Öncelik kaynakların ifşa edilmemesine verilmekle birlikte, elbette ki göz önünde bulundurulması gereken başka değerler bulunmakta olup, söz konusu durum ışığında bunlar baskın gelebilmektedir. Yine de, sorunun halli için başkaca hiçbir yol bulunmadığı ikna edici bir şekilde kanıtlanmadığı sürece, gizlilik şartında ısrar edilebilir. Haber kaynaklarının gizliliğinin korunmasındaki genel kamu yararı daima yüksek düzeyde addedilmelidir, ancak belirli bir olayda bu yarar, bir dizi faktör karşısında zayıf düşüp, yeterince güçlü nitelikteki çekişen bir kamu yararına boyun eğebilmektedir. Bu faktörler, bilginin hukuka aykırı bir şekilde elde edildiği durumlarda ya da aynı zamanda, karşısında başka belirli bir kamu

37 *Financial Times Ltd./Birleşik Krallık*, başvuru no. 821/03, 15 Aralık 2009, paragraf 62.

38 Başvuru no. 38224/03, 14 Eylül 2010 [BD].

39 Başvuru no. 40485/02, (kabul edilebilirlik hakkında karar) ECHR 2005-XIII.

40 Başvuru no. 51772/99 ECHR 2003-IV.

41 *A.g.k.*, paragraf 57.

yararı bulunmadığı hallerde, bir kötülüğü ortaya koymak gibi ağır bir gizlilik ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda bilginin menşeiyle ilgili olabileceği gibi; uygunsuz bir amacın yakıştırılabileceği hallerde kaynağın kendisiyle de ilgili olabilir. Gazetecilerin de kendi üzerlerine düşen görev ve sorumluluklar bulunmakta ve bunların da dikkate alınması gerekmekte olup, ancak yine de, gazetecilerin kendilerinden beklenenleri yerine getirmediği hallerde dahi kaynakların korunması haklı görülebilmektedir. Belirli bir yayının hatırı sayılır bir zarar doğurabileceği hallerde, bir yandan gerçek bir kamu yararına hizmet edip etmeyeceği de önem arz edecektir. Tüm bunlar bir miktar güç konulardır. Doğurabilecekleri etkiye, kendi bütünlüğü ve bağlamı içerisinde incelenen somut olay göz önüne alınarak karar verilmelidir.

Medya çalışanları ve hakaret cezaları

Päivi Hirvelä[1]

İfade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki temel rolü

İfade özgürlüğü toplumda temel bir rol oynamaktadır. Özgür ifade, uluslararası insan hakları hukuku ve diğer uluslararası standartlar tarafından bir insan hakkı olarak tanınmaktadır. Bu hak, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,[2] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS),[3] Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı[4] ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi[5] kapsamında güvence altına alınıp korunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel taşlarından biri olarak taşıdığı önemi defalarca ve güçlü bir şekilde vurgulamış bulunmaktadır. Bu konuda dönüm noktası oluşturan *Handyside* davasında (1976) Mahkeme, ifade özgürlüğünün korunması için demokratik bir toplumda neyin gerekli olup neyin olamayacağına dair bir değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulması gereken genel prensipleri saptamıştır. Başka hususların yanı sıra, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumda kişinin kendini gerçekleştirmesi ve toplumun ilerlemesi açısından vazgeçilmez olduğunu ve yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen bilgi ya da fikirler için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de geçerli olduğunu tespit etmiştir: "Bunlar demokratik toplumun olmazsa olmazları olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir." Ayrıca, *Handyside* kararı Mahkeme ile Devletler arasındaki ilişkiyi de tanımlamış olup, Devletlerin kendi ülkelerinde hayati önem taşıyan güçlerle doğrudan temas halinde oldukları ve Mahkeme'nin rolünün ikincil olduğunu dile getirerek, Devletlerin belirli bir takdir yetkisinden yararlandığına hükmetmiştir. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp, her türlü müdahalenin gerekliliğine dair nihai inceleme mercii Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir.[6]

Handyside kararında telaffuz edilen prensipler, orantılılık testi ve gereklilik ve acil toplumsal ihtiyaç şartları Sözleşme'nin 10. maddesinin yorumu ba-

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcı.
2 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 19. madde.
3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 10. madde.
4 Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, 11. madde.
5 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 19. madde.
6 *Handyside/Birleşik Krallık*, başvuru no. 5493/72, paragraf 48-50, 7 Aralık 1976.

kımından kilit önem taşımakta olup, aynı zamanda diğer Sözleşme haklarının yorumuna da dayanak oluşturmaktadır.

Medyanın özel rolü

AİHS açıkça medya özgürlüğünden bahsetmemekle birlikte, Mahkeme 10. maddede yer alan özgürlüklerden yararlanma konusunda basına özel bir statü tanımaktadır. *The Sunday Times (no 1)* davası (1979), *Handyside* kararında ifade özgürlüğüyle bağlantılı olarak tanımlanan prensiplerin basın açısından da geçerli olduğunu ve özellikle önem taşıdığını teyit etmiştir.[7] *Handyside*'dan bu yana 10. madde kapsamında şikâyette bulunan birçok başvuru, gazetecilerin ifade özgürlüğünün kapsamlı bir şekilde korunmasını sağlamıştır. Mahkeme, hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda basının oynadığı vazgeçilmez rolü durmaksızın vurgulamaktadır.[8]

Jersild davasında (1994) Mahkeme, basının "*kamu bekçisi*" olarak üstlendiği hayati rolü teslim ederek, bu prensiplerin görsel-işitsel medya açısından da uygulanması gereğini vurgulamıştır.[9] Normalde gazeteciler ve medya tarafından kullanılan bilgi ve fikirlerin yayılması hakkı, insanların bilgi ve fikirleri edinme hakkını tamamlayıcı niteliktedir. Basın özgürlüğü, bilgi edinme ve iletme hakkını kapsayan genel ifade özgürlüğü kavramının bir parçasıdır. Genel anlamda medya, yazılı basın, radyo, televizyon ve internet açısından geçerlidir. Her türlü ifade biçimini ve siyasi, kültürel, sanatsal ve ticari ifadeleri kapsamaktadır. *Jersild* kararında Mahkeme, 10. madde tarafından sağlanan korumanın sadece ifade edilen düşünce ve bilgilerin esasını değil, aynı zamanda aktarılma biçimini de kapsadığını açık bir şekilde ortaya koymuştur.[10]

Medyanın özel rolü aynı zamanda gazetecinin haber kaynaklarının korunması anlamına da gelmektedir. Bu bağlamda çığır açan *Goodwin* (1996) davasında Mahkeme, Avrupa insan hakları hukukunda haber kaynaklarına yönelik korumanın güvence altına alınmış olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, bir kaynağın ifşasına yönelik bir kararın basın özgürlüğünün kullanılma-

7 *The Sunday Times/Birleşik Krallık*, başvuru no. 6538/74, paragraf 65, 26 Nisan 1979.

8 *Castells/İspanya*, başvuru no. 11798/85, paragraf 34, 23 Nisan 1992.

9 *Jersild/Danimarka*, başvuru no. 15890/89, paragraf 31, 23 Eylül 1994.

10 *A.g.k.*, paragraf 35. Adı geçen davada Danish Broadcasting Corporation adlı yayın kuruluşu, bir grup gencin ırkçı beyanlarda bulunduğu bir röportaj yayımlamıştır. Mahkeme, bir gazetecinin başka kişiler tarafından dile getirilen ifadelerin yayılmasına yardımcı olmaktan ötürü cezalandırılmasının, basının kamu yararı içeren konuların tartışılmasına yaptığı katkıyı ciddi anlamda zedeleyeceğine ve bunun için gerçekten kuvvetli nedenler bulunmadıkça böyle bir cezanın öngörülmemesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu nedenledir ki söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına kanaat getirilmiştir.

sı açısından "*caydırıcı bir etki*" potansiyeli taşıdığını tespit etmiştir. Devamında da şu ifadeleri kullanmıştır: "Bu tür bir koruma olmazsa, haber kaynakları basının kamu yararı içeren konular hakkında halkı aydınlatmasına yardımcı olmaktan cayabilir. Bunun sonucunda, basının çok önemli olan kamu bekçiliği rolü zarar görür ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlama kabiliyeti olumsuz etkilenebilir."[11]

Halihazırda belirtildiği üzere, basın özgürlüğü demokratik bir toplumda esaslı bir öneme sahiptir; basının kamu yararı içeren ve kamuoyunu ilgilendiren tüm konularda bilgi ve düşünceleri yayma yönünde hem bir hakkı, hem de ödevi bulunmaktadır. Ancak Sözleşme'nin 10. maddesi, kamuoyunca ciddi anlamda kaygı uyandıran konularda basında çıkan haberler bakımından dahi tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemektedir. Bu maddenin 2. paragrafı uyarınca, ifade özgürlüğünün kullanımı, beraberinde, basın açısından da geçerli "görev ve sorumluluklar" getirmektedir. Bu "görev ve sorumluluklar", "başkalarının haklarına" zarar gelme tehlikesi ve özellikle de adı verilen bir şahsın itibarına yönelik bir saldırı söz konusu olduğunda özellikle önem taşımaktadır. Dolayısıyla, medyanın özel şahıslar hakkında hakaret nitelikli olgusal beyanların doğruluğunu soruşturma yönündeki olağan sorumluluğundan muaf tutulabilmesi için birtakım özel nedenler aranmaktadır. Bu nedenlerin varlığı, en başta söz konusu hakaretin niteliğine ve derecesine ve medyanın kendi haber kaynaklarını söz konusu iddialar bakımından ne ölçüde makul olarak güvenilir sayıp sayamayacağına bağlıdır. Çekişmeli haklar arasında denge gözetilmesi bakımından önem taşıyan diğer bir husus da, Sözleşme'nin 6. maddesi 2. paragrafının, suçluluğu ispat edilene dek her türlü suç fiili bakımından masumiyet karinesi hakkını da kapsıyor olmasıdır. İfade özgürlüğünün kullanımına has "görev ve sorumluluklar" dolayısıyla, genel kamu yararı içeren meseleler hakkında yapılan haberlerle ilişkili olarak 10. madde tarafından gazetecilere tanınan güvenceler, söz konusu gazetecilerin gazetecilik etiğine uygun bir şekilde doğru ve güvenilir bilgiler sunmak için iyi niyet çerçevesinde hareket ediyor olması şartına bağlıdır.

Bu nedenledir ki, medyanın demokrasinin teminatlarından biri olarak oynadığı özel rol Mahkeme içtihadınca da tanınmaktadır. Diğer tüm insan haklarının korunması bakımından özgür, bağımsız ve çoğulcu bir medya olmazsa olmaz bir unsur oluşturmaktadır. Araştırmacı gazetecilerin yaptıkları haberler sonucunda birçok yolsuzluk, görevi suiistimal, ayrımcılık ve hatta işkence vakasının gün ışığına çıkartıldığı pek çok örnek bulunmaktadır. Gerçeklerin kamuoyunca öğrenilmesini sağlamak, insan hakları ihlallerinin giderilmesi ve yetkililerin sorumlu tutulması bakımından genellikle ilk ve elzem bir adım teşkil etmektedir. Bu bağlamda gazeteciler "sokaktaki insan" ile bir

11 *Goodwin/Birleşik Krallık*, başvuru no. 17488/90, paragraf 39, 27 Mart 1996.

tutulmamaktadır. Tıpkı kamu görevlileri gibi, gazeteciler de geniş anlamda topluma hizmet etmekte ve demokrasiyi korumaktadır.

İfade özgürlüğü ile özel hayat arasındaki çatışmaların çözülmesi

İfade özgürlüğü, kişilerin özel hayatının gizliliği gibi başka haklarla çatışmaya girdiğinde, bir özgürlüğe diğerinin karşısında öncelik tanımaksızın yargıda bulunmak pek kolay değildir. Mahkeme, *Handyside* kadar eski bir tarihte, 10. maddenin 2. paragrafının Sözleşmeci Devletlere bir "takdir yetkisi" tanıdığına hükmetmiştir. Fiiliyatta bunun anlamı, temel mesele olarak, Devletin bu hakkı Avrupa'da kabul edilebilir sayılan geniş kapsamın dışına taşacak bir ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığı sorusuna odaklanılması demektir. Belirli bir alanda açık ve net Avrupa standartlarının bulunduğu ya da Devletlerin uygulaması açısından bir görüş birliğinin var olduğu haller buna istisna oluşturmaktadır. Her ikisi de medyanın ifade özgürlüğü ile ünlü kişilerin itibarı hakkında olan *Axel Springer AG* (2012) ve *Von Hannover (no 2)* (2012) davalarında Büyük Daire tarafından verilen yakın tarihli kararlarda, Büyük Daire, başvurunun sonucunun prensip olarak, Mahkeme'ye 10. madde kapsamında yayıncı tarafından mı, yoksa 8. madde kapsamında haberin konusunu oluşturan kişi tarafından mı sunulduğuna göre değişiklik göstermemesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Prensip olarak bu haklar eşit saygıyı hak etmektedir. Demek oluyor ki, takdir yetkisi prensip olarak her iki durumda da aynı olmalıdır.[12] Bu kararlar, böylesi durumlarda *titiz bir denge gözetilmesi* ihtiyacını ortaya koymakta ve bu bağlamda geçerli olan kriterleri ayrıntılı bir şekilde saymaktadır. *Axel Springer AG* davası, başvurucu şirkete, tanınmış bir oyuncunun uyuşturucuyla bağlantılı suçlamalar nedeniyle tutuklanması ve mahkum edilmesi hakkında, fotoğraflar eşliğinde bir haber yayımladığı için uygulanan yaptırımları konu almaktaydı. Şirket 10. madde kapsamında, ulusal mahkemelerin haberin yayınını yasaklamış olduğunu söyleyerek şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkı arasında denge gözetilirken şu kriterlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini açıklamıştır: Genel kamu yararı içeren bir tartışmaya katkı sunmak, söz konusu kişinin ne kadar tanınmış olduğu, medyayla bağlantılı olarak sergilediği önceki davranışlar, bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ile uygulanan yaptırımın ağırlığı.[13] Somut davada Mahkeme, bu kriterlerin ifade özgürlüğünden yana ağır bastığını saptamış ve davalı Devlet tarafından öne sürülen gerekçelerin, önem arz etmekle birlikte, şikâyet konusu yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kanıtlamak için yeterli olmadığına hükmet-

12 *Axel Springer AG/Almanya* [BD], başvuru no. 39954/08, paragraf 87, 7 Şubat 2012, *Von Hannover/Almanya (no 2)* [BD], başvuru no. 40660/08 ve 60641/08, paragraf 106, 7 Şubat 2012.

13 *Axel Springer AG/Almanya* [BD], başvuru no. 39954/08, paragraf 89-95, 7 Şubat 2012.

miştir. Sözleşmeci Devletlere tanınan takdir yetkisine karşın, Mahkeme bir yanda başvurucu şirketin ifade özgürlüğüne ulusal mahkemeler tarafından getirilen kısıtlamalar ile, diğer yanda, güdülen meşru amaç arasında hiçbir orantılılık ilişkisi bulunmadığı kanaatine varmıştır.[14]

Medya çalışanlarının hakaretten ötürü cezaya çarptırılması

Bir dava sonunda verilecek cezanın uzunluğunun ya da maddi yaptırımın miktarının tayini de dahil olmak üzere cezalandırma politikası konuları, tipik olarak ulusal makamların ve özellikle de ulusal mahkemelerin yetkileri kapsamına giren meselelerdir. Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki Mahkeme içtihadı bu hususta gayet nettir. Cezalandırma uygulamaları Devletler arasında çok değişiklik göstermekte olup, verilen cezaların uzunluğu konusunda, benzer suçlar söz konusu olduğunda bile, Devletler arasında genelde meşru ve makul farklılıklar bulunacaktır. Mahkeme, ancak istisnai hallerde, hapis cezasının Sözleşme ile bağdaşırlığını incelemek bakımından yetkisini kullanacaktır; başvurucunun böyle bir cezanın kendi olayında son derece orantısız ve dolayısıyla 3. maddeye aykırı olduğunu kanıtlayabilmesi buna örnektir. Dahası, kendisine verilen para cezasının miktarına ya da bir hukuk davasında kazanan tarafa ödemesine karar verilen tazminat miktarına itiraz etmek isteyen bir başvurucunun, 6. madde ya da 1 no'lu Protokolün 1. maddesi kapsamında başarılı bir iddiada bulunabilmek için keyfilik ispatında bulunması gerekecektir.[15]

Sözleşme'nin 10. maddesi konu edildiğinde işin içine farklı mülahazalar girmektedir; zira bu madde kapsamında AİHM'e yapılan şikâyetlerin kökeninde her zaman, başvuruculara karşı ulusal düzeyde başlatılmış ve ceza mahkumiyetleriyle ve/veya zarar gören taraflar hakkında söylenen ya da yayımlanan şeylerden ötürü tazminat ve yargılama masraflarının ödenmesine ilişkin kararlarla sonuçlanan hukuk ya da ceza davaları yatmaktadır. Bu başvuruculaların büyük bir çoğunluğu medya çalışanlarıdır.

Mahkeme'nin, iddia konusu yaptırımın niteliği ve ağırlığı hakkındaki şikâyetlere Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında takındığı dördüncü derece mahkemesi yaklaşımının 10. madde bağlamına aktarılması mümkün değildir. Bir davanın sonucunda ifade özgürlüğüne yaptırım biçiminde dayatılan müdahaleler farklı değerlendirmelere yol açmaktadır.

Birçok ülkede hakaret (tahkir) ceza hukukunun bir parçası olup, hapis cezası verilmesini de kapsayabilmektedir. Kovuşturma ve yaptırım tehdidinin,

14 *A.g.k.*, paragraf 110.

15 *Edward ve Harkins/Birleşik Krallık*, başvuru no. 9146/07 ve 32650/07, bu makale yazıldığı sırada henüz nihailik kazanmamıştır, paragraf 134.

bekçilik rolünü yürüten gazetecilik üzerinde, gazetecilerin susturulmasına neden olabilecek "caydırıcı bir etkisi" olup, bir bütün olarak toplum üzerinde olumsuz bir etki yaratmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2007 yılında *Hakaretin suç kapsamından çıkartılmasına doğru* başlığı taşıyan bir Karar alarak, hakaret için halen hapis cezası öngören üye devletleri, bu ceza fiilen uygulanmasa bile, söz konusu hükümleri gecikmeksizin yürürlükten kaldırmaya davet etmiştir.[16]

Mahkeme birçok davada, bir basın suçundan ötürü hapis cezası verilmesinin gazetecilerin 10. madde tarafından güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğüyle bağdaşmadığını vurgulamış bulunmaktadır. Böyle bir ceza ancak istisnai hallerde kabul edilebilir. *Cumpănă ve Mazăre* davasında (2004) Büyük Daire, bir basın suçundan ötürü hapis cezası verilmesinin gazetecilerin ifade özgürlüğüyle ancak istisnai durumlarda bağdaşabileceğini, bunun başında da, örneğin nefret söylemi ya da şiddete tahrik hallerinde olduğu gibi başka temel hakların ciddi biçimde zarar görmüş olduğu durumların geldiğini dile getirmiştir. Klasik hakaret davalarında hapis cezası verilmesi kaçınılmaz olarak *caydırıcı bir etki* yaratmaktadır. Bu nedenledir ki Mahkeme, başvuruculaların ifade özgürlüğü hakkına yönelik müdahale haklı gerekçelere dayanıyor olabilse dahi, Romanya mahkemeleri tarafından başvurucular hakkında hükmedilen cezai yaptırımın ve gazetecilikten bir yıl süreyle men cezasının, niteliği ve ağırlığı bakımından güdülen meşru amaçla açıkça orantısız olduğuna kanaat getirmiştir. Bundan dolayı da 10. maddeye yönelik bir ihlal tespitinde bulunmuştur.[17]

Mahkeme, para cezası gibi daha hafif cezai yaptırımlar konusunda, "klasik" hakaret davalarında dahi gazetecilere karşı suç isnadında bulunulması ve yaptırım uygulanması ihtimalini prensip olarak dışlamamaktadır. *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July* davasında (2007) Büyük Daire şu hükme varmıştır: "Cezanın 'orantılılığı' konusunda Mahkeme, başvuruculaların bir suçtan suçlu bulunmuş ve para cezasına çarptırılmış olduğunu kaydetmektedir, yani sadece bu yönüyle başvuruculara uygulanan tedbirler halihazırda son derece ağırdı. Ancak, birincisi, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından Sözleşmeci Taraflara ayrılan takdir yetkisi ışığında, bir hakaret karşısında cezai tedbire başvurulması, bu haliyle, güdülen amaçla orantısız görülemez. İkincisi, başvuruculara verilen para cezasının miktarı makuldü: 2286,74 euro (her birine); aynı şey, hukuk davasındaki davalılardan her birinin müştereken ve mütesel-

16 4 Ekim 2007'de kabul edilmiştir, 1577 (2007) tarihli Karar, *Towards decriminalisation of defamation* [*Hakaretin suç kapsamından çıkartılmasına doğru*].

17 *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* [BD], başvuru no. 33348/96, paragraf 115-119, 17 Aralık 2004. Başvurucular sövme suçundan üç ay, hakaretten yedi ay hapis cezasına çarptırılmış ve daha ağır olan cezanın, yani derhal infaz edilmek üzere verilen yedi ay süreli hapis cezasının uygulanmasına karar verilmiştir. Mahkemeler ayrıca, başvuruculara hapis cezalarını çektikten sonra bir yıl süreyle gazetecilikten de men etmiştir (paragraf 37).

silen ödemesine hükmedilen tazminat miktarı açısından da geçerlidir: 3811,23 euro. Müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken dikkate alınması gereken faktörler verilen cezanın niteliği ve ağırlığıdır. Bu koşullar altında ve suçlama konusu yapılan beyanların içeriğine bakılarak, Mahkeme başvuruculara yönelik olarak getirilen tedbirlerin güdülen meşru amaçla orantısız olmadığını saptamaktadır."[18]

Gazetecilerin hakaret nedeniyle cezai yaptırımlara çarptırıldığı ve Mahkeme'nin ihlal tespitinde bulunmadığı olaylar genellikle, başta işyerinde işlenen bir suça ya da cinsel suçlara yönelik suçlamalar olmak üzere, bir suça ilişkin mesnetsiz bir şekilde ağır suçlamalar içeren durumlara, kamuoyunda kaygı uyandıran mülahazalarla meşrulaştırılamayacağı açık olan birtakım tabirlerin kullanımına ve adaletin gereğince yürütülmesini engelleyen davranışlara ilişkin olmaktadır.

Taffin ve Contribuables Associés davasında (2010), bir vergi müfettişi bir yazı işleri müdürüne ve yayıncı şirkete karşı kamu görevlisini alenen tahkir etmekten ötürü dava açmıştır. Söz konusu haberde, ismi verilen bir vergi müfettişinin sahtecilikle, tümüyle sorumsuz davranmakla ve ciddi usulsüzlükler yapmakla suçlandığı bir röportaj yer almaktaydı. Ulusal mahkemeler yazı işleri müdürünü suçlu bularak, 1500 euro para cezası ve 1 euro tazminat ödemesine hükmetmişlerdi. Mahkeme, ismi verilen bir şahsın itibarının zedelenmesi riski bulunan hallerde, görev ve sorumlulukların oldukça geniş olduğunu dile getirmiştir. Bu nedenledir ki medyanın, prensip olarak, kişiler açısından hakaret içeren nitelik taşıyan olgusal beyanların doğruluğunu teyit etme ve suçluluğu ispat edilene dek masum sayılma hakkını dikkate alma görevi bulunmaktaydı. Mahkeme, kamu görevlisine yöneltilen suçlamaların son derece ağır olduğuna ve haberin sadece özel bir uyuşmazlıkla ilgili olup, vergilendirme konusunda genel bir bilgi sunmayı amaçlamadığına vurgu yapmıştır. Ayrıca, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirebilmeleri için, haksız müdahalelerden arındırılmış koşullarda kamu güveninden yararlanmaları gerektiğini de vurgulamıştır. Mahkeme, başvurucu hakkında verilen mahkumiyet kararının ve cezanın güdülen meşru amaçla orantısız olmadığı ve Fransız mahkemeleri tarafından söz konusu tedbirler için sunulan gerekçelerin önem ve yeterlilik arz ettiği kanaatine varmıştır. Bu nedenle de, Sözleşme'nin 10. maddesine yönelik bir ihlal bulunmadığına hükmetmiştir.[19]

Estonya aleyhine açılan *Tammer* davasında (2001) başvurucu bir gazeteci idi. Bir başka gazeteciyle, bu gazetecinin eski Başbakanın eşini konu alan biyografik çalışması hakkında bir söyleşi yapmış ve söz konusu kadının bu

18 *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa* [BD], başvuru no. 21279/02 ve 36448/02, paragraf 59, 22 Ekim 2007.

19 *Taffin ve Contribuables Associés/Fransa*, başvuru no. 42396/04, paragraf 63-68, 18 Şubat 2010.

evliliği parçaladığı, annelik vasıfları taşımadığı ve çocuklarına karşı ilgisiz olduğu fikri uyandıracak iki sözcük kullanmıştır. Başvurucu, kadını tahkir nedeniyle mahkum edilmiştir. Mahkeme, başvurucunun söz konusu kadının davranışlarına yönelik eleştirilerini aşağılayıcı bir dil kullanmadan ve özel hayatla ilgili ifadelere başvurmadan da dillendirebileceği kanaatine varmıştır. Ayrıca, kadının halka mal olmuş bir kişi olması, özel hayatının söz konusu söyleşi yayımlandığı sırada kamuoyunu etkileyen bir mesele oluşturduğu iddiasına temel oluşturan bir gerekçe değildi. Dahası, Mahkeme ulusal mahkemelerin olaya dahil olan çeşitli menfaatler arasında usulünce bir denge gözettiğine ve başvurucuya verilen para cezasının (220 Estonya Kronu) sınırlı bir meblağ olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme, başvurucu hakkındaki mahkumiyet kararının ve cezanın güdülen meşru amaçla orantısız olmadığı ve ulusal mahkemeler tarafından öne sürülen nedenlerin müdahaleyi haklı göstermek bakımından önem ve yeterlilik arz ettiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla 10. maddeye yönelik bir ihlal söz konusu olmamıştır.[20]

Norveç aleyhine açılan *Egeland ve Hanseid* davasında (2009) başvurucular, bir kadının, üç kişiyi öldürmekten ötürü mahkum edilerek 21 yıl hapis cezasına çarptırılmasının hemen ardından adliye binasından çıkarken çekilmiş fotoğraflarını hukuka aykırı bir şekilde yayımladıkları için hüküm giymiş ve para cezasına çarptırılmış olmaları nedeniyle şikâyetçi olmuşlardır. Başvuruculara mahkumiyeti, bir sanık ya da mahkumun adliyeye girişi ya da çıkışı sırasında kendi rızası olmaksızın fotoğraf çekilmesini yasaklayan bir yasaya dayandırılmaktaydı. Söz konusu ceza davası Norveç medyasında ve genel olarak kamuoyunda eşi benzeri görülmemiş biçimde ilgi yaratmıştı. Mahkum edilmiş olan kişinin perişan halde gözyaşlarına boğularak yüzünü bir mendille kapatmış durumda çekilmiş üç fotoğrafı yayımlanmıştı. Ulusal mahkemenin kararı, hem özel hayatın gizliliğinin korunması düşüncesine, hem de adil yargılamanın güvence altına alınması gereğine dayandırılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kadının mahkumiyetinin, cezalandırılmasının ve hemen ardından tutuklanmasının kamu yararına giren bir mesele oluşturduğunu kaydetmiştir. Ancak sonuç olarak, Yüksek Mahkeme kararında mahkumun özel hayatının gizliliğini korumak ve adaletin gereğince yürütülmesi ihtiyacıyla ilgili olarak dayanılan nedenlerin, başvuruculara ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamayı haklı kılmak için yeterli olduğunu tespit etmiştir. Üstelik, fotoğrafların yayınına getirilen kısıtlamadaki yarar, basının kamuoyunu ilgilendiren bir konuda halkı bilgilendirme hakkından ağır basmaktaydı. Başvuruculara verilen para cezalarının (1139 euro) fazla ağır olmaması da göz önüne alınarak, 10. maddeye yönelik bir ihlal bulunmadığı kanaatine varılmıştır.[21]

20 *Tammer/Estonya*, başvuru no. 41205/98, paragraf 64-71, 6 Şubat 2001.

21 *Egeland ve Hanseid/Norveç*, başvuru no. 34438/04, paragraf 58-65, 16 Nisan 2009.

Finlandiya aleyhine açılan *Ruokanen ve diğerleri* davasında (2010) kısıtlamaya ilişkin olarak öne sürülen gerekçe, masumiyet karinesi hakkıydı. Söz konusu haberde, Finlandiya'yı şampiyon yaparak kazandıkları zaferi kutladıkları bir partide beyzbol takımı oyuncuları tarafından yetişkin bir öğrenciye tecavüz edilmiş olduğu yazılmıştır. Haber, olayın mağduru tarafından kendi okuluna verilmiş olan ifadeye dayandırılmış ve başvurucunun konuştuğu ancak isimlerinin gizli kalmasını isteyen birçok tanık tarafından da desteklenmiştir. Ayrıca, genç kadının olayı polise bildirmek istemediğine de değinilmiştir. Haberin yayımlanmasının ardından başlatılan polis soruşturması, iddia konusu tecavüz mağdurunun failleri teşhis edememesi nedeniyle durdurulmuştur. Savcı, gazeteci ve yazı işleri müdürü hakkında ağırlaştırılmış hakaretten dava açmıştır. Bu suçlardan mahkum edilen başvuruculara, sırasıyla 3540 ve 1920 euro para cezası verilmiş ve beyzbol takımının her bir oyuncusuna tazminat olarak toplamda 80.000 euroyu aşan bir meblağ ödemelerine hükmedilmiştir. Mahkeme mağdurun meseleyi polise taşımamış olması nedeniyle beyanının güvenilir olmadığını saptamış ve haberde yer alan suçlamaların, başvurucuların doğruluğunu daha dikkatli bir şekilde soruşturmasını gerektiren ciddi bir nitelik taşıdığı sonucuna varmıştır. Başvuruculların mağdur, oyuncular ve takım ile iletişim kurarak meseleyi aydınlatması mümkün olabilirdi. Ayrıca, iddialar ciddi bir nitelik taşımakta olup, değer yargısı olarak değil olgusal beyanlar olarak sunulmuştu. Haber sadece oyuncuların suçluluğu ispatlanana dek masum sayılma haklarını ihlal etmekle kalmayıp, henüz kanıtlanmamış bir şeyi gerçekmiş gibi ortaya koyarak oyuncuların adını lekelemekteydi. Sonuç olarak Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından dayanılan gerekçelerin yeterli olduğu kanaatine varmıştır. Üstelik, Devletin takdiri dahilinde hükmedilen yaptırımlar da orantılı bulunmuştur.

Mahkeme, *Yleisradio Oy ve diğerleri* davasında (2011), çocukların velayetine ilişkin uyuşmazlıklar bağlamında öne sürülen ensest iddialarını ve bununla bağlantılı olarak yürütülen sağlık muayenelerine, yargılama öncesindeki soruşturmalara ve mahkeme huzurundaki yargılamalara ilişkin sorunları ele alan bir programın yayınıyla ilgili olarak bir yayıncı şirket ve medya çalışanları tarafından yapılan şikâyeti kabul edilemez bulmuştur. Yayında iki gerçek babanın durumu örnek olarak kullanılmıştır. İki çocuğuna cinsel tacizde bulunmaktan ötürü mahkum edilerek hapis cezasına çarptırılmış olan ikinci baba, yayında gerçek adı kullanılarak yüzü gizlenmeksizin sergilenmiştir. Cinsel suçlarla ilgili karar ve dava dosyası hakkında mahkeme tarafından gizlilik kararı verilmiş bulunmaktaydı. Savcı, baba ve başvurucular hakkında suçlamada bulunmuş ve hepsi mahkum edilmişlerdir. Medya çalışanları sırasıyla 3900 ve 1800 euro para cezasına çarptırılmış ve çocuklar ile anneye 5000 euro tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Mahkeme, programın gerçekten de genel önem ve ilgi arz eden bir unsur içerdiğini kaydetmiştir. Ayrıca, daha genel bir sorunun altını çizmek amacıyla bireysel örneklerin kullanılması

da alışılagelmedik bir durum değildi. Ne var ki, programla ilgili temel sorun programın konusu değil, meselenin ele alınmasında kullanılan araçlardı. Kimlikleri anlaşılabilecek, reşit olmayan mağdurlarla ilgili hassas bilgiler yayın sırasında ülke çapında duyurulmuştu. Oysa programın içerdiği önemli mesaj, babaların kimliği gizli tutularak da kamuoyuna aktarılabilirdi. Sonuç olarak Mahkeme, ulusal mahkemenin başvuruculara uygulanan yaptırımların gerekliliğine dair yerinde ve yeterli nedenler sunmuş olduğuna ve verilen cezaların ve tazminat kararının söz konusu edilen çekişmeli menfaatler ışığında orantısız olmadığına kanaat getirmiştir.[22]

Yukarıda değinilen son davalar Finlandiya aleyhine açılmış olup, ihlal tespit edilmeyen davalardır. Öte yandan, Mahkeme başvurucuların profesyonel gazeteci olduğu birçok Finlandiya davasında da 10. maddeye yönelik ihlaller tespit etmiş bulunmaktadır. Bu ihlal tespitlerinin başlıca gerekçeleri, ulusal mahkemelerin söz konusu haberin içerdiği kamu yararını ya da kamuoyunun bunlara yönelik ilgisini teslim etmemiş ve söz konusu Sözleşme hakları arasında denge gözetmemiş olması ve ayrıca, verilen yaptırım ve tazminat kararlarının güdülen meşru amaçla orantısız olmasıdır. *Karhuvaara ve Iltalehti* davasında (2004) kamu yararı içeren mesele, bir siyasetçinin eşi hakkında verilen mahkumiyet kararı ve bunun insanların oy eğilimleri üzerindeki etkisi;[23] *Selistö* davasında (2004) hasta güvenliği;[24] *Eerikäinen ve diğerleri* davasında (2009) sosyal yardımların büyük çaplı bir tezgâh içerisinde kötüye kullanımı;[25] *Flinkkilä ve diğerleri* davasında (2010) ve dört başka davada, bir kişinin sergilediği davranış ile üst düzeydeki bir kamu görevini sürdürebilmesi ve başka bir kişinin olaylara gönüllü iştiraki;[26]ve *Saaristo ve diğerleri* davasında (2010) devlet başkanlığı seçim kampanyası idi.[27] Tüm bu davalarda gazeteciler aleyhinde para cezasına ve tazminata hükmedilmiştir. Dahası, tazminat miktarları, ağır şiddet mağdurlarına verilen azami tazminatlar ışığında değerlendirildiğinde esaslı addedilmiştir. Mahkeme bu sonuçları, özel hayatın gizliliğine saygı hakkına yönelik müdahaleye yol açan durumlar ışığında değerlendirildiğinde, bununla çekişme halindeki ifade özgürlüğü hakkına göre orantısız bulmuştur.[28]

---

22 *Yleisradio Oy ve diğerleri/Finlandiya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 30881/09, 8 Şubat 2011.

23 *Karhuvaara ve Iltalehti/Finlandiya*, başvuru no. 53678/00, paragraf 45, 16 Kasım 2004.

24 *Selistö/Finlandiya*, başvuru no. 56767/00, paragraf 68, 16 Kasım 2004.

25 *Eerikäinen ve diğerleri/Finlandiya*, başvuru no. 3514/02, paragraf 66, 10 Şubat 2009.

26 *Flinkkilä ve diğerleri/Finlandiya*, başvuru no. 25576/04, paragraf 85, 6 Nisan 2010.

27 *Saaristo ve diğerleri/Finlandiya*, başvuru no. 184/06, paragraf 67, 12 Ekim 2010. Ayrıca bkz. bu kitap içerisinde Matti Pelonpää tarafından kaleme alınan "*İfade özgürlüğü bağlamında ikincillik ilkesi ve takdir yetkisi üzerine düşünceler*" başlıklı yazıda bu karara yöneltilen eleştiri, s. 475-492.

28 Bkz. başka kararların yanı sıra, *Reinboth ve diğerleri/Finlandiya*, başvuru no. 30865/08, paragraf 89/91, 25 Ocak 2011.

Mahkeme, Finlandiya aleyhine açılan *Lahtonen* davasında (2012), *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July* kararından bir adım daha ileriye giderek, gazetecilere uygulanan cezai yaptırımların (genel olarak) sadece istisnai durumlarda kullanılması gerektiğini dile getirmiştir: "Mahkeme bu bağlamda, bir kişinin özel hayatının gizliliğine müdahale oluşturduğu tespit edilen gazete haberleri yapan medya çalışanlarını cezalandırmak amacıyla cezai yaptırımlara başvurulmasının, Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağdaşmaz olmadığını dile getirecektir. Ne var ki, bu tür yaptırımlar ancak istisnai durumlarda meşru görülebilir. ... Somut davada böylesi istisnai bir durum mevcut değildir."[29] *Niskasaari* davasında (2010) ise Mahkeme, şu ifadelerle Devlete daha da ayrıntılı bir rehberlik sunmuştur: "Mahkeme, bu yayın sonucunda maddi ya da manevi zarara uğramış bir davacı hakkında yanlış bilgiler yayımlayan gazeteci aleyhinde, en azından özel hukuk kapsamında bir dava açılabileceğini kabul edebilir. X.'in zarara uğradığı kabul edildiğinde dahi, Mahkeme somut davadaki kadar ağır cezai yaptırımlarla birlikte tazminat ödenmesi yükümlülüğünü, somut koşullar ışığında değerlendirildiğinde, çekişme halindeki ifade özgürlüğünü de göz önüne alarak orantısız bulmaktadır."[30]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Handyside* davasında, ifade özgürlüğünün incitici, şoke edici ya da rahatsızlık uyandırıcı bilgi ve fikirler bakımından da geçerli olduğuna hükmederek, medyanın tartışmalı konuları kısıtlanmaksızın ele almakta özgür olması gerektiğini teyit etmiştir. Ancak nefret söylemi, şiddet tahriki ve genel anlamda çocuk mağdurların ve suç mağdurlarının korunması, kısıtlamaların söz konusu olduğu ve cezai yaptırımların kabul edilebileceği durumlardır. Yine de, bir kişinin onur ve şerefinin söz konusu olduğu "olağan" hakaret davalarında mevcut içtihattaki eğilim, cezai yargılama ve yaptırımlar yerine özel hukuk kapsamında tazminat davalarını tercih etmek yönündedir.

Sonuç

Genel anlamda Sözleşme kapsamında demokrasi prensibinin ve demokratik sürecin öneminden ne kadar bahsedilse azdır. İşte bu nedenledir ki içtihatlar, kamusal tartışmaya yapılan katkıya, basının rolüne ve fikirlerin demokratik olarak özümsenmesine aktif bir şekilde katılıma büyük önem atfetmektedir. Kamuoyunu ilgilendiren konularda kamusal tartışmalara yapılan katkılar, abartılı ifadeler kullanılmış olsa dahi, korunmaya değer bulunacak-

29 *Lahtonen/Finlandiya*, başvuru no. 29576/09, paragraf 79, 17 Ocak 2012.

30 *Niskasaari ve diğerleri/Finlandiya*, başvuru no. 37520/07, paragraf 78, 6 Temmuz 2010. Davada, savcının suçlamada bulunduğu bir ceza davası söz konusu edilmiştir. Başvurucular mahkum edilerek, sırasıyla 240 ve 2360 euromiktarında para cezalarına çarptırılmıştır. Ayrıca, başvurucu şirket de dahil olmak üzere tüm başvurucuların, müştereken ve müteselsilen toplamda yaklaşık 8800 eurotutarında tazminat ödemesine hükmedilmiştir.

tır; özel şahıslara yönelik eleştiriler ya da aşağılayıcı veya hakaret içeren bir dil söz konusu olduğunda bile aynı şey söz konusu olabilmektedir. Tartışmaya, bu konuda dönüm noktası oluşturan *Handyside* kararına gönderme yaparak başlamıştım. Adı geçen davada 1976 yılında Strazburg'da yapılan duruşmaya Sayın Nicolas Bratza Hükümet'in vekili olarak katılmıştır. Sayın Bratza 1993 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu üyesi, 1998 yılında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcı olmuştur. Ardından Daire Başkanı olan Bratza, 2011'den beri Mahkeme Başkanı'dır. Kariyeri boyunca, Avrupa'da ifade özgürlüğü alanında kalıcı bir iz bırakmıştır.

Cevap hakkı

Davíð Þór Björgvinsson[1]

1. Giriş

Cevap hakkı medya hukuku alanında tartışmalı bir konudur. Bu makalenin amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesi bağlamında cevap hakkıyla ilgili birkaç meseleye dair genel bir bakış açısı sunmaktır. İlk olarak kavram aydınlatıcı bir şekilde ortaya konacaktır. Ardından Avrupa Birliği de dahil olmak üzere çeşitli yargı alanlarında cevap hakkının statüsü kısaca ele alınacaktır. Son olarak Avrupa Konseyi içerisindeki ve AİHS bağlamındaki durum özetlenecektir.

2. Cevap hakkı nedir?

İfade özgürlüğü ve basın özgürlüğü bağlamında cevap hakkıyla ilişkili meseleler genellikle, bir kişiye medyada, hakkında yanlış beyanlar ve/veya hakaret içeren iddialar öne sürülerek ve kişinin menfaatlerine zarar verilerek "saldırılması" halinde ortaya çıkmaktadır. Cevap hakkı, zarar gören kişinin, "yanlış anlaşılmaları ortadan kaldırmak" amacıyla, ilk beyanların yayımlandığı aynı medya aracında bir cevap yayımlatma hakkına sahip olması anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, kişinin kendisini ilk baştaki eleştiriyle aynı arenada kamusal eleştiriye karşı savunma hakkını oluşturmaktadır. Bu hak genelde, sadece öncesinde yayımlanmış hatalı bilgilere dikkat çekmekle sınırlı olan düzeltme hakkından ayrı tutulmaktadır.[2] Bu hakkın önkoşulu, yayımlanan materyalin belirli bir kişiyle ilgili olmasıdır; yani, bu noktada mevzuat ülkeden ülkeye bir miktar değişiklik göstermekle birlikte, siyasi ya da başkaca bir nitelik taşıyan genel konular hakkında ifade özgürlüğü bağlamında cevap hakkı doğmayacaktır.

3. Cevap hakkının temelleri[3]

Cevap hakkını destekleyen ve karşısında duran savlar farklı nitelikler taşımakta olup, farklı menfaatlerle ilişkilidir. "Saldırılan" kişinin açısından

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıcı.

2 *XIX Article 19*. Memorandum on the draft Council of Europe Recommendation on the right of reply in the new media environment by *Article 19 Global Campaign for Free Expression* [*Article 19 Küresel İfade Özgürlüğü Kampanyası* tarafından Avrupa Konseyi'nin yeni medya ortamında cevap hakkına ilişkin taslak Tavsiye Kararı hakkında hazırlanan Bildiri], Londra, Ağustos 2003, s. 5.

3 Bkz. örneğin Koltay, András, *The Right of Reply. A Comparative Approach* [*Cevap Hakkı. Karşılaştırmalı bir Yaklaşım*], *Iustum Aequum Salutare*. III. 2007/4. 203-213, s. 204-206.

bakıldığında cevap hakkı, zarar gören itibara yönelik olarak etkili bir koruma sunmaktadır. "Zayıfı" güçlü karşısında koruma amacı taşıdığı söylenmektedir. Bu savlar zarara uğrayan kişinin, olası bir tazminat hakkı ötesinde eski hale iade hakkıyla ilgilidir. Zarar gören kişinin kendi bakış açısını alenen ifade edebileceği bir alan yaratmaktadır.

Cevap hakkını destekleyen daha genel bir başka sav da, bu hakkın genel anlamda kamu yararına olacak şekilde canlı bir kamusal tartışmayı teşvik ediyor olmasıdır. Cevap hakkı olmadan, yanlış olma ihtimali bulunan beyanlar kamuoyu açısından tek bilgi kaynağı olarak kalacaktır. Kamuoyunun doğrulara ve zarar gören şahsın görüşüne dair bilgi edinme hakkı ve menfaati bulunduğu savunulmaktadır. Böylece kamusal tartışmalara dair basında çıkan görüşlerde çoğulculuk temin edilmektedir.

Elbette bu hakkın karşısında yer alan savlar da mevcuttur. Bu görüşü savunanlar cevap hakkının, ya da başka bir ifadeyle bir cevap yayımlama yükümlülüğünün, başta basın özgürlüğü ve editoryal özgürlük olmak üzere ifade özgürlüğüne getirilmiş bir kısıtlama olduğunu söyleyerek buna karşı çıkmaktadırlar. Bu hak, basın organı sahiplerine ve yazı işleri müdürlerine, katılmadıkları ya da onaylamadıkları beyanları yayımlama yönünde bir yükümlülük dayatmaktadır. Dahası, bu yükümlülük bu kişiler açısından bir mali yük ve muhtemelen bir kazanç kaybı yaratmaktadır. Bu savlar basın özgürlüğünü, basın organı sahibinin ya da yazı işleri müdürünün bireysel bir hakkı olarak görmektedir.

4. Çeşitli ülkelerdeki hukuki durum

Kara Avrupası hukuk sistemlerinin çoğunda cevap hakkı tanınmaktadır. Örneğin Türkiye'de, Venezuela'da, Papua Yeni Gine'de ve kısmen Makedonya ve Portekiz'de bu hak Anayasada öngörülmekle birlikte,[4] daha sıklıkla kanunlar çerçevesinde düzenlenmektedir. ABD ve Birleşik Krallık'ta cevap hakkı icraya konabilir bir hak olarak kabul edilmemektedir.

Fransa'da, 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu iki türlü cevap hakkı öngörmektedir: 12. madde düzeltme hakkını (*droit du rectification*), 13. madde ise cevap hakkını (*droit de response*) düzenlemektedir.[5] Birincisi, kamu makamlarının kendi görevlerinin yürütülmesi hakkında doğru olmayan haberlerle ilgili olarak, bedelsiz bir şekilde düzeltme yayımlatma hakkına atıfta bulunmaktadır. Bu hak olgusal beyanlarla sınırlıdır. İkincisi ise, yayıncının (yazı işleri müdürünün) gazetede ya da dergide ismi anılan kişiden gelen yanıtı,

4 Kyu Ho Youm, *The Right of Reply and Freedom of the Press, An International and Comparative Perspective* [*Cevap Hakkı ve Basın Özgürlüğü, Uluslararası ve Karşılaştırmalı Bakış*]. *The George Washington Law Review* [Sayı 76: 1017], s. 1032-1033.

5 Fransızca: *Loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881.*

söz konusu haberin doğurabileceği başkaca herhangi bir ceza ya da tazminata halel gelmeksizin, ve aksi takdirde para cezası tehdidi altında, bedelsiz olarak yayımlama yükümlülüğüyle ilgilidir. Bu hak, konu edilen beyanlar hakaret nitelikli olsun ya da olmasın, devlet görevlileri de dahil olmak üzere, gerçek ya da tüzel, haberde sözü geçen herkese açıktır. Yani Fransız mevzuatındaki cevap hakkı son derece güçlüdür. Bir gazete haberinde ismi anılan kişi buna cevap vermek isterse, cevabını yayımlatma hakkına sahiptir.[6] Fikirler ile olgusal beyanlar arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Cevap hakkı ancak, cevabın mevzuatta öngörülen uzunluğu aşması ya da "cevap" ile esas haber arasında hiçbir bağlantı bulunmaması halinde reddedilebilmektedir. Fransa'da ayrıca, sadece radyo ve televizyon haberciliği alanında geçerli olan ayrı bir cevap hakkı da bulunup, bu hak ancak radyo ve televizyonda yayımlanan esas haberin hakaret nitelikli addedilmesi halinde kullanılabilmektedir. Bunlara ilaveten Fransız hukukunda, hakkında bir suç isnadında bulunulmuş olup da ardından beraat eden kişiler için açık bir cevap hakkı da mevcuttur.[7]

Almanya'da cevap hakkı her bir Alman eyaletinin basın hukuku kapsamında düzenlenmektedir. Mevzuat eyaletler arasında benzerlik göstermektedir. 1965 tarihli Hamburg Basın Kanunu buna iyi bir örnektir. Bu kanun kapsamında, süreli basılı eserlerin sorumlu yazı işleri müdürleri ve yayıncıları, eserdeki bir olgusal beyandan etkilenen bir kişinin ya da kuruluşun cevabını yayımlama yükümlülüğü altındadır. Cevabın içeriği ve uzunluğuyla ilgili başkaca kurallar da mevcuttur. Bu kanun Alman Anayasa Mahkemesi huzurunda itiraz konusu edilmiş, ancak Alman Anayasasının (Grundgesetz) basın özgürlüğüne ilişkin 5(1). maddesine aykırılık iddiası içeren bu itirazlar Anayasa Mahkemesi tarafından oybirliğiyle reddedilmiştir. Kanunun fikir özgürlüğüne ya da belirli bir fikir türüne kısıtlama getirmeyen, genel nitelikli bir düzenleme olduğu dile getirilmiştir. Bilakis, kanunun amacı, Anayasa tarafından güvence altına alınan genel kişilik hakkının korunmasıdır.[8] Alman mevzuatının fikirlerle değil, sadece yanlış olduğu öne sürülen olgusal beyanlarla ilgili olduğuna dikkat çekilmelidir.

Birleşik Krallık'ta genel bir cevap hakkı bulunmamaktadır. Böyle bir hak getirilmesine yönelik girişimler başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Ancak, benzer bir amaca hizmet etmek üzere sektördeki kurumların öngördüğü ya da medya kuruluşlarının kendi koydukları kurallar bulunmaktadır. Buna göre, Basın Şikâyet Komisyonu[9] tarafından kabul edilen Yazı İşleri Müdürü Meslek Ku-

6 Kyu Ho Youm, *a.g.k.*, s. 1035.

7 *A.g.k.*, s. 1037.

8 BverfG 14 Ocak 1998, 1 BvR 1861/93.

9 Basın Şikâyet Komisyonu ("PCC") gazete ve dergi endüstrisi tarafından hazırlanan ve 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren geçerli olacak değişiklikler içerecek şekilde PCC tarafından Aralık 2011'de onaylanan Meslek Kurallarının uygulanmasıyla görevlendirilmiştir. Bkz.:

rallarının 2. maddesi 2. paragrafı, makul olarak talep edildiğinde yanlışlıklara yönelik adil bir cevap olanağı tanınması gerektiğini öngörmektedir. Ulusal Gazeteciler Birliği Meslek Kuralları'nın, bir gazetecinin zarar veren yanlışlıkları düzeltmek için elinden geleni yapmasını öngören 3. maddesi de benzer bir kural içermektedir.[10]

Hukuken icraya konabilir nitelik taşımayan bu kuralların, zararlı yanlışlıkların düzeltilmesiyle sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Radyo ve televizyon yayıncılığı alanında gereğince tarafsız ve doğru olmak kanuni gerekliliklerdir. Ancak doğrudan uygulanabilir bir cevap hakkı öngörülmemektedir. Esaslı bir eleştiriye ya da suç iddialarına konu edilen kişilere cevap hakkı sunulmasının adil bir yükümlülük olduğunu dile getiren *Ofcom Yayın Kuralları* BBC editoryal ilkeleri[11] (bkz. kural 7.11) buna örnek gösterilebilir. Ayrıca, bu kurallar iddiaların içeriğinin doğrulanması ve bilgi edinilmesine hizmet ederek doğruluğun sağlanmasına da yardımcı sayılmaktadır. Cevap normalde iddialarla aynı ortamda yansıtılmalıdır (örneğin aynı program, aynı baskı ya da aynı internet sitesi). BBC'nin gönüllü olarak benimsediği kurallar olan Yapımcıların Kuralları[12] da, bir cevap hakkından bahsetmektedir.[13]

Amerika Birleşik Devletleri'nde cevap hakkı icraya konabilir bir hak olarak kabul edilmemektedir. Bu konuda simgesel olan *Miami Herald Publishing/ Tornillo* davasında[14] Yüksek Mahkeme, kişiliği ya da sicili saldırıya uğrayan siyasetçi adaylarına yönelik eleştirilerin bastırılması amacıyla bir cevap hakkı yaratmış olan Florida mevzuatını iptal etmiştir. Bu mevzuatın Anayasanın Ek 1. maddesinde belirtilen özgür basın güvencesine aykırı olduğu tespit edilmiştir. Eyalet yönetiminin bir gazeteye, kendi "mantığınca" yayımlanmaması gerektiğini düşündüğü bir şeyi yayımlaması yönünde zorlama yapması anayasaya aykırı bulunmuştur. Dahası bu kanunun, tıpkı belirli bir konuda yayın yapma yasağı getiren bir kanun ya da yönetmelik gibi, bir Eyaletin emri biçiminde işlediği sonucuna varılmıştır. Kanunun, ekstra baskı, dizgi ve materyal masrafı yaratarak ve gazetenin basmayı tercih edebileceği başka materyallere ayrılabilecek bir alanı işgal ederek, adeta bir gazeteye içeriğinden ötürü para cezası verilmesi gibi bir sonuç doğurduğu kaydedilmiştir. Mahkeme sözlerine şöyle devam etmiştir: "Şayet bir gazete kanuna uymak için hiçbir ekstra

http://www.pcc.org.uk/cop/practice.html.

10 Bkz.: *http://www.nuj.org.uk/innerPagenuj.html?docid=174.*

11 En yakın tarihli versiyonu 28 Şubat 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan *Ofcom Yayın Kuralları (Ofcom Broadcasting Code)* 28 Şubat 2011 tarihinde ve sonrasında yayımlanan tüm program yayınlarını kapsamaktadır. Bu Kurallara şu adresten erişilebilir: *http://stakeholders.ofcom.org.uk/broadcasting/guidance/programme-guidance/bguidance/.*

12 Bkz. *http://www.bbc.co.uk/aboutthebbc/editorial/prodgl/index.shtml*

13 Ayrıca bkz. Koltay, András, *a.g.k.*, s. 209.

14 *Miami Herald Publishing/Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974). Kararın tam metni için bkz. *http://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/241/case.html*.

masrafa girmeyecek ve bir cevaba yer açmak için hiçbir haber ya da görüşün yayınından vazgeçmek zorunda kalmayacak olsa dahi, ilgili kanun yine de, gazeteye hangi materyallerin gireceğini seçmek ve gazetenin boyutuna ve içeriğine ve kamusal meselelere ve görevlilere ne şekilde yaklaşılacağına karar vermek konusunda yazı işlerinin görevine karıştığı için Anayasal sınırları ihlal etmektedir."[15]

5. Avrupa Birliği mevzuatı

AB mevzuatı televizyon medyasında cevap hakkı öngörmektedir. Bu konuda en önemli hüküm, *Sınır Tanımayan Televizyon* direktifi olarak anılan düzenlemenin 23. maddesidir.[16] Bu madde, bir televizyon programında doğru olmayan olgular öne sürülerek, başta itibarı ve namusu olmak üzere, meşru menfaatlerine zarar verilmiş olan herhangi bir gerçek ya da tüzel kişinin, uyruğu ne olursa olsun, cevap hakkına ya da muadil telafi yollarına sahip olması gerektiğini dile getirmektedir. Bu cevap hakkı ya da muadil telafi yolları, bir üye devletin yargılama alanı içerisinde bulunan tüm televizyon yayıncılarıyla ilişkili olarak mevcut olup, üye devletler gerekli tedbirleri alacaktır. Söz konusu cevabın 1. paragrafta dile getirilen koşullara göre haklı görülmemesi, cezalandırılabilir bir fiil içermesi, yayıncıyı medeni kanun kapsamında sorumlu hale getirmesi ya da genel ahlak standartlarını ihlal etmesi halinde bu hakkın kullanımına olanak tanınmayabilir. Hakkın sadece televizyon yayıncılığı alanında mı geçerli olduğu ve örneğin çevrimiçi hizmetler gibi başka medya biçimlerine ne ölçüde teşmil edilebileceği sorusunun halen ucu açık bulunduğunu belirtmek gerekir.[17]

2004 yılında Avrupa Birliği Konseyi, Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından cevap hakkı konusunda bir tavsiye kararı çıkartılması önerisinde bulunmuştur. Kültür, Medya ve Spor Dairesi hukuken icraya konabilir bir cevap hakkı meselesi üzerinde istişarede bulunmuştur. Ekim 2004'te MediaWise Trust adlı sivil toplum kuruluşunun yaptığı açıklamada söz konusu tavsiye kararı şiddetle desteklenirken şu hususlar dile getirilmiştir: "[O]tomatik 'cevap hakkı', kumandayı yazı işleri müdürünün elinden alan bir reçete değildir: Doğruluğa duyulan bağlılığı sergilemenin son derece pratik bir

15 İlginçtir ki, ABD Yüksek Mahkemesi daha beş yıl öncesinde tam aksi kanaate vardığı bir karar vermişti. *Red Lion Broadcasting/FCC* davasında Yüksek Mahkeme, Federal İletişim Kurulu'nun, yayın istasyonlarında kamu yararına hizmet eden birtakım tartışmalara yer verilmesi ve söz konusu edilen meselenin her iki tarafına da adil bir yayın olanağı tanınmasını şart koşan hakkaniyet doktrininin anayasaya uygunluğunu incelemişti, (*Red Lion Broadcasting/FCC*, 395 U.S. 367 (1969).) Örn. bkz. Koltay, s. 206-207.

16 *Üye devletlerde televizyon yayıncılığı faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak kanun, yönetmelik ya da idari işlemlerle getirilen belirli hükümlerin koordinasyonu hakkındaki 3 Ekim 1989 tarihli ve 89/552/EEC sayılı Konsey Direktifi* (23. madde).

17 Koltay, András, *a.g.k.*, s. 207-208.

yoludur. Bu durumda gazetelerin 'düzeltmelerle dolacağını' öne sürenler, böyle bir sonucun ancak gazetelerin en başta haksız ya da 'yanlışlarla dolu' olması halinde söz konusu olabileceği gerçeğini göz ardı etmektedir."[18] Aralık 2006'da Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi tavsiye kararını kabul etmiştir (bkz. 2006/952/EC sayılı Tavsiye Kararı). Bu kararda çevrimiçi medya açısından da cevap hakkı ya da muadil telafi yolları uygulanması gerektiğine dair bir tavsiye de yer almaktaydı. Bu tavsiye üye devletler açısından hukuken bağlayıcı değildir. AB'deki bu gelişmeler, cevap hakkının geleneksel kapsamı dışına çıkarak genişlediğini gözler önüne sermek amacıyla anlatılmaktadır.[19]

6. Avrupa Konseyi ve AİHS

a) Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi daha 1974 yılında, Cevap Hakkına dair bir Karar benimsemiştir (Res (74) 26). Bu kararda, herhangi bir medya aracında şahıslar hakkında yayımlanan bilgilerle ilgili, "asgari olarak", söz konusu kişinin, haksız bir gecikme yaşanmaksızın, kendisiyle ilgili, düzeltilmesinde haklı bir menfaati bulunan yanlış olguların düzeltilmesi yönünde etkili bir olanağa sahip olması ve söz konusu düzeltmelere, mümkün olduğu kadarıyla, ilk baştaki yayın kadar önem verilmesi tavsiye edilmekteydi. Bu kararın Ekinde yer alan "Cevap Hakkına İlişkin Asgari Kurallar" şunları içermektedir: 1. Bir gazetede, dergide, radyo ya da televizyon yayınında veya süreli nitelik taşıyan başkaca herhangi bir medya organında sözü geçen herhangi bir gerçek ve tüzel kişinin yanı sıra diğer kuruluşlar, uyruğuna ya da ikametine bakılmaksızın, yanlış olduğunu iddia ettikleri olguların kamuoyu açısından erişilebilir kılınması halinde, söz konusu kişi ya da kuruluşla ilgili olguların düzeltilmesi amacıyla cevap hakkını kullanabilir. 2. İlgili kişinin talebi üzerine, söz konusu medya organı, o kişinin göndermiş olduğu cevaba aleniyet kazandırmakla yükümlü olacaktır. 3. Ulusal hukuk, cevabın yayınının medya organları tarafından şu hallerde reddedilebileceğini öngörebilir: Şayet cevabın yayın talebi medya organına makul ölçüde kısa bir süre içerisinde iletilmezse; şayet cevabın uzunluğu yanlış olduğu öne sürülen olguları içeren bilgilerin düzeltilmesi için gerekenden fazlaysa; şayet cevap, itiraz konusu olguların düzeltilmesiyle sınırlı değilse; şayet cezalandırılabilir bir suç teşkil ediyorsa; şayet üçüncü bir şahsın hukuken korunan menfaatlerine aykırı addedilirse; ya da şayet söz konusu kişi meşru bir menfaatin varlığını kanıtlayamazsa. 4. Cevabın yayını haksız bir gecikme yaşanmaksızın gerçekleştirilmeli ve bu yayına, mümkün olduğu kadarıyla, doğru olmadığı

18 Jempson, Mike, *The MediaWise view on a Right of Reply* [*Cevap Hakkına MediaWise bakışı*], MediaWise, Ekim 2004.

19 Kyu Ho Youm, *a.g.k.*, s. 1029.

iddia edilen olguları içeren bilgilere verildiği kadar önem yüklenmelidir. Bu kurallar ayrıca, uyuşmazlık halinde karar vermesi için bir mahkeme (divan) oluşturulmasını ve bu mahkemenin bir cevabın yayınını emretme yetkisine sahip olmasını öngörmektedir.

Bu husus daha sonrasında Avrupa Konseyi bünyesindeki başka organlar tarafından da birkaç kez ele alınmıştır. Örneğin Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, "Gazetecilik Etiği" hakkındaki 1215 (1993) sayılı Tavsiye Kararında, Bakanlar Komitesi'nin, üye devletlerin hükümetlerinden, kitle iletişim araçlarının bilgi açısından tarafsızlık, görüşler açısından çoğulculuk ve toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlayacak şekilde etkin bir biçimde düzenlenmesinin yanı sıra, bir iddiaya konu edilmiş olan her bir vatandaşa tanınacak mukabil bir cevap hakkını da güvence altına alan bir mevzuatı değerlendirme talebinde bulunmasını tavsiye etmekteydi.

b) AİHS 10. madde ve cevap hakkı

10. madde açısından bakıldığında, cevap hakkı iki farklı perspektiften incelenebilir. *Birinci perspektif*, cevap hakkını esasen 10(1). madde kapsamında ifade özgürlüğünün bir parçası olarak değerlendirmektedir. Bu bakış açısına göre söz konusu hak, medyaya erişim hakkının bir parçasını oluşturmakta olup, devletin gerekli düzenleyici tedbirleri alarak bu hakkı sağlama yönünde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. *İkinci perspektif* ise, bir cevap yayımlanması yönündeki her türlü yükümlülüğü 10(2). madde kapsamında bir kısıtlama olarak görmektedir. AİHM cevap hakkı meselesini üç davada ele almış bulunmaktadır.

Melnychuck/Ukrayna (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 28743/03, ECHR 2005-IX

1996 yılında, yerel bir gazete olan *Berdychevska Zemlya*, başvurucu tarafından yazılmış bir şiir kitabına dair son derece eleştirel bir yazı yayımlamıştır. Bundan kısa bir süre sonra başvurucu, gazeteye yayımlanması talebiyle yazılı bir cevap göndermiştir. Söz konusu cevap yazısı kaba bir dille yazılmış olup, eleştiri yazısını kaleme alan kişiyi "insanlık mertebesine erişmemiş" diye nitelendirmekteydi. Cevabın yayımlanması talebi reddedilmiştir. Ulusal mahkemeler önünde de bu talebinde başarıya ulaşamayan başvurucu, kitaplarına yönelik eleştiri yazısına karşılık kaleme aldığı cevabın gazetede yayımlanmasının reddedilmesi nedeniyle 10. madde kapsamında şikâyette bulunmuştur.

Mahkeme, Devletin bireysel ifade özgürlüğünü sağlama yükümlülüğünün, özel şahıslara ya da kuruluşlara görüşlerini dile getirmeleri amacıyla

medyaya kontrolsüz bir erişim hakkı tanımadığını hatırlatmıştır.[20] Genel bir prensip olarak, gazeteler ve özel şahıslara ait diğer medya organları, özel şahıslar tarafından sunulan yazıları, yorumları ve mektupları yayımlayıp yayımlamama kararında editoryal takdir yetkilerini kullanmak konusunda özgür olmalıdır. Mahkeme sonrasında şu ifadeleri kullanmıştır:

> "Ancak, bir gazetenin örneğin bir tekzip, bir özür ya da bir hakaret davasında verilen bir yargı kararını yayımlamasını haklı olarak gerektiren istisnai durumlar da söz konusu olabilir. Dolayısıyla, Devletin söz konusu medya organında kişinin ifade özgürlüğünü sağlaması yönünde pozitif bir yükümlülüğün ortaya çıkabileceği durumlar olacaktır ... .[21] Her halükârda, Devlet medyaya erişimin engellenmesinin kişinin ifade özgürlüğüne yönelik keyfi ve orantısız bir müdahale teşkil etmemesini ve söz konusu reddin yetkili ulusal makamlar huzurunda itiraz konusu yapılabilmesini sağlamak durumundadır. / Mahkeme somut davada, Devlet açısından, öncelikle gazeteye yayımlanmak üzere bir cevap sunarak cevap hakkını kullanması yönünde makul bir fırsat verilmesini ve ikinci olarak da gazetenin reddine itiraz etme fırsatı verilmesini sağlayarak başvurucunun ifade özgürlüğü hakkını koruma yönünde pozitif bir yükümlülük doğduğu kanaatindedir."

Ancak Mahkeme, cevapta kullanılan galiz dilden ve başvurucuya bu yönde bir fırsat tanınmasına karşın söz konusu dili değiştirmek konusunda sergilediği isteksizlikten ötürü, başvurucunun başvurusunun bu kısmını açıkça dayanaktan yoksun bularak kabul edilemez ilan etmiştir.

Vitrenko ve diğerleri/Ukrayna (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 23510/02, 25 Nisan 2002

İkinci dava da cevap hakkı konusunda birinci davanın ardından gitmektedir. Başvurucu, başka hususların yanı sıra, hem belirli bir gazetede kendisi hakkında yayımlanacak bir uyarıya, hem de önde gelen bir siyasetçi olan X'e, kendisi aleyhinde yöneltilen kişisel suçlamaları bunların dile getirilmiş olduğu arenada çürütme olanağı tanınması yönündeki yükümlülüğe ilişkin olarak, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlama konusunda 10. madde kapsa-

20 *X ve the Association Z/Birleşik Krallık*, başvuru no. 4515/70, 12 Temmuz 1971 tarihli Komisyon kararı, Yearbook 14, s. 538; *Stiftelsen Contra/İsveç*, başvuru no. 12734/87, 9 Aralık 1988 tarihli Komisyon kararı, yayımlanmamıştır; ve gerekli değişikliklerle, *Murphy/İrlanda*, başvuru no. 44179/98, paragraf 61, 10 Temmuz 2003.

21 Bkz. *Winer/Birleşik Krallık*, başvuru no. 10871/84, 10 Temmuz 1986 tarihli Komisyon kararı, Decisions and Reports [Kararlar Derlemesi] (DR) 48, s. 154, ve *Spencer/Birleşik Krallık*, başvuru no. 28851/95 ve 28852/95, 16 Ocak 1998 tarihli Komisyon kararı, DR 92-A, s. 56).

mında şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, Devletin hakarete konu edilen kişilere, söz konusu hakaret içerikli bilgilere cevaben, bu bilgilerin yayılma biçiminin aynısı kullanılarak bir karşılık sunmak suretiyle cevap haklarını kullanmaları yönünde makul bir fırsat verilmesini sağlama yönünde pozitif bir yükümlülüğü bulunduğunu kaydetmiştir.[22] Bir yanda başvurucunun ifade özgürlüğü ile diğer yanda X'in itibarının korunması hakkı olmak üzere birbiriyle çekişen menfaatler arasında denge gözetilirken, ulusal mahkemeler X lehine karar almışlardır. Şikâyet açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez ilan edilmiştir.

Kaperzyński/Polonya, başvuru no. 43206/07, 3 Nisan 2012

Bu dava bir gazetecinin cevap ya da tekzip yayımlamadığı için aldığı mahkumiyet kararıyla ilgiliydi. Bağımsız yerel bir haftalık gazetenin yazı işleri müdürü olan başvurucu, Ekim 2005'te Iława belediyesindeki kanalizasyon sistemiyle ilgili bir yazı yayımlayarak, sıhhi durumun halk sağlığı üzerinde ciddi riskler yarattığı, durumun iyileştirilmesi için ayrılan kaynakların yetersiz olduğu ve yetkililerin bu sorunu yavaş ve beceriksizce ele aldığı yönünde görüşler dile getirmiştir. Iława belediye başkanı, gazeteye yönelik olarak kısmen alaycı bir tonda kaleme aldığı bir mektupta, başka hususların yanı sıra başvurucunun kendi şahsi menfaatleri uğruna hareket ettiğini ima edip, bu gazeteyi gerçekten okuyan biri olup olmadığını sorgulayarak başvurucunun niyeti hakkındaki şüphelerinden bahsetmek suretiyle söz konusu yazı hakkında şikâyetlerini dillendirmiştir. Belediye başkanı ayrıca, başvurucunun Basın Yasasında öngörüldüğü üzere bir tekzip yayımlamasını talep etmiştir. Başvurucu mektuba cevap vermemiş ve mektubu yayımlamamıştır. Belediye bunun üzerine bir tekzip ya da cevap yayımlamadığı için başvurucu hakkında şahsi bir iddianame hazırlamıştır. Başvurucu suçlu bulunmuştur. Özgürlüğünün dört ay boyunca, ayda 20 saat kamu hizmeti cezası biçiminde kısıtlanmasına karar verilmiş, bu ceza ertelenmiş ve iki yıl boyunca gazeteci olarak çalışma hakkından mahrum bırakılmıştır. Başvurucu 10. maddeye dayanarak bu mahkumiyet kararı hakkında şikâyette bulunmuştur.

Başvurucuya uygulanan yaptırımın ifade özgürlüğüne müdahale ettiği tartışmasızdı. İlgili tarihte bu müdahale Polonya hukuku kapsamında kanunla öngörülmüş bulunuyordu. Ancak Mahkeme, Basın Yasasının ilgili maddelerinin daha sonrasında Anayasaya aykırı bulunmuş olmasını önemli addetmiştir. Aslında, Mahkeme bu müdahalenin 10. madde bakımından meşru bir amaç teşkil eden belediye başkanının itibarının korunması gayesine hizmet ettiğini kabul etmeye hazırdı. Yaptırımın demokratik bir toplumda gerekli

22 Bkz. gerekli değişikliklerle, *Peck/Birleşik Krallık*, başvuru no. 44647/98, paragraf 90, ECHR 2003-I, *Winer/Birleşik Krallık, Spencer/Birleşik Krallık, a.g.k.*

olup olmadığı meselesine gelince; Mahkeme haberin konusu olan belediye kanalizasyon sisteminin geliştirilmesi ve işleyişi meselesinin yerel halk açısından genel bir kamu yararı meselesi teşkil ettiğinin tartışmasız olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme, kendi içtihadına göre, kamu yararına olan meseleler hakkındaki tartışmalara getirilebilecek kısıtlamaların darlığına işaret etmiştir. Söz konusu haber yerel mercilerin ve belediye başkanının performansı hakkında eleştirel bir değerlendirme içerip, kişisel bir saldırıya ya da aşağılamaya yol açmamaktaydı. Haber boyunca atıfta bulunulduğu üzere somut olgusal bir temele dayandırılmaktaydı. Ancak bölge mahkemesi bu hususu dikkate almamıştı. Mahkeme cevap ve düzeltme hakkı konusunda ise şunları söylemiştir:

> "Mahkeme, bir düzeltme ya da cevap yayımlanması yönünde yasal bir yükümlülük getirilmesinin, yazılı basının ifade özgürlüğünü kullanmasını düzenleyen yasal çerçevenin olağan bir öğesi olarak görülebileceği kanaatindedir. Dolayısıyla böyle bir şeyi aşırı ya da insafsız addetmek mümkün değildir. Zaten Mahkeme de, ifade özgürlüğünün önemli bir unsurunu oluşturan cevap hakkının Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamına girdiğini halihazırda karara bağlamış bulunmaktadır. Bu hakkın kaynağında, sadece asılsız bilgilere itiraz edebilme ihtiyacı değil, aynı zamanda özellikle edebi ve siyasi tartışmalar gibi kamu yararı içeren konularda çok sayıda düşüncenin dile getirilebilmesini sağlama ihtiyacı da yer almaktadır."

Mahkeme ayrıca, başvurucunun belediye başkanına cevabını yayımlamayacağını bildirmediği ve buna ilişkin gerekçelerini açıklamadığı için Basın Yasası kapsamındaki mesleki yükümlülüklerine uygun hareket etmediği yönünde bölge mahkemesi tarafından yapılan tespite katılmıştır. Ancak, bir gazetecinin mesleğini icra etme hakkından mahrum bırakılmasının, kamu yararı içeren konuların kamuoyunda açıkça ve engellenmeksizin tartışılması üzerinde hayli caydırıcı bir etki yaratabilecek nitelikte aşırı ağır bir ceza olduğuna kanaat getirmiştir. Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, uygulanan yaptırımın demokratik bir toplumda gerekli olmadığını saptamıştır. Dolayısıyla 10. maddeye yönelik bir ihlal tespitinde bulunmuştur. Mahkeme, gazetecinin belediye başkanının cevabını yayımlamama gerekçelerini açıklamayarak mesleki yükümlülüklerine aykırı davranmış olduğu konusunda Polonya mahkemelerine katılmakla birlikte, gazeteci olarak çalışma hakkından mahrum bırakılma yaptırımının kamuoyunu ilgilendiren bir konuda yürütülecek kamusal tartışmalar açısından caydırıcı bir etki yaratacağına kanaat getirmiştir.

c) Cevap hakkı konusunda AİHM içtihadının özeti

Devletin bireysel ifade özgürlüğünü sağlama yükümlülüğü, özel şahıslara ya da kuruluşlara görüşlerini dile getirmeleri amacıyla medyaya kontrolsüz bir erişim hakkı tanımamaktadır. Prensip olarak, gazeteler ve özel şahıslara ait diğer medya organları, özel şahıslar tarafından sunulan yazıları, yorumları ve mektupları yayımlayıp yayımlamama kararında editoryal takdir yetkilerini kullanmak konusunda özgür olmalıdır.

Gazetede bir şahsa yönelik doğrudan bir "saldırı" söz konusu olduğunda, Devlet açısından, gazeteye yayımlanmak üzere bir cevap sunarak cevap hakkını kullanması yönünde makul bir fırsat verilmesini ve ayrıca gazetenin reddine itiraz etme fırsatı verilmesini sağlayarak başvurucunun ifade özgürlüğü hakkını koruma yönünde pozitif bir yükümlülük doğabilmektedir. *Melnychuck* ve *Vitrenko* kararlarında cevap hakkı açıkça, devletin koruma yönünde pozitif bir yükümlülüğü bulunan bireysel ifade özgürlüğünün bir öğesi olarak görülmüştür. Ancak *Kaperzynski* kararında söz konusu edilen mesele, yaptırım tehdidi altında bir cevap ya da düzeltme yayımlama yükümlülüğünün 10. maddeyle bağdaşıp bağdaşmadığı olduğundan, benimsenen yaklaşım da farklı olmuştur. Mahkeme, kısıtlama ve yaptırımların 10(2). madde anlamı dahilindeki sınırlamalar olarak kabul edilip edilemeyeceğini incelemek biçiminde bir yaklaşım benimsemiştir. Bir düzeltme ya da cevap yayımlama yükümlülüğünün aşırı ya da insafsız addedilemeyeceğini tespit etmiştir. *Kaperzynski* kararı, önceki içtihadı iki açıdan genişleten bir karar olarak değerlendirilebilir. Birincisi, görünen o ki, 10. madde kapsamında Devlete cevap hakkının kullanılması için fırsat sağlama yönünde yüklenen pozitif yükümlülük sadece saldırıda bulunulmuş ya da aşağılayıcı ifadelere maruz kalmış kişi ve özel kuruluşlarla sınırlı olmayıp, Mahkeme'nin ifadesiyle "performans hakkında eleştirel değerlendirme"leri de kapsamalıdır.[23] Dahası, bu bağlamda düzeltme hakkı ile cevap hakkı arasında hiçbir ayrım yapmamaktadır. İkincisi, başvurucu hakkındaki şahsi iddianameyi hazırlayan merci belediye olduğundan, Mahkeme'nin 10. maddenin olağan unsurları olarak gördüğü cevap hakkı ile düzeltme hakkı kamu kurumları açısından da eşit oranda geçerli gibi görünmektedir. Yani belediyenin başvurucudan belediye başkanının mektubunu yayımlamasını isteme hakkı sadece hatalı olgusal beyanların düzeltilmesiyle sınırlı olmayıp, aynı zamanda "performansı hakkında eleştirel bir değerlendirme"ye cevap hakkını da kapsamaktaydı. [24]

23 *Kaperzynski* kararının 64. paragrafında Mahkeme şu hususu kaydetmiştir: "Mahkeme ayrıca, söz konusu haberin yersiz bir kişisel saldırı teşkil etmediğine ve ayrıca ne aşağılayıcı, ne de ciddiyetsiz bir nitelik taşıdığına işaret etmektedir. Bu haber yerel mercilerin ve belediye başkanının performansı hakkında eleştirel bir değerlendirmeydi. Haber boyunca atıfta bulunulduğu üzere somut olgusal bir temele dayanılmaktaydı."

24 Bu karara farklı nedenlerle katılan bir görüşte, şahsi iddianameyi bizzat belediye başkanının değil, Ilawa belediyesinin sunmuş olduğu gerçeğine dikkat çekilmiştir. Söz konusu görüş,

7. Sonuç niteliğindeki gözlemler

Konuya ilişkin bu genel bakıştan anlaşıldığı üzere, cevap hakkı birçok yargılama alanında icraya konabilir bir yasal hak olarak pekiştirilmiş bulunmaktadır. Avrupa ülkelerinin çoğunda, öncelikle medyada çıkan yanlış beyanlar ve/veya karalayıcı iddialar sonucunda zarara uğramış kişiler açısından önemli bir telafi yolu olarak hukuki dayanağa sahiptir. Bu durum büyük oranda yazılı basınla sınırlı olmakla birlikte, radyo ve televizyon sektörüne de bir miktar teşmil etmiş bulunmaktadır. Dahası, bu hak AB mevzuatının yanı sıra Avrupa Konseyi tavsiye kararları ve kararlarıyla da korunmaktadır.

AİHM kapsamındaki sınırlı içtihat açıkça göstermektedir ki, kimi durumlarda kişisel "saldırılara" cevaben medyaya erişim sağlanması, ifade özgürlüğünün korunması açısından önemli bir unsur sayılmaktadır. Devletin, kimi durumlarda, gerekli mevzuatın yürürlükte olmasını sağlayarak bu hakkı koruma yönünde pozitif bir yükümlülüğü bulunduğu da açıkça dile getirilmiştir. Ayrıca bu durum medyanın haklarına ve editoryal özgürlüğe yönelik bir kısıtlamaya yol açsa dahi, 10(2). madde kapsamında haklı temellere dayandığı kabul edilmektedir.

Ancak birtakım meseleler halen çözümlenmemiştir. *Birincisi*, söz konusu davalar esasen yazılı basınla ilişkilidir. Dolayısıyla, aynı yaklaşımın çevrimiçi medya gibi diğer sektörlere taşınıp taşınamayacağı ve ne oranda taşınabileceği halen belirsizliğini korumaktadır. *İkincisi*, içtihatta düzeltme ile cevap arasındaki ayrım son derece muğlak olup, bu konunun üzerinde daha ayrıntılı bir şekilde çalışılması gerekmektedir. Örneğin *Kaperzynski* davası söz konusu iki hak arasında hiçbir ayrım yapmamış ve hem eleştiriye cevabı, hem de düzeltmeyi 10. madde kapsamında öngörülen korumanın "olağan unsuru" olarak kabul etmiştir. İçtihat açısından bugün itibariyle en tartışmalı konu ise, ister cevap hakkı, ister düzeltme hakkı söz konusu olsun, bu hakkın sadece özel şahıslar açısından değil, kamu kuruluşları açısından da geçerli olduğu çıkarımı olsa gerektir. Mahkeme'nin 10. madde kapsamında bir hak ya da, halin icabına göre, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında bu hakka yönelik meşru bir sınırlama olarak cevap hakkı ve düzeltme hakkını daha derinlemesine geliştirmesi ihtiyacı açıkça ortadadır.

belediyenin başvurucuya bir cevap yayımlama yükümlülüğü getirme hakkının 10. maddeye dayandırılamayacağını, zira sözü geçen maddenin kamu kuruluşlarının haklarını değil, sadece bireylerin haklarını koruduğunu ve 10. madde kapsamında Devlet'in kamu kuruluşlarının cevap hakkından ya da düzeltme hakkından yararlanmasını sağlama yönünde hiçbir pozitif yükümlülüğü bulunmadığını dile getirmiştir.

Siyasi söylem ve siyasi eşitlik

Brenda Hale[1]

Sir Nicolas Bratza'nın Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi'nde Birleşik Krallık'ı temsilen yürüttüğü uzun ve seçkin kariyerini kutlamak üzere burada toplandık. Ve bunu, Birleşik Krallık'ta siyasetçilerden ve medyadan Mahkeme'ye eşi benzeri görülmemiş ve büyük oranda haksız nitelikte saldırıların yöneltildiği bir dönemde yapıyoruz. Bu saldırılar Sir Nicolas'ın hak ettiği saygı ve itibarı hiçbir şekilde ortadan kaldırmamaktadır.

Parlamento kaynaklı saldırılar, her şeyden önce, cezaya çarptırılmış mahkumların oy hakkına yönelik "genel kapsamlı yasağın" 1 no'lu Protokolün 3. maddesiyle bağdaşmadığı kanaatine varan *Hirst/Birleşik Krallık*[2] kararıyla başlayan Mahkeme içtihatlarıyla fitillenmiştir. Halkın oyuyla seçilmiş milletvekillerimiz, Parlamenter bir demokrasinin oy hakkını ve diğer usuli şartlarını belirlemek konusunda kendilerini eşsiz bir konumda görmektedir.[3] Dolayısıyla, 10. madde kapsamındaki ifade özgürlüğü ile 1 no'lu Protokolün 3. maddesi kapsamında halk iradesinin özgür ifadesi arasında uygun dengenin gözetilmesi konusunda da kendilerini eşsiz bir konumda görmeleri muhtemeldir. 7 Mart 2012 tarihinde Büyük Daire tarafından görüşülen *Animal Defenders International/Birleşik Krallık*[4] davasının konusu da, tabiatıyla, budur.

Animal Defenders International (ADI), hayvanlara acı çektirilmesini engellemeyi amaçlayan bir sivil toplum kuruluşudur. Hayvanların ticaret, bilim ve eğlence alanında kullanılmasına karşı kampanyalar yürütmektedir. Siyasi kampanyalar yürüttüğü için bir hayır kurumu olarak tescili mümkün değildir. Örgüt, Lordlar Kamarasındaki hakimlere sunulan tanıma göre, özellikle ilgi çeken ve merak uyandıran bir reklam yayınlamak istemiştir. Reklamda önce bir hayvan kafesi gösterilmekte, ardından yavaş yavaş gölgelerin arasından zincire vurulmuş bir küçük kız belirmektedir. Ekran kararmakta ve mesajlar gözükmektedir: "Bir şempanzenin akıl yaşı dört yaşındaki bir çocuğunkiyle aynıdır"; "Genetik yapımız %98 aynı, fakat yine de onları kafese koyup eğlence olsun diye kullanıyoruz"; "Bugün bağış yapın, acılarını durdurmamıza yardımcı olun." Sonra ekranda tekrar kafes görünmekte, bu kez

1 Barones Hale Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi hakimidir.

2 *Hirst/Birleşik Krallık (no 2)* (2006) 42 EHRR 849.

3 Dolayısıyla bu noktada Schauer'in sorusu akıllara geliyor: "... peki demokratik bir organın –diyelim yasa koyucunun– bizzat demokratik süreçlere ilişkin araçlar hakkında karar vermesi konusunda ne düşünmeliyiz? Uygun tavır ... hürmet midir, şüphecilik mi?": bkz. "*Judicial Review and the Devices of Democracy*" [*Yargı Denetimi ve Demokrasi Aygıtları*] (1994) 94 Columbia Law Review 1326, 1334.

4 Başvuru no. 48876/08.

küçük kızın yerinde, aynı pozisyonda bir maymun durmaktadır. Bunun serbest ve adil seçimlerle ne ilgisi var ki, diye düşünebilirsiniz.

Birleşik Krallık'ta geçerli olan radyo ve televizyonlarda siyasi reklam yasağı, ticari yayıncılığa ilk kez izin verilen 1954 yılı kadar eskilere uzanmaktadır. Daha öncesinde sadece BBC vardı ve zaten televizyon reklamı diye bir şey yoktu. 1954 tarihli Televizyon Yasası, amaçları tamamen ya da esasen siyasi nitelik taşıyan ya da siyasi bir gayeye yönelmiş bir kuruluş tarafından veya adına yapılan her türlü reklamı yasaklamıştır. 2003 tarihli İletişim Yasası da aynı etkiye sahip olup,[5] aynı zamanda saydıklarıyla sınırlı olmayan uzun bir "siyasi nitelik taşıyan amaçlar ve siyasi gayeler" listesi de içermektedir.[6] Bu amaçlar, seçime yönelik olarak herhangi bir siyasi partinin ya da adayın çıkarlarını savunmaktan ya da genel anlamda seçimlerin sonucunu etkilemekten çok daha ötesine uzanmaktadır. Kanunda değişiklik yapmak, yerel, bölgesel ve ulusal yönetimlerin ya da kamu görevinde bulunan herhangi bir kişinin politikalarını ve kararlarını etkilemek ve hatta toplum içerisinde tartışma yaratan bir konuda kamuoyunu etkilemek dahi buna dahil sayılmaktadır. Bunlar arasında sadece sonuncusu Birleşik Krallık içerisindeki tartışmalarla sınırlıdır. Onun dışında söz konusu yasak, dünyanın herhangi bir yerindeki yönetimlerin ve ayrıca uluslararası antlaşmalar kapsamında görevlendirilmiş kişilerin kanunlarını ve politikalarını etkileme girişimlerini de kapsamaktadır. Bu bağlamda, ADI davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararını etkilemeye çalışan bir radyo reklamı da yasaklanacaktır.

Sözleşme demokrasiye saygı prensibi üzerine inşa edilmiştir: Demokrasi, Sözleşme ile bağdaşır nitelikteki tek siyasi sistemdir.[7] Sözleşme'nin Giriş kısmında, temel özgürlüklerimizi korumanın en etkili yolları olarak "gerçekten demokratik bir siyasi rejim" ile "ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı" dillendirilmektedir. Bundan dolayıdır ki, "en başta siyasi tartışma özgürlüğü olmak üzere, serbest seçimler ve ifade özgürlüğü bir araya gelerek her türlü demokratik sistemin sarsılmaz temelini oluşturmaktadır."[8] "Siyasi ifadelere ya da kamu yararı içeren meseleler hakkındaki tartışmalara yönelik kısıtlamalar için Sözleşme'nin 10(2). maddesi kapsamında pek dar bir alan öngörülmüş olması" Mahkeme içtihadında yerleşik bir husustur.[9] Ancak halk iradesinin özgür bir şekilde ifade edilmesini sağlamak için ifade özgürlüğüne belirli kısıtlamalar getirilebileceği de açıktır.

5 Bkz. 319(2)(g) ve 321(2). madde.

6 Bkz. 321(3). madde.

7 *Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye* (1998) 26 EHRR 121, paragraf 45.

8 *Bowman/Birleşik Krallık* (1998) 26 EHRR 1, paragraf 42.

9 *Lingens/Avusturya* (1986) 8 EHRR 407, paragraf 38 ve 42; *Wingrove/Birleşik Krallık* (1997) 24 EHRR 1, paragraf 58; *Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye* (1998) 26 EHRR 121, paragraf 45; *Nilsen/Norveç* (2000) 30 EHRR 878, paragraf 46; *Verein gegen Tierfabriken/İsviçre* (2002) 34 EHRR 4, paragraf 66; *Murphy/İrlanda* (2004) 38 EHRR 13, paragraf 67.

Kimi özgür ifade biçimleri için sıfır ya da sıfıra yakın bedel ödenir. Londra'da Hyde Park'ın bir köşesinde yer alan hatipler köşesinde bir tahta kasanın üzerine çıkıp sizi dinlemeye hazır olan birilerine nutuk atmak için hiçbir bedel ödemezsiniz. Blog ve tweet atanlar da neredeyse hiçbir bedel ödemeden çok daha geniş bir dinleyiciye ulaşabilmektedir. Siyasetçiler, kampanya eylemcileri, ünlüler ve yorumcular medyada yayımlanan haber ve güncel tartışma programlarına hiçbir bedel ödemeden çıkabilir, görüşlerini dergi ve gazetelerde bedelsiz bir şekilde duyurabilirler. Fakat tüm bunlar yayıncıların editoryal kararlarına bağlıdır. Kişinin kendi eserlerini kendi basması para gerektirir. Reklam vermek para gerektirir. Hele ki radyo ve televizyonda reklam vermek çok para gerektirir; zira böylelikle en çok sayıda insana ulaşılabilmektedir.

İşte bu nedenle, 1998 yılında Lord Neill başkanlığındaki Kamu Yaşamında Standartlar Komitesi, görsel-işitsel medyada siyasi reklam yasağı ile siyasi partilerin finansmanı arasında bir bağlantı olduğuna kanaat getirmiştir.[10] Bu yasak siyasi partilerin daha az bağış toplaması anlamına gelmekteydi. Bu ülkede seçim kampanyaları birçok ülkeye oranla çok daha ucuza çıkmaktaydı. Zengin bağışçılara duyulan bağımlılık azalmıştı. Siyasi liderler yayın kampanyalarını finanse edecek kaynaklar bulmak için zaman ve enerji harcamak zorunda kalmıyordu. Halk "sonu gelmez bir parti propagandası yağmurundan" korunmaktaydı.[11] Buna karşılık, siyasi partilere 1924 yılından beri ister gönüllü olarak, isterse de mevzuat aracılığıyla olsun, siyasi partilere ücretsiz yayın süresi hakkı tanınmaktaydı. Ayrıca, yayıncıların siyasi konularda haber yaparken dengeli ve tarafsız davranma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu yüzden Neill Komitesi de yasağın sürdürülmesi gereğini öngörmüş ve bu yasağın menzilinin yeterince geniş olup olmadığını anlamak amacıyla internetin ve diğer elektronik kitle iletişim yöntemlerinin sıkı bir gözetim altında tutulması gerektiği biçiminde tavsiyede bulunmuştur.[12] Hükümet'in yanıtına bakılırsa, bu yasak Birleşik Krallık'taki tüm siyasi yelpazede de des-

10 Fifth Report of the Committee on Standards in Public Life [Kamu Yaşamında Standartlar Komitesi'nin Beşinci Raporu], *The Funding of Political Parties in the United Kingdom* [*Birleşik Krallık'ta Siyasi Partilerin Finansmanı*], Cm 4057-I (1998), 13. bölüm. Komite görsel-işitsel medya dışında paralı reklam seçeneğini değerlendirmiş, ancak kısıtlamaların 10. madde kapsamında haklı kılınamayacağını düşünmüştür. Kampanya harcamalarının doğrudan sınırlandırılması daha etkili bir yol olarak görülmüştür. Söz konusu reklam standartları, üzerinde mutabık kalınacak bir Uygulama Esasları nizamnamesiyle ele alınmalıdır. Ancak, yayında reklam yasağını şiddetle savunan Seçim Komisyonu bu yolun işletilebilir olmayacağı sonucuna varmıştır: *Political advertising: Report and recommendations* [*Siyasi reklamlar: Rapor ve tavsiyeler*], Seçim Komisyonu (2004).

11 Paragraf 13.7.

12 Paragraf 13.12.

tek görmektedir.[13] Varlıklı şirketlerin ya da şahısların desteğini alan siyasi partiler bile, siyasi reklamlara ilişkin kısıtlamaların Anayasa engeline takılabildiği ABD gibi bir ülkedeki gibi herhangi bir seçime harcanan muazzam meblağları toplamak zorunda kalmadıkları için rahatlamış görünmektedir.[14]

Lordlar Kamarası huzurunda görüşülen *Animal Defenders International* davasında Lord Bingham bu hususu her zamanki zarafetiyle şu şekilde dile getirmiştir:[15]

> "Demokratik sürecin temelinde yatan mantık, birbiriyle çekişme halindeki görüşlerin, fikirlerin ve politikaların alenen tartışılması ve kamuoyunun incelemesine sunulması halinde, zaman içerisinde iyi niyetin kötüyü alt edeceği ve doğrunun yanlışa baskın geleceği şeklindedir ... Ancak tartışmanın zemininin mümkün olduğunca adil olması da son derece arzulanan bir durumdur. Bu da, kamuya açık tartışmalarda birbirinden farklı görüşlerin ifade edilmesi, çatışması, cevaplanması ve müzakere edilmesiyle sağlanabilmektedir. Hukuka uygun tüm görüşlerin dillendirilebileceği dengeli programlar yaparak bu amacı tarafsız bir şekilde gerçekleştirmek yayıncılara düşen bir görevdir. Siyasi partilerin, ellerindeki kaynaklar oranında, en etkili medyada reklam yapmak konusunda sınırsız fırsatlar satın alması mümkün hale gelirse bu amaçtan uzaklaşılır ve seçimlerin müzayededen pek bir farkı kalmaz."

Gerçeği aramak, John Stuart Mill tarafından ifade özgürlüğünün klasik dayanağı olarak sunulan gerekçedir.[16] Bense daha ziyade seçimlerde eşitlik hususuna eğilmekteydim:[17]

> "Bizler Birleşik Krallık'ta, ya da Avrupa'nın başka herhangi bir yerinde, hükümetin veya politikaların, ellerini ceplerine daha çok atanlar tarafından belirlenmesini istemeyiz. Demokrasimiz

13 *The Funding of Political Parties in the United Kingdom. The Government's proposals for legislation in response to the Fifth Report of the Committee on Standards in Public Life* [*Birleşik Krallık'ta Siyasi Partilerin Finansmanı. Kamu Yaşamında Standartlar Komitesi'nin Beşinci Raporuna cevaben Hükümet'in yasama teklifleri*], Cm 4413 (1999), paragraf 9.2. Ancak "insanların çoğu bir süre daha bilgi edinme ve eğlence ihtiyaçlarını karşılamak için geleneksel ücretsiz radyo ve televizyon yayını hizmetlerini tercih etmeyi sürdürecektir", o yüzden örneğin internet üzerinden reklam yayınlarının düzenlenmesi önerilmemiştir: paragraf 9.3.

14 Bkz. örn. *Citizens United/ Federal Seçim Komisyonu* 558 US (2010).

15 *R (Animal Defenders International)/Kültür, Medya ve Spor Bakanı* [2008] UKHL 15, [2008] 1 AC 1312, paragraf 28.

16 Bkz. CJS Knight, "*Monkeying around the free speech*" [*İfade özgürlüğüyle uğraşmak*] (2008) 124 Law Quarterly Review 557.

17 Paragraf 48.

> her bir kişinin tek bir oy hakkına sahip olduğu gerçeğinden daha fazlası üzerine inşa edilmiştir. Her bir kişinin eşit bir değere sahip olduğu gerçeğine dayanmaktadır ... Herkesin önemli güncel konularda kendi kararını verebilmesini isteriz."

Kimi siyasi partilerin diğerlerinden daha çok kaynağa sahip olmasını normal karşılıyor, fakat aynı zamanda, ne şekilde bağış toplayabilecekleri ve ne kadar para harcayabileceklerine dair de kısıtlamalar getiriyoruz. Gazete ve dergilerin bazen belirli siyasi partileri ya da görüşleri desteklemesini normal karşılıyoruz. Bu basın organları, tarafsızlık açısından Birleşik Krallık'taki radyo ve televizyon kuruluşları ile aynı yükümlülükler altında bulunmamaktadır. Bir gazete "Seçimleri Sun'ın zekası kazandı (It's the Sun wot won it)" diye böbürlenebilir,[18] fakat bir televizyon kanalının bunu yapması mümkün değildir.

Bir an için, radyo ve televizyon kanallarının hükümetin kontrolü altında olduğu ve halkın iktidardaki yönetim tarafından "sonu gelmez bir parti propagandası yağmuruna" maruz bırakıldığı totaliter ülkelerdeki yaygın durumu düşünelim. Bu durumda zemini eşitlemek için gereken şey, hükümetin propaganda makinesine bir yasak ya da hiç değilse denetim getirilmesidir. Demokrasinin, yalnızca devletin başkalarının ifade özgürlüğü üzerinde uyguladığı denetim ele alınarak korunması, son derece sınırlı bir anlayıştır. Demokrasi, devletin özgür ifadesine yönelik denetimlerin de varlığını gerektirmektedir. Birleşik Krallık'ın siyasi içerikli tüm reklamlara ilişkin yasağı, radyo ve televizyon yayıncılığında denge ve tarafsızlık şartıyla birlikte düşünüldüğünde, bu amacın başarılması yönünde çok katkı sunmaktadır.

Fakat tüm bunlar kabul edildiğinde dahi, esas soru bu yasağın aşırıya kaçıp kaçmadığı noktasında düğümlenmektedir. ADI davasının seçimlerle hiçbir ilgisi bulunmamaktaydı. Keza, daha önceki VGT davası için de aynı şey geçerliydi.[19] Her iki dava da, büyük güçlerle mücadele etmek isteyen sivil toplum örgütleri hakkındaydı. VGT, başka şeylerin yanı sıra, endüstriyel çiftçilik karşıtı kampanya yürüten bir İsviçre örgütüydü. Bu örgüt, endüstriyel domuz çiftliklerini toplama kamplarına benzeten ve insanları "daha az et yemeye" teşvik eden bir reklamdan yararlanarak, et endüstrisinin reklamlarına karşı mücadele yürütmek istemiştir. AİHM, yasağın adı geçen örgütün ifade özgürlüğüne yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğu kanaatine varmıştır. Bu kararın ardından VGT, reklamı tekrar yayınlatmaya çalışmış ve bir kez daha reddedilmiştir. Bunun üzerine tekrar AİHM'e başvurmuştur. Bü-

18 Baş sayfa manşeti, 11 Nisan 1992, genel seçimlerin hemen sonrasında.

19 *Verein gegen Tierfabriken (VGT)/İsviçre* (2002) 34 EHRR 4.

yük Daire, reklam yayınının reddedilmesinin "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığına ilişkin olarak verilen önceki Daire kararı ışığında, Federal Mahkeme'nin kararını yeniden değerlendirmemesinin 10. maddeye yönelik bir başka ihlale yol açtığı sonucuna varmıştır.[20]

Bu arada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir dairesi *TV Vest AS ve Rogaland Pensjonitsparti/Norveç*[21] davası hakkında bir karar vermiştir. Bu davanın seçimlerle bağlantısı çok daha fazlaydı. Yayıncı, Norveç'in "dünya görüşleri ya da siyasi düşünceler" hakkındaki televizyon reklamlarını yasaklamış olmasına karşın, yerel ve bölgesel seçim yarışı sırasında küçük bir yerel siyasi parti adına reklamlar yayınladığı için para cezasına çarptırılmıştır. Batı Avrupa ülkelerinin büyük bir çoğunluğunda[22] ve Çek Cumhuriyeti ile Romanya'da ücretli siyasi reklamlar yasaktı. Bu ülkelerin çoğunda ücretsiz siyasi parti yayınları için belli bir süre tanınmaktaydı. Birçok orta ve doğu Avrupa ülkesinde ise ücretli siyasi yayınlara izin verilmekteydi. Dolayısıyla Mahkeme, Avrupa'da bu konuda bir görüş birliği bulunmamasının, siyasi ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar bakımından normalde müsaade edilen takdir yetkisinden biraz daha geniş bir yetki tanınması lehinde yorumlanabileceğini kabule razı gelmiştir.[23] Norveç savunma olarak, bir yandan seçimlere ilişkin olarak yukarıda sözü geçen amaçlara –seçim kampanyası masraflarını sınırlı tutmak, seçim katılımcılarının bağışçılara bağımlılığını azaltmak ve adil bir zemin sağlamak–, bir yandan da reklamların tartışmayı önemsizleştirme olasılığına –karmaşık meselelerin kolayca çarpıtılabilmesine– dayanmıştır.

Fakat Mahkeme bu amaçların yeterliliği konusunda ikna olmamıştır. Emekliler partisi reklamlarının siyasi tartışmanın niteliğini azaltmaya muktedir olduğuna dair bir emare bulunmamaktaydı. Zaten bu parti, cüzdanından güç alarak haksız bir avantaj elde edebilecek zengin bir parti değildi. Hatta tam tersiydi: Haberlerde ve güncel tartışma programlarında kendi görüşlerine yer bulmakta güçlük çeken ufak yerel bir partiydi. Normal programlarda sürekli yer bulan ana partilerin aksine, mesajlarının anlaşılmasını sağlamak için reklam yapmaya ihtiyacı vardı.

Bu kararın ve Büyük Daire'nin ikinci VGT davasında verdiği kararın ışığında, dairenin ADI davasını Büyük Daire'ye göndermesi şaşırtıcı olmamıştır. Kimse bunun kolay bir mesele olduğunu öne süremez. Birleşik Krallık

20 *Verein gegen Tierfabriken (VGT)/İsviçre (no 2)* (2011) 52 EHRR 364

21 (2009) 48 EHRR 1206.

22 Örn. Almanya, Belçika, Birleşik Krallık, Danimarka, Fransa, İrlanda, İspanya (radyo değil, televizyon), İsveç, İsviçre, İtalya (sınırlı), Malta, Norveç ve Portekiz (krşl. Avusturya, Finlandiya, Fransa, Hollanda, Lüksemburg (o sırada) ve Yunanistan).

23 Paragraf 67.

yasağının taşıdığı amaçların birçok köklü batı Avrupa demokrasisi tarafından paylaşıldığı açık görünmektedir. Bizler seçimlerimizin ellerini ceplerine daha çok atanlar tarafından belirlenmesini istemiyoruz. Siyasi tartışmalarımızın zengin ve güçlülerin sürekli propagandasıyla gasp edilmesini istemiyoruz. Fakat bunu başarmaya çalışan yasağa yönelik itirazlar, aslına bakarsanız siyasi bir makam elde etmeyi değil, sadece siyasi tartışmalara nüfuz etmeyi amaçlayan, VGT ve ADI gibi tek bir konuya yönelik baskı gruplarından ve reklam yapamayacak olursa medyada hiçbir şekilde yer alamayan Rogoland Pensjonistparti gibi ufak siyasi partilerden yükselmektedir.

Dolayısıyla yine bir "genel kapsamlı yasak" meselesiyle, yani Mahkeme huzurundaki somut dava bağlamında meşrulaştırılması çok güç görünen, fakat davaların geneline bakıldığında gayet haklı kılınabilen ya hep ya hiç kuralı ile karşı karşıya bulunuyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı durumlarda, Mahkeme huzurundaki bireysel davada meşru görülmesi güç olsa dahi, belirli bir hakka yönelik genel bir müdahalenin haklı kılınabileceğini kabul etmektedir. Buna dair bir örnek olarak, Pretty davasında teyit edilmiş olan destekli intihar yasağı gösterilebilir.[24] Bu yasak tüm haklar arasındaki en temel hak olan yaşam hakkını korumak üzere getirilmiştir. Ne var ki, 8. madde kapsamındaki özerklik ve kendi kaderini tayin hakkına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir. Bu müdahale, aksi takdirde yaşam hakları yeterince korunmayabilecek olan savunmasız durumdaki kişilerin korunması amacıyla meşrulaştırılabilmektedir. Dolayısıyla, aslında savunmasız bir durumda bulunmayan ve yaşamına kendi seçtiği bir vakitte son vermek istemek için gayet haklı nedenleri olan Bayan Pretty gibi bir kişi açısından da uygulanması gerekmiştir. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin meşru kılınamayacağını düşündüğü koşullarda "genel kapsamlı bir yasak" uygulanması nedeniyle (somut davada yasağın uygulanması haklı görülebilecek olsa dahi) Mahkeme'nin Birleşik Krallık aleyhinde karara vardığı davalar da mevcuttur. Buna dair en belirgin örnekler, mahkumların oy kullanma hakkı[25] ve parmak izi ve DNA profillerinin saklanmasıdır.[26]

Hirst davasında çoğunluk, Parlamento'nun nasıl bir denge gözetilebileceğini doğrudan değerlendirmemiş olmasından etkilenmiştir.[27] Dolayısıyla, Birleşik Krallık Parlamentosu'nun siyasi reklam yayınına böylesi geniş bir yasak getirdiği sırada meselenin gayet bilincinde olması özel önem taşımaktadır. Hükümet, *VGT* kararının bu yasağın Sözleşme'yle bağdaşır görülmeyebile-

24 Pretty/Birleşik Krallık (2002) 35 EHRR 1.

25 *Hirst/Birleşik Krallık (no 2)* (2006) 42 EHRR 849.

26 *S ve Marper/Birleşik Krallık* (2009) 48 EHRR 1169.

27 Sağlam azınlık ise Parlamento'nun meselenin gayet bilincinde olduğu ve ulusal yasa koyucuların yasama faaliyetlerini ne şekilde yerine getireceğini öngörme işinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne düşmediği kanaatindeydi: [OIII7].

ceği anlamına geldiğinin farkındaydı, ancak yine de yürüttüğü istişareler sonucunda meşru kılınabilir olduğu yönünde bir görüşe varmıştı. Birleşik Krallık İnsan Hakları Ortak Komitesi kanunun muhafazası bakımından önemli nedenler bulunduğu için değiştirilmesi konusunda temkinli davranılmasını, ancak Hükümet'in dosdoğru bir yasaklama yerine kısıtlama olanaklarını incelemesini istemiştir.[28] Bundan kısa bir süre sonra da, İletişim Yasası taslağı hakkında görüş bildiren Ortak Komite, önerilen yasağın temelini oluşturan prensipleri desteklemiş, fakat Hükümet'ten bu yasağı Sözleşme haklarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle itiraz konusu yapılmayacak bir şekle dönüştürme yollarını değerlendirmesini istemiştir.[29]

Hükümet'in Parlamento'daki beyanlarına ve ADI davasında Lordlar Kamarası huzurundaki ifadelere göre, (Hükümet) bu denileni yapmıştır.[30] Yasağı sınırlandırmanın her türlü yolunu değerlendirmiştir. Seçim zamanlarıyla sınırlandırmak ilk akla gelen seçeneklerden biridir. Ancak bu durumda, arada geçen sürede mütemadi propagandaya karşı koyacak hiçbir şey olmayacaktır. Belirli grupların harcamalarını sınırlandırmak da akla gelen bir başka örnektir, fakat çok benzer amaçlar güden ufak ve görünüşte bağımsız gruplar oluşturarak bu sınırlamanın etrafından dolaşılması çok kolay olacaktır. Önerilen tüm sınırlandırmalar açısından hal böyledir. Lord Bingham, bu sorunun halledilebilmesi için adil ve işleyen bir uzlaşıya varılamayacağı konusunda Hükümet'in varmış olduğu ve Parlamento'nun da kabul ettiği kanaate karşı çıkmak için bir neden görmemiştir.[31] Etrafından dolaşılamayacak ya da birçok hukuki itiraza yol açmayacak bir ölçek ya da üst sınır sisteminin kurgulanabilmesi son derece güç görünmekteydi. Üstelik, yayıncılara güncel meseleler hakkındaki görüşleri adil ve dengeli bir şekilde sunma konusunda yüklenen çetin fakat önemli vazife de, "hatırı sayılır miktardaki" siyasi reklamlara ne ölçüde karşı durmaları gerekeceğini de düşünmek zorunda kalmaları halinde daha da zor bir hal alacaktır.

Lord Bingham ayrıca, bu olayda Parlamento'nun takdirine büyük bir değer atfedilmesi gerektiği kanaatindeydi. Birincisi, halk tarafından seçilmiş siyasetçilerimizin "demokrasimizin bütünlüğünü güvence altına almak bakımından gerekli bu tedbir karşısında özellikle hassas" davranmasını beklemek makul olacaktı. Hakimler de dahil olmak üzere, başkalarının bu konuda daha hassas davranacağı düşünülemezdi. (Lord Bingham bu noktada, son derece incelikli bir şekilde, sadece Birleşik Krallık'ın en yüksek mahkemesindeki hakimleri değil de, aynı zamanda Strazburg'daki uluslararası yargıçları da

28 İnsan Hakları Ortak Komitesi, *Nineteenth Report of session 2001-2002* [*2001-2002 on dokuzuncu oturum raporu*], HL Paper 149, HC Paper 1102 (2002).

29 İletişim Yasası Taslağı hakkında Ortak Komite, HL Paper 169-I, HC Paper 876-I (2002).

30 Bkz. örn. Dr Kim Howells, *Hansard, Daimi Komite E, 20. Oturum*, 28 Ocak 2003, col 795.

31 *ADI*, yukarıdaki dn. 15, paragraf 31.

kastediyor olabilir miydi?)[32] İkincisi, Parlamento bu sonuca, 10. maddeyi ihlal ediyor olabileceğinin gayet farkında olarak ulaşmış olduğu içindir ki, bu durum söz konusu yasağa yükledikleri önemi göstermekteydi.[33] Üçüncüsü, mevzuat genel kuralları koymak ve bunu yaparken bir çizgi çekmek durumundadır: "Çizgi çekmek kaçınılmaz olarak, bu çizginin yanlış tarafına düşecek birtakım zorlayıcı durumların doğması anlamına gelmektedir, ancak bu durum, genel anlamda değerlendirildiğinde faydalı bulunan bir kuralı geçersiz kılmamalıdır."[34]

Bu meselenin taşıdığı önem ve hassasiyeti azımsamak hayli güçtür. Bir görüşe göre, seçim demokrasisinin güvence altına alınması, herhangi bir insan hakları belgesinin gerçekleştirebileceği en önemli işlevdir. İfade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüyle desteklenmiş serbest ve adil seçimler olmaz ise, demokratik bir devletin en asli temellerinden yoksun kalırız. Siyasi reklamlara getirilen kısıtlamalar, halk iradesinin özgür ifadesini büyük güçler tarafından gasp edilme tehlikesine karşı korumaya çalışan Birleşik Krallık seçim hukukunun içerdiği karmaşık yapının farklı boyutlarından sadece biridir. Neil Komitesi'nin ifadesiyle, "aksi yönde bir hukuki karar alınabilmesi için, [siyasi partilerin finansmanına ilişkin] Raporunun birçok yönden adamakıllı yeniden değerlendirilmesi gerekecektir."[35]

Bu örnek, bildiğim kadarıyla, Birleşik Krallık Parlamentosu'nun bir "geniş kapsamlı yasağın" oluşturabileceği bir sorunu teslim ederek, daha az kapsayıcı çözümler bulmak için etkin bir şekilde çalışma yürüttüğü, fakat bulamadığı ilk vakadır. Yaşanan tecrübeler, tatmin edici alternatif çözümler bulunabileceği yönündeki itimadın (usta bir savunuculukla da ateşlenerek) bazen isabetsiz çıktığını göstermiştir.[36] Dolayısıyla, Birleşik Krallık Hükümeti'nin ve yasa koyucunun güdülen amaçlara daha az müdahaleci bir tarzda ulaşacak bir çözüm bulmak için gösterdiği çabalara ne derece değer yüklenmesi gerektiği de bir mesele olarak karşımızda durmaktadır. Bu çabalar *Murphy/İrlanda*[37] davasında İrlanda Hükümeti ve Parlamentosu tarafından sergilenen çaba kadar etkileyici bulunacak mı henüz bilmiyoruz.

---

32 Bu soru elbette, yukarıda 3. dipnotta alıntılanan Schauer sorusunu akıllara getiriyor. Bu mesele hakkında mevcut seçim sisteminden faydalananlar mı karar vermelidir?

33 Peki ama, Parlamento'nun Sözleşme'yle bağdaşmayabileceği hususunda uyarılmış olduğu bir yasağı bağdaşır bulmak bir mahkemenin mi işidir? Bu gibi bir ihtilaf durumunda, Parlamento mu, yoksa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mi daha büyük saygıyı hak etmektedir? Yoksa, kendi kararımızı kendimiz mi vermeliyiz? Ki bence verdik.

34 *ADI*, yukarıdaki dn. 15, paragraf 33.

35 Paragraf 13.12.

36 Bkz. örn. *Chahal/Birleşik Krallık* (1997) 23 EHRR 413, paragraf 131'de gizli delillerin incelenmesine ilişkin olarak Kanada sistemine itimat edilmesi.

37 (2004) 38 EHRR 212.

Buradan hareketle, bir ulusal mahkemenin genel yasama tedbirlerinin bağdaşırlığını huzuruna taşınmış olan dava bağlamında değerlendirmek durumunda olması sorununa varıyorum. 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası, bir kamu makamının işlemlerinin mahkeme huzurundaki kişinin Sözleşme haklarıyla bağdaşır olup olmadığı konusunda evet ya da hayır dememizi şart koşuyor. Somut davada işlemler haklı görülebiliyorsa, aynı kuralın başka bir olayda uygulanması bir ihlale yol açabilecek olsa dahi, ihlal bulunmadığı sonucuna varabiliyoruz. Mağazadan bir eşya aşıran bir kişiye verilen altı haftalık cezanın, seçim günü cezaevinde olması nedeniyle oy kullanamaması anlamına gelivereceğini söylemek bir şey; başka bir kişinin ölümüne neden olduğu için uzun yıllar hapis cezasına çarptırılmış bir kişinin, mevcut şartlar uyarınca, demokratik süreçlere katılma hakkından da yoksun kalacağını söylemek başka bir şeydir. Bu ülkede Parlamento'nun *Hirst* davasında benimsediği anlayışın nedenlerinden biri budur.

Diyelim "genel kapsamlı bir yasak" meşru kılınamadı, peki bu sorun nasıl çözülecek? Mahkemeler sadece davalar hakkında karar verebilir. Parlamentolar ise yasa çıkartabilir. Bütün bir yasama düzenini onlar belirleyebilir. Bu konuda bir miktar tecrübesi bulunan herkes bunun ne kadar güç bir iş olduğunu bilir.[38] Ulusal mahkemeler kendilerini, önlerindeki dava hakkında karar vermekle sınırlandırmak zorundadır. Söz konusu müdahale somut davadaki olaylara dayanılarak haklı kılınabiliyorsa, tahayyül edilebilecek her olayda haklı kılınamayacağı şeklinde bir gerekçeden hareketle kanunu kınayıp mahkum etmemeleri gerekir; zira ulusal Parlamentoyu, bağdaşır nitelikteki bir olaydan hareketle bağdaşır nitelikte bir kanun çıkartmaya çalışmak gibi olanaksız bir durumda bırakamayız. Aynı şeyin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından da geçerli olması gerekip gerekmediği sorgulanabilir.

ADI davasında bunun tam tersi söz konusudur: Bir reklam, olayın koşulları incelendiğinde, genel kapsamlı bir yasağın meşru amaçlarına ulaşılması bakımından gerekli olanın ötesine geçtiği düşünülebilecek bir şekilde yasak kapsamına girmiştir. Bu noktada durup düşünmemize yol açabilecek şey, mevcut seçim süreci mevzuatı üzerinde sahip olunan yegâne yetki değil, söz konusu edilen amaçlara ulaşmak için daha dar kapsamlı bir yasak çıkartılmasının mümkün olmadığına dair yasa koyucu tarafından varılan kanaattir.

38 Yasa Komisyonu üyesi olarak, genel anlamda Parlamento'ya mevzuat konusunda tavsiyelerde bulunarak hukuk alanında reformu teşvik etmek benim kanuni görevimdi.

Dini inanç reklamı: *Murphy* ile ilgili olarak ne düşünüyorsunuz?

Erik Fribergh ve John Darcy[1]

Bu makalenin yazarları, Sir Nicolas Bratza'yı tanıdıkları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ve daha öncesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu üyesi olarak görev yaptığı süre boyunca onunla birlikte çalıştıkları için büyük memnuniyet duymaktadır. Yirmi yıl boyunca Strazburg'da seçkin bir isim olarak öne çıkan Bratza'ya karşı duydukları yüksek takdir ve saygıyı dile getirmek için bu fırsatı kullanmaktadırlar. Sir Nicolas, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ve içtihatlarına, İngiliz hukukçu ve hakimlerin tüm dünyada nam saldığı özellikler olan entelektüel derinliği ve özeni getirmiştir. Mahkeme'deki tüm meslektaşlarına, yargıçlara ve Mahkeme'nin Yazı İşleri personeline karşı her daim nazik, düşünceli ve saygılı davranmıştır. Bizler, kendisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başkanlığı gibi son derece güç bir görevi nasıl da ustalıkla yerine getirdiğini, başta kendi ülkesi Britanya olmak üzere Avrupa'nın dört bir yanından yükselen sert eleştirilere nasıl bir ağırbaşlılıkla ve metanetle cevap verdiğini en isabetli şekilde dillendirebilecek bir konuma sahibiz. Başkan Bratza'nın görevde olduğu süre, her ne kadar kısa da olsa, unutulmaz olaylarla dolu ve her şeyden önemlisi nihayetinde başarılı geçmiştir; Mahkeme bugün itibariyle, son yıllarda öngörülebilecek ya da umulabilecek olandan çok daha güvenli bir noktada bulunmaktadır.

Bu kitapta klasik bir insan hakkı olarak ifade özgürlüğüne dair Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin içtihadın genişliği ve çeşitliliği de göz önüne alınarak yürütülen teatiler düşünüldüğünde, Mahkeme'nin dini reklamlara yönelik yaklaşımı başlı başına bir yazı konusu yapılmayı hak etmektedir. Ne var ki, bu konuda yalnızca, *Murphy/İrlanda*[2] davasında 2003 yılı ortalarında verilmiş bir Daire kararı bulunmaktadır. Fakat bu karar, ifade özgürlüğünün bu özel boyutuna dair söyledikleri kadar, Mahkeme'nin ulusal açıdan hassasiyet içeren meselelere dair ulusal tercihlere yönelik yaklaşımını ortaya koyduğu için de büyük önem arz etmektedir.

Murphy davasının esası, Dublin'de görev yapan Hıristiyan bir papazın, kilisenin yapacağı bir etkinlik hakkında yerel bir radyo istasyonuna reklam verme isteğiyle ilgiliydi. Papaz Murphy, Paskalya arifesinde, İsa'nın dirilişine dair kanıtlar sunan Amerikalı Protestan bir din adamı tarafından çekilmiş bir video kaydının gösterisini yapmayı planlamıştı. Reklam metni şu sözlerle başlıyordu: "*Mesih'le ilgili olarak ne düşünüyorsunuz? Siz de Petrus gibi cesur yü-*

1 Sırasıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü ve Mahkeme Başkan danışmanı.

2 Başvuru no. 44179/98, ECHR 2003-IX (alıntılar).

reklilikle, onun yaşayan Tanrı'nın oğlu olduğunu söyler misiniz? Mesih hakkındaki tarihsel gerçeklerle hiç yüzleştiniz mi?" Ardından gösterinin tarih ve saati belirtilmekteydi. Ancak radyo ve televizyonda dini reklamlar kanunen yasaklanmış olduğu için bu reklamın yayınlanması mümkün olmamıştı.

Papaz, açıkça dile getirilmeyen, ancak İrlanda mahkemelerinin Anayasanın 40.3. maddesinden çıkarım yoluyla vardığı haklardan biri olan anayasal iletişim hakkına dayanarak, bu yasağa karşı Yüksek Temyiz Mahkemesi huzurunda hukuki bir itirazda bulunmuştur. Ayrıca bu yasağı genel kapsamlı bir kısıtlama, dolayısıyla da kendi haklarına yönelik orantısız bir müdahale olarak eleştirmiştir. Yüksek Temyiz Mahkemesi, mevzuatın anayasaya uygun olduğuna karar vermiş ve kısıtlamanın sınırlı niteliğinden ötürü orantılılık prensibinin dikkate alınmış olduğunu tespit etmiştir. Dava temyiz için Yüksek Temyiz Mahkemesi huzuruna taşınmış, burada hem iletişim hakkı, hem de ifade özgürlüğü ışığında incelenen yasakla ilgili olarak benzer bir kanaate varılmıştır. Yasağın, tarihsel olarak bakıldığında ayırıcı nitelik taşıyan, küskünler arasındaki ihtilafı kızıştırabilecek ve insanların evlerinin içine kadar yayılan reklamlara konu edilmesi halinde huzursuzluğa yol açabilecek üç konuyu içerdiği (din, siyaset ve endüstriyel uyuşmazlıkların doğruları ve yanlışları) kaydedilmiştir. Aynı zamanda, hassas olduğu kabul edilen bu alanlarda radyo reklamları satın alarak avantaj elde etme konusunda daha çok olanağı bulunan kişilere engel getirilmesi de bu noktada önem taşıyan bir kaygı olarak dile getirilmiştir. Yüksek Temyiz Mahkemesi'nin kanaatine göre de bu yasak orantısız bir nitelik taşımayıp, sadece radyo ve televizyondaki ücretli reklamları etkilemekteydi. Yasa koyucu pekâlâ daha dar kısıtlamaları tercih edebilecek olmakla birlikte, söz konusu meselelerle ilgili reklamları değerlendirme işinin yetkililere bırakılmasının uygun olmayacağı görüşünü benimseme hakkına da sahipti. Farklı bir rejim benimsenmesi mümkün olsa da, bu durum mahkemelerin müdahalesi için yeterli bir neden teşkil etmiyordu. Yüksek Temyiz Mahkemesi'nin bu davada vardığı hüküm, İrlanda anayasa hukuku açısından önemli bir karardır. Yol gösterici bir anayasa hukuku tefsiri olarak, anayasal yargı alanında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ninkine benzer biçimde, açık bir orantılılık analizine dair ilk örneklerden birini oluşturmaktadır.[3]

Papaz bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak, 10. madde ve ayrıca 9. madde kapsamındaki haklarının ihlal edildiği iddiasıyla şikâyetçi olmuştur. Mahkeme açısından bu dava esasen bir 10. madde davası olduğu içindir ki, sadece bu temele dayalı bir inceleme yürütülmüş-

3 Whyte & Hogan, *JM Kelly: The Irish Constitution* [*JM Kelly: İrlanda Anayasası*], 4. baskı (Butterworths, 2003).

tür.[4] Öncelikle belirtmek gerekir ki, başvurucu sağlam bir içtihat esasına dayanıyor gibi görünmekteydi. Bilhassa, ifade özgürlüğünün genişliğine işaret eden –şoke edici, rahatsızlık uyandırıcı ya da incitici ifadeleri de kapsayan– ünlü *Handyside* görüşü başvurucunun iddiasını yürekten destekler görünmekteydi.[5] Söz konusu edilen reklam nötr ya da tarafsız ifadeler içermese, yoğun bir İncil diline dayansa ve dosdoğru bir sorgulama anlamına gelse dahi, başlı başına incelendiğinde açıkça kışkırtıcı bir unsur taşımamaktaydı. Özellikle de, İrlanda tarihindeki köklü mezhep kavgaları ve gerilimler göz önüne alındığında dahi, Paskalya zamanında dirilişe yapılan bir atıf, ilk bakışta dini uyuşmazlıkların ötesinde bir şey olarak algılanmalıdır. Bir ifade biçimi olarak reklamın, dini açıdan incitici ifadenin sınırlarına ilişkin olarak Mahkeme'nin emsal kararları arasında sayılan *Otto-Preminger Institut*[6] ve *Wingrove*[7] davalarında söz konusu edilen materyallere benzer bir konuma konması da pek mümkün değildi. Ayrıca, İsviçre'de televizyonlardaki siyasi reklam yasağının başvurucu STK'nın ifade özgürlüğünü ihlal ettiği yönünde hükme varan Mahkeme'nin *Verein gegen Tierfabrik* (*VgT*)[8] davasında sunduğu gerekçe de pâkalâ İrlanda'nın durumuna uyarlanabilir görünmekteydi.

Ne var ki, dava başvurucu lehine sonuçlanmamış olup, Mahkeme radyo ve televizyonlarda dini reklamlar konusundaki mutlak yasağa ilişkin olarak Hükümet tarafından öne sürülen gerekçeleri kabul etmiştir. Mahkeme, 10. madde içtihadı açısından geçerli olan prensipleri ele alırken, asılsız saldırıları ve kutsal sayılan şeylere yönelik saygısızlıkları engelleme ödeviyle birlikte, inananların 9. madde haklarından barışçıl biçimde yararlanmalarını sağlama gerekliliğinin ifade özgürlüğünün kullanımı açısından getirdiği sınırları da hatırlatmıştır. Bu olayda söz konusu edilen dini ifadenin siyasi ifadeden ayrı bir yere konularak, her bir ifade biçimi açısından geçerli olan takdir yetkisi kapsamının farklılığına işaret edilmiş olması da son derece önemli bir noktadır. Bu demektir ki, İrlanda dini reklamlara uygulanan kısıtlamaların amacı, biçimi ve ölçüsü açısından daha genişçe bir takdir yetkisinden yararlanmaktaydı. Tıpkı *Wingrove* kararında olduğu gibi, Mahkeme burada da, Devletin dini inanç sahiplerini ağır saldırılardan korumak amacıyla ifade özgürlüğünü sınırlandırma konusunda çok daha avantajlı bir konumda bulunduğunu teslim etmiştir. Aynı zamanda, başka insanların dini inançlarına saygı gösterilmesi gibi açık uçlu bir kavram ışığında ve özgür ifade hakkına yönelik aşırı

4 Bu nedenledir ki, karar açısından etkili olan tek Sözleşme maddesini hayli olağandışı bir ifadeyle dile getirmiştir: "(...) Mahkeme'nin bu şikâyetin değerlendirilmesi açısından en uygun bulduğu madde olan Sözleşme'nin 10. maddesine yönelik hiçbir ihlal bulunmamaktadır."

5 *Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, paragraf 49, Seri A no. 24.

6 *Otto-Preminger-Institut/Avusturya*, 20 Eylül 1994, Seri A no. 295-A.

7 *Wingrove/Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996, *Reports of Judgments and Decisions* [*Hüküm ve Kararlara İlişkin Raporlar*] 1996-V.

8 *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)/İsviçre*, başvuru no. 32772/02, 4 Ekim 2007.

müdahale riski karşısında daha da fazla önem taşıyan kendi denetçilik rolünü de vurgulamıştır. 10. madde kapsamındaki başkaca davalarda halihazırda dile getirilmiş olduğu üzere, radyo reklamlarının etkisinin yüksek oluşu da bu değerlendirmede ilgi arz eden bir başka husus olmuştur.

Hükümet'in öne sürdüğü savın odak noktası –ne şekilde ifade edilirse edilsin, bir dini reklamın temelinde yatan düşüncenin dinleyiciler açısından ister istemez birtakım hassasiyetleri harekete geçirecek olması– Mahkeme tarafından ağırlıkla dayanılan bir tez olmuştur. Başvurucunun hazırladığı metnin ilk bakışta incitici bir nitelik taşımadığı zımnen kabul edilmekle birlikte, birtakım koşullar altında incitici bir etki yaratma ihtimali de göz ardı edilememiştir. Dışarıdan ulusal hassasiyetler meselesi incelendiğinde, bu konuda Parlamento[9] ve ulusal mahkemeler tarafından dile getirilen görüşler ele alınmıştır. Hükümet'in, bu yasağın getirilmesinin üzerinden neredeyse 40 yıl geçmiş olmasına karşın, halen bunun ardında yatan politikaya bağlılık beslediği açıkça görülmekteydi. 1999 yılında söz konusu kanunun değiştirilmesine yönelik bir teklif Parlamento'da görüşülmüş ve reddedilmiştir.[10] İki gün süren görüşmeler sırasında sorumlu Bakan, Hükümet'in bu teklif hakkındaki çekincelerini, konunun halen hassasiyetini koruduğunu ve böylesi bir değişikliğin yaratacağı potansiyel güçlükleri etraflıca dile getirmiştir.[11] Bakanın sözleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararında hayli ayrıntılı bir şekilde (Hükümet'in dava hakkındaki görüşlerinin özetine ayrılan yere neredeyse eşit biçimde, üç sayfa uzunluğunda) yeniden dillendirilmiştir. Ulusal mahkemelerin kararlarına temelde gösterilen saygı bir yana, İrlanda'daki resmi görüş son derece ihtiyatlı bir nitelik de taşımaktaydı. Mahkeme, mevzuat şartlarının bu kaygıları bire bir yansıttığına ve sadece görsel-işitsel yayında reklamları yasaklayarak, söz konusu kaygıların ötesine geçmemiş olduğuna kanaat getirmiştir. Başvurucu açısından diğer her türlü tanıtım ve iletişim yolları açık bulunmaktaydı. Başvurucu ayrıca, radyo ve televizyon yayınlarına, dini ayinlerin yayını da dahil olmak üzere konuyla ilgili programlar bağlamında, tıpkı diğer herhangi bir din adamı gibi erişim sağlamaya

9 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili parlamento materyallerini değerlendirirken, İrlanda mahkemelerine sunulmuş olmayan bir kaynağa dikkat çekmiş olduğunu belirtmek gerekir. Yüksek Mahkeme ve Yüksek Temyiz Mahkemesi verdikleri kararlarda, Parlamento'nun söz konusu yasağın ardında yatan niyeti hakkında çıkarımlarda bulunmuşlardır; oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi doğrudan Bakanın bu konudaki konuşmasını dikkate almıştır.

10 Kararda işaret edildiği üzere söz konusu teklif, açıkça Katolik inancına mensup bir gazetenin ülke çapında çeşitli yerel radyo istasyonlarına reklam verme yönünde başarısız bir girişiminin ardından gündeme getirilmiştir.

11 Teklif metni ve açıklayıcı bilgi notuyla birlikte tüm görüşmelerin tutanağına *Dáil Éireann* (İrlanda yasama meclisi) internet sitesinden ulaşılabilir: http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?fn=/documents/bills28/bills/ 1999/0899/default.htm (son erişim tarihi 13 Haziran 2012).

çalışabilirdi. Kararda, tarafsızlık ve denge ilkeleriyle yönetilen programlar ile niteliği gereği tek taraflı olan reklamlar arasındaki temel fark vurgulanmıştır. Ücretli bir hizmet olarak dini radyo reklamlarına izin verilmesi, varlıklı gruplar açısından avantajlı bir durum yaratacaktı. Söz konusu edilen ifade biçiminin sınırlandırılması açısından ilgi arz eden nedenler bunlardı.

Peki bunlar yeterli miydi? Başvurucu mutlak bir yasağın haksız nitelik taşıdığını savunmaktaydı – söz konusu politikanın amaçları pekâlâ daha az müdahale içeren araçlarla da yerine getirilebilirdi. Mevzuat 2001 yılında değiştirilerek, dini yayınların satışına ya da dini tören ya da etkinlik organizasyonlarına ilişkin yayın ve bildirimlere müsaade eder hale getirilmişti.[12] Başvurucuya göre, bu değişiklik mutlak yasağın orantısız olduğuna delalet etmekteydi. Mahkeme bu noktada aksi yönde görüş benimsemiş ve söz konusu kanun değişikliğinin, bu meseleye dair İrlanda'da var olan hassasiyete ve yasağa yönelik başkaca esaslı bir esnetme yapılmadan önce konunun her yönüyle değerlendirilmesinin ve ihtiyatlı davranılmasının önemine ilişkin Hükümet'in dile getirdiği görüşlerle tutarlılık arz ettiğine kanaat getirmiştir.

Mahkeme, kamusal bir organın dini reklamları süzgeçten geçirmek zorunda kalıp ister içeriklerine, isterse de herhangi bir grup tarafından talep edilen reklam miktarına bağlı olarak bazılarına izin verip, bazılarına müsaade etmemesi halinde ortaya çıkacak "rahatsızlık"tan başlayarak bir dizi mülahazaya değinmiştir – tüm bunlardan ötürüdür ki, tercihin mutlak bir yasaktan yana kullanılması için haklı nedenler bulunmaktaydı. Yayın programlarına ve reklamlara dair mevcut prensip ve standartlar bu anlamda bir işe yaramayacaktı. Burada Hükümet'in dinler arasında "fırsat eşitliği" yaratma kaygısı ve daha geniş grupların hakimiyet kazanmasını engelleme isteği kabul görmüştür. Mahkeme son bir husus olarak, birtakım başka Avrupa devletlerinde gözlenen farklı uygulamalara değinerek (İsviçre, Portekiz ve Yunanistan'daki kesin yasaklardan, Hollanda'daki müsamahakâr rejime kadar uzanan) dini reklam konusunda açık bir görüş birliği bulunmadığına işaret etmiştir. Bir arada ele alındığında, Hükümet tarafından öne sürülen gerekçeler başvurucunun haklarına yönelik müdahaleyi haklı kılmak açısından yeterli bulunmuştur.[13]

12 2001 tarihli Yayıncılık Yasasının 65. maddesi. Bu maddenin tamamen tarafsız bir niyet taşıdığı ortadadır – "reklam" sözcüğünü kullanmaktan kaçınmakta ve yayındaki bildirimlerin, herhangi bir dini gruba aidiyet ya da katılım "esaslarına ya da başkaca hususlara" hiçbir atıf içermeksizin, olgusal olmasını şart koşmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki duruşmada, başvurucunun reklamının bu durumda dahi yayın açısından kabul edilmeyeceği başvurucu açısından kabul edilmiştir.

13 Bu davaya ilişkin son olarak kısaca belirtmek gerekirse, başvurucunun şikâyetinin Büyük Daire'ye taşınması yönündeki talebi 3 Aralık 2003 tarihinde reddedilmiştir.

Yazının başlığında "*Murphy* ile ilgili olarak ne düşünüyorsunuz?" diye sormuştuk. Bu konuda yazılan hukuki makalelerde büyük oranda eleştirel yorumlarda bulunulmuştur. Başlıca eleştirilerden biri karardan bir yıl sonra kaleme alınmıştır.[14] Geddis'e göre bu karar, dini ifadeyi siyasi ifade karşısında daha düşük bir konuma yerleştirmekte olup, buna dair haklı bir gerekçe de sunmamaktaydı. Geddis her iki ifade biçiminin özerklik –konuşmacının samimi inanç ve düşüncelerini başkalarına aktarma isteği– açısından benzer olduğu kanaatindeydi. Mahkeme'nin daha geniş bir takdir yetkisine dayandırarak yaptığı ayrım da ikna edicilikten uzaktı. Siyasi ifadeler de aynı türden ve dereceden bir toplumsal zarara yol açabilecek olmasına karşın, Mahkeme, Devletlere bunları kısıtlama konusunda son derece dar bir takdir yetkisi tanımaktaydı. Geddis, Mahkeme'nin vardığı hükmün temelinde yatan, ancak açıkça dillendirilmeyen iki varsayım bulunduğunu öne sürmektedir. Birincisi, Mahkeme dini ifadenin siyasi ifade karşısında daha indirgenmiş bir değere sahip olduğu, zira esasen bir bütün olarak toplumun menfaatlerinden ziyade konuşmacının şahsi menfaatlerine hizmet ettiği kanaatindedir. Siyasi ifadeden daha düşük bir değere sahip olduğu içindir ki, Devletler mukabil toplumsal menfaatlere daha büyük bir ağırlık atfedebilmektedir. Bu yaklaşım Mahkeme açısından, dini ifadenin herhangi bir şekilde siyasi meselelerle bağlantısı olabileceğini inkâr eder görünen ve dini düşüncelerin ana kamusal alan dışında tutulmasını destekleyen seküler bir taraflılığı ima etmekteydi. Dahası, İrlanda'nın aşırı ihtiyatlı yaklaşımına göz yummak, Habermas'ın sözleriyle, dindarların "beraberinde getirdiği tüm sonuçlarla birlikte genelleştirilmiş hoşgörü beklentisini kabullenmesini"[15] gerektiren demokratik bir toplumdaki menfaatlerle de çatışmaktaydı. Geddis'in dile getirdiği ikinci varsayım, dini ifade önüne çekilen engellere şüpheyle yaklaşmak için, siyasi ifadelere nazaran daha az neden bulunabileceği şeklindedir. Siyasi ifade söz konusu olduğunda, yetkililer kendi iktidarlarını koruyabilmek amacıyla eleştirilerin ve rakiplerin etkisini kısıtlamak arzusuyla hareket edebilmektedir. Dini ifade açısındansa, söz konusu edilen kaygılar daha samimi ve kişisel çıkarlardan daha uzak görülebilmektedir. Geddis'in son derece çarpıcı sözleriyle, "Sözleşme kapsamında, domuzlara yapılan zulme karşı çıkanların hakları, insan-

14 *You can't say "God" on the radio: freedom of expression, religious advertising and the broadcast media after Murphy v. Ireland* [*Radyo'da "Tanrı"dan bahsedemezsiniz: Murphy/İrlanda davasından sonra ifade özgürlüğü, dini reklam ve radyo-televizyon yayıncılığı*], A. Geddis, E.H.R.L.R. 2004, 2, s. 181-192. *Murphy* davası hakkında başkaca yorumlar için bkz. *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice* [*Din Özgürlüğü: BM ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Uygulaması*], Paul M. Taylor, s. 89 ve devamı.; *Religious Freedom in the Liberal State* [*Liberal Devlette Din Özgürlüğü*], Rex Ahdar ve Ian Leigh, 12. Bölüm; *Damned if they do, damned if they don't: the European Court of Human Rights and the protection of religion from attack* [*Aşağı tükürsen sakal, yukarı tükürsen bıyık: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve dinin saldırılardan korunması*], Ian Leigh, Res Publica 2011, 17(1), s. 55-73.

15 Geddis bu alıntıyı şu kaynaktan yapmaktadır: *Intolerance and Discrimination* [*Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılık*], Jürgen Habermas, (2003) 1 I.J.C.L. 2, s. 6.

ların ruhunu kurtarmaya çalışanların haklarından daha üstün tutulacaktır."

Geddis'in bu sağlam eleştirisi ve dini konularda provokatif ya da incitici ifade özgürlüğünün daha güçlü bir şekilde savunulmasına yönelik çağrısı Mahkeme içerisinde de yankı bulmuştur.[16] Bu yazının amacı *Murphy* kararına ilişkin akademik tartışmalara katkı sunmak ya da bu kitap içerisindeki başka yazılarda ele alınmış olan, Mahkeme'nin dine sövme ya da saygısızlık içeren ifadelere ilişkin içtihadında çizdiği sınırları daha genel anlamda değerlendirmek değildir. Bu konularla ilgilenenler, sözü geçen dava hakkında bir Daire yargıcı tarafından kaleme alınmış olan sunum metnini inceleyebilir.[17] Geddis dini duyguların aşırı hassasiyetine vurgu yaparken, "bu denli çetrefilli durumlar ya da bu kadar ağır çatışmalar yaratmaya muktedir pek az mesele olduğu"ndan dem vurmaktaydı. "Bir kişinin inancı, başka bir kişinin yanılgısı olabileceği" içindir ki, dini ifadelerin incitici olma ihtimali hayli fazladır. Bu açıdan bakıldığında, ulusal makamlar "çok ince bir çizgi üzerinde yürümek durumundadır." *Murphy* davası, Mahkeme'nin böylesi hassas bir alanda birbiriyle çatışan hak ve sorumluluklar arasında nasıl bir denge gözettiğini ortaya sermiştir.

Başkan Bratza söz konusu davanın incelenmesine hiçbir şekilde iştirak etmemiştir. Ancak görev süresinin bitimine az bir süre kala, Büyük Daire'deki diğer yargıçlarla birlikte *Murphy* kararının gerekçesini yeniden değerlendirmesi söz konusu olacaktır. Bu durum, somut yazı kaleme alınırken Büyük Daire huzurunda görüşülmeyi bekleyen *Animal Defenders/Birleşik Krallık*[18] davasında ortaya çıkmıştır. Lordlar Kamarası, adı geçen davanın *VgT* davasına çok daha benzer olmasına aldırış etmeksizin *Murphy* yaklaşımını tercih ederek, başvurucunun televizyonda siyasi reklam konusundaki mutlak yasağa yönelik itirazını reddetmiş bulunmaktadır. Bu konuda tavsiyede bulunmak bizlere düşmediği gibi, Büyük Daire'nin bu noktada nasıl bir karar vereceğini tahmin edebilmek de haddimize değildir!

Yukarıda belirtildiği üzere, *Murphy*, içerdiği olaylar açısından eşi benzeri pek görülmemiş bir davadır – o tarihten bu yana bilinen böylesi başka bir

16 Bkz. örneğin *I.A./Türkiye*, başvuru no 42571/98, 13 Eylül 2005 tarihli davada sunulan karşıt görüş. Bu görüşte, dini açıdan incitici ifadelere yaptırım uygulamak konusunda ulusal makamlara çok geniş bir takdir yetkisi tanınarak *Handyside* görüşünün yaratacağı her türlü etkiden yoksun bırakılmasına karşı uyarıda bulunulmuş ve "düşüncenin geleneklere uymasına ya da homojenliğine çok fazla vurgu yapan ve aşırı müdebbir ve ürkek bir basın özgürlüğü kavramı yansıtan" *Otto-Preminger-Institut* ve *Wingrove* davalarının yeniden değerlendirilmesi önerilmiştir.

17 *Religious Advertising and the European Convention on Human Rights* [*Dini Reklam ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*], John Hedigan, Bulletin des droits de l'homme, No. 11/12 (2005), s. 89-93.

18 Başvuru no. 48876/08.

şikâyet bulunmamaktadır. Ancak davaya ilişkin özgün olayların ötesinde, *Murphy*'yi güncel anlayışları yansıtan bir emsal karar olarak değerlendirmek de mümkündür. Bu noktada, Başkan Bratza'nın görevdeki ilk aylarına damga vuran ve Mahkeme'yi –ve hatta devletlerin temel insan haklarına riayet etmesiyle ilgili olarak dışarıdan, Avrupa genelinde yürütülen bir incelemenin varlığını– hasmane yorumlar tufanına maruz bırakan siyasi-diplomatik bir sürecin sonucu olarak Brighton Deklarasyonu'na değinmek istiyoruz. Kanaatimizce, Deklarasyonun genel anlamda taşıdığı dengenin olumlu olduğunu, Sözleşme mekanizmasının iki temel yapısını oluşturan Mahkeme ve Bakanlar Komitesi'nden de bu yönde destekleyici –ve hatta istekli– beyanlar geldiğini belirtmeden geçmeyelim. Bundan dolayıdır ki, Brighton Deklarasyonu'nu, Interlaken'de başlayan reform sürecinin ilk aşamasını başarılı bir şekilde sonuçlandıran bir belge olarak değerlendirmek mümkündür.

Ne var ki, Deklarasyon'un tam anlamıyla ahenkli bir metin olduğu söylenemez – bildiri içerisinde uyumsuz ifadeler de mevcuttur. Bunlardan biri de, paragraf 15(d) içerisinde Mahkeme'ye yönelik olarak dile getirilen şu beyandır:

> "*Bir başvuru, başka şeylerin yanı sıra, Mahkeme'nin başvuruyu Sözleşme tarafından güvence altına alınmış olan hakları uygulayan ulusal bir mahkeme tarafından, uygun hallerde takdir yetkisine ilişkin kararlar da dahil olmak üzere, Mahkeme'nin yerleşik içtihadı ışığında usulünce değerlendirilmiş bulunan bir şikâyeti konu alır addetmesi halinde 35(3)(a) maddesi anlamı dahilinde açıkça dayanaktan yoksun sayılması gerektiği teyit edilmektedir; meğer ki, Mahkeme başvurunun Sözleşme'nin yorumunu ya da uygulanmasını etkileyen ciddi bir mesele uyandırdığına kanaat getirsin; ve Mahkeme, böylesi başvuruları kabul edilemez ilan etme konusunda katı ve tutarlı bir yaklaşım benimsenmesi gereğine itibar ederek, içtihadını bu yönde gerektiği şekilde netleştirmeye teşvik edilmektedir;*"

Deklarasyon'un daha önceki versiyonlarında bu hususta çok daha radikal bir ifade yer almaktaydı; öyle ki, yukarıda dile getirilen düşünce bir kabul edilebilirlik koşulu haline getirilmek suretiyle Sözleşme'de değişiklik yapılması teklif edilmekteydi. Böylece ulusal makamların halihazırda ilgili Sözleşme haklarını uygulayarak incelemiş olduğu her türlü davanın Mahkeme'nin incelemesi dışında bırakılması söz konusu olacaktı. Ancak buna dair de iki istisna öngörülmekteydi: birincisi, ulusal mahkeme tarafından açık bir hata yapılmış olması ve ikincisi, Sözleşme'nin yorumuna ya da uygulanmasına dair ciddi bir mesele uyandıran herhangi bir durumun varlığı. Mahkeme bu tekli-

fe ilişkin değerlendirmesini hazırladığı Ön Görüşte[19] sunarak, teklifin öngördüğü şeyin zaten Mahkeme'nin halihazırda pratikteki uygulamasını yansıttığına işaret etmiştir.[20] Ayrıca, teklifte bu tür davalar açısından Mahkeme'ye daha az bir külfet yüklenmesi ihtimali var gibi de görünmemekteydi – açık hata ve Sözleşme hukukuna ilişkin ciddi meseleler bulunup bulunmadığına yönelik kontrol de titiz bir inceleme ve değerlendirme gerektirecekti. Bu sadece bir filtreleme işleminden ibaret olmayacaktı. İlk baştaki düşüncenin yumuşatılmasından, yani Sözleşme değişikliği teklifinden konferans beyanına dönülmesinden hareketle, Mahkeme'nin çekincelerinde yalnız olmadığı çıkarımına varılabilir. Brighton Deklarasyonu'nda yer alan bu öğenin, Mahkeme açısından, olursa, nasıl bir öneme sahip olacağını söylemek için henüz çok erkendir.[21] Mahkeme esasen, Interlaken ve İzmir Deklarasyonlarına atıfta bulunmak konusunda istekli davranmaktadır.[22] Ancak yukarıda alıntılanan ifadenin tonu Mahkeme'yi memnun etmemiştir – "katı ve tutarlı" davranmaya teşvik edilmek, bu açılardan eksik kalındığı gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Brighton Konferansı'nda delegelere konuşma yapan Başkan Bratza, Mahkeme'nin içtihadının ne yöne evrilmesi gerektiği konusunda hükümetlerin söz söylüyor olmasından duyduğu rahatsızlığı aktarmıştır. Ancak aynı zamanda, devletlerin sonuçta Sözleşme'ye bir başka kabul edilebilirlik kriteri eklenmesi teklifinden geri adım atmış olmasını da memnuniyetle karşılamış ve Mahkeme'nin, ulusal mahkemelerin ayrıntılı ve gerekçeli tespitlerine karışmama yönünde hareket edeceği konusunda orada bulunanlara teminat vermiştir.

---

19 Preliminary Opinion in preparation for the Brighton Conference [Brighton Konferansı'na hazırlık niteliğindeki Ön Görüş] (20 Şubat 2012 tarihli Genel Heyet Toplantısında kabul edilmiştir).

20 Çok çeşitli örnekler arasından tek bir dava seçmek gerekirse, bkz. *Friend and Countryside Alliance/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 16072/06 ve 27809/08, 24 Kasım 2009. Bu konu, "*The UK and the European Court of Human Rights*" [*Birleşik Krallık ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*], A. Donald, J. Gordon ve P. Leach, Human Rights and Social Justice Research Institute [İnsan Hakları ve Toplumsal Adalet Araştırmaları Enstitüsü], Londra Metropolitan Üniversitesi, 7. Bölüm içerisinde ilgili içtihat atıflarıyla birlikte ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır. Bu çalışma Equality and Human Rights Commission [Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu] tarafından yürütülmüş (Araştırma raporu 83) ve Brighton Konferansı'nda açıklanmıştır.

21 Mahkeme'nin 2012 yılındaki yargı politikasına ilişkin eleştirel bir değerlendirme için bkz. "*An appeasement approach in the European Court of Human Rights?*" [*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi taviz mi veriyor?*], H. Fenwick, Brighton Konferansı arifesinde 17 Nisan 2012 tarihinde Birleşik Krallık İnsan Hakları bloğunda yayımlanmıştır: http://ukhumanrightsblog.com/2012/04/17/an-appeasement-approach-in-the-european-court-of-human-rights-professor-helen-fenwick/ (son erişim tarihi 3 Temmuz 2012).

22 Her zaman beklenen anlamda olmamakla birlikte, örn. *Ananyev ve diğerleri/Rusya*, başvuru no. 42525/07 ve 60800/08, 10 Ocak 2012. Ayrıca bkz. *Korolev/Rusya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 25551/05, ECHR 2010, Sözleşme'nin 35 paragraf 3(b) maddesinin yorumlanması ve uygulanması hakkında.

Başkan bunları söylerken sadece Mahkeme adına konuşmakla kalmıyor, aynı zamanda ulusal mahkemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki ilişkiye dair kendisinin sergilediği sağlam duruşu da ifade ediyordu. 2011 tarihli bir makalede Başkan Bratza, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "yetkisini ulusal mahkemelerin tespit etmediği Sözleşme ihlalleri bulmak için kullanarak iç hukuktaki karar mercilerine müdahale etmek hevesi" taşıdığı yönündeki düşünceyi temelinden çürütmekteydi.[23] Bu tarz davaların birçoğu gerçekten de kabul edilemez ilan edilmekle birlikte, *Murphy* davasında olduğu gibi, Mahkeme'nin ihlal tespitinde bulunmayan bir hükme vardığı durumlar da olabilmektedir. Peki öyleyse, Mahkeme'nin kabul edilebilirlik ya da esas hakkında bir karar vererek ulusal mahkemelerle mutabık kalma yolunu tercih etmesindeki artı değer nedir? Yine Başkan Bratza'dan alıntı yapmak gerekirse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği mutlak bir karar, beraberinde nihailik ve kesinlik getirecek olup, söz konusu mesele hakkında ulusal yargı içerisinde farklı kanaatler dillendirilmiş olması halinde bu husus çok daha büyük önem taşıyacaktır. Dahası, bir dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne, ilgili Sözleşmeci Devletin ötesine taşan hukuki etkiler taşıyarak getirilebilir ve bu durum Avrupa düzeyinde bir (varılan sonuca farklı nedenlerle katılan) kararı haklı kılabilir. *Murphy*'nin böyle bir dava olarak görülmesi mümkündür.

Söz konusu karar ayrıca, Mahkeme'nin ulusal demokratik süreçleri tüm açılardan dikkate aldığı durumlara dair de iyi bir örnek oluşturmaktadır. Bakanın parlamentodaki tartışmaya yaptığı katkı konuşmasından kapsamlı alıntılarda bulunan Mahkeme, ulusal yasa koyucuların demokratik bir toplumda neyin gerekli olduğuna dair yürütülen değerlendirmeyle ve dolayısıyla ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin gerekçesiyle ilgili rolünü açık ve net bir şekilde teslim etmiştir. Brighton Konferansı'nın ardında Mahkeme'nin ulusal parlamentoların iradesine yeterince aldırış etmediği algısından hareketle "demokratik üstünlük" gibi fikirlerin desteklenmesi olgusu yattığı içindir ki,[24] Mahkeme tarafından da sürekli olarak vurgulandığı üzere, Sözleşme mekanizması içerisinde demokrasinin temel yerini bir kez daha hatırlatmakta fayda bulunmaktadır. *Murphy* kararı bu mesajı sağlam bir şekilde aktarmaktadır. Sir Nicolas Bratza, Yargıç ve Başkan olarak görev yaptığı süre boyunca, demokrasinin rolünü vurgulamak konusunda muazzam çabalar sarf ederken, bir yandan da demokrasinin ancak hukukun üstünlüğü çerçevesi dahilinde

23 "*The relationship between the UK Courts and Strasbourg*" [*Birleşik Krallık Mahkemeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki ilişki*], [2011] E.H.R.L.R., Sayı 5, s. 505-512.

24 Birleşik Krallık Haklar Bildirgesi Komisyonu Başkanlığı'ndan Mahkeme reformu hakkında bakanlara gönderilen 28 Temmuz 2011 tarihli yazı, şu adresten erişilebilir: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ 20130128112038/http://www.justice.gov.uk/downloads/about/cbr/cbr-court-reform-chairs-letter.pdf (son erişim tarihi 9 Temmuz 2012).

işletildiğinde etkili olabileceğini net bir şekilde ortaya koymuş bulunmaktadır. Sözleşme'de ifadesini bulan şey de işte bu ilişkidir.

Kısacası, *Murphy/İrlanda* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yürüttüğü titiz ve dikkatli incelemenin, bir ülkede yaşamın hassas konularına dair itinayla düzenlenmiş ulusal tercihleri tersine çevirmek üzere hazırlanmış ağır bir yargı müdahalesi ile aynı anlama gelmediğini mükemmel bir şekilde ortaya koymaktadır. Sir Nicolas Bratza bu görüşe katılır mıydı? Bu konuda tahmin yürütmek yerine, yazımızı, başlıkta yöneltilen soruyu doğrudan kendisine sorarak bitirmek istiyoruz:

Murphy ile ilgili olarak ne düşünüyorsunuz Sayın Başkan?

HAKİMLERİN, AVUKATLARIN, TANIKLARIN VE KAMU GÖREVLİLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Meleklerin ayak basmaya korktuğu yer

Abbotsbury Lordu Neuberger, **Master of The Rolls**[1]

1. Giriş[2]

Bu yıl Holdsworth Club'a başkanlık yapmamın ve yıllık konferansı vermemin istenmiş olması benim için çok büyük bir onur. Pırıltılı yıldızlardan oluşan bir kadronun arasına girdiğimi hissediyorum, ancak bunun nedeni konuşmamın Oscar törenleri haftasına tesadüf etmesi değil. İşin gerçeği şu ki, William Searle Holdsworth İngiliz Hukuku'nda dev bir isimdir, *History of English Law*[3] başlıklı 17 ciltlik eserinde, Anglosakson çağlardan 1870'lerde İngiltere ve Galler hukukunun birleştirilmesini sağlayan Parlamento Kanunlarına kadar Hukukta gerçekleşen ilerlemeleri kataloglayarak muazzam bir başarı elde etmiştir.

Ancak, Hukuk elbette durduğu yerde durmaz. İngiliz hukuk sistemi son elli yılda pek çok açıdan Holdsworth'u da şaşırtacak nitelikte değişiklikler yaşamıştır. İdare hukukunda ülkenin kendi bünyesinde gerçekleşen gelişmeler, 1960'lardan bu yana tanınmayacak dek farklılaşmış filizler vermiş, ayrıca borçlar, itimat ve toprak hukukunda da gelişmeler olmuştur. Ancak o zamanki adıyla Ortak Pazar'a 1972 yılında üye olduğumuzdan beri Avrupa Birliği hukukunun eşit oranda ve hatta daha da ön plana çıkan ve geniş bir yelpazeye yayılan etkileri, tam anlamıyla değerlendirilmemiştir. Bir de tabii İnsan Hakları hukuku vardır ki, Sözleşme'nin İngiliz hukukuna geçirilmesi ile muazzam bir etki yaratmıştır. Elbette, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları hukukunun bizim düşüncelerimiz üzerinde dolaylı bir etkisi olmuştur, örneğin hakimlerin davalara ilişkin kararlarını verirken emsalden ziyade daha ilkelere dayalı bir yaklaşım benimsemelerine yol açmıştır.

Bu gelişmeler, şüphesiz gelecekte Holdsworth'u uzun süre meşgul edecek. Gelecekte yazılacak olan bu tarihin en kalın ciltlerinden birinin anayasa hukuku olacağını düşünüyorum. İskoçya ve Galler'e yetki devri, 1999'da

1 Lord Neuberger 12 Temmuz 2012'de Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi Başkanlığına atanmıştır (Master of the Rolls İngiltere ve Galler'in üçüncü en kıdemli hakimine verilen ünvandır). Bu yazı, 2 Mart 2012'de Birmingham Üniversitesi'nde Lord Neuberger tarafından Holdsworth Club Başkanı (2011-2012) sıfatıyla yapılan Holdswoth Başkanlık Konuşmasının metnidir. Editörler, bu konuşmanın Sir Nicholas Braza onuruna yayımlanan bu makale seçkisinde yer almasına izin verdikleri için hem Lord Neuberger, hem de Holdswoth Club'a teşekkürlerini sunarlar.

2 Bu konuşmanın hazırlanmasındaki yardımları için John Sorabji'ye teşekkürlerimi iletmek isterim.

3 W. S. Holdsworth, *A History of English Law- İngiliz Hukukunun Tarihi* (1. – 17. Cilt) (Methuen) (1932).

Lordlar Kamarası'nda gerçekleşen reformlar ve 2005 tarihli Anayasa Reformu Yasası ile Lord Chancellor makamında gerçekleşen reform, bir Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin kurulması bile başlı başına gayet kapsamlı bir cildi doldurur. Bu reformlar, kanaatimce, Avrupa bağlantılarımızın etkisi ile gerçekleşmiştir. 2005 Yasası, İnsan Hakları etkisinde gerçekleştirilmiştir; çünkü Hükümet'te yer alan bir bakanın hakim olamayacağı ve bir hakimin yasama organında yer alamayacağı görüşü bunda etkili olmuştur.

Bu akşam neden söz etsem diye düşünürken, bu anayasal gelişmelerin bazı boyutlarının sizi ilgilendirebileceği aklıma geldi. Özellikle, Yeni Güney Galler İstinaf Mahkemesi eski Başkanı Keith Mason tarafından '*her hakimin kamuoyundaki tartışmalara katılma hakkı*[4], olarak tanımlanan konuya odaklanabileceğimi düşündüm. Bunu yaparken de bir uyarı niteliğinde olması açısından E M Forster'ın bir romanı için başlık olarak seçtiği, Alexander Pope tarafından Eleştiri Üzerine Bir Deneme yapıtında kaleme alınan bir sözü kullanmak istedim; '*meleklerin ayak basmaya korktuğu yere aptallar koşa koşa gider.*' Pope bu sözün hemen ardından şunları söyler:

> *"Basiretli akıl konuşurken tedbirlidir dili,*
> *Gözü evindedir hâlâ, atılmaz uzun keşiflere,*
> *Ama saçma sapan sözler salvo atılır,*
> *Hiç şaşırtmadan, hiç evirip çevirmeden*
> *Direnmeden çıkar ağızdan, gök gürültüsü kıvamında."*

Elimden geldiğince salvo atılan saçma sapan sözlerin gök gürültüsü kıvamından kaçınmaya çalışacağım, daha ziyade tedbirli bir dil ile konuşmayı umuyorum. Umut, tabii ki, Pope'un da bize hatırlatacağı gibi sonsuz bir pınardır[5]. Bu akşam, konferansın sonunda basiretli aklın mı, yoksa saçma sapan sözlerin salvosunun mu kazandığını göreceğiz.

Mason, Hakimin kamuoyundaki tartışmalara katılma hakkından söz ederken haklı mıydı? Eğer haklı ise, bir Hakim doğru olması açısından hangi ölçüde bir katkıda bulunabilir? Bu soruları incelerken, İngiliz hukuk tarihçilerinin de katılacağı gibi, adını 1954-1962 arasında Lord Chancellor olan, eski adı ile David Maxwell Fyfe, avukat, eski Başsavcı ve Nuremberg Savcısı Lord Kilmuir'dan alan Kilmuir kuralları bu konudaki başlangıç noktasını oluştur. En azından aşağıdaki ünlü çağdaş beyitten anlaşılacağı üzere, kendisi pek sevilen bir şahsiyet sayılmaz.

---

4 Mason, *Should Judges Speak Out- Hakimler Konuşmalı Mı?* (JCA Colloquium, Uluru, 9 Nisan 2001) (http:// www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/supreme_court/ll_sc.nsf/pages/SCO_speech_ mason_090401) (Orijinal metinde kalın puntolarla).

5 Pope, *İnsan Üzerine Deneme*

"Hayatta ölüme en yakın şey

David Patrick Maxwell Fyfe'dır[6]*"*

2. Kilmuir Kuralları – Sessiz kalma vakti

1995 Temmuz'unda o zamanlar BBC'nin Genel Müdürü olan Sir Ian Jacob K.B.E., BBC'nin yayınlamayı düşündüğü bir dizi konferansta yardımcı olması için Lord Kilmuir'e bir teklif götürür. Bu konferansların üçüncüsü tarihteki ünlü hakimlerle ilgili olacaktır. Genel Müdür, BBC'nin bu programda bazı yüksek yargı mensupları ile söyleşi yapıp yapamayacağını merak etmektedir.

Lord Chancellor sıfatıyla Lord Kilmuir yargının başındaki kişidir, bu durumu İngiltere ve Galler Mahkemelerinin Başkanı ve ikinci en kıdemli hakimi olan Lord Chief Justice, üçüncü en kıdemli hakim olan Master of the Rolls ve o zamanlar var olan Veraset, Boşanma ve Deniz Hukuku Dairesi Başkanı'na danışır. Konuyu uzun uzadıya düşünen Lord Kilmuir, üç Daire Başkanı'nın kendi tabiriyle 'birleşik onayı' ile aşağıdaki cevabı Sir Ian Jacob'a gönderir:

> *"Kanaatimce, ciddi ve önemli mevzuların en yüksek merciler tarafından yayın aracılığı ile ele alınmasının kamuoyu açısından olumlu avantajları olacağına hepimiz katılıyoruz. Örneğin, tarih önünde saygınlık kazanmış bir Hakim'in niteliklerini en iyi değerlendirebilecek kişiler mevcut Yargı mensuplarıdır.*
>
> *Ancak, gerek şahsım gerekse meslektaşlarımın daha da önemsediği konu, bu ülkedeki Yargı'yı gündelik tartışmaların dışında tutmanın önemidir. Bir Hakim, sessizliğini koruduğu sürece bilgeliği ve tarafsızlığına halel gelmez: Ancak kamuoyunda ağzından çıkan her söz, yargıdaki görevini icra ederken söylenenleri hariç tutmak şartıyla, mutlaka ki kendisini eleştiri oklarının hedefine yerleştirecektir. Ayrıca, Yargı'nın bir nebze de olsa eğlence olarak yorumlanabilecek bir konuşma dizisi ya da benzeri bir ortam ile bağdaştırılması uygun olmayacaktır(…)*[7]*"*

Lord Kilmuir'in Sir Ian'a verdiği cevaptan yaptığım bu alıntıya ara verme ihtiyacı içindeyim; zira geçen yıl televizyonda çok sayıda Yüksek Mahkeme üyesi tarafından kendi rollerinin, işe yaklaşımlarının, ev hayatlarının ve dinlence alışkanlıklarının tartışılmasını Lord Kilmuir, Lord Goddard CJ, Lord Evershed MR ve Lord Merriman P'nin nasıl bir dehşet içinde izlediklerini

6 Anonim

7 Lord Kilmuir'un Sir Ian Jacob K.B.E.'ye 12 Aralık 1955 tarihli mektubu *Judges and the media-the Kilmuir Rules [Hakimler ve Medya, Kilmuir Kuralları]* Barnett tekrar basım (1986) Public Law 383 s. 384 – 385.

hayal bile edemiyorum. Bir de tabii, meslektaşım Yüksek Mahkeme İstinaf Dairesi Hakimi Stanley Burnton'un *Masterchef*[8] programının geçen haftaki bölümünde amatör yemek eleştirmeni sıfatıyla yer almasına akıl sır erdirmek zor. Lord Mansfield, Mahkeme Başkanı Holt ve Mahkeme Başkanı Coke ile ilgili ciddi ve ağırlığı olan görüşleri beyan etmenin bile kırmızı çizgi olarak algılandığı düşünülürse, Lord Kilmuir'in en kıdemli Hakimlerin patatesleri kimin soyduğunu ya da kararlarını nasıl yazdıklarını tartışmasını nasıl değerlendirdiğini düşünemiyorum bile, kaldı ki Mango ve Çarkıfelekli crème brulee üzerine hukuki bir görüş bildirilmesi bile söz konusu olmuştur.

Lord Kilmuir'un yanıtına gelirsek, şu satırları görürüz:

> *"(...) Dolayısıyla, meslektaşlarım da ben de genel bir kural olarak Yargı mensuplarının radyo ya da televizyon yayınlarında yer almasının arzulanan bir durum olmadığı kanaatine varmış bulunuyoruz. Ancak bazı vesileler söz konusu olduğunda, örneğin hayır amaçlı teklifler; o zaman bir Hakim bile yayına çıkmayı istisnai olarak kabul etmek durumunda kalacaktır. Kanaatimiz odur ki, yayın kuruluşları tarafından bir Hakim'e özel bir vesile ile televizyona çıkması önerilir ise, o zaman o Hakim'in bu tür talepler karşısında Lord Chancellor'a danışması, Lord Chancellor'ın da her zaman görüş bildirmeye hazırlıklı olması gerekir.*
>
> *Yukarıdaki paragrafta ifade edilen görüşler sizin de bildiğiniz gibi, Lord Chancellor'ın Majestelerinin Hakimleri üzerinde hiçbir disiplin yetkisi olmadığı ve yayına çıkmaları istendiği takdirde her Hakim'in kendi değerlendirmesini yaparak kendi makamına uygun gördüğü takdirde kabul ya da ret kararını kendisinin vereceği göz önünde bulundurularak kaleme alınmıştır.*[9]*"*

En azından 21. yüzyılın başlarındaki bakış açısından bakınca, tarihteki büyük hakimlerin anlatıldığı bir programda günümüz yargısının, keşişlere yakışan bir sessizlik kuralını nasıl koruyacaklarını anlamakta çok zorlanıyorum. Nitekim, bu kuralın uygulamasındaki temelin Yargının '*gündelik tartışmalardan*' uzak tutulması gibi geniş anlamlı bir kamu siyaseti olduğu ileri sürüldüğünde, anlamak daha da zorlaşıyor. Belki de Lord Kilmuir'ın gerçek emeli baraj kapaklarının açılmasını önlemekti; çünkü bir kez hakimler eğlence amaçlı programlarda boy göstermeye başladı mı, hedeflenen kısmen eğitim de olsa, bunun sonu nereye kadar gidebilir? Bence esas arzulanan, eğlencelerde yer aldıkları için Yargı'ya duyulan güvenin sarsılmasını önlemekti; X Factor seçmelerinde hakimlerin yeri olmamalı. Ancak Lord Kilmuir'a göre

8 BBC 1 (22 Şubat 2012).

9 Lord Kilmour, *a.g.k.*

genel kural kesinlikle görüş bildirilmemesidir. Ne var ki tüm genel kurallarda olduğu gibi, bunun da birçok istisnası vardır.

Örneğin, Mason aynı zamanda Lordlar Kamarasında yer alan kıdemli hakimlerin Parlamento'da ele alınan politika konularında ortaya çıkan yasamaya ilişkin tartışmalarda görüş bildirmesini de bu istisnaların arasında sayar. Kendisinin de belirttiği üzere, Lord Woof Master of the Rolls görevinde iken '*1997 tarihli Ceza Yasa Tasarısında zorunlu hapis cezalarına ilişkin hükme*[10], muhalefet etmiştir. Aynı şekilde, 1976 yılında Haklar Bildirgesi Tasarısı[11] Lordlar Kamarası'nda tartışılırken, Master of the Rolls ünvanlı diğer bir halefim Lord Denning'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İngiliz Hukuku'na dahil edilmesi aleyhine konuşmasını da bu kural engellememiştir. Kendi sözleriyle, Sözleşme'nin ne lafzı ne de kapsamının '*İngiltere'deki hukukumuzun bir parçası yapılmamasını*'[12] umduğunu belirtmiştir.

Her ne kadar bunu Kilmuir kuralları açısından istisna olarak görmek çekici gelse de, bunun hakiki bir istisna teşkil ettiğinden şüphe duyuyorum. Tarihsel olarak erkler ayrılığına yaklaşımımızın sonuçlarından biri de aynı kişinin bazen aynı zamanda Devletin birden fazla erkinde görev alabilmesi olmuştur. Yasama organlarının üyeleri, ör. Milletvekilleri ve Lordlar Kamarası mensupları, aynı zamanda yürütme organında Devlet Bakanı ve Bakan sıfatıyla yer alabilmekteydi ve bugün de almaktadırlar. Gerçekte her bakanlığın en yüksek mevkiinde bulunmaktadırlar ki buna Sir Humphrey Appleby de bir nebze katılacaktır. Lord Chancellor sadece yargının başındaki kişi değildi, ayrıca yasamanın ve yürütmenin de mensubu idi. Lordlar Kamarası, Lordlar Yasası yoluyla, daha doğrusu Yargı Komisyonu yoluyla, Birleşik Krallığın *fiili* Yüksek Mahkemesi olarak yargı yetkisini de kullanmaktaydı. Bu durumda, Hukuk Şubesi Üyesi Hukuk Lordları sadece yasamanın değil, yargının da mensupları idi.

Baron de Montesquieu'den hassaten özür dilerim, ancak Britanya'nın yönetim sisteminin temeli ilkelere değil daima pragmatizme dayanmıştır ve dayanmaya devam etmektedir, ayrıca ayrıntılı teorik kodlarla değil pratikliğe dayalı organik bir gelişim göstermektedir. Bağlam her şeydir, hep de öyle olmuştur. Dolayısıyla gelişim organiktir. Örneğin, 1806'da Montesquieu'nün ölümünden elli yıl sonra İngiltere ve Galler Mahkemeleri'nin Başkanı olan Lord Chief Justice Lord Ellenborough aynı zamanda Kabine'de[13] de yer alı-

10 Mason, *a.g.k.*

11 Lord Denning, 369 Lordlar Kamarası Tartışma 797 – 801 (25 Mart 1976)

12 Lord Denning, 369 Lordlar Kamarası Tartışma 800 (25 Mart 1976)

13 İlginç bir biçimde, Lord Brougham (Lord Chancellor görevi sona erdikten sonra) Lordlar Kamarası'nda yaptığı bir konuşmada bunu savunmuştu, L.K. Tartışma 7 Temmuz 1837 Cilt 38 Sayfa 1836-43

yordu, ancak o güne kadar böyle bir durum oluşmamıştı. Ancak günümüz açısından, esas konu şu ki, Devlet'in başka bir koluna mensup olan bir kişi aynı zamanda hakim ise, görüşlerini bir yargı mensubu sıfatıyla değil, diğer organın bir mensubu sıfatıyla bildirmekte olduğu için, Kilmuir kuralları bu koşulda geçerli olmamaktaydı.

Böyle bir görevde bulunan bir yürütme organı mensubu, örneğin, parlamenter dokunulmazlıklardan faydalanmaktadır. İlke olarak parlamenter dokunulmazlık meselesi sadece bir yürütme mensubunun aynı zamanda yasama mensubu olduğu durumlarda gündeme gelecektir. Lord Chancellor ise yargının başında yer alırken, elbette ki oturacağı makam da patates çuvalı olmamalıdır. Böyle bir kişinin Lordlar Kamarası'nın Başkanlığı makamında oturması gayet tabiidir. Ayrıca, bir yandan Kabine'de yer alırken bir yandan da yargının başında bulunmazdı. Bu yönden bakıldığında, açıkça görülen şudur ki, Lordlar Kamarası'nda yaptıkları konuşmalarda kıdemli yargı mensupları olan Lord Kilmuir LC, Lord Chief Justice ya da Master of the Rolls ünvanlı kişiler bu sözleri Hakim sıfatlarıyla değil, yasama mensubu sıfatlarıyla sarf etmektedirler. Yasama mensubu sıfatına tâbi oldukları için de Kilmuir Kuralları geçerli değildir. Bunun aksini iddia etmek, bazen kategori hatası dediğimiz yanılgıya düşmek anlamına gelecektir.

Bu minvalde, Kilmuir Kurallarının fevkalade önemli istisnaları olduğunu da söylemek gerek. Bunlardan en belirgin olanı hakimlerin sıkça konferans verebilmeleri ve konuşma yapabilmeleri idi, ancak *Foss/Harbottle* davasındaki kural ya da *Re Diplock* davasının kararı ya da *Rylands/Fletcher* davasındaki kural gibi ilginç olduğu kadar güvenli konuları tercih ediyorlardı. 1955'ten 1987'ye kadar (1987'ye bir dakika sonra geri geleceğim) Holdsworth konferanslarının hepsini verenler yüksek Yargı[14] mensupları olmuştur. 1955'te kendi koyduğu kuralları şüphesiz gayet iyi bilen Lord Kilmuir da bundan bir yıl sonraki konferansı vermiştir. Görevdeki hakimlerin konferanslarında ve konuşmalarında[15] olsun, yazdıkları kitap ve makalelerde olsun, tartışmalı konulardan uzak durmaları bekleniyordu. Nitekim, neredeyse her zaman böyle yapmışlardır.

Durum bu ise, Lord Scarman'ın 1974'teki *İngiliz Hukuku - Yeni Bir Boyut* Hamlyn konferanslarına[16] ne buyurulur? Gündemdeki dünyevi ve pek de heyecanlı olmayan tartışmalara hiç girmese de Lord Scarman, İngiliz huku-

14 <http://www.birmingham.ac.uk/schools/law/alumni/presidents.aspx>.

15 Bkz. Mason *a.g.k.*

16 Bkz. Sir Leslie Scarman, *English Law – A New Dimension [İngiliz Hukuku- Yeni Bir Boyut]* (Stevens & Sons) (1974)
<http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/English_Law_the_New_Dimension.pdf>

kunda İnsan Hakları korumasının yer alması gerekip gerekmediğine ilişkin ayrıntılı bir tartışmaya girişmiştir. Vardığı sonuçta ise söyle demiştir:

> *"Hukuk sistemi, ülkedeki hukukun kendi bünyesinde Birleşik Krallığın taraf olduğu uluslararası belgelerde belirtilen insan hakları standartlarına tamı tamına uymasını ve bunların ihlal edilmezliğini sağlamalıdır. Bunun gereği olarak, anayasa hukuku niteliği taşıyan, mahkemelerin parlamentonun erkine karşı bile koruma görevini üstleneceği bir Haklar Bildirgesi tarafından korunan değiştirilemez ya da temel nitelikte yasalar çıkarılmalıdır. Bir başka deyişle, yasama erkinin üzerine getirilecek bir anayasal kısıtlama ile korku ya da önyargı nedeniyle, anlık ve insan haklarına aykırı biçimde çıkarılmış yasalara karşı birey olarak vatandaşın korunması gerekir.*[17]*"*

1974'te insan hakları koruması ihtiyacı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin derç edilip edilmeyeceği neredeyse bugünkü kadar hararetli konulardı, bunun kanıtı da daha önce söz ettiğim 1976 tarihli Haklar Bildirgesidir. O zamanlar İstinaf Mahkemesi üyesi olan Lord Scarman böylelikle sadece bir siyasi tartışmaya girmekle kalmamış, bu tartışmanın nasıl çözümleneceğine ilişkin bir öneri de getirmiştir. İnsan hakları ile bir nokta koymak istemeyen Lord Scarman, daha da tartışmalı sulara dalmış, bugün bile tartışmalı olan bir konuyu, yani mahkemelerin yasaları hükümsüz kılıp kılamayacağını ele almıştır. Bir başka deyişle Lordlar Kamarası'nın *R (Jackson)/ Majestelerinin Başsavcısı* (2006) kararının mütalaasının 1 A.C. 262, özellikle de Lord Steyn'in sözlerinin (2006) 1 A.C. 262 paragraf 101-102 yankısı sayılabilecek şekilde Lord Scarman şöyle demiştir:

> *"Parlamento'nun 17. yüzyılda elde ettiği zafer ile gelen ve Bentham ile Austin teorileri sayesinde 19. yüzyılda saygınlık kazanan modern hukukun gerektirdiği yasamanın hür egemenliği çağından önce, common law hakimleri kendilerini bir kanunla ilgili karar verebilecek yetkinlikte görürdü, üstelik bizim yasama organlarımız da bireyin temel haklarının korunmasında rol oynayacak değiştirilemez hükümler çıkarmaktan kaçınmamıştır, örneğin Magna Karta ve Habeas Korpus. Common law hukuk sisteminin eski alışkanlıklarına dönmesini kabul etmemek için de bir neden yoktur, kaldı ki insan hakları gibi bir konuda Parlamento'ya kısıtlama getirilmemesi için de hiçbir neden yoktur.*[18]*"*

Bu durumda sadece insan hakları değil, mahkemeler de kararları ile Parlamento'nun yetkisini kısıtlayabilecektir. Bu, muhtemelen Kilmuir Ku-

17 Scarman, *a.g.k.*, s. 19 – 20.

18 Scarman, *a.g.k.* 20 – 21.

ralları çerçevesindeki istisnalardan birini oluşturur, hatta Lord Chancellor'ın kendi deyişiyle disiplin yetkisi olmadığını söylemesini gerektirecek bir sonuç doğurmuştur. Ancak, bunu tartışmalı konulardan kaçınmaya bir örnek olarak görmek zor.

Kilmuir Kurallarının başka istisnaları da mevcuttur. Yine, hakimlerin sıkça Kraliyet Komisyonları ve Soruşturmalarına[19] başkanlık yapmaya çağırıldıkları gerçeğini dile bile getirmiyorum. Bunlar, daha önce Parlamento'da söz almakla ilgili örnekte belirttiğim gibi, bir hakimin yargı şapkası dışında bir şapka takmasını gerektiren durumlardır. Kilmuir Kurallarının kapsamı dışında kalmışlardır. Bunun en belirgin gerçek istisnası kıdemli Hakimlerin yargının işleyişini etkileyecek konularda görüş bildirebilmesi olmuştur; yani Lord Diplock'un dediği gibi mahkemenin anayasal görevi olan adalet dağıtma işleviyle ilgili konularda[20].

Kasım 1987'de Lord Mackay LC, Kilmuir Kurallarını geçersiz kılmıştır. 1993 tarihli Hamlyn konferanslarında açıkladığı gibi, bunun gerekçesi kendi görüşüne göre Kilmuir Kurallarının yargı bağımsızlığı ile bağdaşmıyor olmasıdır. Lord Mackay şu sonuca varmıştır:

> *". . . Majesteleri tarafından yargı görevini ifa etmekle sorumlu kılınan kişilerin bu tür konularda kendi kararlarını kendileri verecek yargıya sahip olması gerekir.*[21]*"*

O gün bu gündür, hakimler artık kamuoyundaki tartışmalara katkıda bulunabilir ve bunun şekli konusunda kendi kararlarını verebilir olmuşlardır. Mason'ın tabiri ile 1987'den beri hakimlerin kamuoyundaki tartışmalara katılma hakkı kazandığını düşünebilirsiniz: ki bu hak Lord Mackay tarafından söylendiği, ve ondan önce de Lord Kilmuir tarafından söylenmesi gerektiği gibi, kullanımı hakimlerin kendi arzularına bırakılmış bir haktır. Şimdi de buna geleceğim.

3. Kilmuir Sonrası – Yargının Bağımsızlığı

Kilmuir Kurallarının kaldırılmasının altında yatan çelişki şudur: kaldırılırken Kuralların yargının bağımsızlığı ile bağdaşmadığı görüşü dile geti-

19 Bkz.örneğin J. Beatson, *Judicial Independence and Accountability: Pressures and Opportunities [Yargının Bağımsızlığı ve Hesap Verebilirliği: Baskılar ve Fırsatlar]* (2008), <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Speeches/ beatsonj040608.pdf>

20 *Bremer Vulkan Schiffbau ve Maschinenfabrik/South India Shipping Corporation Ltd davası* [1981] AC 909

21 Lord Mackay, *The Administration of Justice*, [*Adaletin Dağıtılması]* (Stevens & Co) (1993) s. 25 – 26 <http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesand socialsciences/law/pdfs/The_Administration_of_Justice.pdf>

rilmiştir, ancak bu Kurallar konurken yargının bağımsızlığını korumak için hakimlerin gündelik tartışmalardan uzak durmaları gerektiği mantığından yola çıkılmıştı. Kilmuir sonrası dünyayı değerlendirmeye başlamadan önce ve şimdi özellikle 2005 tarihli Anayasa Reformu Yasasından sonra, yargının bağımsızlığını kısaca göz önünde bulundurmak uygun olacaktır, ki bunun iki boyutu vardır: bireysel bağımsızlık ve kurumsal bağımsızlık.

Bireysel bağımsızlık bir birey olarak hakimin önündeki bir davada o davanın maddi unsurlarına göre doğru kanunu uygulayarak karar verebilmesi demektir. Hakimlerin bir davadaki meselelere ve kanıtlara açık görüşlülükle yaklaşmaları gerekir. Hakimlerin, taraflardan bağımsız olmaları, taraflardan gelebilecek baskılara ya da teşvik edici tekliflere maruz kalmamaları gerekir. Görülen davada hiçbir menfaatleri olmamalıdır. Yaklaşımlarında tarafsız olmalıdırlar. Belli bir konuya ilişkin bir dizi konuşmada bir hakim konuyla ilgili görüşlerini açık ederse, kaçınılmaz olarak yargının bağımsızlığının bu boyutuna gölge düşürür. Aynı şekilde tek bir konuşma da eğer içinde ifade edilen görüşler çok kesin ya da ikna edici bir tarzda dile getirilir ise yine yargının bağımsızlığına gölge düşürebilir. Eğer üzerinde konuşulan konu, bir davada karşılarına gelir ise yaklaşımlarında açık fikirli olamayacakları söylenebileceği için yargının bağımsızlığına gölge düşürülmüş olabilir.

Gündelik tartışmalara girmek bir hakimin aynı tartışmaları yargıda kararа bağlayamaması ile sonuçlanabilir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde buna ilişkin ünlü bir örnek vardır. Yüksek Mahkeme Üyesi Hakim Scalia, konferansları kesinlikle seyrine doyum olmaz bir kişidir. Bir yorumcunun dediği gibi *'Scalia'nın içtihat konusundaki konuşmaları, sahnede kırılan bir gitar ile aynı etkiye sahiptir*[22]'. Bu entelektüel havai fişek gösterisine şüphesiz bir anlığına kendini kaptırmış olacak ki Scalia, *'bir Federal Temyiz Mahkemesinin Bağlılık Yeminine "Tanrı'nın altında" ifadesinin eklenmiş olmasının 1. anayasa değişikliğini ihlal ettiğine ilişkin kararını eleştirmiştir. Dokuz ay sonra, Yüksek Mahkeme'de bu karar için oylama yapılırken Scalia davacının bu davadan çekilmesi talebiyle karşı karşıya kalmıştır'*[23]. Bir hakim alt mahkemelerin kararlarını yargı dışı bir sıfatla ele alırken bastığı yere çok dikkat etmek zorundadır. Yarın bir gün, bu konuyu karara bağlamanız gerekip gerekmeyeceğini asla bilemezsiniz. Konuyu düşünebilir, geçici ya da hazırlık mahiyetinde görüş ifade edebilirsiniz, ancak tekrar Sir Humphrey'den bir alıntı yaparsak, yargıda ele almak durumda kalabileceği bir kararı eleştiren hakimin cesaretine diyecek yoktur.

22 Talbot (2005) alıntı L. Baum, *Judges and their audience*, *Hakimler ve izleyicileri* (Princeton) (2008) s. 37.

23 Salmon (2003) ve Lane (2003) L. Baum alıntı, *a.g.k.*, s. 2.

Ayrıca, sadece sözcükler değil, hareketler de bir hakimin bağımsızlığına gölge düşürebilir. Bundan dolayı, 2004'te Lordlar Kamarasında Av Yasa Tasarısı oylanırken Lord Hoffman ve Lord Scott bu tasarının aleyhinde oy kullanabilmişlerdir; çünkü bu oylama 2005 yılında Yasa ile yargı görevi olan tüm üyelerin kamaranın dışında tutulması gereği getirilmeden önce gerçekleşmiştir. Bu Tasarı'nın aleyhine oy kullandıkları için sonuç olarak çıkan Yasa'nın geçerliliğinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumluluğunun ele alındığı önemli davalardan çekilmeleri gerekmiştir. [24]

(Parantez içinde, her ne kadar genel kabul görmüş olsa da bu davadan çekilme ilkesiyle ilgili bazı şüphelerimi ifade etmek isterim. Eğer Lord Hoffmann ve Lord Scott Av Yasa Tasarısı oylamasına katılmamış olsaydı, ya da Hakim Scalia Bağlılık Yemini ile ilgili fikrini ifade etmemiş olsaydı, muhtemelen söz konusu başvurularda yer alma hakkına sahip olacaklardı. Ancak, buna söylenecek tek söz şu ki, bu durumda görüşlerini ifade etmeden önce bu başvuruları görmeleri daha tehlikeli olabilirdi. Eğer sessiz kalmış ve oy kullanmamış olsalardı, görüşleri ya da önyargıları aynı olacaktı, ancak gizli kalacaktı. Dolayısıyla, bugün kabul gören yaklaşımın şeffaflıktan kaçınmaya yol açtığı ve ikiyüzlülüğü cesaretlendirdiği savı belirgin bir haklılığa sahiptir, ya da başka bir deyişle, mevcut sistem adaletin yerine getirilmiş gibi görünmesini, adaletin gerçekten yerine getirilmiş olmasından daha değerli görmektedir.)

Fakat doğru da olsa, yanlış da olsa bu, bireysel bağımsızlığın temel öneminden uzaklaşmamıza yol açamaz. Kurumsal bağımsızlık, bireysel bağımsızlıktan daha geniştir. Bunun esası yargının Devlet'in diğer iki kolundan bağımsız olmasını öngören anayasa ilkesine dayanır. Anayasanın bu ilkesi, yargının yargı işlevini yürütürken ne yürütme ne de yasamanın etkisinde kalamayacağını öngörür. İster üstü açık isterse kapalı olsun, böyle bir etki yargının davalarda sadece davanın esaslarına göre karar verme yetisinin temelini sarsar. Tesir altında bir adalet, adalet değildir. Bu da hukukun üstünlüğü ve demokratik sistemimiz ile ters düşer.

Kurumsal bağımsızlığa çok farklı şekillerde gölge düşebilir. Örneğin, yürütme tarafından bireysel davalarda yargıya karşı uygunsuz erişimlerde bulunulması buna neden olabilir; 2005 Anayasa Reformu Yasasının 3(5). bölümünde böyle erişimlerin kanunen yasaklanması da bunun bir sonucudur. Yargının yürütme ve yasama ile bir tartışmanın içine çekilmesi, yargıdan hukuki görüş bildirmesinin istenmesi, ya da gerek politikalar gerekse önerilen yasaların kanuna ya da anayasaya uygunluğuna ilişkin yorumda bulunmasının istenmesi de yine kurumsal bağımsızlığa gölge düşmesine neden olur.

---

24 *R (Jackson)/ Majestelerinin Başsavcısı* [2006] 1 A.C. 262; R *(Countryside Alliance ve diğerleri)/ Başsavcı ve Anor* [2008] A.C. 719.

Yine Amerika Birleşik Devletleri'nden buna ilişkin bir örnek verilebilir. Frances Perkins 1933 ile 1945 arasında ABD'de Çalışma Bakanlığı yapmıştır. Bu dönemde kendisi ABD'nin sosyal güvenlik sisteminin temelinin oluşturan 1935 tarihli Sosyal Güvenlik Yasasının çıkmasını sağlamıştır. Bunun Kongre'den geçmesi hiç de kolay olmamıştır. Ancak buradaki muhtemel sorun sadece Kongre değildir. Ayrıca, ABD Yüksek Mahkemesi'nin de bu yasayı iptal edebileceğinden korkulmaktadır. Bakan Perkins, kendisi tarafından *'sosyal bir vesile'* olarak tanımlanan bir ortamda, o zamanlar Yüksek Mahkeme üyesi olan, sonrasında Mahkeme Başkanlığı görevine gelecek olan Harlan Stone ile bir sohbet gerçekleştirir. Bakan Perkins, burada şaka yollu bir şekilde *'Mahkeme'nin kabul edebileceği bir sosyal güvenlik sistemini nasıl tasarlayacağından emin olamadığından,'* yakınır. Hakim Stone ise bu şaka yollu söyleme karşılık olarak gülmez, tam tersine bunu gayet ciddi bir şekilde ele alır. Cevaben Bakana *"vergilendirme yetkisi istediğiniz ve ihtiyaç duyduğunuz her şey için yeterlidir,"*[25] diyerek *akıl verir*. Yürütme, sosyal, şaka yollu bir söylem kisvesi altında, bir hakimden hukuki görüş istemiş, hakim de bunu vermiştir. Bu meseleyi yargı içinde uygun şekilde karara bağlamasına bir engel olmadığı için Hakim Stone sadece kendi bireysel bağımsızlığına gölge düşürmekle kalmamış, yargının kurumsal bağımsızlığına da eşit oranda gölge düşürmüştür.

Benzer bir durum burada da ortaya çıkmış, İçişleri Bakanı Charles Clarke MV, Lordlar Kamarası'nın Anayasa Özel Komisyonu'na bir başvuruda bulunmuş ve Lordlar Kamarası'nda Hukuk Şubesi üyesi olan Lordlar ile yürütme mensuplarının bir araya gelerek gelecekte çıkarılması muhtemel yasaları görüşmesinin mümkün olup olmadığını sormuştur; böyle bir uygulama sayesinde en azından önerilen tedbir amaçlı tutuklama gibi mevzuata ilişkin en yüksek mahkemelerin düşüncelerinin Yürütme açısından bir yönlendirme niteliğinde olacağını; yani bu tür mevzuatın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olup olmadığının böylece anlaşılabileceğini belirtmiştir.[26] ABD'de Perkins ile Stone arasında gerçekleşen buluşmanın aksine, önerilen bu buluşmaların *'sosyal vesile'* değil, özel vesileler olması amaçlanmaktadır. Böylece, bu buluşmalar kadük Kilmuir Kurallarının sınırlarının da dışında kalacaktır. Bu minvalden hareketle, aynı ilke devreye konmuş, Yargı'nın gündelik tartışmaların dışında kalmasının yargının bağımsızlığına gölge düşmemesi için gerekli olduğu belirtilmiştir. Burada durum daha da açıklık kazanmıştır; zira buradaki tartışmanın konusunu oluşturan mevzuat önerileri ileride büyük ihtimalle yargısal anlamda Hukuk Şubesi üyesi olan Lordlar tarafından irdelenmeyi gerektirecek niteliğe sahiptir.

Mahkeme Başkanı Lord Phillips, İçişleri Bakanına durumu anlayışla karşıladıklarını bildirmekle birlikte *'ileride yürütmenin attığı adımlar sorgulanır ise*

25 Perkins (1946) L. Baum alıntı, *a.g.k.*, s. 83 – 84.

26 Bkz. C. Clarke, Anayasa Özel Komisyonu (Tanık ifadeleri, 17 Ocak 2007, Q122ff) <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldconst/151/7011702.htm>

karar vermelerini gerektirebilecek bir konuda, hakimlerin yürütme ile bir işbirliği içindeymiş gibi görünmemeye bile özellikle özen göstermeleri gerektiğinin[27]*'* altını çizmiştir. İleride karşılaşmak durumunda kalacakları iddiaların kendileri tarafından nasıl karara bağlanacağına ilişkin olarak yürütmeye akıl vermek ya da veriyormuş gibi görünmek suretiyle gündelik tartışmalara girilmesi kesin bir kırmızı çizgi oluşturmaktaydı. Bu durum karşısında, Lordlar Kamarası'nın Anayasa Komisyonu tarafından yapılan değerlendirmede, iletilen bu önerinin içinde '*yargının bağımsızlığı ilkesi açısından kabul edilemez bir ihlal oluşması riski bulunmaktadır. Son hukuk yolu mahkemesi sıfatı taşıyan Hukuk Şubesi üyesi Lordların yürütme ile iletişime geçtiklerinden dolayı bir konuda ön hüküm vermiş gibi bile görünmemeleri şarttır,* [28]*'* denmektedir. Yüksek Yargının Yürütmeye akıl verdiği bir konuda, Yürütmeye karşı dava açmış olan bir davacı tarafın Yargı'nın önyargılı olduğu ve bağımsızlığının tam olmadığı algısı doğduğu sonucuna varmasından başka bir şey beklenebilir mi?

Aynı durum yasama için de geçerlidir. Anayasa Reformu Yasasından bu yana, yargı mensuplarının Parlamento komisyonlarında ifade vermesi istenmesi eğilimi, pek faydalı bir durum olmasa da, yıllar içinde giderek artış göstermektedir. Yargı'nın bu komisyonlara nasıl yardımcı olabileceğine ilişkin ana parametreler genelde iyi tanımlanmıştır. Örneğin, Hakimler bir davaya ilişkin görüş bildiremez. Siyasi konular ya da kamu politikalarına ilişkin konularda görüş bildiremezler, ancak belli bir politikanın uygulamada nasıl sonuçlar doğurabileceğine ilişkin görüş bildirebilirler. Daha doğrusu, nasıl yürütmeye hukuki danışmanlık yapamazlar ise, bu komisyonlara da hukuki danışmanlık yapamazlar.

Buradaki çelişki şu ki, anayasada bulunan usulüne uygun ve yerleşik bir mekanizma aracılığıyla aslında İçişleri Bakanının belirttiği nitelikteki konularda yargının bağımsızlığının sorgulanmasına yol açmadan da Yürütme tarafından akıl danışılabileceği ileri sürülmektedir. Hâlâ yürürlükte olan 1833 tarihli Yargı Komisyonu Yasasının 4. Bölümü uyarınca:

> *"Majesteleri sözü geçen Yargı Komisyonu'na Majesteleri tarafından uygun görülen konuları bir celse düzenlemesi ya da görüşmeye açması için iletebilir; bunun üzerine Komisyon ilgili konuda bir celse düzenlemek ya da görüşme yapmak suretiyle ilgili konuda Majestelerini bilgilendirir.*[29]*"*

27 Lord Phillips, *The Role of the Judge [Hakimin Rolü]* (26 Şubat 2007) alıntı Lordlar Kamarası Anayasa Özel Komisyonu, 6. Oturum Raporu 2006 – 2007 (HL 151) paragraf 96. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ld select/ldconst/151/151.pdf>.

28 Lordlar Kamarası Anayasa Özel Komisyonu, 6. Oturum Raporu 2006 – 2007 (HL 151) paragraf 97.

29 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4/3-4/41/section/4 >

Bunun İçişleri Bakanı tarafından kullanılmış olmamasına şaşmamak gerek; zira bu hüküm en son 1957 yılında Avam Kamarası tarafından yapılan bir yönlendirme için kullanılmıştı. Adalet Bakanı görevindeki Lord Chancellor, İngiltere ve Galler Mahkemelerinin Başkanı Lord Chief Justice ve beş Hukuk Şubesi üyesi Lord'dan müteşekkil Yargı Komisyonu'na danışılan konu şu idi: *'Avam Kamarası'nın bir Milletvekilinin Parlamento'da yaptığı bir konuşma ya da işlem dolayısıyla dokunulmazlıkları ihlal ettiğine dair bir konuda bir müzekkereyi işleme alması 1770 tarihli Parlamenter Dokunulmazlıklar Yasasına aykırılık teşkil eder mi?*[30]' Böyle bir soruyu hakimlere yöneltmenin uygun olduğuna şüphe yok; zira bana öyle geliyor ki böyle bir konuyu mahkemelerin karara bağlaması mümkün değildir, sonuçta bu bir milletvekilinin dokunulmazlıklarına ilişkin olarak Parlamento'nun nasıl yetkilere sahip olacağına ilişkindir ki, bu konuda mahkemelerin bir yargı yetkisi yoktur.

Nitekim 4. Bölüm gayet geniş bir takdir hakkı sağlar, dolayısıyla da önerilen bir mevzuat ile ve hatta bir mevzuatın nasıl oluşturulması gerektiği ile ilgili olarak yargının mütalaa vermesini öngördüğü ileri sürülür. Bunun doğru olup olmadığı belki de Yargı Komisyonu tarafından 4. Bölüm kapsamında görüşülmesi gereken bir konudur, ancak eğer bu doğru ise bunun yargının kurumsal bağımsızlığına gölge düşürebileceği söylenebilir mi? Düşürmeyeceği iddia edilebilir; çünkü bu durumda Komisyon üyesi olan hakimler, hakim değil birer Kraliyet Danışma Meclisi üyesi olacaklar ve yargı dışı bir şapka takarak anayasanın ya da yasaların öngördüğü bir işlevi yerine getireceklerdir. Bu durumda, ileri sürüldüğü üzere yargının kurumsal bağımsızlığının sorgulanması gerekmeyebilir, ancak yine de 2005 tarihli Yasada erkler ayrılığının gerekçesinin hangi ilkelere dayandırıldığını belirlemek zordur. Belki burada geçmiş, bizim gelecekteki anayasallık kavramımıza bir katkıda bulunabilir. 1833 Yasasının geçerliliği böyle bir etkiye sahip ise, o zaman Komisyon'da yer alan hiçbir üye daha sonra ilgili bir konunun karara bağlanmak üzere ele alındığı bir Mahkeme'de yer alamaz; zira bu, bir bireysel bağımsızlık meselesi olur.

Yargının bağımsızlığı ilkesi etrafında kısaca bir tur attıktan sonra, şimdi de 2005 tarihli Yasa sonrası dünyada hakimlerin nasıl bir yaklaşım benimseyebileceklerini ele almak üzere konuya geri dönüyorum.

4. 2005 Tarihli Anayasa Reformu Yasası Sonrasında Yargının Yükümlülükleri

Bugün, kendimizi içinde bulduğumuz konum, hem Kilmuir Kurallarının getirildiği hem de iptal edildiği durumdan çok farlıdır. Buradaki temel fark,

30 Parlamenter Dokunulmazlık Yasası 1770 [1958] 1 WLR 151 <http://www.bailii.org/ uk/cases/UKPC/1958/1.html>

2005'ten bu yana yazılı olmayan Anayasamızın genelde çok daha şekli bir temele oturtulmuş olması, özelde de bunun daha ziyade yargının bağımsızlığını kapsıyor olmasıdır. Lordlar Kamarasının yargı komisyonu yerine artık yasamadan epeyce ayrı olan bir Yüksek Mahkeme bulunuyor. Lord Chancellor artık yargının başı değil, bu görevi artık İngiltere ve Galler Mahkemelerinin Başkanı Lord Chief Justice yürütüyor. Lord Chancellor yargıyı hem yürütme hem de yasama nezdinde temsilden sorumludur[31], buna karşılık Lord Chief Justice Parlamento'da temsil hakkına sahip[32] olmasına karşın şimdiye kadar bu hak kullanılmamıştır.

Yargının görüş bildirmesi bugün sadece Kilmuir Kurallarının olmadığı bir ortamda gerçekleşmiyor, artık yargının bağımsızlığı ve erkler ayrılığı anayasal çerçevemizde çok daha belirgin bir boyut kazanmış bulunuyor, dolayısıyla yargısal görüşün eskiye dayanan anayasal mekanizmalar örneğindeki gibi yasama şapkasını kuşanan bir hakim tarafından bildirilebilmesi artık mümkün değil. Bu sözleri sarf ederken 2005 öncesindeki anayasa çözümlerinin kalkmış olmasına üzülüyor ya da geri gelmesini istiyor değilim. Bunun amacı, sadece 2005 reformlarının sonuçlarından birinin de artık Yargı'nın kamuoyunda bir tartışmaya katılabilmesi için var olan şekli olanakların azalmış olduğuna dikkat çekmekti. Bu yolların azalmış olmasından dolayı kalan yollara kaçınılmaz olarak daha çok başvurulur olmuştur. Değişen bu arka plan göz önüne alındığında, Yargı acaba kamuoyundaki bir tartışmaya katkıda bulunabilir mi ya da bulunmalı mıdır? Yargının bağımsızlığını zedelemeden hangi ölçüde bir katkı yapabilirler?

Kamuoyu önünde gündelik tartışmalara katılan Hakimlerin yargı dışı konuşmalarında elbette çok tedbirli olmaları gerekir. Bu tedbirlilik, sadece seçilen konuyu değil, aynı zamanda kamuoyundaki tartışmaya yaptıkları katkı için seçtikleri tarzı ve sözcükleri de kapsar. Cesur olmayı seçecek olurlarsa, yine Sir Humphrey'nin dediği gibi yürütme, Parlamento, yorumcular ve medyanın sert tepkilerine maruz kaldıklarında şaşırmamaları gerekir. Ayrıca yargının bağımsızlığı kalkanı ardına sığınıp, gelen tepkilerin tonundan yakınamazlar.

Ama bu çok daha ileriye gider. Siyasetçilerin kamuoyu önünde hakimlerin kararlarını eleştirmesi, daha da kötüsü bizatihi hakimleri yargı görevlerindeki performansları açısından eleştirmesi hiç doğru değildir. Mahkemede hakimlerin sıklıkla kanunun ne olduğuna karar vermesi gerekir. Buna, bakanlar ve yürütmenin diğer mensuplarının yasal görevleriyle ilgili karar vermek, yani Parlamento tarafından kendilerine verilen görevlerini yerine getirip ge-

31 Anayasa Reformu Yasası 2005, B1 ve B3.

32 Anayasa Reformu Yasası 2005, B5.

tirmediklerine karar vermek de dahildir. Bu çalışmaları sırasında hakimler kanunu nasıl anlıyorlarsa öyle uygularlar ve bu, Parlamento'nun uygulanan mevzuatta ifade ettiği iradesinin ne olduğuna sıklıkla karar vermeyi de içerir. Hukukun üstünlüğünü baltalamak prensipte yanlıştır, üstelik siyasetçilerin yargı görevini yerine getiren hakimleri bu nedenle eleştirmesi de hakimlere yapılan bir haksızlıktır. Bakanlar kararlara katılmadıklarını ya da kararların hayal kırıklığına neden olduğunu söyleyebilirler; bakanlar kararları temyize taşıyabilirler; bakanlar Parlamento'dan çıkaracakları bir yasa ile bu kararı geçersiz kılabilirler. Ancak eleştirmemeleri gerekir. Bu durum karşısında ilgili hakimin cevap vermemesi gerekir, fakat cevap vermemek de ona haksızlıktır ve bunun doğurduğu sonuç sadece nahoş olmakla kalmaz, hukukun üstünlüğünü daha da baltalar.

Hakimler ile siyasetçiler arasında karşılıklı saygı şarttır. Buradaki karşılıklı sözcüğü bu sürecin iki yönlü işlediğini vurgular; yani iki tarafın da birbirinin alanına saygı göstermesi ve sınır ihlali yapmaması gerekir. Eğer hakimler yaptıkları konuşmalarda hükümetin politikasını eleştirirlerse, Bakanların kamuoyu önünde kendilerine yönelttikleri eleştirilere ilişkin şikâyetleri boşlukta bir seda olarak kalmaya mahkumdur. Bir hakim kalkıp da Bakanları iş yapma biçimlerinden dolayı eleştirir ise Bakanlar da kendisini iş yapma biçiminden dolayı eleştirdiğinde bundan kolay kolay şikâyet edemez. Kamuoyu önünde hakimler ve siyasetçiler birbirlerine karşı ağır sözler sarf eder ise bu durum bizim toplumumuzun temelini oluşturan anayasanın altını oyar.

Dolayısıyla hakimlerin de, daha sonra yargıda karar vermelerini gerektirebilecek konularda mahkeme dışında cesur ifadelerde bulunmak konusunda dikkatli olması gereklidir. Böylesi söylemler, Scalia örneğindeki gibi davadan çekilme ile sonuçlanabilir; çünkü taraflar daha sonra söz konusu meselelerin gündeme getirileceği bir yargılamada, o hakimin bireysel tarafsızlığına gölge düşmüş olduğu algısına kapılabilir. Bir konuda ya da geniş bir yelpazeye yayılmış konularda bir dizi keskin görüş bildirilmiş olması, yargının kurumsal bağımsızlığının sorgulanmasına yol açabilir. Bu elbette ince bir çizgidir, ancak bunun aşılmaması için de özen gereklidir.

Bunları söylerken, bana da kendi konuşmalarımın bazılarında cesur olduğum suçlaması yöneltilebileceğinin pekâlâ farkındayım. Örneğin, geçen yıl Parlamento egemenliğinin niteliğini tartışmış ve mahkemelerin yasaları hükümsüz kılabilmesi kavramını reddetmek eğiliminde olduğumu belirtmiştim. Ayrıca Parlamento'nun egemenliğinin oturmuş bir ilke olduğunu ve bunun mahkemeler tarafından tek taraflı değiştirilmemesi gerektiğini de söyledim. Bu konuları vurgularken, anayasal ve akademik alanlarda tartışma ve fikir çatışmasına da girdim. Bu konuda mahkemeler henüz nihai bir karar vereme-

miş bulunmaktadır; çünkü Birleşik Krallık mahkemelerinin henüz 2005 tarihli Yasa'nın 1. Bölümü'nde *'hukukun üstünlüğünün mevcut anayasal ilkesi'* olarak tanımlanan kavramın kapsamını ve çerçevesini ele alması gerekmemiştir. Bir görüş bildirirken, bu konuda kesin bir hükmüm olmadığını net şekilde ifade ettim, bu bağlamda da Gestingthorpe Lordu Walker'ın kitabından bir sayfa kopardım ve kendisinin *Hastings-Bass*[33] kuralına ilişkin olarak King's College Hukuk Fakültesi'nde 2002[34] yılında verdiği konferansta benimsediği tutuma atıfta bulundum.

Bir hakimin mahkeme dışında fikir ifade ettiği bir mesele dava konusu olduğu zaman, mahkemenin bunu ele alması ve tarafların dile getirdiği savlara göre bir çözüm getirmesi gerekir. Benim Parlamento'nun egemenliğine ilişkin görüşüm o zaman ne idiyse şimdi de o. Ancak bunun aksine olan hukuki ve anayasal savlar da var ve eğer bu konu benim önüme gelirse, ilgili savlara göre bir karar vereceğim. Sonuçta, bir hakimin alt derece mahkemesinde kendisi tarafından karara bağlanmış olan bir hukuki konuyu temyiz kürsüsünde karara bağlamasının istenmesi görülmedik bir durum değildir. Bu durum Lordlar Kamarası'na kıdemli bir Hukuk Şubesi üyesi Lord sıfatıyla girdikten kısa bir süre sonra Lord Phillips'in başına gelmiş ve birkaç yıl önce İstinaf Mahkemesi'nde İngiltere ve Galler Mahkemelerinin Başkanı Lord Chief Justice sıfatıyla verdiği kararda yanılmış olduğuna karar vermiştir[35]. Esasen Hakimlerin kendi temyizlerini kendilerinin gördüğü günler çok da geçmişte kalmamıştır. Bu bağlamda, benim en sevdiğim davalardan biri 1846'da karara bağlanan *Martindale/Falkner*[36] davasıdır. İlk derecede, Hakim Maule davacının lehine karar vermiştir. Davalının itirazı üzerine Mahkeme Başkanı Chief Justice Tindal, Hakim Maule'un kararını onayan kısa bir hüküm vermiştir. Ayrıca Hakim Cresswell ve Hakim Erle de Hakim Maule'un kararını onayan kısa hükümler vermiştir. Bu davadaki tek muhalif, kendisinin yanıldığı gerekçesiyle temyize müsaade eden Hakim Maule olmuştur. Bu tutumu ile bir hakimden umulan bağımsız, korkusuz ve hatta cesur tutumun nasıl olması gerektiğini göstermiştir.

Cesur denince, bazıları Lord Sumption'ın yakın zamanda gerçekleştirdiği *Yargıda Siyasi Karar Verme: Belirsiz Sınırlar*[37] başlıklı F.A. Mann konferansını da anmadan geçmez; zira bu konferansta yargının yaklaşık son yirmi yılda yürütmenin kararlarına hangi derecede müdahale etmeyi uygun gördüğü sorgulanmıştır. Kısa süre önce İstinaf Mahkemesi'nden emekli olan Sir Step-

33 *Ref. Hastings-Bass* [1975] Bölüm 25.

34 (2002) 13 King's College Law Journal 173

35 Bkz.R - K [2008] QB 827 kararını bozan R - G [2010] 1 AC 43

36 (1846) 2CB 706

37 <http://www.legalweek.com/digital_assets/3704/MANNLECTURE_final.pdf>

hen Sedley bir süre önce bu görüşün ayrıntılı bir eleştirisini London Review of Books'da yayımlamıştır. Ciddi boyutta bir tartışma gerçekleşmektedir. Sir Stephen'ın sert vurgu yaptığı noktalardan biri de Lord Sumption'ın konferansının *'yargının itibarına ve hukuka duyulan güvene zarar vermesi*[38]*'* olmuştur.

Konuşmayı yaptığı sırada Lord Sumption'ın yargı mensubu olmamasının bu noktada bir zorluğa yol açtığı söylenebilir. Nitekim, o aşamada Yüksek Mahkeme'ye atanmış olduğu duyurulmuş, ancak kendisi henüz yemin etmemiş bulunuyordu. Yani, en azından istediği şekilde görüş bildirebilecek bir konumda olduğu ileri sürülebilirdi. Aynı şekilde Sir Stephen da eski hakim sıfatıyla istediği şekilde görüş bildirmekte serbesttir. Ancak, bu nokta da ilk bakışta göründüğü kadar basit değildir; zira Sir Stephen İstinaf Mahkemesi'nde yarı zamanlı olarak kürsüye çıkmakta. Bu durumda tam zamanlı Hakimler için ayrı, yarı zamanlı hakimler için ayrı bir kural mı olacak?

Yine burada belirtilmeye değer başka bir yeni örnek de, geçtiğimiz Kasım ayında Lady Hale tarafından yapılmış olan konuşmadır. Lady Hale, Hukuk Merkezleri Federasyonu Yıllık Konferansı'nda yaptığı açılış konuşmasında hükümetin önerdiği adli yardım reformlarının bazı boyutlarını *'temelden yanlış anlayış*[39]*'* eseri diye nitelendirmiş, diğer boyutlar için de *'sahte ekonomi*[40]*'* tanımlamasını kullanmıştır. Bu tür görüşler hükümet politikası sınırlarına girmekle kalmayıp, politikanın özellikle tartışmalı olan bir boyutunu ele alır niteliktedir. Konuşmasının açılışında hükümet politikasının eleştirilmesinin hakimlerin işi olmadığını belirterek yaptığı uyarıya[41] rağmen, bildirilen görüşlerin bu şekliyle uygun olmadığı söylenebilir.

Bana öyle geliyor ki cesur olmakla beraber, Lady Hale'in konuları bu şekilde gündeme getirmiş olmasına izin verilemez. Bana kalırsa, Hakimlerin Devlet'in yargı kolunun işleyişinin kalbinde yer alan konularla ilgili olarak kamuoyu önünde görüş bildirmesinde bir sakınca yoktur. Hatta bazı koşullarda bunun onların bir görevi olduğu bile söylenebilir. Geçmişte, Lordlar Kamarası'nda yasama şapkalarını giydiklerinde ya da Lord Chancellor aracılığı ile bunu yapmaları daha kolay oluyordu. Ama, artık o günler geride kaldı. Yargının idaresinin doğru işlemesini sağlamak amacıyla kamuoyunda görüş

38 S. Sedley, *Judicial Politics* [*Yargı Siyaseti*] London Review of Books Cilt 34. No. 4 (23 Şubat 2012) 15 – 16.

39 B. Hale, Hukuk Merkezleri Federasyonu Yıllık Konferansı Açılış Konuşması, (2011) (http://www.supremecourt.gov.uk/docs/speech_111125.pdf) s. 5.

40 B. Hale *a.g.k.*, s. 3.

41 B. Hale, *a.g.k.*, s. 1, *'Hükümet politikasına saldırmak hakimlere düşen bir görev değildir. O gün iktidardaki hükümet büyük bir bütçe açığının kapatılması için doğru çözümün kamu harcamalarında kesintiye gitmek olduğuna karar vermişse, o zaman bu kararı verecek olan onlardır, eğer uygun görürse de buna itiraz edecek olanlar Majestelerinin sadık muhalefetidir. Majestelerinin sadık hakimlerinin görevi ise bunun sonucunda oluşan anlaşmazlıkları hukuken karara bağlamaktır.'*

bildirmek Kilmuir Kuralları uyarınca da kabul edilen bir istisna idi, ki bugün bu uygulama, kuralların geçerli olduğu tarihe göre daha fazla önem taşımaktadır. Tüm önemli haklarda olduğu gibi bunun da kullanımına gereken özen gösterilmeli, hükümet ile kamuoyu önünde bir politikaya ilişkin tartışmaya girildiğinde hükümetin de buna cevap vereceği ve böylesi tartışmalarda her zaman son sözü Parlamento'nun söyleyeceği tam anlamıyla kabul edilmelidir; en azından yukarıda sözü geçen konuşmamda belirtilen görüş doğru ise durum budur.

Cesaret ve tedbir için söylenecekler bu kadar. O zaman bunun ilkeleri ne olmalıdır?

Birincisi, Hakimlerin geniş bir yelpazeye yayılan konularda görüş bildirmekte serbest olması bana göre gayet doğrudur. Bu sayede, örneğin, eğitici bir rol üstelenirler. Anayasa hukuku ve ilkeler konusunda bu rol hiçbir şekilde küçümsenemez.

İkincisi, bu tür görüşler bildirilmeden önce enine boyuna düşünülmeli, yargının bağımsızlığının her iki boyutu üzerinde nasıl bir etki yaratabilecekleri değerlendirilmeli, böylelikle hem Hakim Scalia hem de Mahkeme Başkanı Harlan Stone'un karşılaştığı durum önlenmelidir.

Üçüncüsü, dile getirilen bir görüşün tartışmalı konuların merkezinde olması ya da kamu politikası konularına değinmesi sonucunda erkler ayrılığı ve Devletin üç erki arasındaki görev bölümü üzerinde nasıl bir etkisi olacağı ya da bundan nasıl etkileneceği dikkatle düşünülmelidir. Bu görüş acaba yasak toprakları ihlal ediyor mu? Aynı konu yürütme ya da yasama mensuplarının görevdeki Hakimlerden görüş almalarının doğru olup olmadığı durumların değerlendirilmesi için de geçerlidir. Görev bölümü ve erkler ayrılığı nedeniyle ağzımızı sıkı tutmamız gerekebilir.

Dördüncüsü, hakimlerin hitap ettikleri kitleyi, görüşlerinin bu kitle ya da tüm büyük kitleler üzerinde nasıl bir etkisi olabileceğini iyice tartmaları gerekir. Bu etki ya da muhtemel etkinin sonucunda bağımsızlıkları ya da kanun uyarınca adalet dağıtmak olan asli görevleri açısından sorgulanmaları gündeme gelebilir mi? Yargının bağımsızlığının sorgulanması söz konusu olabilir mi?

Beşincisi, ki bunda Hakim Mason'a katılıyorum, hakimlerin kamuoyu önünde kendi menfaatlerinin peşinde koşmamaları ya da *'kürsüyü kendi gayelerini (ne kadar değerli olsa da) duyurmak*[42]' için kullanmamaları gerekir.

42 Mason, *a.g.k.*

Kanaatim odur ki, yargının geniş bir yelpazeye yayılan hukuk ve anayasa ile ilgili meselelerde konuşmalar, konferanslar ve makaleler aracılığıyla görüş bildirmesinde yaşanan gelişmelerin sonucu olumsuz olmamış, aksine fayda sağlamıştır. Buna karşın, yargının görüş bildirilmesindeki gelişmelere göre tek gereken, özen ve değerlendirme değildir; ayrıca görüşün hangi sınırlar içinde yapılmasının doğru olacağının da anlaşılması gerekir. Bu sınırlar, 2005 Yasası sonucunda bugün eskiye nazaran çok daha belirginlik kazanmıştır.

Bu Yasa'nın sonuçlarından biri de yargının bağımsızlığına hem nitelik hem de önem açısından vurgu yapması ve Devlet'in her üç erkinin de bu bağımsızlığın nasıl doğru şekilde muhafaza edilebileceğini enine boyuna düşünmesini gerektirmesi olmuştur. Benim konuşmalarımda ve konferanslarımda dile getirdiğim yargı dışı görüşler, eğer iyi ise bu bağımsızlığın muhafaza edilmesini sağlar, kötü ise sonuçta gölge düşmesine neden olur. İşte, özen bunun için gereklidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıçlarının İfade Özgürlüğü

Jean-Paul Costa[1]

Özet

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıçlarının İfade Özgürlüğü

"Herkesin ifade özgürlüğüne Devletler tarafından saygı gösterilmesini sağlamak, bizzat bunu sağlayanlar için sınırsız ifade özgürlüğü hakkı iddia etmek anlamına gelmez." İşte bu makalede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi eski başkanı Jean-Paul Costa bu çelişkiyi irdeliyor. İlk olarak, başta (yargıçların bizzat kabul ettiği) Mahkeme Tüzüğü ve Etik Kurallarının belirlediği özellikle gizlilik yükümlülüğü gibi AİHM yargıçlarının ifade alanına uygulanan kural ve ilkeleri tanımlıyor ve inceliyor, ve hangi yükümlülüğün müstakil görüş bildirme hakkı ile uzlaştırılması gerektiğini açıklıyor. Makale, devamında, pratikte bu ilkelerin nasıl uygulandığını inceliyor ve yargıçların asli görevlerini ve diğer işlevlerini yerine getirmeleri arasında ayrım yapıyor. Bazı sonuçlara varılırken, yargıçların ifade alanlarına ilişkin getirilen kısıtlamaların gerekli olduğunun ve bunların zaten bizzat yargıçlar tarafından gönüllü olarak kabul edildiğinin altı çiziliyor, ve bunun da ötesinde bu kısıtlamaların aslında bir tür Hakim bağımsızlığını koruma biçimi olabileceği anlatılıyor.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en önemli maddelerinden biri olan 10. madde, "herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir" ifadesiyle başlıyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıçları, seneler içinde, birlikte, ifade özgürlüğünü koruyan, bu ilkeyi el üstünde tutan ve 10. maddenin 2. paragrafında yer alan istisnaları dar bir biçimde yorumlayan bir içtihat oluşturdular.

Bu makale, herkesin yararlanabilmesi için teminat altına almaya çalıştıkları bu özgürlükten yargıçların kendilerinin gerçekten yararlanıp yararlanamadıklarına ilişkin samimi bir düşünce paylaşımı (yazarın deneyiminin bir ürünü) olarak kaleme alındı. Bu, önemli bir yargıç, ve basın özgürlüğünün ve genel olarak ifade özgürlüğünün büyük savunucusu olan, ve başkanlarının himayesinde ortak kurallara uyması gereken, her biri kuvvetli şahsiyetler olan kırk yedi üyeden oluşan büyük bir Mmahkeme'nin başkanı Nicolas Bratza'ya karşı gerçek bir hürmetin göstergesidir...

Düşüncelerimin ilk bölümünde şu soruya cevap vermeye çalışacağım: Bu konuda kurallar var mı? Daha sonra, yargıçların var oldukları ölçüde bu kurallara ilişkin uygulamalarını inceleyeceğim.

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski Başkanı

I- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıçlarının kendilerini ifade etme özgürlüğüne ilişkin hangi kurallar uygulanmaktadır?

Kuralların en üst düzeyini bizzat Sözleşme oluşturmaktadır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, halihazırda 47 üye devleti bağlayan -Avrupa Birliği'ne de uygulanması beklenen[2]- çok taraflı uluslararası bir antlaşma olarak, Mahkeme'yi kurmuştur (19. madde) ve bunu oluşturan yargıçların kimler olduğunu, nasıl göreve getirildiklerini ve görevlerini yerine getirme şartlarını belirtmektedir (20 - 23. maddeler).

Oysa, bu maddeler daha çok kısıtlayıcı maddelerdir. Yargıçlar, en yüksek manevi saygıyı görmeli ve hukuki vasıfları en üst düzeyde olmalıdır (21. maddenin 1. paragrafı). Aynı zamanda bağımsızlık, tarafsızlık ve görevi yerine getirebilme yükümlülüklerine tâbidirler (aynı maddenin 2. ve 3. pargrafları). Bu konu ile ilgili ortaya çıkabilecek sorulara ancak Mahkeme açıklık getirebilir. Yine aynı şekilde, aranan şartlara artık uymayan bir yargıcı görevden almaya da (23. maddenin 4. paragrafı) yine Mahkeme karar verebilir (üçte ikilik çoğunluk ile). Yargıçların yerine getirmeleri gereken yükümlülükleri hangi şartlarda yerine getireceklerine dair Sözleşme metni sessiz kalmaktadır; muhtemelen, bu şartların çok genel şartlar olduğunu ve hem adli işlevleri hem de Mahkeme dışı işlevleri ve hatta yargıçların hizmet dışı oldukları durumları da kapsadığını anlamak gerekir; bu da özellikle ifade özgürlüğünün kullanımı için geçerlidir. Bir yargıcın hem bağımsız hem tarafsız olduğunu, fakat aynı zamanda Mahkemede görüşlerini dile getirirken gizliliğe uyması gerektiğini, ancak kürsüden ya da Mahkeme binasından ayrıldıktan sonra bu yükümlülükleri çiğneyebileceğini düşünmek mümkün gözükmemektedir. Burada hafif de olsa bir şizofreni olamaz.

Yine, Sözleşme, yargıçlara düşen görevler arasında gizlilik görevini açıkça belirtmemiştir. (Sözleşme'nin 25. maddesi uyarınca yargıçlar Genel Kurulunun kabul ettiği) Mahkeme Tüzüğünün 3. maddesi, göreve yeni gelen her yargıcın göreve başlamadan önce, görevlerini onur, bağımsızlık ve tarafsızlık ile yerine getireceğine dair yemin etmesi ya da bunu resmi şekilde beyan etmesi gerektiğini ve Mahkeme'de yapılan müzakereleri gizli tutacağını öngörmektedir.

Oysa, müzakereleri gizli tutmak- ulusal yargı sistemlerinde çoğu zaman (ama her zaman değil) zorunlu olan bir yükümlülük- ifade özgürlüğüne getirilmiş önemli bir sınırlamadır. Nitekim, Mahkeme öyle örgütlendirilmiştir

2 Avrupa Birliği'nin Sözleşme'ye taraf olması uzun yıllardır beklenmektedir, Lizbon Antlaşması tarafından öngörülmüştür ve Sözleşme'nin 14 no'lu Protokolü ile de mümkün kılınmıştır.

ki, gerçekten de yargıçlar arasındaki müzakereler gizli kalmalıdır. Duruşma olduğunda, genelde kamuya açık[3] olmaktadır, ancak duruşma sonrasında yargıçlar davayı müzakere etmek üzere *in camera* yani halka açık olmayan bir mekâna çekilirler. Ayrıca, yargıçlar haricinde bu müzakerelere katılan kişiler oldukça kısıtlıdır: (Daire'nin ya da Büyük Daire'nin) Yazı İşleri Müdürü, dava dosyasını hazırlayan hukukçu ya da hukukçular, Yazı İşleri Müdürlüğü'nden birkaç kişi daha ve çevirmenler. Tüm bu kişiler, mesleki gizlilik yükümlülüğüne tâbidirler, sadece Başkan kendilerine söz ya da izin verirse söz alabilirler ve doğal olarak bu kişiler ne görüş beyan edebilir ne de oy kullanabilirler.

Peki bu kadar gayretle korunan bu gizlilik kuralı neden? Adaletin selametine ve iyi işleyişine bağlı genel bir neden var elbet. Fakat çoğu zaman oldukça hassas, siyasi konularda dahi karar vermek durumunda olan uluslararası bir yargı kuruluşuna ilişkin daha özel bir neden daha var: İlk müzakereler (genellikle duruşmadan hemen sonra yapılan) ve son/nihai müzakereler ve/veya kararın açıklanması arasında bilgi sızması riski felakete yol açabilir. Bu tür sızıntıları önlemek için her şey düşünülmüştür, ancak maalesef her zaman bunu önlemek mümkün olmamaktadır, bu durum da çok katı prensiplerin varlığına rağmen gizliliğin her zaman korunamadığını düşündürmektedir. Mahkeme'nin durumu da bu açıdan farklı değildir.

Her halükârda, ifade özgürlüğünün, Sözleşme tarafından zımni olarak, Mahkeme Tüzüğü tarafından ise açıkça sınırlandığını görüyoruz.

Bunun yanı sıra deontolojik kurallar mevcut mudur?

Bu soruya olumlu cevap vermek gerekiyor. 23 Haziran 2008 tarihinde, yargıçlar genel kurulu (başkanlığım altında) adli etik konusunda bir karar aldı. Bu metnin birçok maddesi yargıçların ifade özgürlüğü ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkilidir. Madde III, yargıçların adli işlevlerini yerine getirebilmeleri için görmeleri gereken yüksek manevi saygıya uyan bir davranış sergilemeleri gerektiğini belirtmektedir ve özellikle, "her türlü şart altında, Mahkeme'nin namı ve prestijini korumaya" özen göstermeleri gerektiğini ortaya koymaktadır. Madde IV uyarınca, yargıçların, Mahkeme önünde izlenen usüllere ilişkin gizli ya da sır niteliğindeki bilgileri "mutlak şekilde gizli tutmaları" gerekmektedir (bunun altını özellikle çiziyorum). Bu madde, yargıçların "müzakerelerin gizliliğine" saygı gösterdiklerini belirtmektedir. Ayrıca "ifade özgürlüğü" başlıklı Madde VI, yargıçların "kamu önünde, Mahkeme'nin yetkisini olumsuz yönde etkileyebilecek ya da tarafsızlıkları

3 6. maddenin 1. paragrafında yer alan istisnalara uyan çok istisnai vakalarda, duruşma kamuya kapalı olabilir ve kapalı kapılar ardında yapılabilir (bkz. *T. ve V./Birleşik Krallık davası, 16 Aralık 1999 tarihli Büyük Daire kararı).*

konusunda şüphe uyandıracak açıklamalar ya da yorumlar yapmaktan kaçındıklarını" belirtmektedir.

Titizlikle sürdürülen hazırlık çalışmalarının sonrasında resmen kabul edilen adli etiğe ilişkin bu karar, Mahkeme üyelerinin (ve hatta, eski üyelerinin bile- bkz. Madde X), "her şart altında" ve dolayısıyla Mahkeme'ye verdikleri hizmetin dışında dahi, ifade özgürlüklerini katı biçimde kontrol altına almaktadır.

Ayrıca, tam tersi bir mantıkla, müzakerelerin gizliliği, kanunen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne mi aittir? Cevap, hayır.

Hangi mahkeme olursa olsun, sır saklama yükümlülüğü mutlaktır, böylelikle hangi hakimin hangi görüşte olduğunu kimse bilemez. Örneğin Fransa'da olduğu gibi, genellikle kıta Avrupası hukuk geleneğine bağlı birçok ulusal mahkeme için bu böyledir. Bu mahkemelerin kararları, varılan çözüm hakkında mahkeme heyetini oluşturan hakimlerin olumlu ya da olumsuz görüşlerinin ne olduğu bilinmeden açıklanır. Bunun sonucu olan mantığa göre, verilen kararı uygun bulmayan ve çoğunluğa boyun eğmek durumunda kalanların, seslerini çıkarmamaları ve vakur biçimde, Alfred de Vigny'nin şiirindeki gibi "sessizlik içinde acı çekmeleri" gerekmektedir. Fransa'da, muhtemelen, gizli olmaktan başka her şey olan ve (görevini kamuya açık olarak "halkın" baskısı altında yapan) Devrim Mahkemesi'nin bıraktığı çok kötü anılar yüzünden, bu kural geneldir. Bazı eleştirilere rağmen, Anayasa Mahkemesi dahi bu kurala uymak zorundadır[4]. Lüksemburg'daki Avrupa Birliği Adalet Divanı'nda da, başlangıçtan günümüze kadar "kıta Avrupası" geleneği uygulanmıştır (kurucu altı ülkenin büyük ölçüde bu geleneğe bağlı olduğu bir gerçektir): Kararlar açıklandığında, oybirliği ile alınıp alınmadıkları bilinmez (bu durum, görüş birliğinin arzu edildiğini, fakat doğası itibariyle bunun zaruri olmadığı AİHM'den çok daha fazla görüş birliği arandığını düşündürtmektedir, mantıklı olan da budur).

Birleşik Krallık'ta olduğu gibi, Nick Bratza'nın iyi bildiği Anglosakson geleneğinde (Avrupa dışında da, örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde geçerlidir ve Yüksek Mahkeme en iyi örneğidir) durum tersidir. Kararda adı geçen her hakimin, kararı onaylamaması halinde, karşı görüş bildirme hakkı hatta görevi vardır. Bu da kararın, oybirliğiyle mi çoğunlukla mı ve hatta hangi çoğunlukla alındığının belirtilme zorunluluğunu beraberinde getiren bir durumdur. Bu uygulama, uzun süredir, Lahey Uluslararası Adalet Divanı'nda mevcuttur, ondan önce de Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nda

4 Özellikle, Anayasa Mahkemesi eski üyesi Sayın Pierre Joxe, kamuya, gizlilik kuralının kaldırılmamasından duyduğu hüsranı dile getirmiştir.

mevcuttu. 1950'de kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, o zamanlar dünyada neredeyse benzeri olmayan bu modeli örnek aldı: (45. maddede) Sözleşme, Mahkeme'nin karar metni- kararın tamamı ya da bir kısmı için- yargıçların görüş birliğini yansıtmıyorsa, her biri için, farklı görüşünü karar metnine ekleme hakkını ortaya koymuştur. Eğer görüşün yazarı çözüme karşı ise, bu görüş muhalefet şerhi, farklı bir mantık ile aynı çözüme gelindiğini düşünüyorsa, ayrık görüş olmaktadır. Tabii ki bir görüş, kısmen ya da tamamen muhalif ya da ayrık görüş olabilir. Tek bir yargıcın ya da birçok yargıcın görüşü olabilir, ya da tek bir yargıcın kaleme aldığı, fakat diğer yargıçların da katıldıklarını beyan ettikleri bir görüş olabilir. Ayrı yazılan görüşlerin uzunlukları farklılık gösterebilir, ama genelde, karar metninden çok daha kısadır; bu bazı diğer mahkemeler için farklı olabilir (Uluslararası Adalet Divanı'nı düşünerek söylüyorum).

Karar ile görüş birliğinde olunmadığında, görüşü belirtebilme olanağını, hukuken buna zorunlu olmasalar da, AİHM yargıçları, neredeyse her seferinde kullanmaktadır ve bunun da önemli sonuçları olmaktadır: Öncelikle doktrin açısından (aynı sorun konusunda farklı bakış açıları ortaya konmuş olur), dolaylı olarak da içtihat açısından; çünkü küçük bir çoğunlukla alınan bir karardan sonra, bu bir zorunluluk olmamakla birlikte, içtihat değişikliği gelebilir. Farklı görüş bildirebilme olanağının uzantısı olarak, hiçbir metinde belirtilmemiş olsa da, karar açıklandığında oybirliği olup olmadığının, ya da eğer yoksa, hangi çoğunlukla alındığının belirtilmesi gerekmektedir (örneğin, 5'e karşı 2 ya da 10'a karşı 7 ya da 14'e karşı 3, vs...). Bunun sonucu olarak, basit bir çıkartma işlemi sonucunda her bir yargıcın oyu pratikte her zaman bilinmekte, bu durum da O'nu kamunun eleştirilerine maruz bırakabilmektedir (hatta bazen aşağılanmasına bile- ama neyse ki bazen de övülmesine yol açabilmektedir). Fakat bu durum da yargıçlara inançlarını sonuna kadar savunma cesaretini vermektedir. 45. maddenin sadece Mahkeme kararları için geçerli olduğunu belirtmek gerekir, nitekim Mahkeme, *a contrario* yani tersine bir yorumlama getirmiş, kabul edilemezlik kararlarına, yargıçların müstakil görüş iliştirme hakkını tanımamıştır. Bu kararlarda sadece, oybirliği ile mi, çoğunluk kararı ile mi alındıkları belirtilmektedir. Oysa ki bu kararlar, aslında hukuki, hatta siyasi olarak büyük önem taşımaktadır[5]. Mahkeme'nin birçok yargıcı, kabul edilebilirlik kararlarına da müstakil görüş yazabilmeyi arzu ettiklerini dile getirmiş olsalar da, şimdilik başarıya ulaşamamışlardır. Belki bu olanak, sadece en önemli kabul edilemezlik vakaları için, yani pratikte sadece Büyük Daire kararları için tanınabilir; çünkü burada basit bir kritere ihtiyaç vardır, kararın önemine başka türlü karar vermek fazla öznel

5 Örneğin, bkz. Büyük Daire'nin Behrami ve Saramati/Almanya, Fransa, Norveç kararı (31 Mayıs 2007) ya da Demopoulos/Türkiye (1 Mart 2010). Oybirliği ile kabul edilemezlik kararı için, bkz. Bankovic/17 Nato Ülkesi davasında Büyük Daire'nin 12 Aralık 2001 tarihli kararı.

olacaktır... Bu noktayı, çok da üstelemeden, eski mesai arkadaşlarımın dikkatine sunuyorum.

Sözleşme ve Tüzükten anlaşıldığı üzere, Avrupa Mahkemesi sisteminde, açık bir çelişki mevcuttur: Yargıçlar müzakereleri gizli tutmakla yükümlüdür, bu da onların ifade özgürlüğünü ciddi şekilde sınırlamaktadır, ancak aynı zamanda, bu müzakerelerin vardığı sonuca katılmadıkları takdirde bu özgürlüğü geniş bir biçimde kullanma hakkına sahiptirle!

***

II. Yargıçlar bu kurallara nasıl uymaktadır, özellikle de ifade özgürlüğü ilkesini Sözleşme ve diğer metinler tarafından getirilen sınırlamalar ile bağdaştırabilmekteler midir?

Bu soruya cevap vermek kolay değil; çünkü yargıçlar için bu kurallar bütününü uygulamak da kolay değil. (Prensipte...) mutlak olduğunda sırrı saklamak ve örneğin Fransız geleneğinde[6] olduğu gibi hiçbir istisnanın olmaması durumu çok daha zahmetsizdir. Sır daha izafi olduğunda ise, görüldüğü üzere durum çelişkili olabilir. Kant'ın sözlerini tekrar etmek gerekirse, kategorik bir sınırlama varsayımsal bir sınırlamadan prensipte daha "basittir".

Görevlerin yerine getirilmesi ve çevresel şartlar arasında bir ayrım yapmak gerekir.

A. Görevlerin yerine getirilmesi:

Şu detayı belirlemek gerekir: Söz konusu olan, hangi görevlerdir? Salt adli görevler mi (tek yargıçlı yargılama, ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin kararlar, üçlü, beşli, yedili ya da on yedili heyetlerde görev) ya da daha geniş anlamda, başka faaliyetleri de kapsayan Mahkeme'ye hizmet içeren görevler mi?

Genel bir cevap vermek gerekirse: Hem yargıç, hem de Yazı İşleri Müdürlüğü personeli olmak üzere Mahkeme mensuplarının tümünün işlev ve faaliyetleri, Mahkeme'nin çıkarları doğrultusunda, normal olarak *gizliliğe tâbi* tutulmalıdır. Bu adli görevler için doğal gelse de, aslında adli olmayan görevleri

6 Bu makalenin yazarının otuz seneyi aşkın bir süre üyesi olduğu Fransa Danıştayı'nda, müzakerelerin gizliliğinin mutlak olduğu bir durumda, tetkik hakiminin (AİHM'den farklı olarak, Avrupa Adalet Divanı'nda olduğu gibi ismi bilinir) dava ile ilgili yorum yayımlamasına izin verilmektedir (dava ile ilgili görüşü de bu şekilde bilinmiş olur), fakat imzasını sadece isim ve soy isminin başharfleri ile atar. Bu uygulama aslında oldukça kurgusaldır, makalenin sahibinin kimliğini saklamaz! Ancak bu çok istisnasi durumlarda ortaya çıkan bir uygulamadır.

de kapsamalıdır (bu, yazarın kendi görüşüdür): Yargıçlar çoğu zaman kamuya açıklanmamaktan muzdarip (ki böyledirler) önemli kararlar alan Yargıçlar Genel Kuruluna aittirler, fakat kararların nasıl ortaya çıktığına dair tartışmaların ifşa edilmesinde Mahkeme Başkanı, Başkan Yardımcıları ve Daire Başkanları, Yazı İşleri Müdürleri ve Yazı İşleri Müdür Yardımcıları'nın oluşumlarına katılırlar, hatta daimi komite ya da çalışma gruplarına katılmaları da söz konusudur. Büyük Daire başvurularını inceleyen ve içtihadın tutarlılığı açısından çok önemli bir görev yerine getiren Sözleşme'nin 43. maddesinin öngördüğü beş yargıçlı heyet, kararlarını bilinmeyen bir çoğunlukla almaktadır, bu da bana göre bilge bir davranıştır (karşı görüş seslerine rağmen, bence 1998'den bu yana uygulamada bu kararların gerekçelendirilmiyor olmaları bence çok uygundur: Aksi takdirde gereksiz bir şekilde, 43. maddedeki Büyük Daire inceleme kriterlerinin tekrarlanması ya da yararsız tartışmalara yol açacak detaylı gerekçelerin belirtilmesi gerekecektir).

Tabii ki, tüm bunlar, Mahkeme'nin gizli bir biçimde çalıştığı anlamına gelmiyor. Tam tersine, insan haklarını korumakla görevli bir mahkemenin, mümkün olduğunca şeffaf bir işleyişinin olması çok önemlidir. Zaten 10. madde de, ifade özgürlüğü hakkının, bilgi alma özgürlüğünü de kapsadığını belirtmemiş midir? Nitekim, birçok kere Mahkeme içtihadı, gizli saklı bir adalet sistemi barındıramayacak[7] demokratik bir toplumda gerekli olduğu üzere, halkın güvenini kazanması için, adaletin kamuya açık ve şeffaf şekilde tesis edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Zaten burada sadece görünüşte bir çelişki mevcuttur: Eğer Mahkeme, kamuya açık bir karar vermek isterse ya da bu bir zorunluluksa, kararın hangi şartlarda kamuya açıklanacağına kendi karar verir. Yargılama sonucu verilen kararlar, Mahkeme'nin karar verdiği açıklama tarihinde zaten kamuya açıklanır (bunun da böyle olması gereklidir), hiçbir zaman bu tarihten önce bu açıklama yapılmaz, (bu açıklama yazılı yapılır, bunun istisnası çok önemli kararların kamuya açık yapılan duruşmalar akabinde kamuya açıklanmasıdır). Karar yazılı olarak açıklandığında, çoğu zaman, davayı ve özünü özetleyen bir basın duyurusu da içerir. Basın duyuruları, aynı zamanda, normalde on beş gün öncesinden, nihai ve önemli ara kararların açıklanma tarihini de belirtir. Bu şekilde, tarafların ve halkın son dakikada bir sürpriz ile karşılaşmaları önlenmiş olur. Devamlı evrilen ve gelişen Mahkeme basın servisi de, kanımca, gizlilik ve şeffaflık, kamunun ve medyanın bilgilendirilmesi ve yargılama usulünün gizliliği arasında iyi bir denge gözetmeyi başarmıştır.

Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kendi idari organları bir karar aldığında (yargıçlar arasındaki seçimler, Yazı İşleri müdürlüğü üyelerinin seçimi ya da göreve getirilmesi, Tüzük kabulü ya da değişikliği,

7 Örneğin, bkz. 8 Aralık 1983 tarihli, *Pretto/İtalya* kararı.

uygulama ya da talimatların kabulü, genel kararların alınması...[8]), sadece Mahkeme bunları kamu ile paylaşabilir; ne zaman açıklanacağına karar verir, genellikle de vakit kaybetmeksizin bunu yapar. Ancak kural değişmez: Bir karar kamuya açıklanmadığı sürece, gizli kalmalıdır. Halen gizli olan bilgileri ifşa etmek, hiç kimsenin, yargıçların bile yapamayağı bir şeydir. Aksi takdirde Kurum'un yerine geçmiş olurlar. Yargıcın bu "sızıntıya" yol açarken iyi ya da kötü niyet ile hareket etmiş olması önemsizdir. Heyet halinde çalışan bir kurumun imajı ve işleyişinin etkinliği, bu kurumu oluşturanların birbirine olan saygı ve dayanışmasına bağlıdır.

***

Kararlara dair müstakil görüşler konusu ayrıdır. Tabii ki bu görüşler de, yargılama görevinin bir parçasıdır, ve kendi ulusal yargı uygulamalarında bu sistem olmayan yargıçlar da dahil olmak üzere, tüm yargıçlar meşru olarak bu müstakil görüşler kurumuna bağlıdır. Bu bağlılığın iki nedeni vardır. Öncelikle, müstakil görüşün yazılması, hele hele bu bireysel bir görüş ise, ve hatta birçok yargıcın toplu görüşü söz konusu olduğunda bile, normal şartlarda müzakerelerin gizliliği ile belirlenmiş dar bir korse içine sıkışmış kişilere (ifade) özgürlük alanı açar. Bir de, yargıçlar, birer entellektüel, hukukçu ve ... yargıçtırlar! Müstakil görüş yazmak, doğru olduğuna inandıklarını yazma fırsatı olduğu kadar, iyi ya da kötü, haksız ya da hatalı buldukları bir karar ile aynı tarafta bulunma zorunluluğunun yarattığı hüsran duygusunu aşmak için de bir fırsattır. 1950 tarihli ilk Sözleşme metninden bu yana süregelen uzun bir geleneğin sonucu olan ayrık görüşler ya da muhalefet şerhleri (ya da bazen basit kısa *açıklamalar*[9] bile), yazarlarına belli bir entellektüel zevk, ama bunun da ötesinde ahlaki bir tatmin duygusu tattırır.

Ancak, farklı görüşte olma özgürlüğü ile müzakerelerin gizliliği ve daha da genel anlamda mesleki bir oluşuma aidiyetin getirdiği yükümlülükler nasıl bağdaştırılabilir? Bu hassas bir konu olmakla birlikte, Sir Nicolas Bratza da dahil olmak üzere -her Mahkeme Başkanı- bu soruyu kendine birden çok kez sormak durumunda kalmıştır.

İlk önce, belirtmesi gereksiz gibi gelse de, yargıçların toplu olarak aralarında yürüttükleri müzakerelerin gizliliği ile bir yargıcın kendi isteğiyle şahsi fikrini ifşa etmesi arasında fark gözetmek gerekir. Muhalif görüşteki bir yar-

8 Yeni bir örnek için, bkz. -daha önce görülmemiş şekilde- bir hükümetin Mahkeme'nin yargıçlarından birinin dokunmazlığının kaldırılmasına ilişkin talebinin reddedildiği, ancak yargıcın eşinin dokunulmazlığının kaldırılması talebinin kabul edildiği 30 Kasım 2011 tarihli Genel Kurul kararına ilişkin basın açıklaması.

9 Örneğin, bkz. *Martinie/Fransa* davasında Başkan Wildhaber'in görüşü (Büyük Daire, 12 Nisan 2006) ya da benim yazmış olduğum *Papon-Fransa* davasına ilişkin açıklama (25 Temmuz 2002).

gıç, kamuya açıklanmış kararın izlediği yolu ve vardığı sonucu eleştirecektir. Bunu yaparken, dava dosyasına kendi görüşlerini yansıtarak çoğunluğun – ki kararın gerçek "yazarı" çoğunluktur- izlemiş olduğu gerekçelendirmeyi, olayları nitelendirmesini ya da her ikisini birden sorgulayacaktır. Ancak, söz konusu çoğunluğu oluşturan şu ya da bu yargıcın bireysel görüşlerini eleştirmesi ya da müzakerelerin ne şekilde ilerlediğine dair herhangi bir detay paylaşması mümkün olmayacaktır. Tüm bunlar gizli kalmalıdır. Azınlıktaki yargıcın karara ilişkin eleştirileri tamamıyla nesnel olmalıdır: Eleştiri konusu olan, müzakerelerin varmış olduğu *sonuçtur* (karar), kararın *nasıl ortaya çıktığı* (müzakerelerin içeriği) değil. Buradaki amaç, hesaplaşmaya çalışarak yargıçlar arasında olması gereken meslektaşlık hukukunu çiğnemek değildir. Çoğunluğu oluşturan yargıçları ikna etmeyen tezleri kamu ile paylaşmak gerekli ve yeterli olacaktır, bu tezleri savunanlar için bunlar halen hukuken (hukuk zaten kesin bir bilim olmadığına göre!) geçerlidir ve adalete başvuranlar ve gözlemciler tarafından bilinmeye değerdir.

Bu çok doğal olan esas kısıtlamasının, usul yönünden de bir çekince ya da *self-restraint* ile bezenmesi gerekmektedir. Mesleki dayanışma görevi, saygı, görgü ve sarf edilen sözlerde belli bir ölçülülüğü de içermektedir. Nitekim saldırgan, aşırı, hatta hakaret içeren muhalif (ve hatta ayrık) bir görüşe çoğunluk görüşündeki yargıçların karşılık vermeleri mümkün olmadığından, bunun böyle olması elzemdir. Haklı oldukları düşünülen ve çoğunluğu oluşturan yargıçların (*res judicata pro veritate habetur)* nihayetinde verdikleri karar içtihadı oluşturur, değerleri ne olursa olsun ayrı görüşler ise içtihadı oluşturmaz.[10] Ancak çelişkili biçimde, çoğunluğu teşkil edenler kamuya karşı ayrı görüşler önünde savunmasızdırlar. Söyleyecekleri her şeyi kararda söylemiş olduklarından, söyleyebilecekleri başka hiçbir şey kalmamıştır: "Son söz" muhalif görüş kaleme alan yargıçlarındır, sanki en çok bunlar ifade özgürlüğünden yararlanabilmektedir... Başka görevleri de içeren (örneğin, kimliğinin gizli kalmasını talep eden, ya da re'sen Mahkeme tarafından kimliğinin gizli tutulması gerektiğine karar verilen başvurucunun kimliğini ifşa etmemek gibi) ayrı görüş sunma olanağının, doğru şekilde kullanılması gerekmektedir. Neyse ki çoğu vakada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıçları, bunu doğru kullanmayı bilmişlerdir.

10 Ancak nihai olan ve kesin hüküm (*res judicata)* niteliğini taşıyan kararlar, ancak Büyük Daire kararlarıdır. Daire kararı söz konusu olduğunda, üç aylık süre içerisinde taraflar Büyük Daire'ye başvurma talebinde bulunmadılarsa ya da böyle bir talep varsa ve beş yargıçlı heyet tarafından bu talep reddedildiyse, karar kesin hüküm niteliği kazanır. Yani kesin hüküm niteliği kazanmamış bir Daire kararına ilişkin kaleme alınmış olan ayrı görüşler, çoğu zaman, göz ardı edilemeyecek bir etki yaratır: Ya beş yargıçlı heyeti dosyayı Büyük Daireye iletme konusunda teşvik edici, ya da Büyük Daire çoğunluğunu Dairenin aksi yönünde karar vermeye ikna edici nitelikte olur. Ancak, Büyük Daire kararı tamamıyla, Daire kararının yerine geçer (onasa da bozsa da); Daire kararına ilişkin yazılmış müstakil görüşlerin, yaratmış oldukları etki ne olursa olsun, böyle bir durumda sadece tarihi bir değerleri kalır.

Görüş sahibinin görüşünde ısrar ettiği nadir durumlarda, ayrı görüş sunma olanağının doğru şekilde kullanılması nasıl sağlanabilir? Bunu ancak zorlamaya değil ikna üzerine inşa edilmiş bir centilmenlik anlaşması başarabilir. İfade özgürlüğünün bir gereği olarak, bir yargıcın görüşlerini, kabul edilemez şekilde kaleme alınmış bile olsa, değil kararı oluşturan heyet başkanı, Mahkeme başkanı bile sansürleyemez. Dikkafalı bir meslektaş ikna edilmeye çalışılabilir, fakat kendi ifade özgürlüğümü istismar etmeden şunu söylemek isterim ki, "kimse susamamış bir eşeğe zorla su içiremez" (bu iyi bilinen Fransız atasözündeki eşek sözcüğünü elbette mecazi anlamda almak gerekir...). Teorik olarak, farklı görüş "uygun" şekilde tekrar yazılmadıysa kararın açıklanması da geciktirilebilir, fakat pratikte bu uygulama, davanın tarafları arasında bir tıkanmaya ve adaletin iyi şekilde tesis edilmesine engel oluşturur. Sözleşme'nin 23. maddesi dışında, yargıçlara ilişkin herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir, zaten söz konusu yaptırım da nükleer silah gibi olmalı, yani kullanılmamalıdır (zaten çok da orantısız olur). Nitekim herhangi bir yargıcın bu kadar can sıkıcı bir tutumda ısrar etmesi de çok istisnaidir. Dolayısıyla, Mahkeme'nin çıkarları aleyhine ifade özgürlüğünün kullanılması riski de abartılmamalıdır.

***

B. *Görev dışındayken* yargıçların ifade özgürlüğü

Üye devletlerin farklı hukuk sistemleri, kamu görevlilerinin ihtiyatlı davranma ödevi için görev sırasında ve görev dışında oldukları durumların ayrımını yapmaktadır.

AİHM yargıçları için bu kuralı uygulamak mümkün müdür? Cevap: Bu ayrımı yapmak çok zor olur ya da hiç yapılamaz. Daimi nitelikteki Mahkemede görev yapan kişiler olan (bkz. Sözleşme'nin 19. maddesi) yargıçlar kurumun, duvarları dışında bile, belli ölçüde daimi temsilcileridir. İsteseler de istemeseler de sarf ettikleri sözler, yazdıkları kadar önemlidir. Kendilerini ifade ettikleri konferanslarda, kolokyumlarda, seminerlerde, mülakatlarda, kitap ve makalelerde, Strazburg yargıçları, -bağımsızlık, tarafsızlık, onur, müzakerelerin gizliliği- gibi mesleklerini yücelten ve verdikleri hizmeti tanımlayan (ettikleri yeminde bunu kabul etmektedirler) bu büyük kuralların, duruşma salonunun ya da İnsan Hakları Sarayı'nın dışına çıktıklarında da geçerli olduğunu unutmamalıdırlar. Bu, ihtiyat mıdır? Öyle de denilebilir. Belki de daha çok, sadakatten bahsetmek doğru olacaktır. Meslektaşlarına sadakat, kuruma karşı sadakat. Dolayısıyla, gerek yazılı gerek sözlü ifadelerinde büyük bir özen olması gerektiğini savunmak doğru olur. Her ne kadar, tekrar hatırlatalım, karar metnine bitişik olan (bu şekilde kararı okuyanlar, tüm dava dosyası

hakkında bilgi sahibi olup daha iyi kanaate varabilirler) ayrı görüşler kaleme alınma biçimlerinde serbest olsalar da -yukarıda belirtilen saygı ve ölçülülük kuralları çerçevesinde- tektaraflı ve kontrolsüz ifadelerin kendi kendini "denetlemesi" gerekir; Strazburg yargıçlarının ifade özgürlüğü gerçektir, fakat sınırsız da değildir.

Özellikle, Sözleşme'den kaynaklanan bir "tam zamanlı faaliyet için gereken mevcudiyet" zorunluluğu (Sözleşme'nin 21. maddesi, 3. paragrafı ve ayrıca bkz. Adli Etik Kurallarının VII maddesi) bulunduğundan, sadece yarı zamanlı şekilde "ders veren" bir yargıç zorunlu olsun olmasın, böyle bir sınırlama ile zaten zor uyuşacak bir akademik özgürlükten bahsedebilir. Çok önemli bir görevi olan uluslararası bir mahkemede görev yapan bir yargıç, artık sadece marjinal ölçüde öğretim elemanı olabilir; her şeyden önce, yaptıkları, davranışları, söyledikleri ve yazdıkları ile Mahkeme'nin onu bağlayacak ve ona zarar verebilecek bir üyesidir. Her mesleğin kendine göre bir değeri ve büyüklüğü vardır, ancak mesleklerle ilgili yanılgıya düşmemek ya da bunları birbirine karıştırmamak gerekir.

***

Sonuç olarak, belki de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıçlarının ifade özgürlüğü sanki çok sınırlıymış ve yargıçlar da ikinci sınıf vatandaşmış gibi gözükmektedir, fakat tabii ki durum böyle değildir. Gerek ulusal düzeyde ya da bilhassa uluslararası ya da uluslarüstü düzeyde hakimlik yapan kişilerin ortak kaderi budur. Sözleşme tarafından tanınan ifade özgürlüğünün Devletler tarafından korunmasını denetlemek, bu görevi yapanların sınırsız ifade özgürlüğü olduğu anlamına gelmez. Bu bağlamda, hakimler ve yine adaletin tesis edilmesine değerli katkılarda bulunan örneğin avukatlar arasında büyük fark vardır (onların ifade özgürlüğü de, hakimlerden daha geniş bir alana sahip olsa da, özellikle de savunma hakları çıkarlarının korunması gerektiğinden[11] tam olarak sınırsız değildir).

Ancak, AİHM yargıçlarının ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar sadece engel olarak algılanmamalıdır. Belli bir koruma görevleri de vardır. Örneğin, tetkik hakiminin kimliğinin bilinmemesi (durum, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nda tamamen farklıdır), bu kişinin çeşitli baskılardan korunmasına ve bağımsız davranabilmesine olanak sağlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin görevi önemli, fakat bir o kadar da zordur; çünkü aldığı üye devletleri bağlayıcı kararlar ile, egemenliklerinden Mahkeme lehine belli ölçüde feragat etmiş ve bazen de durumu tersine çevirmek isteyen bu devletleri mahkum etme yetkisi vardır. Bu asil görevi yerine getiren yargıçların da, ken-

11 Bkz. iyi bilinen, *Kyprianou/Kıbrıs* davasında 15 Aralık 2005 tarihli Büyük Daire kararı.

di ifade özgürlükleri gibi bazı şeylerden feragat etmeleri gerekmektedir. Fakat bunu isteyerek ve büyük bir onur ile hizmetinde çalıştıkları Mahkeme'nin yararı için yaparlar. Bu durum da, yer yer hissedebilecekleri hüsran ya da en azından zorunluluk duygusunu yumuşatmalıdır. Neyse ki, bu durum çok da sık ortaya çıkmamaktadır. Bu satırların yazarı, İnsan Hakları Sarayı'nda geçirdiği on üç (çok mutlu) yıl boyunca kendini hiç bu durumda bulmadığını söyleyebilir.

Avukat ve ifade özgürlüğü

Josep Casadevall[1]

Özet

Avukat ve ifade özgürlüğü

Halen AİHM'in Başkan Yardımcılarından biri olan yargıç Casadevall, AİHM tarafından, adaletin yerini bulmasında özellikle de Sözleşme'nin uygulanmasında merkezi bir rol oynadıkları düşünülen savunma avukatlarının ifade özgürlüklerinin ne ölçüde kısıtlanabileceğini incelemeden önce sanık avukatlarının ifade özgürlüklerinden övgü ile bahsediyor. Savunma avukatının sır saklama yükümlülüğünü yerine getirerek, onur ve haysiyet ile davranarak ilgili Etik Kurallara uyması gerektiğini belirten makale, avukatın ifade özgürlüğünün kısıtlanmasındaki kabul edilebilir sınırları araştırıyor. Bu şekilde, makale, avukatın mahkeme salonu dışında ve içindeki ifade özgürlüğünü ayırıyor, AİHM'in içtihadını da kronolojik olarak ortaya koyuyor. İlk kategori durumlarda söz konusu olan, avukatın kamu önünde, herhangi bir mahkemeyi, valiliği, adalet sistemini, Adalet Bakanını ve savcıyı eleştirme hakkı. İkinci kategorideki durumlar ise avukatın mahkeme salonu içinde ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının doğrulanabilmesinin zorluğunu ortaya koyuyor. Son olarak, yargıç Casadevall, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca, avukatların ifade özgürlüklerinin kovuşturma sırasında koruma altında olduğuna değiniyor.

1. Önsöz

Eski AİHM'de göreve başladığım yıl olan 1996'dan beri Nicolas Bratza'ya (kendisi daha önce Komisyon üyesi idi) karşı duyduğum saygı ve dostluk duygularımın ötesinde, bizi yakınlaştıran ve aramızda özel bir ilişki olmasını sağlayan bir olgu mevcut: Daha önceki hayatlarımızda, farklı hukuk eğitimlerimize rağmen (O'nun için common law, benim için kıta Avrupası hukuku), ikimiz de avukatlık mesleğini icra ettik ve ikimiz de, sözün özgür kullanılmasının temel bir değer olduğu fikrini paylaşıyoruz.

2. Avukatın sözü

Söz! Savcının, müşteki tarafın ve hatta bazen kamuoyunun bile suçlaması, hakimlerin ağır ve duygusuz bakışları karşısında, (kalem ya da klavye ile)

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkan Yardımcısı

yargılanan kişinin savunmasını üstlenen avukatın başvurabileceği basit ve aynı zamanda korkutucu tek silahı, sözü. Belçika'da on beş yılı aşkın bir süre önce, Avrupa Baroları Federasyonu forumu sırasında bir baro başkanının yaptığı harika konuşma hâlâ hatırımdadır. O zamanın Anvers Baro Başkanı (ismini hatırlamıyorum), Flamanca (metnin Fransızca kopyasını bulamadım) olarak, sözün övgüsünü yapmıştı. Genel anlamda, insanoğlunun doğal ayrıcalıklarından ve iletişim araçlarından olan söz ve özel olarak da, müvekkilinin haklarını savunma görevini yerine getirdiği sırada avukatın ağzından çıkan söz.

Baro başkanı, neredeyse şairane hitabeti ile şunları belirtmiş ve altını çizmişti (söylediklerinden hafızamda kalanları aktarıyorum): Bir konuyu aktarmayı, anlatmayı ve kendi kendini ifade etmeyi mümkün kılan söz; hatırlamayı ve düşündürmeyi mümkün kılan söz; zor olduğu zaman bile anlatabilmeyi mümkün kılan söz; duygulandırmayı, yumuşatmayı, üzmeyi, sarsmayı ve rahatsız etmeyi mümkün kılan söz; bazen haksızca bile itham etmeyi, suçlamayı mümkün kılan söz; savunulmaz olanı bile savunmayı mümkün kılan söz; bazen doğrulanamazı ve mazur görülemeyecek olanı bile doğrulamayı ve mazur göstermeyi mümkün kılan söz; beraat ettirmeyi ya da mahkum etmeyi ve bunun yanında bazen affedilmezi bile affettirmeyi mümkün kılan söz.

3. Avukatın ifade özgürlüğü

Kullanımı sansürlerle, kısıtlamalarla ya da korkularla engellendiği takdirde bu söz ne hale gelir? Gerçek bir ifade özgürlüğü olmadan avukat ne hale gelir? Gerçek ve etkin bir savunma yapabilmesi için avukatın ifade özgürlüğü Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından koruma altına alınmıştır.

Sadece sözleşme metninin 6. maddesinin 3(c) bendi (Fransızca metinde), cezai bir suçlama ile karşı karşıya kalmış kişi için açıkça "(...) re'sen atanacak bir avukat hakkı" olarak ve "adaletin yerine gelmesi için" avukattan bahseder. Yıllar içinde, Mahkeme içtihadı, savunma hakları, müdafiden yararlanma hakkı ve avukatların (bu makalenin alanına girmeyen ve mesleğin yerine getirilmesinden kaynaklı diğer hakların ötesinde) söz söyleme özgürlüğü vasıtasıyla etkin bir savunma yapabilme hakkı bakımlarından 6. maddenin (adil yargılanma hakkı) ve 10. maddenin (ifade özgürlüğü) içeriklerini belirlemiştir.

Bazı durumlarda, -10. maddenin öngördüğü korumadan bağımsız olarak- avukatın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, 6. madde bakımından, müvekkilinin adil yargılanma hakkı konusunda bir soru işareti doğmasına yol açabilmektedir. Nitekim, adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkeleri de,

davanın tarafları arasında[2] özgürce, hatta heyecanlı bir biçimde farklı bakış açılarının paylaşılabilmesi yönünde kullanılmaktadır ve hatta ben de hakimler ve savunma makamı arasında da kullanıldığını ekleyeyim. Değindiğim son noktada, bu konuya geri döneceğim.

Neredeyse yirmi yıldır, Mahkeme, "adaletin yerine gelmesi gerekliliği avukatları, bireyler ve mahkemeler arasında aracılık rollerinden dolayı özel bir konuma yerleştirmektedir; bu da baro mensuplarının uyması gereken genel davranış kurallarını açıklamaktadır" ve "bu alanda avukatların oynadığı kilit rol göz önüne alındığında, avukatlardan adaletin doğru işleyişine katkıda bulunmaları ve bu şekilde kamuoyunun da adalet sistemine olan güvenine katkıda bulunmaları beklenmektedir"[3] ifadeleri ile adaletin unsurlarından biri olarak avukatın rolünü ve özel konumunu, demokratik bir toplumda mahkemelerin bireylerde uyandıracağı güven duygusunu[4] tanımlamış durumdadır.

Profesör Marguenaud'nun belirttiği üzere, özel statülerinden dolayı, demokrasinin bekçilerinin haysiyeti mertebesine yükseltilme onuruna nail olamamalarına[5] rağmen ve durumları gazeteciler ve son dönemde kabul gören çevrenin korunmasına yönelik dernekler gibi olsa da[6], her demokratik toplumun yapı taşlarından biri olarak genel anlamda ifade özgürlüğünün, avukatlarınki söz konusu olduğunda bir özelliği mevcuttur. Bu özellik, 1994 yılından bu yana, Mahkeme tarafından dile getirilmektedir: "Bir avukatın icra ettiği mesleğin özel doğasının göz önünde bulundurulması gerekmekte; adaletin unsurlarından biri olarak avukat, mahkeme önünde savunma yapabilme tekeline ve dokunulmazlığına sahiptir."[7] Birkaç sene sonra, Mahkeme "avukatların mesleklerini engellenmeden icra edebilme özgürlükleri, her demokratik toplumun gereklerinden olup, özellikle adil yargılanma hakkı ve kişisel güvenlik hakkı bakımından, Sözleşme'nin etkin uygulanmasının önşartıdır"[8] şeklinde ekleme yapmıştır.

4. Avukatın ifade özgürlüğünün sınırları

2 21 Mart 2002 tarihli *Nikula/Finlandiya* kararı, paragraf 49.

3 20 Mayıs 1998 tarihli *Schöpfer/İsviçre* kararı, 21 Mart 2002 tarihli *Nikula/Finlandiya* kararı ve 20 Nisan 2004 tarihli *Amihalachioaie/Moldova* kararına atıfta bulunan 15 Aralık 2005 tarihli *Kyprianou/Kıbrıs* kararı.

4 24 Şubat 1993 tarihli *Fey/Avusturya* kararı, paragraf 30.

5 Diğerlerinin yanı sıra, bkz. 13 Kasım 2003 tarihli Scharsach/Avusturya kararının 30. paragrafı.

6 Jean-Pierre Marguenaud, *L'avocat dans le droit européen* [*Avrupa hukukunda avukat*], Bruylant yayınevi 2008, s. 93.

7 24 Şubat 1994 tarihli *Casado Coca/İspanya* kararının 46. paragrafı.

8 13 Kasım 2003 tarihli *Elçi/Türkiye* davasının 669. paragrafı.

Ancak, bu şekilde bir savunma yapabilme tekeli ve dokunulmazlığının sonucu olarak mutlak ve sınırsız bir ifade özgürlüğü (söz ile, kalem ya da klavye ile) söz konusu mudur? Tabii ki hayır. 10. maddenin 2. paragrafı, ifade özgürlüğünün "başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi ya da yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması" için görev ve sorumluluklar da içerdiğini belirtmektedir. Casado Coca kararında (daha önceki paragrafta atıf yapılmıştı), Mahkeme, avukat "sır saklama yükümlülüğü, dürüstlük ve haysiyet ile hareket etmelidir" demiştir ve bu niteliklere, baro mensuplarının uyması gereken genel kuralları, deontolojik ve mesleki kuralları da eklemek gerekmektedir; bu doğrultuda, farklı organlara gözetim ve denetim rolü de yüklenmiştir.

Maddenin ikinci paragrafında belirtilen istisnalara uymayan bir ifade özgürlüğü kısıtlaması, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali anlamına gelmektedir. Mahkeme, her davada müdahalenin varlığı, yasal olarak öngörülebirliği, demokratik bir toplumda "ivedi bir sosyal gerekliliğe" cevap vermek için gerekliliği kriterlerine ve son olarak da davanın özel olgularına atıfta bulunur. Bu kriterler, avukat Sözleşme'de yer alan hakları savunduğunda daha da geçerli olmaktadır. Mahkeme, 10. maddenin sadece ifade edilen fikir ve bilgilerin içeriğini korumakla kalmayıp, aynı zamanda bunların ifade edilme şeklinin ve "avukatlık mesleğinin haysiyeti, adaletin iyi işleyişinin gereklilikleri, toplumun yargı erkinin işleyişine dair konulardaki bilgi edinme hakkı gibi[9] farklı çıkarlar arasında denge gözetilmesinin" koruma altında olup olmadığını ve ulusal makamların aldığı tedbirlerin "güdülen meşru hedefler ile orantılı" olup olmadığını inceler.

Bir de, avukatın adalet saraylarının dışında -ya da sade bir vatandaş olarak kullandığı- daha sınırlı olan anlatım ve ifade özgürlüğü ile duruşma salonundayken kullandığı ve müdafaa etme dokunulmazlığına başvurabildiği özgürlük arasında ayrım yapmak önem arz eder. Mahkeme'nin ilgili içtihadından en önemli örnekleri kronolojik olarak aşağıda bulabilirsiniz.

5. Duruşma salonu dışında avukat

Casado Coca davası, Barselona Barosunun üyelerine getirdiği reklam yasağını ihlal ettiği gerekçesiyle bir avukata verilen disiplin cezasıyla ilgiliydi. Mahkeme, avukatın ifade özgürlüğünü tanıdıktan sonra, sır saklama, dürüstlük ve haysiyet yükümlülüklerini hatırlatmış, reklam kısıtlamalarının da geleneksel biçimde bu özelliklerden kaynaklandığını eklemiş ve 10. maddenin

9 20 Mayıs 1998 tarihli *Schöpfer/İsviçre* kararına atıfta bulunan 20 Nisan 2004 tarihli *Amihalachioaie/Moldova* kararının 28. paragrafı.

ihlal edilmediğini belirtmiştir[10].

Schopfer davası da, avukatın basın organları önünde kendini ifade edebilme hakkıyla ilgiliydi. Eski bir kanton parlamenteri olan avukat, bir basın toplantısı sırasında Hochdorf valiliğini sert biçimde eleştirmişti. Valinin şikâyeti sonrasında, ilgili denetim mercii –hakaretten dolayı bir disiplin soruşturması başlattıktan sonra- mesleki deontoloji kurallarının ihlal edildiği gerekçesiyle 500 İsviçre frangı para cezasına karar vermişti. Mahkeme, avukatın, nihayetinde başarıya ulaşan yasal herhangi bir yola başvurmadan önce kamuoyu önünde adaletin işleyişini eleştirmiş olmasını hatalı bulmuş; bu davranışı, avukatların halkın adalete olan güven duygusuna katkısını sağlayan tutumları ile uyumsuz bulmuştur. Para cezası meblağının düşük bir meblağ olması konusunda ise Mahkeme, ulusal makamların, başvurucuyu cezalandırarak takdir payını aşmadığını ve 10. maddenin ihlal edilmediğini belirtmiştir[11].

Diğer taraftan, Amihalachioaie davasında Mahkeme, bir avukat tarafından basına yapılan açıklamaları incelemiş ve farklı bir karar vermiştir. Bir gazete, bir avukatın, Moldova Anayasa Mahkemesinin verdiği bir kararı belli bir sertlikle eleştirdiği bir telefon konuşmasının kayıtlarını yayımlamış ve şu soruyu sormuştu: Anayasa mahkemesi anayasaya uygun mu? Avukat, ülkenin en yüksek mahkemesine karşı saygısızlıktan para cezasına çarptırılmıştı. Mahkeme, daha önceki davalarda ifade ettiği adaletin işleyişine ilişkin olarak avukatların kamu önünde görüş beyan edebilme hakkını hatırlatmış ve avukatın açıklamalarının genel toplum yararına ilişkin olduğunu saptayarak bu durumun hakaret olarak nitelenemeyeceğini belirtmiş, avukatın "10. madde tarafından tanınan eleştiri sınırlarını aşmadığını" ifade etmiştir. Bunun sonucu olarak, ilgili maddenin ihlaline karar vermiştir[12].

Mahkeme, 24 Ocak 1998 tarihli bir karar ile Paris barosu avukatlarından Avukat Coutant'ın başvurusunu kabul edilemez bulmuştur. Medyada geniş yer bulan ve 138 kişinin terörizm zanlısı olarak asliye ceza mahkemesinde yargılandığı "Chalabi" davasında avukat, müvekkili adına, Fransız adaletine karşı oldukça sert ifadeler ile işkence ve kötü muamele iddiaları içeren bir basın açıklaması yayımlar. İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan şikâyet sonucunda avukat, alenen hakaretten 10.000 franklık para cezasına çarptırılır. Başvurunun kabul edilemez olduğunu ortaya koyarken Mahkeme, avukatın soruşturma sırasında hiçbir iptal gerekçesi öne sürmediğini, ve basın açıklaması içeriğinde müvekkilinin cezai savunmasının ötesine geçtiğini, ilgili adli ve kolluk birimlerine karşı genel suçlamalarda bulunduğunu saptamış, Niku-

10 24 Şubat 1994 tarihli *Casado Coca/İspanya* kararının, 46, 52 ve 54. paragrafları.

11 20 Mayıs 1998 tarihli *Schöpfer/İsviçre* kararının 31, 32 ve 34. paragrafları.

12 20 Nisan 2004 tarihli *Amihalachioaie/Moldova* kararının 35, 36 ve 39. paragrafları.

la davasından farkı ortaya koymuş, ulusal kolluk kuvvetleri hakkında aşırı ve hakaret boyutuna ulaşan ifadeleri ve söz konusu ifadelerin dayandığı olgu eksikliğini göz önünde bulundurmuştur. Sonuç olarak, yapılan müdahaleyi amaçlanan hedefe uygun ve ulusal mahkemelerin gerekçelerini de haklı ve gerekli bulmuştur[13].

Bir İsviçre bankasındaki mevduatın suistimali ve bir cinayet davası sonucunda, avukat Foglia, savcılığın takipsizlik kararını ve banka yetkililerinin şüpheli tutumunu kamu önünde eleştirmiştir. İsviçre basınında, bu konuda on ikiyi aşkın yazı yayımlanmıştır. Banka, başvurucuyu kantonun avukatlar disiplin kuruluna şikâyet etmiş, söz konusu kurul ise avukatın davranışlarını inceledikten sonra suçlu olduğuna karar vermiş ve aleyhinde para cezası vermiştir. Karar, Federal mahkeme tarafından onanmış ve kesin hüküm kazanmıştır. Mahkeme, davanın, avukatın açıklamalarından çok önce zaten medyada geniş yer bulduğunu saptamış, "soruşturma makamlarına karşı belli bir saygı eksikliği gibi algılansa da, yapılan açıklamaların, ilgililere karşı ağır sözler ve hakaret niteliğinde olmadığını" belirtmiştir ve banka ve savcılık tarafından başvurucuya karşı hakaretten dolayı şikâyette bulunulmadığını da gözlemlemiştir. Bundan dolayı, başvurucunun ifade özgürlüğünü kısıtlamak için ne "ivedi bir sosyal gereklilik" ne de "yerinde ve yeterli gerekçe" olmadığını saptamış ve 10. maddenin ihlaline karar vermiştir[14].

Avukat Alfantakis, Yunanistan'da popüler bir şarkıcı olan müvekkili adına (şarkıcının eşi) S.P.'ye karşı sahtekârlık, sahtecilik ve devletin önemli ekonomik zarara uğramasına yol açan sahte belge kullanımı iddiaları ile şikâyette bulunmuştur. Dava, basının özellikle ilgisini çekmiştir. Soruşturma kapandığında, Atina istinaf mahkemesi savcısı, iddia makamına S.P.'ye karşı yapılan suçlamaların düşürülmesi gerektiği görüşünü iletmiştir. Ulusal yayın yapan bir televizyon kanalında haberlere davet edilen başvurucu, söz konusu cezai takibat konusunda görüşlerini açıklamış ve savcının raporu hakkında alaycı yorumlar yapmıştır. Savcının açtığı tazminat davası sonucu başvurucu, manevi zararı ve adli masrafları tazmin için 11.700 avro para cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme, öncelikle avukatların ifade özgürlüklerini, adaletin işleyişi hakkında kamu önünde açıklama yapabilme haklarını ve farklı çıkarlar arasında aranacak dengeyi hatırlatmıştır. Esasa ilişkin olarak da, "ulusal makamların, söz konusu tartışmalı ifadeleri 10. maddenin gerekleri ile uyumlu biçimde incelemediklerini", "olgular" ve "değer yargıları" arasında ayrım yapmadan, başvurucunun ifadelerini belli bir öznellikle incelediklerini ve dava bağlamından başvurucunun eleştirel bakış açısını tamamen soyutladıklarını saptamıştır. "Yerinde ve yeterli" gerekçe yokluğuna dayanarak, 10.

13 21 Ocak 2008 tarihli *Coutant/Fransa* kabul edilemezlik kararı.

14 13 Aralık 2007 tarihli *Foglia/İsviçre* kararının 95 - 102. paragrafları.

maddenin ihlaline karar vermiştir[15].

Geçen senenin sonunda Mahkeme, Mor/Fransa kararını vermiştir. Bu davada avukat, bir bilirkişi raporundaki bilgileri (M.G. adlı doktorun hepatit B aşısının olumsuz etkileri yüzünden sağlık makamlarını sert biçimde eleştiren raporu) basın ile paylaştığı için, aşıyı üreten ilaç laboratuvarının şikâyeti üzerine suçlu bulunmuştur. Mahkeme, avukatın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini saptamış ve şu açıklamaları yapmıştır: (450 sayfalık) raporu basınla paylaşan kişi saptanmamıştır ve başvurucu da gazetecilerin sorularına cevap verdiğinde, bilirkişi raporunun tamamı ya da bir kısmı zaten basın mensuplarının elindeydi ve birçok medya kuruluşu rapordan haberdardı. Başvurucunun açıklamaları zaten kamuyu genel anlamda ilgilendiren bir tartışmanın bir parçasıdır ve doğrudan kamu sağlığını ilgilendirir. Ne Başsavcı ne de baro avukatları disiplin kurulunun başvurucuya karşı disiplin soruşturmasını gerekli bulmamıştır, ve son olarak da, ifade özgürlüğüne getirilecek bir engel, bir avukat müvekkillerinin etkin savunmasını gerçekleştirmek durumunda olduğu için, "caydırıcı bir etki" yaratacaktır[16].

6. Duruşma salonunda avukat

Finlandiyalı avukat Sayın Nikula -duruşma sırasında- savcının usüle ilişkin işlevlerini suistimal ettiğini beyan ettiği için, iftiradan dolayı düşük de olsa bir tazminat ödemeye mahkum edilmişti. Mahkeme, savcının görevini sanığın ve hakimin karşısında yer alan unsur olarak hatırlatmış ve başvurucunun sözlerinin duruşma salonu dışına çıkmadığını, basında yer alan eleştiriler olmadığını ve sadece savcının görevlerini ifa etme şekliyle ilgili olduğunu saptamıştır. Mahkeme, 10. maddenin ihlaline karar vermiştir; çünkü "ancak çok istisnai durumlarda, düşük bir ceza ile bile olsa, bir savunma avukatının ifade özgürlüğüne getirilecek bir sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini" belirtmiştir[17].

Nikula kararının açıklandığı gün Mahkeme, alman Avukat Wingerter'in temyiz dilekçesinde kullandığı ifadelerin tüm Mannheim hakimleri, savcı ve avukatlarının itibarına karşı olduğu gerekçesiyle, başvurusunun kabul edilemez olduğunu açıklamıştır[18].

Aile yardımları konusunda sahtekârlık yaptığından şüphelenilen bir Surinam vatandaşının Sosyal Sigorta müfettişi önünde verdiği ifadeden sonra, avukat Steur, hukuk mahkemeleri önünde, "yazılı olarak kaydedilen (mü-

15 11 Şubat 2010 tarihli *Alfantakis/Yunanistan* kararının, 27 ve 31 - 34. paragrafları.

16 15 Aralık 2011 tarihli *Mor/Fransa* kararının 51 - 53 ve 60 - 64. paragrafları.

17 21 Mart 2002 tarihli *Nikula/Finlandiya* kararının 50, 51, 52 ve 55. paragrafları.

18 21 Mart 2002 tarihli *Wingerter/Almanya* kabul edilemezlik kararı.

vekkilinin) ifadesinin ancak, kabul edilemez baskılar sonucunda müvekkilinin kendi suçunu ortaya koyacak nitelikte olabileceğini" belirtmiştir. Müfettiş, avukatlar bölgesel kuruluna disiplin şikâyetinde bulunmuş, bunun sonucu olarak başvurucuya ceza verilmemiş, ancak şikâyet kısmen yerinde bulunmuştur. Bu karar temyizde onanmıştır. Mahkeme, başvurucu aleyhine hiçbir ceza verilmediğini saptamış, ancak "müvekkilinin delillerin toplanması konusunda yaptığı eleştirilerin ex post facto, yani sonradan bir denetime tâbi tutulması tehdidinin, avukatların müvekkillerinin çıkarlarını savunması yükümlülüğü ile bağdaşmasının zor olduğunu, mesleki gereklerin yerine getirilmesinde 'sınırlayıcı' bir etki doğurabileceğini belirtmiştir." Bunun sonucu olarak, müdahale ivedi bir sosyal gerekliliğe cevap vermediği için, 10. maddenin ihlaline karar verilmiştir[19].

Kyprianou davası özellikle ilginç bir davadır. Bu deneyimli avukatın bir ceza davasında müvekkilinin savunması için yaptığı çapraz sorgu, çok ileri gittiği gerekçesiyle mahkeme tarafından yarıda kesilmiştir. Hakarete uğradığını hisseden avukat, davadan çekilme izni istemiş, ancak mahkeme bu izni vermemiştir. Avukat da bunun üzerine şu sözleri sarf etmiştir: "Üzülerek söylüyorum ki, çapraz sorgu yaptığım sırada mahkeme heyeti üyeleri aralarında konuşuyorlardı ve birbirlerine "ravassakia[20]" yolluyorlardı." Mahkeme, avukatın bu sözlerinden hoşlanmayıp sözlerini geri almasını istemiştir. Avukatın bunu yapmayı reddetmesi karşısında, heyet kısa bir süre müzakere etmek üzere çekilmiş ve sonrasında da contempt of court (mahkemeyi tahkir) gerekçesiyle beş günlük bir hapis cezasına karar vermiştir.

Avukat duruşma salonunda tutuklanmış ve ceza süresi dolmadan salıverilmiştir. Mahkeme burada, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. paragrafının ihlaline karar vermenin yanı sıra (Limassol Ağır Ceza mahkemesinin tarafsızlık eksikliğinden dolayı), aynı zamanda 10. maddenin de ihlaline karar vermiştir. Adalet önünde, özellikle de bir ceza davasında müvekkilini savunan her avukatın, "müvekkilinin çıkarlarını göz önünde bulundurarak mahkemenin tavrına karşı çıkıp çıkmama ya da bundan dolayı şikâyetçi olma ya da olmama gibi zor bir durumda kalabileceğini" belirtmiştir. Ayrıca, "bir avukata verilen bir hapis cezası, doğası gereği, sadece söz konusu avukat üzerinde değil, aynı zamanda tüm avukatlık mesleği üzerinde 'caydırıcı bir etkiye' sahiptir". Son olarak Mahkeme, verilen ve hemen uygulanan cezanın ağır ve orantısız olduğunu da belirtmiştir[21].

7. Avukatın ifade özgürlüğü ve 6. madde

19 28 Ekim 2003 tarihli *Steur/Hollanda* kararının 39, 44 ve 45. paragrafları.

20 Flört ediyorlardı anlamında.

21 15 Aralık 2005 tarihli *Kyprianou/Kıbrıs* kararının 175 ve 178 - 182. paragrafları.

Mahkeme, 2002 tarihli Nikula kararında davanın olgularından bağımsız olarak, bazı durumlarda, -10. maddenin ötesinde- avukatın ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin, aynı zamanda müvekkilinin adil yargılanma hakkına ilişkin olarak 6. madde bağlamında da incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Nitekim dört yıl sonra, Panovits/Kıbrıs davasındaki olaylar bu şekildedir. Başvurucu aranmış, hakkında iddianame düzenlenmiş ve adam öldürme ve ağırlaştırılmış hırsızlık suçlarından 14 ve 6 yıllık iki ayrı hapis cezasına çarptırılmıştır. Savunmasından sorumlu avukat, (yukarıda sözü geçen davada Mahkeme, aynı ceza davasında avukatın duruşma sırasında sarf ettiği sözlerden dolayı mahkemeyi tahkirden suçlanmasının 10. maddenin ihlali olduğunu belirtmişti) avukat Kyprianou idi. Başvurucu, 6. madde ile bağlantılı diğer şikâyetlerin yanı sıra, ağır ceza mahkemesinin avukatına karşı sergilediği tutumdan dolayı adil yargılanmadığını iddia etmiştir. Mahkeme öncelikle, demokratik bir toplumda mahkemelerin halka güven duygusu vermesi gerektiğinin temel olduğunu belirtmiş, "dava kaldığı yerden tekrar başladığında avukat Kyprianou'nun, bir başka meslektaşının ağır ceza mahkemesinde yürüyen bu davayı devralması ve davanın başka bir mahkeme heyeti önünde görülmesi yönündeki ısrarının, savunma avukatı olarak görevlerini ifa etmesi üzerinde yukarıda belirtilen hususların "caydırıcı etkisi" olduğunu ortaya koyduğunu" belirtmiştir. Mahkeme, aralarında geçen anlaşmazlıktan dolayı, ağır ceza mahkemesi yargıçlarının, avukata karşı sergiledikleri tutumun yargılamanın adil olmamasına yol açtığı kanaatine varmış ve 6. maddenin 1. paragrafının ihlaline karar vermiştir[22].

22 11 Aralık 2008 tarihli *Panovits/Kıbrıs* kararının 94, 97, 100 ve 101. paragrafları.

Tanıklar ve susma hakkı

Stan Naismith[1]

"Tanık" – sözlükte bu sözcüğün İngilizcedeki başlıca anlamlarından biri "tanıklık eden kişi" olarak veriliyor (Collins Compact Dictionary). Tanıklık etmek, tanık olmak fiilinde de olduğu gibi çoğu zaman olumlu çağrışımı olan bir kavramdır, kişinin gördüğü ya da bilgisinin olduğu bir şey hakkında konuşma arzusuna ve iradesine işaret eder. Yine de, tanıkların, özellikle de ceza davaları bağlamında, konuşmamayı tercih ettikleri durumlar da bulunmaktadır. Bunun başlıca üç nedeni, intikam alınması korkusu, kendi aleyhine tanıklık etme riski ve istemeden başka birinin aleyhine tanıklık etme olasılığıdır. Bu kısa makalenin ele alacağı soru, susma hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından koruma altına alınıp alınmadığı, alınıyorsa hangi kanuni hükümlere istinaden alındığı sorusudur.

Susma hakkı genellikle bir suçla itham edilen ya da suç işlediğinden şüphelenilen kişilerle ilgili olarak kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkıyla birlikte dile getirilir. Bu kavramların Sözleşmenin 6. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının önemli bir parçasını oluşturduğunu düşünen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu konuya dair anlayışını öncelikle bu bağlamda geliştirmiştir. 6. maddenin ilk paragrafı bu konuya ilişkindir: "Herkes … aleyhine yöneltilen suçlamalar konusunda … yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, davasının hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir." Mahkeme'ye göre susma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca "adil yargılama kavramının temelinde bulunan ve genel olarak tanınan uluslararası standartlar"dır. Bu ilk olarak, daha klasik anlamdaki susma hakkından ziyade Fransız Gümrük Yasasına göre gümrük yetkililerine belge göstermek yükümlülüğüne ilişkin bir dava olan *Funke/Fransa*[2] davasında kabul edilmiştir.

Söz konusu olan bir sanığa ait bir hak olunca, uygulanması gereken hükmün 6. madde olduğu açıktır. Bu konunun bir ceza davası bağlamında ortaya çıkması, yani sanığın dava sırasında kendi aleyhine tanıklık etme yükümlülüğü altında olması, nadir görülen bir durumdur,[3] ancak Mahkeme'nin incelediği bazı davalarda, dava öncesi soruşturmalarda olsun, ya da ayrı yürütülen

1 İkinci Daire Yazı İşleri Müdürü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

2 25 Şubat 1993 tarihli karar, Seri A no. 256-A.

3 Ancak bkz. *J.B./İsviçre*, no. 31827/96, 3 Mayıs 2001 tarihli cezai vergi soruşturmaları kapsamında belge göstermeye ilişkin karar, *Reports of Judgments and Decisions [Hüküm ve Kararlara İlişkin Raporlar]* 2001-III, ve daha yakın tarihli *Chambaz/İsviçre*, no. 11663/04, 5 Nisan 2012 tarihli karar, bu makale yazılırken henüz sonuçlanmamıştı.

davalarda olsun, erken bir aşamada sanığın kendi aleyhine ifade vermek zorunda bırakılmasının adil yargılama üzerinde doğrudan etki yaptığı görülmüştür. Bu nedenle Mahkeme, *Saunders/Birleşik Krallık* davasında[4] başvurucunun cezalandırılma korkusuyla Şirketler Kanunu uyarınca soruşturma yürütmekle görevlendirilen komiserlere verdiği ifadelerin sonradan kendisinin ceza davasında kullanılmasını, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının ihlali olarak gördü. Bunun biraz farklı bir uygulaması *Salduz/Türkiye*[5] davasında görülmüştür. Bu davada Mahkeme (Büyük Daire), başvurucunun gözaltında bulunduğu sürenin ilk aşamalarında avukata erişim hakkının tanınmadığı sırada verdiği kendi aleyhine tanıklık teşkil eden ifadelerin daha sonra mahkumiyet kararında kullanılması nedeniyle Sözleşme'nin 6/3(c) bendinin[6] ve 6/1 paragrafının ihlal edildiğine karar verdi. Yine bu konuya ilişkin bir başka dava *Gäfgen/Almanya*[7] davasıdır. Bu davada başvurucu, bir erkek çocuğunun kaçırılmasıyla ilgili olarak tutuklanmış, şiddet tehdidi altında polise itirafta bulunmuş ve çocuğun cesedinin yerini söylemiştir. Alman mahkemeleri bu itirafı ve başvurucunun bu itirafın kabul edilemez olduğu kendisine söylenmeden önce yapmış olduğu ikinci bir itirafı dikkate almamıştır. Burada mesele, birinci itiraf sonucu elde edilen (otopsi raporu ve çocuğun cesedinin bulunduğu yerdeki araba lastiği izleri gibi) diğer delillerin de aynı şekilde kapsam dışı tutulması gerekip gerekmediği olmuştur. Mahkeme (Büyük Daire), başvurucu duruşma sırasında tekrar itirafta bulunduğu, ve öteki deliller mahkumiyeti temellendirmek için değil, o itirafın doğruluğunu ispat etmek amacıyla kullanıldığı için 6. maddenin ihlal edilmediğine karar verdi.

Kişinin yargılamanın erken aşamalarında verdiği, kendi aleyhine tanıklık teşkil eden ifadelerin duruşmada kullanılmasıyla mahkumiyet arasındaki ilişki oldukça açıktır, ne var ki Mahkeme ceza davalarının mahkumiyet ile sonuçlanmadığı, yarıda bırakıldığı ya da hiç yürütülmediği durumlarda bile sorun çıkabileceğini düşünerek bu ilkenin uygulanmasında daha de ileri gitmiştir. Bu nedenle, *Heaney ve McGuinness/İrlanda* ve *Quinn/İrlanda*[8] davalarında Mahkeme susma haklarını kullanan (yasa gereği hareketlerini açıklama yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddeden) zanlılara yaptırım uygulanmasını, ilk başvurucunun beraat etmiş olmasına ve ikinci başvurucu aleyhine asıl suça ilişkin dava açılmamış olmasına rağmen 6. maddenin ihlali olarak gör-

4 17 Aralık 1996 tarihli karar, *Reports [Raporlar]* 1996-VI.

5 27 Kasım 2008 tarihli karar.

6 Bu hükme göre: "Bir suç ile itham edilen herkes (...) (c) Kendi kendini savunmak ya da kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek hakkına sahiptir."

7 1 Haziran 2010 tarihli karar.

8 21 Kasım 2000 tarihli kararlar, ECHR 2000-XII

dü. Bu yaklaşım Mahkeme'nin ceza davalarının bir bütün olarak ele alınmasını öngören ve mahkumiyet ile sonuçlanmayan davalarda Sözleşme'nin 34. maddesi gereğince başvurucuyu "mağdur" statüsünde görmeyen standart yaklaşımıyla tezat oluşturmaktadır. Yine aynı nedenle, ceza davasının hâlâ devam ettiği durumlarda Mahkeme, başvuruları erken yapıldıkları gerekçesiyle düzenli olarak kabul edilemez bulmaktadır.

Bazı istisnai durumlarda, Mahkeme'nin genel adillik kavramından ayrı olarak, alıkonmanın ilk aşamalarında avukata erişim hakkı gibi, esas itibariyle bağımsız bir hakkı tanıdığı olmuştur. Örneğin, *Dayanan/Türkiye*[9] davasında etkileri oldukça kapsamlı olan hüküm, bu anlamda *Salduz* davasından bir adım öne geçmiş, zanlının, ifadelerinin duruşma sırasında aleyhine kullanılmaması için konuşmamasına (herhangi bir zorlama da söz konusu olmamıştır) rağmen, sorgulama sırasında avukata erişim hakkının engellenmesi nedeniyle 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme'nin vurguladığı üzere, "avukat hiçbir kısıtlama olmaksızın kişinin savunmasının temel unsurlarını (davayı tartışabilmek, savunmanın düzenlenmesi, sanığın lehine olan delillerin toplanması, sorgulanmaya hazırlık, endişe içindeki sanığa destek olma, alıkonma koşullarının denetlenmesi) güvence altına alabilmelidir" dense de, bu yaklaşım 6. madde 3(c)'ye göre adli yardım hakkının yargılamanın bütününün adilliğinden bağımsız olarak tanınması anlamına gelmektedir. Bu haliyle bu yaklaşım, yerleşik ilkelerle uyumsuz olduğu gibi, açılacak davalardaki yargılamalarda düzeltilmesi tamamen olanaksız bir durum yaratmaktadır. Neyse ki Mahkeme en azından yargılamalar beraaat ile sonuçlandığında mağdurun durumuna dair standart içtihadın bu bağlamda da geçerli olmaya devam ettiğini açıkça belirtmiştir.[10] Bununla birlikte, *McGuinness* davasında susma hakkının bu ilkeye istisna oluşturduğu söylenebilir.

Bir başka zorluk ise *Quinn* davasında olduğu gibi asıl suça istinaden hiçbir suçlamanın yapılmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. 6. maddenin uygulanabilirliği bir "suç isnadının" bulunmasına bağlıdır, oysa Mahkeme içtihadında defalarca Sözleşme kapsamında bunun özerk bir kavram olduğunu ve bu nedenle 6. maddenin iç hukukta resmi bir suçlamanın bulunmadığı durumlarda da uygulanabileceğini belirtmiştir. *Quinnn* davasında Mahkeme doğrudan uygulanabilirliği ele almamış, mağdur konusuna odaklanmayı tercih etmiştir. Benzer bir durum *Funke* davasında da ortaya çıkmış ancak konunun açık bir analizi yapılmamıştır. Bu davada, başvurucu herhangi bir suçla itham edilmeden önce yaşamını yitirmiş, ancak Mahkeme yine de gümrük yetkilileri tarafından yürütülen bir soruşturma sırasında para cezası kesilmesinin başvurucunun kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkını ihlal ettiğine

9 13 Ekim 2009 tarihli karar.

10 *Bouglame/Belçika*, 2 Mart 2010 tarihli karar.

karar vermiştir. Ancak Mahkeme 6. maddenin uygulanabilirliği meselesinin ne olduğunu tam olarak anlamamış gözükmektedir: Hükümet'in, başvurucunun hakkında herhangi bir ceza davası açılmadığı için mağdur olmadığına dair başlangıçtaki itirazını ele alırken Mahkeme, "başvurucunun 6. madde kapsamındaki şikâyetlerinin belge ibrazı ile ilgili farklı yargılamalara ilişkin olduğunu" tasdik etmiştir. Bu ise 6. maddenin belirtilen "farklı yargılamalara" neden uygulanabilir görüldüğünü tam olarak açıklamamaktadır ve gerçekten de başvurucudan belge ibraz etmesinin istenmesinin başvurucuya karşı ayrı, özerk bir "suç isnadı"na yol açtığı anlamına gelebileceği için yanıltıcı olabilir. Ne yazık ki, hükümdeki gerekçelendirme yeterince tutarlı olmadığından bu anlamda sağlam sonuçlara varabilmek mümkün değil. Aynı davada eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun raporu[11], meselenin daha iyi irdelenmiş bir analizini sunmaktadır: Komisyon, para cezası kesilmesinin ceza yargılamasının ön işlemlerinin bir parçası olduğu, bunun sonucunda da 6. madde çerçevesinde başvurucunun o aşamada "ceza gerektiren bir suçla" zaten "itham edilmiş" olarak görülebileceği görüşünü benimsemiştir. Ceza yargılamasına daha sonra devam edilmemiş olması bu görüşü değiştirmemiş, böylelikle de olası haksız hükümden oluşabilecek zarar nedeniyle bir ihlal tespiti yapabilmek mümkün olabilmiştir. *Funke* ve *Quinn* davalarında Mahkeme'nin örtük bir biçimde ortaya koyduğu konum da bununla aynı gibidir.

Resmi suç isnadının olmadığı durumlarda 6. maddenin uygulanabilir olması konusunda alternatif yaklaşım, kişiye karşı zor kullanılmasının, asıl yargılamadan bağımsız olarak ikincil bir suç isnadına yol açar görülmesidir. Komisyon'un *K./Avusturya*[12] davasına yaklaşımında böyle bir görüş gözlenmektedir. Komisyon nihayetinde kullanılan zorun mahiyetinin cezalandırıcı değil, baskıcı olması, sonuçta da hiçbir olaya ilişkin bir suç isnadının olmaması nedeniyle 6. maddenin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir. Eğer burada analiz farklı olmuş olsaydı, muhtemelen Komisyon başvurucuya ilk başta açılan ceza davasından ayrı olarak, zor kullanılmasının yeni bir suç isnadı oluşturduğunu dikkate alacaktı. Ancak bu seçenek kararı takip eden içtihatta kendine yer bulamamıştır.

İçtihattan net olarak göründüğü kadarıyla, yargılama sadece öngörülüyor olsa dahi 6. madde zor kullanılan her durumda uygulanabilir; bunun için resmi suç isnadı gerekmez; çünkü ilgili kişi Sözleşme'nin özerk anlamına göre "suç isnadına uğramış" sayılabilir. Ayrıca ceza yargılamasının aslen hiç başlatılmaması ya da beraatle sonuçlanması bu durumu etkilemez ve bu açıdan kişinin kendi aleyhine tanıklık yapmama hakkı, bu yaklaşımın arkasındaki gerekçe pek net anlaşılamasa da, temelde bağımsız bir hak olarak tanınmıştır.

11 8 Ekim 1991 tarihli rapor.

12 13 Ekim 1992 tarihli rapor.

6. madde sanıkla sınırlı olmasa da, esas olarak sanık için geçerlidir ve teoride ceza yargılamasında bir tanık tarafından kullanılamaz. Ancak, yukarıda sözü geçen yaklaşım, gelecekte haklarında ceza davası açılma olasılığı varsa tanıklar için de geçerli olabilir. *Serves/Fransa* davasında[13] ortaya çıkan mesele de buydu. Sorgu hakimine tanık olarak ifade vermeyi reddeden başvurucuya para cezası verilmişti. Reddetmesinin nedeni, kendisine isnat edilen suç teknik nedenlerden ötürü iptal edilmiş olsa da, hâlâ şüpheli konumunda olması nedeniyle kendisine de ceza davası açılabilme ihtimaliydi. Mahkeme söz konusu hükmün özerk anlamı çerçevesinde başvurucunun yine de bir "suç isnadına" maruz bırakıldığı düşüncesiyle 6. maddenin uygulanabilir olduğuna karar verdi. Ne yazık ki buradaki karar bir kez daha bu sonuca nasıl ulaşıldığı konusunda bir fikir vermiyor. Ayrıca, kendi aleyhine tanıklık etmek konusunda da, Mahkeme meseleye yaklaşımında usta futbolculara taş çıkartacak bir çalım atarak asıl konuyu ele almak yerine, yemin etme yükümlülüğü ile kendi aleyhine tanıklık oluşturabilecek sorulara cevap verme yükümlülüğü arasında oldukça yapay bir ayrım yapmıştır. Burada Komisyon'un raporu daha aydınlatıcı olmasa da, biraz daha gelişmiştir.[14] Komisyon dar anlamda ceza davalarından ayrı, fakat onlara paralel olan davalarda söz konusu kişiye karşı yaptırım uygulanmasının 6. maddenin ihlalini teşkil etmek için yeterli olduğu sonucuna vardı. Rapordaki gerekçelendirme uygulanabilirlik meselesi açısından bakıldığında ne yazık ki net değildir, başvurucu hakkındaki asıl yargılamalar ile yemin etmeyi reddettiği için para cezasına çarptırıldığı yargılamalar arasında bir ayrım yapılamadığı görülmektedir. Daha ilgi çekici olanı, Komisyon'da güçlü bir grup üyenin (H. Danelius, Weitzel, G.H. Thune, M.P. Pellonpää, N. Bratza (bugün Sir Nicolas Bratza, Mahkeme'nin Başkanıdır) farklı bir mantıkla şu mutabakata varmış olmasıdır: Başvurucuya yaptırım uygulanması ona karşı derdest olan (ve sonra devam edilen) ceza davasında telafi edilemeyecek bir zarar oluşturmuştur. Bu, Mahkeme'nin *Heaney/McGuinness*, *Quinn* ve *Funke* davalarındaki örtük yaklaşımıyla daha uyumludur.

Komisyon Başkanı S. Trechsel ihlalin 6. maddeye dair değil, ifade etmeme özgürlüğünün ihlali olarak Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin olduğunu belirterek farklı bir görüş öne sürmüştür. Bu, yukarıda belirtilen *K./Avusturya* davasında Komisyon tarafından daha önce benimsenmiş olan görüşle uyumluydu. Bu davada başvurucunun kendisine suç isnatlarının yöneltildiği olaylarla ilgili kanıt gösterme zorunluluğunun 6. maddeyi ihlal ettiğine dair şikâyeti, kanıt sunma zorunluluğunun başvurucunun sanık değil tanık olduğu başka bir yargılamaya ilişkin olduğu için 10. madde kapsamında incelenmiştir. Bu açıdan dava *Serves* davasıyla benzerlik göstermekteydi. Ancak

13 20 Ekim 1997 tarihli karar, *Reports [Raporlar]* 1997-VI.

14 *P.S./Fransa*, 26 Mayıs 1996 tarihli rapor.

Komisyon'un 6. maddenin uygulanabilirliğine dair gerekçesi oldukça farklıydı: Komisyon (7'ye karşı 5 oyla) meseleye ifade verme zorunluluğunun başvurucuya karşı paralel olarak açılmış ayrı derdest bir ceza davasını etkileyip etkilemeyeceği açısından değil, para cezası verilmesinin tek başına 6. maddenin güvence altına aldığı hakların ihlali olup olmadığı açısından ele aldı. Para cezasının mahiyetinin cezalandırıcı değil, zorlayıcı olması nedeniyle *Engel ve diğerleri/Hollanda*[15] davasında geliştirilen uygulanabilirlik kriterlerini uygulayan çoğunluk, para cezasının verildiği davaya 6. maddeyi uygulanabilir bulmamıştır. Komisyon gözlemlerini almak üzere söz konusu devlete başvuruyu tebliğ ettiğinde kendiliğinden 10. madde kapsamında bir konu oluşabileceğini bildirmiş ve raporunda 10'a karşı 2 oyla bu hükmün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Karşı görüşte olan iki kişi (aynı zamanda Komisyon'un en saygın üyeleri arasında yer alan Sir Basil Hall ve Gaukur Jörundsson) 6. maddenin para cezası verilmesine uygulanamayacağı konusunda hemfikirken, 6. maddenin başvurucuya ayrı olarak açılan davalar için, bu davalara sonrasında devam edilmediğinden dolayı uygulanamayacağını (klasik yaklaşım) dikkate almışlardır. Bu konuyla ilgili olarak, 10. madde kapsamında inceleme yapılması tercih edildiği düşünüldüğünde, çoğunluk esas davaya ilişkin olarak 6. madde kapsamında bir ihlal söz konusu olmadığını tespit etmiştir. Dava Mahkeme'ye havale edilmiş, ancak dava listesinden tarafların aralarında dostane bir çözüme varmaları sonucunda çıkarılmıştır.

Gerçek şu ki, içtihadın daha sonra nasıl geliştiğine bakılacak olursa bu dava bugün görülseydi muhtemelen *Funke*, *Heaney ve McGuinness* ve *Quinn* davalarıyla aynı şekilde değerlendirilirdi. Yani yargılamaya daha sonra devam edilmemiş olsa da, bu davada zor uygulanmış olmasının başvurucuya potansiyel olarak zarar verebilecek olması 6. maddenin ihlali için yeterli bir neden olarak görülürdü. Ancak bu yaklaşım, Komisyon'a gelen bir başka davada (*S.K./Avusturya*[16]) olduğu üzere, ceza yargılamasının tamamıyla olanak dışı bırakılması durumunda ortaya çıkacak soruna bir çözüm getirmiyor. Bu davada başvurucu yargılama sonucunda suçlu bulunmuştu ve aynı olgular ışığında tekrar yargılanması söz konusu değildi. Ancak, daha sonra başka davada tanık olarak ifade veren mahkum, masum olduğunu iddia etmeye devam ederek kendi duruşmasında vermiş olduğu ifadenin aynısını vermekte ısrar edince, yalancı tanıklıktan suçlu bulunmuştur. Başvurucunun yalancı tanıklıktan mahkumiyet kararı geçen zaman içinde bozulmuş olduğundan dava Komisyon tarafından listeden çıkarılmıştır. Ancak dava, söz konusu kişinin gelecekte yargılanabileceği ihtimali olmasının 6. maddenin uygulanabilmesi için yeterli görülmesi fikrine dair bir sorun ortaya çıkarmıştır. Bu davada böylesi bir ihtimal yoktu, muhtemelen teknik anlamda kendi aleyhi-

15 19 Temmuz 1994 tarihli karar, Seri A no. 22.

16 29 Haziran 1992 tarihli rapor.

ne tanıklık da söz konusu değildi, ancak başvurucu yine de mahkum edildi; çünkü manevi anlamda kendi aleyhine tanıklık etmek istememişti. 6. maddenin uygulanamayacağı açıktır; Sözleşme açısından bir sorun çıkması halinde de 10. madde davanın incelenmesi için uygun bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır. Bu koşullarda, zor kullanımının gerekçelendirilip gerekçelendirilemeyeceği tabii ki tartışmaya açık bir başka sorudur. Gerçekten de, yukarıda sözü geçen görüşünde Sir Basil Hall şöyle demiştir: "Ayrıca, burada susma hakkının olduğu konusunda çoğunluk ile aynı fikirde olsaydım bile, bu dava çerçevesinde susma hakkı üzerinde uygulanacak bir sınırlamanın demokratik bir toplumda suçun engellenmesi için gerekli olduğunu düşünürdüm." Ancak bu, uygulanabilirlik konusundan ayrı bir meseledir, dolayısıyla da bu makalenin kapsamı dışındadır.

Bir tanığın susma hakkını kullanma nedenlerinin kendi aleyhine tanıklık ile hiç ilgili olmadığı durumlar için de benzer düşünceler geçerlidir. Elbette kişiye ifade vermesi için baskı uygulanan her durumda, bunun kendi içinde bir suç isnadı oluşturduğu düşüncesi 6. maddenin özerk bir biçimde uygulanması yolunu açar, ancak daha önce de belirtildiği üzere temeli oldukça zayıf olan bu gerekçelendirme Mahkeme içtihadında tartışmasız ve tam bir destek görmemiştir. Bu durumda en makul alternatif, tanıklık etmenin reddedildiği bu tür durumları 10. madde çerçevesinde değerlendirmektir. 1990'ların başında Mahkeme'nin kendisi bunun tercih ettiği yaklaşım olmayabileceğine işaret etmiş, *Ezelin/Fransa*[17] davasında "tanıklık etmeyi reddetme konusu 10 ve 11. maddelerin çerçevesinde bulunmayan bir mesele[dir]" demiştir. Ancak, bu davanın ana konusu bu hükümler altında değerlendirilmesi gereken bir konudur, hatta 11. madde dava konusu olayın koşullarında üst kanun (lex specialis) olarak görülmektedir. Daha yakın geçmişte verilen iki kararda, Büyük Daire konuya dair daha açık bir tavır sergilemiştir. Böylelikle, *Gillberg/İsveç*[18] davasında Mahkeme, başvurucunun gizli tutmak istediği araştırma malzemesinin aslında profesör olduğu üniversiteye ait olması ve İsveç mahkemelerinin bu belgelere başka araştırmacıların da erişim hakkını tanımaları nedeniyle, dava konusu olayın koşulları kapsamında başvurucunun böyle bir hakkı bulunmadığı sonucuna varmış olsa da, Sözleşme'nin 10. maddesinin ifade etmeme özgürlüğü hakkını da güvence altına alması olasılığını açık bırakmıştır.

Benzer şekilde, *Van der Heijden/Hollanda*[19] davasında Büyük Daire, bir şüphelinin kendi aleyhine tanıklık etmeme ayrıcalığının tartışılması bağlamında şunu ifade etmiştir:

17 26 Nisan 1991 tarihli karar, Seri A no. 202.

18 3 Nisan 2012 tarihli karar.

19 3 Nisan 2012 tarihli karar.

"Komisyon tarafından Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında tanınan (bkz. Komisyon'un *K./Avusturya* davasındaki raporu) bu ayrıcalığı Mahkeme, savunmanın 6. madde kapsamında faydalandığı hakların merkezinde olarak değerlendirmektedir (bkz. *John Murray/Birleşik Krallık*, 8 Şubat 1996, paragraf 45, *Reports [Raporlar)* 1996-I; ve *Saunders/Birleşik Krallık*, 17 Aralık 1996, paragraf 68, *Reports [Raporlar)* 1996-VI; daha yakın tarihli olarak, *Jalloh/Almanya* [BD], no. 54810/00, paragraf 97, ECHR 2006-IX, ve *Gäfgen/Germany* [BD], no. 22978/05, paragraf 168, ECHR 2010). Sözleşme'nin 10. maddesine istinaden gazeteciler de haber kaynaklarının kimliğini gizlemek için meşru bir nedenleri olduğu sürece bazı durumlarda ifade vermeyi reddedebilirler (bkz. *Goodwin/Birleşik Krallık*, 27 Mart 1996, paragraf 45, *Reports [Raporlar)* 1996-II; Ayrıca bkz. *Sanoma Uitgevers B.V./Hollanda* davasındaki içtihat [BD], no. 38224/03, paragraf 59-63, 14 Eylül 2004)."

Ancak o davada, Mahkeme yine farklı bir yaklaşım benimseyerek davaya özgü koşullarda 8. maddeyi devreye koymuştur. Başvurucu bir cinayet soruşturmasında tanık olarak sorgu hakimine ifade vermek üzere çağrılmıştı; soruşturmadaki şüpheli, başvurucunun 18 yıllık hayat arkadaşı ve iki çocuğunun babasıydı. Evli değillerdi ve birlikteliklerini resmen kayıt ettirmemişlerdi. Başvurucu ifade vermeyi reddetmiş ve Hollanda kanunlarına göre evli olanların ya da kayıtlı partnerlerin kullanabileceği bir hak olan tanıklık etmekten muaf olma hakkından yararlanabilmesi gerektiğini savunmuştu. Sorgu hakimi muafiyetten yararlanamayacağını belirtmiş, ancak yine de savcılığın mahkeme emrine itaat etmediği için başvurucunun alıkonması talebini, başvurucunun kişisel çıkarlarının savcınınkinden daha ağır bastığını düşünerek reddetmişti. Ancak Bölge Mahkemesi savcılığın temyizini onaylamış, başvurucunun cinayet tanığı olarak ifade verebileceğini varsaymış ve alıkonmasını (gözaltı değil ama tutukluluk olabilir?) emretmişti. Bölge Mahkemesi, yasanın eşlere ve kayıtlı partnerlere (ki eski eşleri ve kayıtlı partnerleri de kapsamaktadır) kanunun verdiği muafiyet hakkının kapsamının anlaşılır ve açık olduğunu, evli olmayan ya da birliktelikleri resmen kayıtlı olmayan çiftleri, birliktelik süresi ne kadar uzun olursa olsun kapsamadığını belirtmiştir. Akabinde başvurucu mahkeme emrine itaatsizlikten alıkonmuştur. İki gün sonra mahkeme başvurucunun 12 gün boyunca alıkonmasına ve bu sürenin de uzatabileceğine karar vermiş, fakat bu sürenin dolmasından hemen önce savcının alıkonma süresinin uzatılması isteğini reddederek başvurucunun serbest bırakılmasını emretmiştir. Başvurucunun serbest bırakılmadaki kişisel çıkarının savcılığın gerçeğe ulaşmadaki çıkarına üstün geldiğine kanaat getirmiştir. Bu açıdan, başvurucunun alıkonmasının, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan haklarına müdahale teşkil ettiğine değinmiştir. Daha sonra, Temyiz Mahkemesi baştaki alıkonma emrini uygun bulmuş ve Yüksek Mahkemeye yapılan temyiz başvurusunu reddederek hukuk açısından ilgisiz olduğu gerekçesiyle

kabul edilemez bulmuştur. Ancak Yüksek Mahkeme, başvurucunun, Temyiz Mahkemesi'nin Bölge Mahkemesi'nin ifade vermekten muaf tutulma hakkının olmadığına dair kararını haksız yere uygun bulduğuna dair şikâyetini ise inceledi. Bu açıdan şikâyeti ulusal hukuka dayandırıldığı kadarıyla reddetti, ancak sonrasında Sözleşme'nin 14. maddesi ile 8. maddesi gereğince bir sorun oluşup oluşmadığını dikkate aldı. Vardığı karar ise, eşler ve kayıtlı partnerler ile birlikte yaşayan çiftler arasında yapılan ayrımın nesnel ve makul bir gerekçesi olduğuydu.

Büyük Daire, başvurucu ve partneri arasında bir aile yaşamının söz konusu olduğunu ve başvurucunun aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiğini kabul etti. Bu hakka müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli görülüp görülemeyeceğini incelerken de, Avrupa genelinde bu konuda bir mutabakat olmaması nedeniyle geniş bir takdir payı olduğuna kanaat getirdi. Büyük Daire, birbiriyle rekabet eden iki çıkarı dengelerken Hükümet'in aile yaşamının korunmasındaki kamu menfaatinin, ceza davalarındaki kamu menfaatinden daha ağır bastığına kanaat getirdiğini ve böylece "tanıklık ayrıcalığı" istisnasına neden olduğunu, ancak bunun da sadece kanunda tanımlandığı şekliyle "aile yaşamı" sınırları içinde, yani ilişkinin evlilik ya da kayıtlı birliktelik olarak resmi anlamda tanındığı durumlarla sınırlı olduğunu belirtti. Büyük Daire, ifade vermeme hakkının kamunun menfaatine olduğu kabul edilen normal bir vatandaşlık görevinden muafiyet anlamına geldiğini ve tanındığı durumlarda bu hakkın çeşitli koşul ve formalitelere tâbi tutulabileceğinin ve hangi kategorilerdeki kişilerin bu haktan yararlanacaklarının net bir şekilde belirlenmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtti. Hollanda kanunları muafiyetin "şüpheliyle bağları nesnel bir biçimde doğrulanabilen bireyler" ile sınırlı olmasını sağlamayı amaçlamaktaydı: "Devletler tanıklık ayrıcalığı kapsamına sınır getirme ve bunu evlilik ya da kayıtlı birliktelikle sınırlama hakkına sahiptir. Yasama organı evlilik ve kayıtlı birlikteliklere özel bir statü tanıma ve aynı hakkı başka fiili birlikte yaşama biçimlerine tanımama hakkına sahiptir. Evlilik evlenenlere özel bir statü verir; Sözleşme'nin 12. maddesince güvence altına alınan evlenme hakkının toplumsal, kişisel ve hukuki sonuçları vardır (bkz. gerekli değişiklerle *Burden/Birleşik Krallık* [BD], no. 13378/05, paragraf 63, AİHM 2008; ve *Şerife Yiğit/Türkiye* [BD], no. 3976/05, paragraf 72, ECHR 2010). Benzer şekilde, kayıtlı bir birlikteliğin sonuçları onu diğer birlikte yaşama biçimlerinden ayırır. Belirleyici olan, birlikteliğin uzunluğundan ya da destekleyici doğasından ziyade, yapılan bir sözleşme gereği bir dizi hak ve yükümlülüğü beraberinde getiren kamusal bir taahhüdün var olup olmadığıdır. Başvurucu ve Sayın A. arasında hukuki bağlayıcılığı olan böylesi bir anlaşmanın olmaması ne biçimde tanımlanırsa tanımlansın birlikteliklerini evli ya da kayıtlı bir çiftinkinden farklı kılmaktadır (bkz. yukarıda bahsedilen *Burden*, paragraf 65). Mahkeme

ayrıca, tersinin geçerli olma durumunda, bir yığın ayrı davada kayıtlı evlilik dışı birlikteliklerin değerlendirilmesi ya da formaliteden yoksun bir ilişkiyi formel bir birliktelikle özdeş kılabilme koşullarının tanımlanması ihtiyacının doğacağını da eklemektedir." Yaptırımın (alıkoyma) önemini değerlendirdikten sonra, Büyük Daire 10'a karşı 7 oyla devletin takdir payı yetkisini aşmadığı ve bu nedenle 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Bu somut örnekte 8. madde kapsamında bir inceleme yapılması mümkünken, eğer varsa, tanıkla sanık arasındaki ilişkinin bu hüküm bağlamında aileye ya da özel hayata ilişkin konulara yol açmadığı durumlarda bunun makul bir seçenek olmayacağı açıktır. Ayrıca, bir tanığın ifade vermeyi reddetmesinin altında kendi aleyhine tanıklıktan çok kendisinden intikam alınması korkusu yatıyorsa, 6. maddenin uygulanması da kabul edilmemektedir.

Yukarıdaki analiz, bir tanığın ifade vermeyi reddetme hakkının Sözleşme'nin hangi hükmü altında incelenmesi gerektiğinin belirlenmesinde ortaya çıkan zorlukları göz önüne sermektedir. Tanığın kendisinin bir suç isnadıyla karşı karşıya ya da en azından suç isnadı tehdidi altında bulunduğu durumlarda 6. madde, tercih edilen yaklaşım olagelmiştir. Ancak Büyük Daire konuyla ilgili vermiş olduğu en yakın tarihli kararda dava konusu olayın kendine özgü koşullarına dayanarak konuyu 8. madde kapsamında incelemiştir. Mahkeme uygun durumlarda 10. madde kapsamındaki incelemeleri olanak dışı bırakmasa da, şu ana kadar Komisyon'un *K./Avusturya* davasındaki çizgisini takip etmekte isteksiz davranmıştır. Belki yakın zamanda bu hükmün kaçınılmaz olacağı bir dava Mahkeme'ye gelir. *Gillberg* davasında Büyük Daire'nin belirttiği gibi: "Bu mesele dava konusu olayın koşulları içinde uygun bir biçimde ele alınmalıdır."

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin serbest konuşma özgürlüğü

Paul Mahoney[1]

I. Önsöz

Bu satırların yazarının (o zamanlar sade bir Bay olan) Sir Nicolas Bratza ile ilk tanışması, Bratza yasal ifade hakkını kullanırken olmuştu. Daha fazla detay vermek gerekirse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde ilk davaları sırasında Bratza'yı Birleşik Krallık hükümeti adına, o zamanlar savunulamayanı savunurken izlemişti. Daha yakın dönemde, Mahkeme'nin bizzat kendisi, Sayın Bratza'dan Mahkeme başkanı olarak, her zamanki sarih, zarif ve diplomatik tavrı ile yaptığı konuşmalar ve verdiği mülakatlarda Mahkeme'nin geleceği ile ilgili süregelen tartışmalara ilişkin bazı sıradışı kavramları yeniden mantıklı bir çerçeveye oturtmasıyla, bizzat kendisinin ifade ve ikna gücünden mutluluk ile istifade etmiştir. Sir Nicolas'ın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") kurduğu insan hakları koruma sistemine adadığı uzun kariyerinin tanınması bakımından saygı ile kendisine ithaf edilmiş bu makale, şu anda 47 üye ülkeden oluşan fakat yakında Avrupa Birliği'ni ("AB") kapsaması ümit edilen Sözleşme dünyasında memur ve diğer kamu görevlilerinin serbest konuşma özgürlüğünü incelemektedir.

II. İfade özgürlüğünün genel alanı

Girizgâh olarak, birkaç noktaya değinmek gerekmektedir.

İlk olarak, ifade özgürlüğü mutlak değildir. Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci paragrafı, belirtilen bazı meşru hedeflere ulaşılabilmesi için "görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen (...) bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar ya da yaptırımlara tâbi tutulabilir" ifadesini içermektedir. İlginç bir şekilde, ifade özgürlüğüne ilişkin olan 10. madde, Sözleşme'de hak ya da özgürlükten yararlanan kişinin aynı zamanda görev ya da sorumlulukları olduğunu belirten tek maddedir. Kişinin kendini ifade etmesi zarara da yarara da yol açabilir; ilerlemeyi teşvik edecek ya da başkalarının insan haklarını da içerecek şekilde meşru haklarını ihlal edecek bir araç da olabilir. Avrupa'da ırkçılığa ve nefret söylemine karşı mevzuat geliştirilmiş olması ve hem kanun koyucularda hem de mahkemelerde, popüler basının özel ve aile hayatına müdahalesi konusunda artan kaygılar mevcut olması bu hususta kaynaklanmaktadır.

1 (Strazburg) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski Yazı İşleri Müdürü; (Lüksemburg) Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Mahkemesi Eski Yazı İşleri Müdürü; ve seçilmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı. Tüm görüşler şahsidir.

Diğer taraftan, kamu görevlisi olmak, kişinin ifade özgürlüğünden tamamen feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Kamu görevlileri de vatandaştır. İstihdam koşullarında ve şartlarında bu açıkça belirtilmemiş olsa da, bu özgürlük, kamu görevlileri için mevcuttur. Örneğin, AB kurumları çalışanları için, 2004 tarihli bir reform, "bağlılık ve tarafsızlık ilkelerine gerekli saygı[2]" çerçevesinde memurların ifade özgürlüğünü açıkça tanımıştır. Ancak 2004 yılından çok daha önce dahi AB Adalet Divanı ("Adalet Divanı"), temel hakların, AB yasal düzeni içinde uyulması gereken genel hukuk ilkelerinin ayrılmaz bir parçası olmasının sonucu olarak, kurumların faaliyetlerine giren alanlarda ve hatta kendilerini istihdam eden kurumların görüşleri ile çatışsa ya da bu görüşlerden ayrılsa bile AB personelinin ifade özgürlüğünden yararlandığını belirtmiştir[3]. Diğer taraftan, diğer "olağan" vatandaşlara kıyasla toplumdaki özel konumlarından dolayı, bazı vatandaş kategorileri, daha dar bir ifade özgürlüğünden yararlanırlar. O zaman da her somut vakada, çizginin nerede olduğunu belirlemek sorun teşkil edebilir (kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerinin koruması hangi düzeye indirgenmiştir) ve bunu hangi kriterlere göre yapmak gerekir? AİHM'in birçok kez belirttiği üzere, Sözleşme'nin tamamı için geçerli ve bütünleyici olan noktalardan biri de, bireyin yapmak istedikleri ve muhtemelen söz konusu davranıştan olumsuz etkilenebilecek başka bir topluluğun ya da diğer oluşumların, grupların ya da toplumdaki diğer bireylerin çıkarları arasında adil bir denge gözetmektir. Bu ihtiyaç, elbette ifade özgürlüğünden kaynaklanan çatışma durumlarını düzenlemek gerektiğinde mevcuttur[4]. Bu yüzden, bu makale, iç söylem ve dış söylem arasında ayrım gözeterek yani işyeri içinde ve dışında ifade özgürlüğünün kullanılması ayrımından başlayarak, kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerinin kullanılması bağlamında söz konusu adil dengenin gözetilmesine yönelik bir dizi kriteri inceleyecektir.

---

2 Avrupa Toplulukları Memur Kuralları ve diğer Çalışanların İstihdam Koşullarını değiştiren Personel Çalışma Kuralları ("Personel", AB kurumlarında çalışmak üzere atanmış kişilerdir), bkz. AB Konseyi Tüzüğü (EC, Euratom) 723/2004.

3 *Connolly/Komisyon,* C274/99P, (2001) ECR 1575, 37 – 43 paragraflar ve adı geçen makamlar. AB memurları ve diğer görevlilerinin, 2004 tarihli personel kuralları reformu sonrasındaki ifade özgürlükleri hakkında kapsamlı bir inceleme için, Lyon III Jean Moulin Hukuk Fakültesi bünyesinde Sylvain Dalle Crode'un doktora tezi: *La liberté d'expression du fonctionnaire communautaire* [*AB memurunun ifade özgürlüğü*] Ayrıca bkz. Sylvain Crode Dalle, *Le fonctionnaire communautaire-Droits, obligations et régime disciplinaire* [*AB memuru- Hakları, yükümlülükleri ve disiplin kuralları*] (Bruylant, Brüksel, 2008), (ifade özgürlüğü) konulu II. Bölümü.

4 ECHR 2011'de yer almak üzere, *Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya* 28955/06, 28957/06 ve 28964/06 tarihli başvurular ile ilgili olarak, AİHM Büyük Dairesinin 12 Eylül 2011 gibi yakın bir tarihte belirttiği gibi *(paragraf 62 sonu).* Dava, özel sektörde sendikaların konuşma özgürlüğü ile ilgiliydi.

III. Farklı söylem türleri

A. Kurum dışında

1. Bilgi uçurma (whistleblowing)

Bilgi uçurma, kamu çalışanlarının, özellikle bireysel ve kamusal çıkarlar arasında çatışma olduğuna dikkat çekmek için konuşma özgürlüklerini kullanmalarıdır. Bilgi uçuran kişi (whistleblower), çalıştığı kurumda meydana gelen yanlış ya da yasadışı bir davranış olduğu konusunda kamuyu uyaran çalışan olarak tanımlanabilir. Konu hakkında, akademik çalışmalarda yaygın şekilde yorumlanan[5] zengin bir ulusal, uluslarüstü ve uluslararası içtihat mevcuttur. Söz konusu tüm etkenleri pratikte aydınlatmak için, çarpıcı bir Strazburg içtihadını incelemek muhtemelen yeterli olacaktır.

2008 yılında AİHM, Büyük Daire oluşumu içinde, kurum içi gizli bir bilgiyi kamuya ifşa eden bir memur ile ilgili olarak Moldova'ya karşı açılan bir davada karar vermiştir[6]. Başvurucu Sayın Guja, yüksek düzey bir siyasetçinin, devam eden bir ceza davasına (kendi görüşüne göre) uygunsuz müdahalesini ifşa eden iki belgeyi bir gazete ile paylaştığı için, Başsavcılık bürosundaki Basın Dairesi Başkanlığı görevinden alınmıştı. Karar, Hükümet'in davanın ifade özgürlüğü açısından sorun teşkil etmediği, başvurucunun görevden alınmasının sadece çalışma hakları ile ilgili olduğu yönündeki göstermelik savını red ile başlamakta ve yukarıda adı geçen bu "belirgin hususun " genel olarak işyerinde ve özel olarak kamu görevlilerine ifade özgürlüğü teminatı sunduğunu belirtmiştir[7]. Memurların bilgi ifşa etmesinde uygulanacak genel ilkeler konusunda, AİHM şunu ortaya koymuştur:

> "Çalışanlar, işverenlerine sadakat, sır saklama ve ihtiyat borcu ile bağlıdır (...) Demokratik bir toplumda, memurların görevi, hükümete görevlerini yerine getirmesinde destek vermektir ve toplum da, demokratik olarak seçilmiş bir hükümete engel çı-

5 Bkz. Eric Barendt, *Freedom of Speech* [*İfade özgürlüğü*], 2. baskı, XIV. Bölüm, s. 474, 486, 496 (Oxford University Press, 2005); John Bowers ve Jeremy Lewis "*Whistleblowing: Freedom of Expression in the Workplace*" [*Bilgi Uçurma: İşyerinde İfade Özgürlüğü*], [1996] *European Human Rights Law Review* [*Avrupa İnsan Hakları Dergisi*] 637; Pierre-François Decquir, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis* [*İfade özgürlüğünün Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde değişkenleri ve değişimleri*] , paragraf 107-110, s. 90-92 (Bruylant-Nemesis, Brüksel, 2007); Lucy Vickers, *Freedom of Speech and Employment* [*İfade özgürlüğü ve İstihdam*], s. 1-3, 203-234 (Oxford University Press, Oxford, 2002).

6 ECHR 2008'de yer almak üzere 14277/04 başvuru sayılı 12 Şubat 2008 tarihli *Guja/Moldova* kararı, . Yine bkz. bu kitap s. 385-396 *"Whistleblowers: the new watchdogs? [Bilgi uçuranlar (whistleblowers) toplumun yeni bekçileri mi?]* Anna Austin.

7 Aynı kararın 52 – 54. paragrafları.

> kartmak yerine yardım etmelerini bekleme hakkına sahip olduğundan, sadakat ve sır saklama yükümlülükleri memurlar için özel bir anlama sahiptir (...) Buna ilaveten, çoğu zaman, konumlarının doğası gereği, memurların farklı meşru nedenlerden ötürü, hükümetin sır olarak saklamak ya da gizli tutmak istediği bilgilere erişimleri söz konusudur. Bu yüzden, memurların sır saklama yükümlülüğü genelde katı bir yükümlülüktür.
>
> (…) [Diğer taraftan], bir memur, hizmeti sırasında, gizli bilgiler de dahil olmak üzere ifşası ya da yayımlanması kamuoyu çıkarını ilgilendiren kurum içi bilgilerden haberdar olabilir. Kamu sektöründe görev yapan bir memur ya da çalışan tarafından, işyerinde meydana gelen yasadışı ya da yanlış bir davranışın dile getirilmesi, bazı durumlarda koruma altında olmalıdır. Bu koruma, söz konusu çalışanın ya da kamu görevlisinin, konu hakkında bilgisi olan tek kişi ya da küçük bir grup kişiden biri olduğu ve bu nedenle kamu yararının korunması kapsamında işvereni ya da genel olarak kamuoyunu uyarmak için en iyi konumdaki kişi olduğu durumlarda devreye girebilir (...)
>
> Yukarıda sözü geçen sır saklama yükümlülüğü ışığında, ifşaat öncelikle bireyin üstü ya da yetkili başka bir makam ya da organa yapılmalıdır. Bu açıkça uygulanamıyor ise, son çare olarak, bilgi kamuya ifşa edilebilir (...) Bu yüzden Mahkeme, ifade özgürlüğü kısıtlamasının orantılı olup olmadığını incelerken, başvurucunun açığa çıkartmak istediği yanlışı düzeltmek için başka etkili yollara erişimi olup olmadığını göz önüne almak zorundadır."

Mahkeme, söz konusu dengeyi gözetme söz konusu olduğunda, kamuoyunu ilgilendiren konularda, Sözleşme'de yer alan ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceği alanın çok dar olduğunu genel ilke olarak belirtmiştir:

> "Demokratik bir toplumda, bir hükümetin yaptıkları ve yapmadıkları, sadece yasama ve yargı organlarının değil, aynı zamanda medyanın ve kamuoyunun da sıkı denetimi altındadır. Belli bir bilgiye kamuoyunun duyabileceği yoğun ilgi, bazı durumlarda yasal olarak dahi öngörülen gizli tutma görevini sıfırlayabilir (...)"

"İfşa edilen bilginin doğruluğu" ile başlamak üzere, sözü geçen denge gözetme yaklaşımı kapsamında dikkate alınması gereken birçok başka etken de bu kararda belirtilmiştir:

"Yetkili devlet makamları, uygun şekilde ve aşırıya kaçmadan, dayanaktan yoksun ya da kötü niyet ile yapılmış iftira suçlamalarına karşı gerekli tedbirleri almak konusunda serbesttir (...) Ayrıca, ifade özgürlüğü, görev ve sorumlulukları beraberinde getirmektedir ve bilgi ifşa etmeyi tercih eden kişi, şartların elverdiği ölçüde, bilginin doğruluğunu ve güvenilirliğini dikkatle kontrol etmelidir (...)".

Karar metni aşağıdaki şekilde devam etmektedir:

"Mahkeme, terazinin diğer kefesine, varsa, söz konusu ifşaattan dolayı kamu organının uğradığı zararı koymalı ve söz konusu bu zararın, bilginin açıklanmasına dair kamu yararının üzerinde olup olmadığını değerlendirmelidir (...) Bu konu ile ilgili olarak, ifşaatın konusu ve idari organın doğası önem arz edebilir. Herhangi bir ifşaatın koruma altında olup olmayacağını belirleyecek bir başka etken de bunu gerçekleştiren çalışanın eylemleri arkasındaki saiktir. Örneğin, kişisel bir ihtilaf ya da rekabet nedeniyle ya da (maddi kazanç da dahil) kişisel bir avantaj sağlamak nedeniyle girişilen bir eylem karşısında, yüksek düzeyde bir koruma söz konusu olmaz (...) İfşaatta bulunurken, bireyin iyi niyet ile, bilginin doğru olduğu ve ifşaatın kamunun genel çıkarlarına hizmet ettiği ve yanlış davranışı düzeltmek için daha mütevazı başka herhangi bir yolun bulunmadığı inancı ile hareket ettiğinin saptanması gerekmektedir. Son olarak, meşru bir amaç [özel olarak paylaşılan bilginin ifşaatının önlenmesi], için [ifade özgürlüğüne] yapılan müdahalenin orantılılığının incelenmesi ile bağlantılı olarak, başvurucuya verilen ceza ve sonuçlarının incelenmesi gerekmektedir (...)".

Olgular incelendikten sonra şu sonuca varılmıştır:

"Savcılığın uyguladığı haksız baskı ve diğer yanlış davranışların ifşa edilmesi konusunda geçerli olan yoğun kamu yararı, demokratik bir toplumda, Başsavcılık kurumuna duyulan kamu güveninin korunması gerekliliğinin üzerine çıkmıştır (...) Kamuyu ilgilendiren konularda açık tartışma yapılması demokrasinin esaslarından olup, bu tür konularda, kamuoyu üyelerinin kendilerini ifade etme şevklerinin kırılmaması hususu önemsenmelidir [8](...)

8 Aynı kararın 70 - 78 ve 91. paragrafları.

Sözleşme içtihadı, ulusal mevzuat ya da ilgili devlet kuruluşunun iç düzenlemeleri ne yönde olursa olsun, bilgi uçuranların, işverenlerine olan sadakat yükümlülüklerine rağmen, nispeten yüksek düzeyde bir korumadan yararlanması gerektiğini belirtmektedir[9]. Bir akademisyenin de makalesinde belirttiği gibi, buradaki gerekçe şudur: "Kamunun, hükümet işlerinin en yüksek düzeyde dürüstlük ve doğruluk ile yerine getirilmesi konusunda beklentisi bulunmaktadır; diğer taraftan memurlar, yüksek standartların korunması (ve) bunun böyle olmadığı durumların ifşa edilmesi konusunda en uygun pozisyonda olan kişilerdir". Diğer bir deyişle, "bir memurun, bu standartlara uyulmadığını fark ettiği anda bu durumu ifşa etmesi kamunun yararına olabilir[10]". Bunun sonucu olarak, farklı şartların bir araya geldiği durumlarda, terazi, bilgi uçuran kişiden yana ağır basabilir.

2. Görev ile ilgili kamuoyunu ilgilendiren konularda konuşma

Memurların, kamuoyunun ilgi duyduğu görevle ilgili konularda konuşması ya da yorumları da koruma altındadır. Yine yukarıda atıfta bulunulan yazarın ifadesi ile:

> "Hükümetlerin, ellerinde büyük bir güç olduğu gibi, çok büyük hatalar yapmaları da mümkündür. Bu güç, özellikle meselenin karmaşık olduğu, bir konuda verilebilecek cevapların da genellikle açık olmadığı durumlarda devreye girer. Bu yüzden, hata şansını en aza indirgemek için, konunun tartışılması ve münazara edilmesi önemlidir. Bu tartışmada, hükümet politikalarını ilgilendiren konularda kamuoyunu bilgilendirmeyi amaçlayan ifadeler mümkün olan en geniş koruma altında olmalıdır. Seçmenlerin siyasi sürece tam olarak katılabilmesi için, hükümetin belli bir konudaki politikası hakkında ya da finansman politikasının kamu sektörünü nasıl etkilediği konusunda bilgiye sahip olması gereklidir.[11]."

Bu yaklaşım doğru olmakla birlikte, böylesine bir ifade biçimi, dar anlamıyla bilgi uçurma ile aynı düzeyde bir korumadan istifade etmemektedir.

9 Bilgi uçurma ile ilgili olarak *Guja* kararında geliştirilen ilkeler, bir Daire tarafından, özel sektör çalışanları ile ilgili olarak, 28274/08 sayılı *Heinisch/Almanya* başvurusunda, ECHR 2011'de yayımlanacak olan, 21 Temmuz 2011 tarihli kararda uygulanmıştır. Bu davada, işyerindeki bazı eksik uygulamalardan dolayı işvereni hakkında ceza davası açmış bir kişinin görevden alınmasının ulusal mahkemeler tarafından onanması söz konusuydu. Mahkeme, kamuoyunun yaşlı kişilere sunulan kurumsal bakım hizmetleri hakkında bilgilendirilme ihtiyacının, sağlık hizmetleri konusunda uzmanlaşmış olan işveren şirketin itibarının ve ticari çıkarlarının önüne geçtiğini saptamıştır.

10 Bkz. yukarıdaki dn. 5, *Vickers*, s. 203.

11 *A.g.k.*

Guja davasında ifşa edilen bilgi, ceza yargısına yasadışı bir müdahale iddiası ile ilgiliydi. Gizli bilgilerin ifşaatının temelini oluşturan iddiaların (yolsuzluk gibi doğrudan yasadışılık bulunan durumların haricinde) kötü yönetim ya da yanlış politika seçimleriyle ilgili olduğu durumlarda kamu yararı şüphesiz azalmaktadır ve terazi daha çok istihdam eden kamu mercii tarafında ağır basmaktadır. Kamu hizmetini iyileştirmeyi teminat altına almak kamuoyunu ilgilendirse de, hatalı davranışın açığa çıkması ya da ortadan kaldırılmasından daha az bir ağırlığı vardır.

Bu hususu anlamak için dikkatimizi Moldova'da iddia edilen yolsuzluk öyküsünden 2001 tarihli *Bernard Connolly/Avrupa Komisyonu* davasının daha sıradan olgularına çevirmemiz faydalı olacaktır[12]. Sayın Connolly, Komisyon'un, "Mali İşler" Müdürlüğü'nde daire başkanıydı. 1995'te kişisel nedenler için izindeyken, Kurumun personel kurallarında öngörüldüğü üzere ön izin almadan, *Avrupa'nın Çürümüş Kalbi- Avrupa'nın Parası için Yürütülen Kirli Savaş (The Rotten Heart of Europe – The Dirty War for Europe's Money)* isimli bir kitap yayımladı. Kitap, Avrupa'nın ekonomik ve mali alanlardaki entegrasyonu konusuyla ilgiliydi. Sayın Connolly kitabında sadece işvereni olan Komisyon'un resmi politikasıyla çatışan şahsi fikirlerini güçlü bir şekilde ortaya koymakla kalmamış, aynı zamanda Komisyon'un üyelerini ve diğer üstlerini sert biçimde eleştirmiş, hatta onlara hakaret etmiş ve Antlaşmalarda yer alan temel AB hedeflerine de karşı çıkmıştı. Kendisine karşı yürütülen disiplin işlemlerinin bitiminde, görevinden alınmıştır. Sözleşme'nin 10. maddesine dayanarak, AB mahkemeleri önünde, görevden alınmasının yasal dayanaktan yoksun olduğunu iddia etmiş, ancak başarılı olamamıştır.

Adalet Divanı, kendisinin son temyiz başvurusuna ilişkin verdiği kararda ilk olarak, "[istihdam eden kamu organı] ve memurları ve diğer görevliler arasında olması gereken güven ilişkisini muhafaza etmek için", kamu çalışanlarının, meşru şekilde, ifade özgürlüklerini sınırlayan mesleki yükümlülüklere tâbi tutulabileceğini belirtmiştir. Vatandaşlar, kamu yararı için, kamu kurumlarının kendilerine verilen görevleri etkin şekilde yerine getirebileceklerine inanabilmelidir. Herhangi bir kamu kurumunun, mesleki yükümlülüklerini ihlal ederek istihdamın dayandığı esas güven ilişkisini yok eden görüşlerini açıkça ifade eden bir memur ile işbirliğini devam ettirmesi olanaksızlaşacaktır. AB personel kuralları uyarınca, AB'nin faaliyet alanıyla ilgili herhangi bir konuda yayın yapmadan önce izin istenmesine yönelik mesleki yükümlülük (konuşma özgürlüğü açısından "ön denetim" talep etmek) temel bir hak olan ifade özgürlüğü ile çatışmamaktadır, ancak, Divan şunu eklemiştir: "yayım-

12 Bkz. yukarıdaki dn. 3. Bu kararla ilgili (Fransızca) kısa bir yorum için, bkz. J-M. Belorgey, S Gervasoni ve C. Lambert "La liberté d'expression des fonctionnaires de la Communauté" [*AB memurlarının ifade özgürlüğü*], *Actualité juridique - Droit Administratif ("AJDA")*, 20.11.2001 s. 941-942.

lama izni, *sadece* söz konusu yayın, AB çıkarlarına *ciddi zarar* verecekse, verilmeyebilir" (önemli noktalara dikkat çekiyorum)[13].

Adalet Divanı, olguları inceleyerek, farklı çıkarları tartarak ve özellikle AB'nin çıkarlarına gelebilecek olası zararın vahametini göz önünde bulundurarak, Sayın Connolly'nin görevden alınmasıyla ilgili olarak, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin haksız olmadığını belirtmiştir. "(...) kitap, atıfta bulunulan ve özellikle basın yolu ile geniş biçimde isimleri duyurulan kişi ve kurumlara zarar veren birçok saldırgan, aşağılayıcı ve çoğu zaman hakaret içeren ifade içermektedir» demiştir. Divan, Sayın Connolly'nin yüksek rütbesine ve «kitabın kamuoyu önünde, (...) aslında uygulaması kendi sorumluluğu altında olan, Komisyon'un [ekonomik ve mali birlik hedefi] politikasına temel olarak karşı olduğunu» belirtmesine atıfta bulunmuştur. Bu durumda, Sayın Connolly "Komisyon'un çalışanlarından beklediği güveni geri dönüşü olmayan şekilde zedelemiş ve bunun sonucu olarak da bu kurumla herhangi bir istihdam ilişkisinin devam ettirilmesi olanaksız hale gelmiştir»[14].

2008 yılında, yakın tarihte kurulmuş olan AB Memurlar Mahkemesi[15], *Marta Andreasen/Avrupa Komisyonu*[16] kararında, Adalet Divanı'nın *Connolly* davasında çizdiği yolu takip etmiştir. Sayın Andreasen, Avrupa Komisyonu'nda kıdemli muhasebe direktörü olarak atandıktan kısa bir süre sonra, hem kurum içinde hem dışında, Komisyon'un muhasebe sistemini, mali kurallarını ve bunların yürürlüğe girmesini sağlayan kişileri sert biçimde eleştirmiştir. Genel Müdürlere, Komisyon Başkanına, iki Başkan Yardımcısına ve AB Sayıştay Başkanı ile bazı Sayıştay ve AB Parlamentosu üyelerine şiddetli ifadeler içeren mektuplar yollamıştır. Ciddi suçlamalarını bir basın toplantısı, kamuya açık bir toplantı ve Parlamento üyelerinin katıldığı bir toplantı sırasında da tekrarlamış, tüm bunları ilgili personel kurallarında belirtilen resmi izin olmadan gerçekleştirmiştir. Sayın Connolly gibi, yürütülen disiplin işlemlerinin sonucunda, görevinden alınmıştır. Mahkeme, kendisine verilen disiplin cezasının, disiplin kurulu tarafından ölçüsüz ve orantısız davranışından dolayı verildiğini, dolayısıyla ifade özgürlüğünün haksız yere kısıtlanmadığını ve herhangi bir yasadışılık olmadığını belirtmiştir[17].

13 *A.g.k. 43 - 54. paragraflar.*

14 *A.g.k., 57 - 64. paragraflar.*

15 Adli faaliyetlerine Aralık 2005'te başlamıştır. İlk derece mahkemesi olarak, AB personel davalarına bakmak üzere AB Konseyi'nin Kasım 2004 tarihli kararı ile kurulmuştur. Tarafların, hukuki konularda Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi (2009 yılında Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi ile şimdiki adı Genel Mahkeme olmuştur) önünde temyize gitme hakları vardır ve Baş Hukukçunun teklifi üzerine, İlk Derece Mahkemesi'nin kararı Adalet Divanı tarafından incelemeye tâbi tutulabilir. AB Konseyi Kararı 2004/752/CE, Euratom. (OJ 2004 L 333, s.7).

16 Dava no. F-40/05, 8 Kasım 2007, ECR-SC [2007]'de yayımlanacak.

17 Aynı davanın 232 - 257. paragrafları. Sayın Andreasen'in sonrasında, Komisyon'un muha-

Kimilerinin, *Connolly* kararının gerekçesini eleştirmek için kullandıkları "AB yurtseverliği personele dayatılıyor" gibi duygusal ifadeleri bir kenara bırakacak olursak[18], sağduyu ile düşünüldüğünde, kamu ya da özel sektördeki işverenlerin çalışanlarından ortak çalışma hedefleri doğrultusunda belli düzeyde bir sadakat beklemesi normaldir. Bu yaklaşım sonucunda kurum içi önemli bilgilere ve uzmanlığa sahip bir kişinin kamuya açık bir tartışmaya katılmaması o tartışmanın niteliğini etkileyecek bile olsa, bu ilke geçerlidir. Koruma altında olan ifade alanı, muhtemel hatalı davranışa ilişkin olgu ve belgelerin ifşa edilmesinden politika konularında değer yargıları ifade etmeye indirgenecek olursa, Devlet'in, söz konusu çalışanı susturma çıkarı ağır basar. Genel anlamda bu durum, söylemin içeriğinin ya da güttüğü amacın, dengeleme değerlendirmesi sırasında göz önünde bulundurulacağına dair bir işarettir. Benzer şekilde, ikinci sırada da olsa, ifade biçiminin sade ya da hakaret içerir biçimde olması da öneme sahip olacaktır. Sonuç olarak, kamu çalışanları elbette işverenleri tarafından yürütülen politikalara ilişkin kamuya açık bir tartışmadan tamamen yoksun bırakılmazlar, ancak, halkın kamu işlerinde daha çok şeffaflık isteği söz konusu olsa da, bu kişilerin kendilerini ifade etme alanları, başka yorumcularınkine kıyasla daha dardır ve buna karşılık işverenlerinin bu alanda sahip olduğu denetime ilişkin takdir payı da daha fazladır. Diğer taraftan, Sözleşme'nin 53. maddesinde ele alındığı şekilde, ülkeleri ya da kamu işverenlerinin bu konuda daha geniş korumaya gitmelerini önleyecek herhangi bir nokta yoktur[19].

3. Siyasi sürece katılım

Siyasi sürece katılım, kamu çalışanları için uygulanan koruma düzeyinden bir basamak inmeyi temsil etmektedir. Normal olarak, siyasi söylem, demokratik bir toplumda siyasi demokrasinin işleyebilmesi için esas olduğundan, en üst düzey korumadan istifade eder. Ancak, kamu kuruluşları tarafından belirlenen politikaların nötr ve tarafsız bir bürokrasi tarafından uygulamaya geçirilme ihtiyacı meşru bir ihtiyaç olduğundan, kamu çalışanlarının (ya da bunların bazılarının) kamuya açık siyasi tartışma alanından geri çekilmesine de gerekçe oluşturmaktadır. AİHM, İngiltere'ye karşı açılmış 1998 tarihli *Ahmed*[20] davasında, Devlet'in, merkezi ve yerel hükümet personelinin siyasi

sebe uygulamalarına karşı kampanya yürütebileceği daha geniş bir ifade özgürlüğünden yararlandığı Avrupa Parlamentosuna seçilmiş olması ilginçtir.

18 Jean-François Flauss (Fransızca), C-274/99 P sayılı dava üzerine yazı, *Connolly/Komisyon*, yukarıdaki dipnot 3, *Les petites Affiches*, 7 Ağustos 2001, no. 156, s.16.

19 Sözleşme'nin 53. maddesi: " Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak ya da onları ihlal edecek şekilde yorumlanamaz."

20 *Ahmed ve diğerleri/Birleşik Krallık,* Reports of Judgments and Decisions [Hüküm ve Karar Raporları] ("Reports") [("Raporlar")] [1998]-VI.

faaliyetlerini ve dolayısıyla siyasi söylemini meşru şekilde kısıtlayabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, tartışma konusu yönetmeliğin tüm personeli kapsamadığını, sadece siyasi açıdan hassas görevlerde olan personele ilişkin olduğunu ve yönetmelikten etkilenen tüm personelin istisna talep edebilme hakkının olduğunu ve ifade özgürlüğünün kullanılmasına yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığının ortaya konulabileceğine dayanarak kararını vermiştir. Söz konusu farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurulması gerektiğinin başka bir ifade şekli olarak orantılılık, her zaman görecelidir. Bu yüzden, bir akademik yazara atıfta bulunmak gerekirse, "görevi ile ilgisi olmayan genel siyasi konularda bir gazeteye yazı yazdığı için [kamu] çalışanının cezalandırılması, ifade özgürlüğüne makul olmayan biçimde müdahale anlamını taşımaktadır. [Kamu] çalışanları, vatandaş olarak, özgürce görüşlerini ifade etme ve başkaları ile bilgi alışverişinde bulunma hakkına sahiptirler"[21]. Önemli olan, konuşmanın içeriğinin herhangi bir istihdam ilişkisi ile yakından ilgili olup olmadığı ya da tam tersine az ya da hiç ilgili olup olmadığıdır.

4. Kişisel yorumlar

Skalanın en altında, işyeri ile ilgili olsa da sadece kişisel olan konularda kamu önünde yorumları dile getirmek söz konusudur, örneğin, bir memurun kariyer gelişimi konusunda üstünün kendisine yaptığı haksız muameleyi şikâyet konusu yapması gibi. Yine burada da, bir derece söz konusudur; bir memurun münferit durumu o kamu hizmetinde daha yaygın, genel bir kötü yönetim sorununun [ya da kamu denetçisi (ombudsman) ifadesiyle kötü idarenin] göstergesi olabilir. Buradaki ilke, kamuyu gerçekten ilgilendiren unsurun varlığı zayıf ise, ilgili ifadenin yararlanacağı korumanın da daha az olması yönündedir. Yukarıdaki bağlamlarda olduğu gibi, ifade biçimine de bakılmaktadır (işverenin istismara varan ve saldırgan şekilde eleştirilmesi Strazburg içtihadı tarafından sempati ile karşılanmamaktadır[22]) ve gizli bilginin gereksiz yere basına ifşa edilmiş olup olmadığı da incelenmektedir.

B. Kurum içinde konuşma

1. Kaygıların dile getirilmesi

Guja kararından, bilgi uçurmanın meşruiyetini değerlendirmek için önemli hususlardan birinin, şikâyetin yapılabileceği uygun, tercihen bağım-

21 *Barendt*, yukarıdaki dn. 5, s. 490.

22 Ör. bkz. *Tucht/Almanya* (1982), başvuru no. 9336/81 (sağlık sektörü çalışanının işten alınması) (yayımlanmadı); *De Jong/Hollanda* (1984), başvuru no. 10280/83 (polis memurunun işten alınması) (yayımlanmadı). İki başvuru da Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından reddedilmişti. Yukarıda 5 no'lu dipnotta *Bowers ve Lewis* tarafından incelenen davalar, s. 644-645.

sız, düzenleyici bir kurumun mevcudiyeti, ve genel olarak da, basın yoluyla kamuya duyurma yoluna gitmeden önce, bilgi uçuran kişinin makul şekilde, işverenine kaygısını iletme girişiminin olup olmadığı ya da bu olanağının mevcut olup olmadığının önemli olduğu sonuçlarını çıkarabiliriz. Kötü idare ya da yönetimi düzeltmek adına, gereksiz yere kamuya duyurmadan, kamu çalışanlarının, görevleri ile ilgili yanlış davranışlar (yolsuzluk ve dolandırıcılık gibi), kamu fonlarının suiistimali, kötü idare, vergi mükelleflerinin paralarının israf edilmesine yol açacak hatalı politikalar vb. ile ilgili kaygılarını duyurabilecekleri kurum içi usullerin varlığı, bariz nedenlerle arzu edilmektedir. Misilleme riski altına girmeden, kaygı verici konularda güvenli biçimde bildirimde bulunabilmeyi mümkün kılan kurum içi mekanizmaların hayata geçirilmesinin, kamu kurumlarının, görevleri ile ilgili konularda ve özellikle de basına erişim konusunda çalışanlarının ifade özgürlüklerini kısıtlama konusundaki takdir yetkilerini dengeleyecek pozitif bir yükümlülüğü olduğu da söylenebilir. AB memuriyet kuralları, son yıllarda diğer uca yönelerek, çalışanlarının uygunsuzluk durumlarında kaygı ve şüphelerine ilişkin ihbarda bulunmalarına yönelik bir pozitif yükümlülük getirmiştir.[23] *Guja* kararı ile ortaya konulduğu üzere, dahili şikâyet usulünün eksikliği ya da ihbar durumunda memura karşı misilleme riskinin mevcudiyeti, bilgi uçurmayı ya da kurum ile ilgili kamuyu ilgilendiren konularda halkın yorum yapmasını gerekçelendirebilecek unsurlardır. Diğer taraftan, kurum içinde konunun tartışılabilmesi ve ihbar edilmesine yönelik uygun usuller mevcut ise, *Andreasen* davasında olduğu gibi, yetkililer bunları kullanmak zorundadır ve varolan diğer makul şartlara da uymaları gerekmekte ve kurum duvarları içinde bile, kendi istemleri doğrultusunda, işle ilgili eleştiri ve suçlamaları dile getirmemeleri şartı aranmaktadır.

2. Sendika ve personel temsiliyeti faaliyeti

Sözleşme'deki toplantı özgürlüğü doğrultusunda, "ulusal mevzuat çerçevesinde, [münferit] sendikacıların, mesleki çıkarlarının korunması için, örgütleri vasıtasıyla mücadele etmesine olanak sağlanması gerekmektedir[24]." Daha olağan bir dil kullanmak gerekirse, kamu sektörü çalışanı için bu gerekliliğin anlamı şudur: İşveren, sendikaların ve personel birliklerinin normal işleyişini sağlamak üzere, işyerinde bu tür faaliyetlerin silahlı kuvvetler ve polis gibi özel durumlara ilişkin getirilecek belirli kurallar doğrultusunda, perso-

23 Toplulukların çıkarlarına zarar getirecek, dolandırıcılık, yolsuzluk ve yasadışı faaliyetlerin önlenmesine yönelik dahili soruşturmaların kural ve şartlarına ilişkin 1999/396/EC sayılı Komisyon kararı, ECSC, 2 Haziran 1999 tarihli Euratom. (1999 tarihli Resmi Gazete L 149, s. 157), 2. madde ("Bilgi verme yükümlülüğü"); Personel Yönetmeliği, Madde 22a (bkz. madde 21a ve 22b).

24 27 Ekim 1975 tarihli, *Seri A, cilt 19*, paragraf 39 *National Union of Belgian Police* temel kararını uygulayan *Schmidt ve Dahlström/İsveç kararı, 6 Şubat 1976, Seri A, cilt 21*, paragraf 36.

nel tarafından gerek bireysel gerek toplu olarak yürütülmesine izin vermek zorundadır[25]. Bu faaliyetler, AB personeli ile ilgili olarak Adalet Divanı'nın içtihadında yaklaşık 20 yıl önce tanındığı üzere, doğaları gereği, başka sendika ve dernek üyeleri ile iletişimi içerecek şekilde konuşma özgürlüğünü de içermektedir[26]. Bu ifade özgürlüğü çoğu zaman, özellikle de personel temsilcileri seçimi için sendikalar birbiri ile rekabet içinde olduğundan, yönetime, personel politikası ve münferit tedbirlerine ilişkin kuvvetli eleştirileri ya da görüş ayrılığını ifade etmeyi beraberinde getirir.

Daha kısa bir süre önce AİHM, benzer şekilde, söz konusu kamu sektöründeki olağan mesleki eylem ve personel-yönetim ilişkileri bağlamında, sendika ya da personel temsilcileri tarafından gerek istihdam eden kamu merciinin işyeri içinde, gerek dışında sert ifade biçimlerine hoşgörü gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. 2011 tarihinde Fransa'ya karşı Daire'nin baktığı bir davada, iki sendikacı, işveren olarak yerel belediye başkanını sert biçimde eleştiren broşürler dağıttıklarından dolayı iftira suçu işledikleri gerekçesiyle ceza almışlardır. Eleştiri, belediye başkanının seçilmiş bir siyasetçi olarak yürüttüğü görev bağlamındaki davranışlarını konu almaktaydı ve yerel toplumda halkı ilgilendiren bir tartışma kapsamında ifade edilmişti. Şahsen belediye başkanının adı geçmemişti, kendisine karşı dile getirilen bireysel bir iddia da söz konusu değildi. Ulusal mahkemelerin aksine, Daireye göre, iki başvurucu tarafından kullanılan dil, iş ilişkilerinde kabul edilebilir olan eleştiri sınırlarını ihlal etmemişti: Halkı ilgilendiren bir tartışmaya katılan iki sendikacı olarak, "belli dozda abartıya hatta provokasyona" başvurmaya bile hakları vardı; karşı çıkılan ifadelerine ilişkin olarak verilen ceza orantısızdı[27]. Bu kararın, bir ay öncesinde Büyük Daire'nin İspanya'ya karşı vermiş olduğu, iki sendikacının şirket binası içinde, iki çalışan ve firma yönetiminden birine karşı üst düzeyde hakarete varan suçlamalar ve görüntüler içeren bir bülten basmalarının ardından özel sektör işverenleri tarafından işten çıkarılmalarının mahkeme kararı ile onanmasının, üye devletin ifade özgürlüğünün ihlali

25 AB personelinin örgütlenme özgürlüğü teminat altındadır, örneğin, Personel Yönetmeliğinin 24b Maddesi uyarınca: "Çalışanlar, örgütlenme özgürlüğünü kullanabilmelidir; özellikle de sendikalara ya da Avrupa çalışanlarının personel birliklerine üye olabilmelidirler."

26 *Maurissen ve Avrupa Memur Sendikası/Sayıştay,* Birleştirilen davalar: 193/87 ve 194/87, [1990], ECR I 95, paragraf 15: "(...) Topluluk kurumları ve organları, sendikaların ve personel birliklerinin görevlerini yerine getirebilmesi için, örneğin, çalışanları ve memurları haberdar etmelerine, onları kurumlar ve diğer organlar nezdinde temsil etmelerine ve bu kurum ve organlar ile müzakere yürütmelerine izin vermelidir..." *Maurissen* davasında, sendika temsilcisinin, sendika iletişimleri için kurum içi haberleşme hizmetini kullanmasına izin verilmemesi, Adalet Divanı tarafından, sendika özgürlüğü hakkına ilişkin haksız bir müdahale olarak kabul edilmemiştir.

27 *Vellutini ve Michel/Fransa, başvuru n*o. 32820/09, 6 Ekim 2011, yayımlanmadı (kararın sadece Fransızcası mevcuttur).

olarak kabul edilmediği karar ile birlikte okunması gerekmektedir[28]. Buradan iki sonuca varılabilir: İlk olarak, sendika ve personel temsilcilerinin, temsil görevi olmayan diğer kamu çalışanlarına göre daha büyük bir ifade özgürlüğünden istifade ettikleri düşünülebilir; ve ikinci olarak da, normal sendika söyleminin sınırlarının eleştiri ve hakaret arasındaki "açık ayrımda" yattığı sonucuna varılabilir: İşverene işle ilgili konularda talepleri iletebilme hakkı, kişilerin saygınlığına ilişkin hakaret içeren bir dilin kullanılması anlamına gelmemektedir.

3. Çalışma ortamını bozmak

Personelinin görevlerini verimli bir şekilde yerine getirmesi konusunda, özel sektör işvereni gibi kamu işvereninin de meşru bir beklentisi vardır. Strazburg içtihadında ve Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında da görüldüğü üzere, bu beklenti, toplu disiplinsizliğe çağrı teşkil eden, ya da çalışma saatleri sırasında siyasi toplantılar yapılması, başkalarını incitici evanjelik posterlerin asılması, diğer çalışanlara karşı saldırgan ifadelerin kullanılması ve yönetimin makul talimatlarına istismar edici tepkiler verilmesi gibi çalışma ortamını bozucu ifade şekillerinin kısıtlanmasına haklı bir gerekçe oluşturabilir.[29] Görünüşe göre, Alman mahkemeleri çalışma ortamının bozulma olasılığından öte, gerçekte bozulduğuna dair kanıt bulunmasını şart koşarak daha da katı bir yaklaşım sergilemişlerdir.[30] Kesin olan, genel operasyonel verimliliği desteklemek için kısıtlamalar getirmenin gerekli olduğu yönündeki muğlak iddiaların yeterli görülmediğidir.

IV. Kamu çalışanlarının ifadelerinin bazı boyutlarının etkileri

"Kurum dışı" ve "kurum içi" söylem ile ilgili olarak, yukarıda değinilen tartışmalarda yer verilen bağlantılı fakat ikincil olarak ortaya konan konular, aslında, başlı başına birer konu olarak da irdelenebilir.

A. Farklı ifade içerikleri

Başlangıç olarak belirtmek gerekir ki, kamu çalışanlarının ifade özgürlüğü, içerikten bağımsız değildir. Kamu yararı, güvenilir deliller ile destekleniyorsa, yolsuzluk ya da dolandırıcılık gibi yanlış davranışların ihbarının

28 *Palomo Sanchez*, yukarıdaki dn. 4.

29 ABD: *Pickering/Board of Education*, 391 US 563 (1968) (okul öğretmenleri);– Barendt'te, 5 no'lu dipnotta tartışılan içtihad: *Waters/Churchill*, 511 US 661 (1994) s. 489 – 491. Sözleşme içtihadı: *X/Birleşik Krallık, başvuru n*o. 8010/77, 16 Decisions and Reports 101 (1979) (evanjelik posterler).

30 Bu konu ile ilgili olarak, genel olarak, yukarıdaki Barendt tartışması, 5 no'lu dipnot'a bakınız.

(whistleblowing kavramı), sadece kamu çalışanının sadakat yükümlülüğü ve ilgili kurumun iç işleyişinin huzuru üzerindeki olumsuz etkisi gerekçesiyle kolayca susturulamamasını gerektirir. Diğer taraftan, *Connolly* davasında görüldüğü üzere, kamu çalışanının yürütülen politikaları ya da kurumun temel amaçlarını hedef alan, değer yargısı (gizli bilginin ifşası olsun ya da olmasın) biçimini alan ifadeleri, işveren ve çalışan arasında gerekli olan güven ilişkisini zedelediği gerekçesiyle elbette kısıtlanabilir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, ilkeli görüş ayrılığı çoğu zaman bir erdem olarak kabul edilse de, sadakat, gizli tutma yükümlülüğü ve tarafsızlık gibi memurun görevinin bir parçası olan gereklilikler nedeniyle, bu memurun, işverenine muhalif görüşlerini kamu önünde ifade etmesi, bu işverenin hizmet ettiği misyonu zora sokacak düzeyde olmamalıdır. Çalışanların siyasi görüşlerini kamuya açık bir biçimde ifade etmesi, halkın, merkezi ve yerel hükümetin politikalarını uygulayan, siyasi bakımdan bağımsız ve tarafsız bir bürokrasinin varlığının temin edilmesi yönündeki beklentisini tatmin etmek üzere sınırlandırılabilir. Kurum içinde siyasi görüşlerin ifade edilmesinin yasaklanması, çalışma ortamını bozduğu ya da diğer çalışanları incitebileceği gerekçesiyle temellendirilebilir. Ülkenin ya da bireylerin güvenliği söz konusu olduğunda, ya da Devlet sırlarının gizli kalması gerekliliği gibi faktörler de konuşma özgürlüğünü kısıtlayan unsurlar arasında olabilir. İçeriğe ilişkin bir diğer önemli unsur da, iletilen bilginin güvenilirliğidir, yani eğer açıkça ya da zımnen herhangi bir suçlama mevcutsa, bu suçlamanın delillere dayanıp dayanmadığı önemlidir.

B. İfade biçimi

Terazinin neresinde olursa olsun, kamu çalışanının konuşma özgürlüğünün hiçbir çekince olmaksızın korunması söz konusu değildir. Tanımı itibariyle, istihdam ilişkisinin devam etmesi beklendiğinden, devam etmesi için gerekli şartların iki taraf, yani hem çalışan hem de işveren tarafından korunması gerekmektedir. Kendisine işvereninin duyabilmesi gereken güveni yıkan ölçüsüz bir ifadede bulunan çalışanın, başka şartlarda yararlanabileceği koruma düşer. Aynı konuda, aynı bağlamda, ılımlı bir eleştirinin yapılmasına izin verilebilecekken, taciz eden, hakaret içeren ve incitici bir eleştiri, önceden kısıtlanabilir ya da sonrasında başkalarının yararlarını korumak için cezalandırılabilir.

C. İletişim kanalları

İlgili ifadenin, geniş çapta, kamu önünde, basın yoluyla ya da, dar bir kitlede, kurum içinde, sadece konu ile ilgili kişilerin önünde yapılması, özgürlük veya bunun kısıtlanması arasındaki dengeyi etkileyecek faktörlerdir.

1997 yılında AİHM tarafından görülen *Grigoriades/Yunanistan*[31] davasında başvurucu, yedek subay olarak yaptığı askerliği sırasında (örneğin) "bir suç ve terör makinası" olarak betimlediği Yunan ordusunu şiddetle kınayan uzun bir "şahsi görüş" yazmıştı. Bunun üzerine, orduya hakaretten askeri suç işlediği gerekçesiyle hüküm giymişti. Büyük Daire, Sözleşme'nin diliyle, yazının sert ve ölçüsüz bir dil ile yazılmış olmasına rağmen, başvurucu hakkındaki kovuşturma ve verilen mahkumiyetin "demokratik bir toplumda" gerekli olmadığını belirtmişti. Bu yaklaşımın temel nedeni, söz konusu yazının başvurucu tarafından üstüne teslim edilmiş olması, yalnızca başka bir yedek subay tarafından görülmüş olması, herhangi bir yerde basılmamış ya da daha büyük bir kitle ile paylaşılmamış olmasıydı; diğer taraftan mektubu teslim alan kişiye ya da herhangi başka bir kişiye karşı da hakaret içermediğinden bu sonuca varılmıştı. Mahkeme, yazının askeri disiplin üzerindeki etkisinin önemsiz olduğu kanısına varmıştır.

D. Farklı ifade sahibi kategorileri

Söz konusu çalışanın yetkisinin ne olduğu da önemli bir unsurdur; kişinin rütbesinin siyasi karar alma merkezlerine yakın olup olmadığı, hatta tam tersine herhangi bir etkisi olup olmadığı, yüksek ya da düşük düzeyde bir görevi olup olmaması (yüksek düzeyli çalışanların diğerlerine kıyasla daha büyük bir sadakat yükümlülüğü olduğu düşünülebilir); ifade sahibi kişinin merkezi kamu hizmetinde, yerel kamu hizmetinde ya da sağlık sektörü gibi hükümetin merkezinden uzak bir kamu kurumunda çalışıyor olması; ya da dile getirilen görüşün konusu hakkında kişinin mesleki sorumluluğunun olup olmaması, vs.

E. Kamu işvereninin ya da diğer kişilerin çıkarları üzerindeki etki

Yukarıda belirtildiği üzere, *Grigoriades* davasında, kullanılan ifade özgürlüğünün askeri disiplin üzerindeki nesnel olarak önemsiz etkisi, ilgili ordu mensubu hakkında başlatılan ceza kovuşturmasını ve mahkumiyeti doğrulamayı zorlaştırmıştı. Bunun tersine, Adalet Divanı *Connolly* kararında, söz konusu izinsiz ve ölçüsüz yayın ile memurun AB çıkarlarına verdiği zararın vahameti üzerinde durmuştu. Kısaca ifade etmek gerekirse, ciddi ve zarar veren ifşa ya da eleştiri ile önemsiz, zararsız ifade biçimleri arasında ayrım yapmak gerekmektedir.

F. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığı

Sözleşme'deki (mutlak olmayan) hakların uygulanmasına ilişkin olağan ilkeler uyarınca, ifade özgürlüğüne yapılacak herhangi bir müdahalenin gü-

31 Reports [Raporlar] [1997]-VI.

dülen meşru amaç ile orantılı olması gerekmektedir. Özellikle, söz konusu konuşma, kamu çalışanının mesleki yükümlülüklerinden uzaklaşması olarak kabul edilse dahi, yapılan kısıtlama ya da getirilen yaptırımın orantılı olması gerekmektedir. Fransız jandarma mensubu Jean-Hugues Matelly'nin gazetecilik kariyeri bunun iyi bir göstergesidir. 2009 tarihli kabul edilebilirlik kararında AİHM, basın önünde kendini ifade etmesine getirilen yasağın sınırlı olması (yasak, daha önce üzerine bir makale yazdığı, jandarma memurlarının hedeflerine ulaşmak için suç istatistikleri üzerinde manipülasyon yaptığı iddiası ile ilgiydi), verilen disiplin cezasının (uyarı) orta derecede ağırlığı olduğu ve Sözleşme'nin 10. maddesinde teminat altına alının hakka orantısız müdahale yapılmadığı gerekçeleriyle başvuruyu reddetmiştir.[32] İki yıl sonra, Sayın Matelly başka bir konuda yazdığı yazısını yayımlamasının ardından, Fransız *Conseil d'Etat'*sı, jandarmadan ihraç edilmesi kararını iptal etmiştir. Jandarma ve polis arasında yakın bağ kuran tedbirleri eleştirerek "ihtiyatlı davranma yükümlülüğünü" ihlal etmiş de olsa, verilen ceza, disiplin makamının verebileceği çok çeşitli alternatif ceza seçenekleri bulunması nedeniyle açıkça orantısız bulmuştur[33].

V. Sonuç

Bu konuya daha fazla ışık tutmak için, analiz, soyulan bir soğanın katmanları gibi daha da ince detaylara inilerek devam ettirilebilir. Kısaca, belirli, basit bir kural, çizilecek kesin bir çizgi olmadığını söylemek mümkün. Başlangıçta belirtildiği gibi, buradaki yol gösterici ilke, kişinin özgürlüğü ve bundan olumlu ya da olumsuz olarak etkilenecek olan başkalarının, hatta bunun dışındaki bireylerin, istihdam eden makamın ve genel olarak toplumun çıkarları gibi farklı çıkarlar arasında adil bir denge gözetilmesi ihtiyacıdır. Muhtemelen bu tespit, somut vakaları çözmek için Sözleşme metninden daha fazla yardımcı olmamaktadır. Özellikle belirtmek gerekir ki, çoğu zaman böyle olsa da, kamu yararı her zaman istihdam eden makamın yararı ile örtüşmez. Bu yüzden, kamu çalışanının (bilgi ifşa etmek ve eleştirmek için) ifade özgürlüğüne, gizlilik ve istihdam eden makamın operasyonel ihtiyaçları pahasına öncelik vermek, yanlış davranışın kamuya duyurulması, kamuyu ilgilendiren konularda tartışmanın mümkün olduğunca geniş, bilgilendirilmiş bir kitleye yayılması ve özgür ifadenin demokratik bir toplumda (silahlı kuvvetlerde dahi) genel olarak takdir edilen bir değer olarak kabul edilmesi, daha geniş anlamda toplumun yararına olabilir.

Gerekli dengeyi gözetmek için göz önünde bulundurulması gereken bir-

32 *Matelly/Fransa,* başvuru no. 30330/04, 15 Eylül 2009 (kabul edilemezlik kararı), yayımlanmadı.

33 *Conseil d'Etat* [*Danıştay*], 12 Ocak 2011, *Matelly,* başvuru no. 338461 (*Lebon'* da yayımlanacak). Bkz. bu karar ile igili (Fransızca) yorum *AJDA* 2011, s. 623-627.

çok etken bulunmaktadır, davanın özel koşulları her zaman söz konusu denge arayışını etkileyecektir. Karar alıcılar [yönetmelikleri yazanlar, idareler, mahkemeler, kamu denetçileri (ombudsmanlar)] açısından sorun, söz konusu vakalarda doğru karışımı bulmak olacaktır. Bazı yorumcuların da söylediği gibi, kamu çalışanlarının yararlanabileceği ve ifade özgürlüklerini kullanma konusunda onlara yol gösterecek resmi bir kılavuzun yokluğunda,[34] özel durumlardan kaynaklanan farklı bağlamlarda dengenin ne şekilde gözetilebileceğini saptamak için yapılabilecek en iyi şey, Avrupa'da günümüz demokratik toplumlarında yaygın olan tutum ve eğilimleri esas almaya çalışmak olabilir. Nitekim bu durum durağan ve zamanın bir anında sabitlenmiş değildir ve sürekli evrilmektedir.

Bu makale, tüm durumları içerme iddiası olmaksızın, bu muhakeme sürecini gerçekleştirmek için, gerekli bağlam ve ilgili şartlar; tartışma yaratabilecek farklı ifade türleri; ifadenin kurum içi ya da kurum dışı olması, bir diğer deyişle görüşlerin işyeri dışında ve içinde ifade edilmesi; ifadenin anlam ve mahiyeti; ifade biçimi; kullanılan iletişim kanalları; farklı ifade sahibi kategorileri ile bunların yerine getirdiği sorumlulukların doğası ve sadakat yükümlülüklerinin kapsamı; ifade sahibinin iyi niyetli davranıp davranmadığı ve genel ilgi konusu bir konu ile bağlantısını da kapsayacak şekilde güttüğü hedefler; yapılan eleştiri ve suçlamaların dayandığı fiili bir temelin varlığı; istihdam eden kamu mercii ya da konudan etkilenen üçüncü kişilerin meşru çıkarları üzerindeki etkisi; buna paralel olarak kamu çalışanlarının, kamu kurumu için çalıştıkları için ifade özgürlüklerine getirilmiş nesnel, meşru kısıtlamalar; diğerlerine kıyasla, bazı kamu çalışanlarının "özgürlükten" daha fazla istifade edebilecekleri farklı biçim, tür, içerik ve tutumlar ile koruma dengesinin farklı boyutları ve bununla birlikte istihdam eden kamu merciine bırakılan düzenleyici takdir payının daha dar olması; ve genel insan hakları ilkelerinden yola çıkarak, getirilen kısıtlamanın, özellikle cezai yaptırım içeriyorsa, tartışmalı konuşmanın vahameti ile orantılı olması gibi, bazıları öznel bazıları nesnel olmak üzere, uygulamaya yönelik birtakım konu başlıklarının altını çizmeye çabalamıştır.

Sir Nicolas Bratza ve yıllar boyunca AİHM'e ve genel olarak Sözleşme sistemine yapmış olduğu çok önemli katkılar onuruna bu çalışmayı sonuçlandırmak gerekirse, söz konusu olabilecek birçok etkenin göreceli ve değişken öneminin üzerinden hızla geçen ve mecburen kısa olan bu makale, Avrupa'da hem ulusal hem de uluslarüstü düzeyde çalışan kamu çalışanlarının temel ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırlarını belirlemek için gerekli olacak analitik bir çerçevenin en azından başlangıcını ortaya koyma umuduyla yazılmıştır.

34 Bu konuda *Dalle-Crode* tezindeki öneriye bkz, AB memurları ve diğer memurlar için yukarıdaki dn. 3, s. 487 ve devamı.

İNCİTİCİ İFADELER - NEFRET, ŞİDDET VE DİNE SÖVME

Söylem ne zaman eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ve nefret söylemi içtihatları

Françoise Tulkens[1]

Bu makaleyi ithaf ettiğim Başkan Sir Nicolas Bratza, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gelişiminde ve kaderinde muazzam etkisi olmuş bir şahsiyettir. Herkese örnek olacak profesyonelliğini ve niteliklerini, Mahkeme'nin ve insan haklarının hizmetine sunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Avrupa Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına tümüyle vakıf olması, akıl yürütmedeki titizliğiyle ve başarısıyla birleştiğinde büyük değerler olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıç Bratza, Aristoteles'in "basiret" kavramını taşıyan fakat aynı zamanda da cesur görüşler benimseyerek, karşılıklı ödünler vermesi gereken iki kavram olan hukuki kesinlik ve esnekliğin gözetilmesiyle Mahkeme'nin süreklilikte değişim sağlamasına önayak olmuştur. Daha da temelinde, kanaat ve sorumluluk duygularını birleştiren Başkan Bratza, sarsılmaz dürüstlük, mutlak bağımsızlık, sınırsız hoşgörü ve gerek kişilere gerek kurumlara muazzam saygı imajını hep korumuştur. Ona çok şey borçluyuz.

Giriş

Şüphesiz ki nefret söylemi, İkinci Dünya Savaşı trajedisinden etkilenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile "fikirler pazarı"nı[2] korumak ihtiyacıyla hareket eden ABD Yüksek Mahkemesi arasında önemli epistemolojik farkların gözlemlenebileceği bir paradigma durumudur. Hakim olan "gerçek yoktur, fikirlerin rekabeti vardır" doktrini, Avrupa'daki Kartezyen, kanıtlara dayalı gerçeklik[3] fikrinden uzak görünmektedir. Daha genel ve özet bir yakla-

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkan Yardımcısıdır. Buradaki tüm fikirler yazarına aittir ve Mahkeme'yi bağlamaz. Bu makale, George Washington Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nin katkılarıyla, ABD Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden bir heyetin buluşması kapsamında düzenlenen seminerde, 1 Mart 2012 tarihinde yapılmış olan bir sunumun genişletilmiş halidir.

2 "Fikirlerin ifadesi nedeniyle zulüm görmekte bence mantıken hiçbir sorun yoktur. Makamınızdan ve mevkiinizden hiçbir şüphe duymuyor, tüm kalbinizle belli bir sonucu elde etmek istiyorsanız, doğal olarak isteklerinizi hukuk içinde ifade eder ve tüm muhaliflerinizi püskürtürsünüz (...) Fakat insanların, çatışan birçok inancın zamanla sarsıldığını fark ettiklerinde, fikirlerin serbest alışverişinin iyiliğe erişmeye daha elverişli bir yol olduğuna, (...) gerçeğin en iyi piyasa rekabeti koşulları içinde gücünü sergileyerek kendini kanıtlayabileceğine ve isteklerini sorunsuz yerine getirebilecekleri tek zeminin gerçek olduğuna inançları, kendi davranışlarının temelinde yatan inançlarına ağır basmaya başlamış olabilir. Her halükârda Anayasamızın teorisi budur" (Hakim Holmes'un karşı görüşü, *Abrams/ABD*, 250 U.S. 616 (1919)).

3 Bkz. U. Belavusau, "*Judicial epistemology of free speech through ancient lenses [İfade özgürlüğünün hukuki epistemolojisine tarih merceğinden bakış"]*, International Journal for the Semiotics of Law [Uluslararası Hukukta Anlambilim Dergisi], 2010, s. 165 ve devamı.

şımla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bireylerin ve kamunun menfaatlerini dengelemeye, tüm vatandaşların eşitliğini ve şerefini korurken demokratik yönetimin özelliklerini sürdürmeye önem veren bir geleneğe dayanır.

6 Temmuz 2006 tarihli *Erbakan/Türkiye* kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bugünkü pozisyonunun özünü yansıtır: "Tüm bireylerin şeref ve itibarlarına eşit saygı ve hoşgörü gösterilmesi, demokratik ve çoğulcu toplumların temelidir. Bununla birlikte, ilke olarak bazı demokratik toplumların hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti teşvik eden, yayan, destekleyen ya da meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanması, hatta bunları önlemesi gerekli olabilir."[4]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, nefrete teşvik ve ifade özgürlüğü konularıyla ilgilenirken iki yaklaşım kullanır: Sözleşme'nin hakların kötüye kullanımını yasaklayan 17. madde hükümlerinde tanınan korumanın dışarında kalınan geniş yaklaşım ile Sözleşme'nin 10. madde 2. paragrafı hükümlerinde tanımlanan ve göreceli bir koruma hakkı olduğunu bildiğimiz koruma kısıtlamalarının uygulandığı dar yaklaşım. Bu iki yaklaşıma değineceğim (II ve III), ancak önce Mahkeme'nin bu alandaki içtihatlarının bağlamını (arka planını) açıklamak isterim (I).

I. Arka plan

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nefret söylemi ile karşılaştığında, içtihatlarını uluslararası dayanak noktalarının ve metinlerin (göreceli) yokluğunda geliştirmek durumundadır. Öyle ki, evrensel ölçekte "ulus, ırk ya da dine dayalı nefretin savunuculuğu (...) kanunen yasaklanmıştır" hükmü, sadece Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesinde yer alırken, bölgesel düzeyde düşünce ve ifade özgürlüğü bağlamında nefret söylemi sadece 22 Kasım 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 13. madde 5. paragrafta açıkça yasaklanmıştır. Bu koşullar altında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, günümüzde demokratik toplumlarda egemen olan düşüncelere ve Avrupa hukukunun nefret suçuna teşvik konusundaki evrimine dayanan bir "yapıcı içtihat"[5] geliştirme talebiyle karşı karşıya kalmıştır.

Bilindiği üzere gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerek Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen kavramlarla, gerekse nefret söylemi ve benzeri kapsam dışı kavramlarla ilgili olarak somut tanımlamalardan kaçınsa da, Avrupa Konseyi'nin üye devletleri arasında bu kavramın tanımına ilişkin bir uzlaşma var gibi görünmektedir.[6] 1997 tarihli Bakanlar Komitesi Tavsiyesi, nefret

4 AİHM *Erbakan/Türkiye*, 6 Temmuz 2006 tarihli karar, paragraf 56.

5 Bkz. G. Cohen-Jonathan, *"Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale"* [*İnsan hakkı olarak ırk ayrımcılığından korunma*], Rev. trim. dr. h., 2001, s. 679.

6 Bkz. M. Oetheimer, *"La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine"* [*Nefret söylemine karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*], Rev. trim. dr. h., 2007, s. 63 ve devamı.

söylemi teriminin "ırka dayalı nefret, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlüğe dayalı saldırgan milliyetçilik ve kökenmerkezcilik, azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli kişilere karşı ayrımcılık ve saldırgan tutum gibi diğer nefret türlerini yayan, teşvik eden, destekleyen ya da meşru gösteren her türlü ifadeyi" kapsadığını belirtir.[7] Mahkeme elbette bu tanımı görmezden gelmez, hatta yakın tarihteki bir kararında bu tanıma açıkça atıfta da bulunmuştur[8]. Fakat bu durum, Mahkeme'nin her bir başvuruyu kendi dayanaklarına göre değerlendirme ve gerekçelerini –içtihatlarını da– sonraki davalarda hareket alanını kısıtlayacak tanımlamalarla sınırlamama yaklaşımına ilişkin sorular doğurmaz. Ayrıca Mahkeme, belirli fikirlerin özerk bir şekilde kullanılmasını tercih etmektedir. Bu yaklaşıma örnek olarak, nefret söylemiyle ilgili içtihatlar gösterilebilir.

Son olarak, E. Delruelle'in isabetle belirttiği gibi, konunun bütününün içinde bulunduğu çıkmaz (*aporia*), toplumdaki tartışmalarda bazı yanlış anlamalara yol açmaktadır. Demokrasi, fikir ve ifade özgürlüğü temelinde yükseldiği için, bu özgürlüğe müdahale etmeden nefretin teşvikini yasaklamak mümkün değildir. Fakat burada başka bir hipotez geliştirilebilir. Demokrasilerde kişilerin fikirlerine değil, sadece davranış ve edimlerine dayanılarak suçlanabileceği kabulümüzdür. Peki bu durum, sözlerin hiçbir kısıtlamaya tâbi tutulamayacağı anlamına mı gelir? Hayır. Konuya bu açıdan baktığımızda odak değişir. Soru, artık hangi tür fikir ya da ifade biçimlerinin hukuka uygun olduğu değil, ifade edimlerinin hangilerinin demokrasiye uygun, hangilerinin uygun olmadığıdır. Meydana geldiği kesinleşmiş nefret söylemi sadece bir fikir değil, aynı zamanda bir edimdir[9].

II. Sözleşme'nin 17. maddesi ve hakların kötüye kullanımı

Birkaç yıl öncesine kadar az kullanıldığı (ya da yanlış kullanıldığı)[10] için değerinin sorgulanması noktasına gelen[11] Sözleşme'nin 17. maddesi,

7 607. Bakan Vekilleri toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından 30 Ekim 1997 tarihinde kabul edilen, nefret söylemi üzerine R (97) 20 sayılı Üye Devletler Bakanlar Komitesi Tavsiyesi.

8 AİHM, *Gündüz/Türkiye*, 4 Aralık 2003 tarihli karar, paragraf 22.

9 E. Delruelle, *"Introduction", L'incitation à la haine : "Quand dire, c'est faire"* / Approche pragmatique de la liberté d'expression *["Giriş", Nefrete teşvik etmek: "Konuşmak eylemi gerçekleştirmek olunca"*/İfade özgürlüğüne pragmatik yaklaşım], Fırsat Eşitliği ve Irkçılıkla Mücadele Merkezi tarafından düzenlenen seminer, (Brüksel, 25 Kasım 2011).

10 1950'lerin Soğuk Savaş ortamında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşme'nin 17. maddesini geniş yorumlayarak "ifade özgürlüğünün içini boşaltmış ve AİHK'nin ideolojisinin, Batı Avrupa'da komünist partilerin varlığı ile bağdaşamayacağını dolaylı olarak ifade etmiştir" (F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme* [*Avrupa ve uluslararası insan hakları hukuku*], Paris, PUF, 8. basım, 2006, s. 206, no. 148). Bkz. AİHK, *Alman Komünist Partisi/Federal Almanya Cumhuriyeti*, 20 Temmuz 1957 tarihli karar.

11 S. Van Drooghenbroeck, *"L'article 17 de la Convention est-il indispensable?"* [*Sözleşme'nin 17. maddesi gerekli midir?*], Rev. trim. dr. h., 2001, s. 541.

Mahkeme'nin yakın zamandaki kararlarında tekrar su yüzüne çıktı. "Özgürlük düşmanlarına özgürlük yok" diyordu Saint-Just; diğer yandan J. Rawls'un yorumuyla, "Adalet, başkaları varlıklarının temelini yıkarken insanların durup beklemesini gerektirmez"[12].

A. Elverişsizlik DISQUALIFICATION kriteri

M. Oetheimer'ın tahlil ettiği gibi bu hüküm, "Sözleşme'nin garanti ettiği hakların, bunları yine Sözleşme'nin koruduğu değerlere karşı çıkmak için kullanacaklardan alınmasını" hedefler[13]. Bir başka deyişle, Sözleşme'nin garanti ettiği hakları özgürlüğe darbe vuracak amaçlar için kullandığı tespit edilenlerin, Sözleşme'nin getirdiği korumadan mahrum bırakılması demektir[14]. Mahkeme ilk kez 1 Temmuz 1961 tarihli *Lawless (no. 3)/İrlanda* kararında, "17. 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..."[15] hükmüne varmıştır.

S. Van Drooghenbroeck'in isabetli gözlemiyle, "Avrupa tarihinin en karanlık sayfalarından çıkan" Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, "bu sayfaların tekrar yazılacağı olanaklar sunamazdı"[16]. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 30. maddesinin neredeyse bire bir kopyası olan Sözleşme'nin 17. maddesinin gerekçesi budur. "[Sözleşme'nin] oluşturduğu toplum (...) kendini savunma kabiliyeti olan bir demokrasidir ve bunu başarmak için, düşmanlarını kendisinin temel direkleri olan garantilerden yoksun bırakma aşamasına gelmeden, gerekirse kendi dışına çıkmaya, (...) kararlıdır"[17]. Sözleşme'nin 17. maddesinde ifade edilen bu sınırın aşılması durumu, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 11 Mayıs 1984 tarihli Glasenapp/Almanya

12 J. Rawls, *A Theory of Justice [Bir Adalet Teorisi]*, Oxford, Oxford University Press, 1971, s. 218.

13 M. Oetheimer, "La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine" [*Nefret söylemine karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*], a.g.k., s. 66.

14 S. Van Drooghenbroeck, "L'article U de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile?" [*"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi U maddesi: belirsiz ve gereksiz mi?"*], H. Dumont vd. (der.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droits* [Hürriyet düşmanlarına özgürlük yok mu? Hürriyeti ihlal edenler topluluğu ve haklar], Brüksel, Bruylant, 2000, s. 141 ve devamı.

15 AİHM, Lawless (no. 3)/İrlanda, 1 Temmuz 1961 tarihli karar, paragraf 7 (hukuki dayanaklar).

16 S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la *Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile?*" [*"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 17. maddesi: belirsiz ve gereksiz mi?"*], a.g.k., s. 144.

17 A.g.k., s. 145. Avrupa'da, "wehrhafte Demokratie"/kendini koruma kabiliyeti olan demokrasi; bkz. AİHM (BD), *Zdanoka/Letonya*, 16 Mart 2006 tarihli karar.

davasının raporunda açıkça belirtilmektedir: "bir Devletin, hukukun üstünlüğünü ve demokratik düzeni korumayı hedeflediği durumlarda Sözleşme, bu amaçların yine Sözleşme tarafından teminat altına alınmış hakların korunmasından öncelikli hale gelmesini 17. madde ile hükme bağlamıştır"[18]. Somut biçimde bu, ifade özgürlüğünün nefret söylemine paravan olarak kullanıldığı durumlarda, Sözleşme'nin 10. madde 1. paragraf hükümlerindeki korumadan yararlanılamayacağı ve bu hükümde belirtilmiş kısıtlamaların devreye konamayacağı" anlamına gelir. Bu da bir elverişsiz olma DISQUALIFICATION senaryosudur.

"Giyotin" hükmü olarak da anılan Sözleşme'nin 17. maddesi hükümleri, Devletlerin özgürlük karşıtı eylemlere müdahale etmesine olanak tanırken mecburiyet getirmez. Daha ileri gitmek mümkün müdür, doğru mudur? Bazıları için buna olumlu cevap vermek mümkün görünüyor[19]. Dolayısıyla, Mahkeme'nin içtihatlarında giderek yer bulan pozitif yükümlülük doktrininden hareketle, Devletlerin nefret söylemiyle (yasa ve yönetmeliklere dayanan ya da başka tür) hukuki tedbirler yoluyla mücadele etme sorumluluğu olduğu öne sürülebilir. Başka bir deyişle, Devletlerin ifade özgürlüğünü yok etmeye yönelik nefret söylemiyle mücadele etme ve bunu önleme konusunda pozitif yükümlülüğü vardır. Diğerleri ise, dolaylı haliyle dahi olsa Avrupa ifade özgürlüğü çerçevesine karakterini veren önemli ilke ve güvenceleri devre dışı bıraktığı için, kötüye kullanım hükmünün devreye girmesi arzu edilmeyen bir durumdur. AİHM'in herhangi bir ifade biçimini Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından mahrum bırakmamasının önünde inandırıcı savlar ve hukuki dayanaklar olduğu dile getirilmektedir. Demokrasiye ya da insan haklarının korunmasına değer katmadığı için 17. maddenin uygulanmasının gereksiz olduğu da görüşler arasındadır. Dolayısıyla bu kesim, AİHM'in her türlü nefret söylemini 10. madde kapsamında değerlendirip Sözleşme'nin 17. maddesine doğrudan ya da dolaylı bağlantısı olan kararlar vermemesini şiddetle tavsiye ediyor[20].

Bu hassas bir tartışma. Bir yanda, 17. madde belirli bir tarihsel bağlamda, savaş sonrası dönemde ortaya çıktı ve her ne kadar Avrupa'da çeşitli aşırıcılık hareketlerinin tekrar canlanması bu maddeye başvurmak için haklı gerekçe-

18 AİHK, *Glasenapp/Almanya*, 11 Mayıs 1984 tarihli rapor, paragraf 110.

19 S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la *Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile?*" [*"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 17. maddesi: belirsiz ve gereksiz mi?"*], a.g.k., s. 150.

20 H. Cannie ve D. Voorhoof, "*The abuse clause and freedom of expression in the European Human Rights Convention: an added value for democracy and human rights protection? [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kötüye kullanma hükmü ve ifade özgürlüğü: Demokrasiye ve insan haklarının korunmasına değer katıyor mu?]*", Netherlands Quarterly of Human Rights [Hollanda İnsan Hakları Dergisi], 2011, cilt 29, sayı 1, s. 54 ve devamı.

ler oluşturabilse de, geçen elli yılda jeopolitik arka planda köklü değişiklikler yaşandı. Öte yandan şahsi görüşüm, en fena şekillerde suiistimalin bahanesi olabileceği için, 17. maddenin ölçülü kullanılması yönünde. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi, tam da 17. maddeye dayanarak siyasi partilerin kapatılmasını meşrulaştırmış, bu tedbir daha sonra Mahkeme tarafından haksız bulunmuştur[21]. Bu ayrıca, mekanik ve ham, C. Tomuschat'ın deyimiyle "sert" bir aygıttır. Bu yönetmde söz konusu menfaatler tartılmaz, engellenen hakların ve bunun sonucundaki zararın önemi tahlil edilmez, AİHM yargıçlarının muhakeme sırasında tercih ettiği biçimde olayın kendine özgü şartlarının değerlendirmesi yapılmaz[22]. S. Van Drooghenbroeck'in belirttiği gibi, 17. madde kapsamında korumaya elverişsiz bırakma DISQUALIFICATION yoluyla adaletin "terazisinden" doğruca "kılıcına" geçilmesi[23], bir demokrasinin kendisini korumak için "düşmanlarıyla aynı yöntemlere başvurması" tehlikesini[24] doğurmaz mı?

B. Ölçülü kullanım

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında[25] 17. maddenin ölçülü kullanılması, bu konuda dikkatlerin daha yoğun olduğunu gösterse de, Mahkeme'ye bu konuda yapılan başvuruların giderek çoğalması[26], daha yaygın bir sosyal hastalığın belirtisidir.

Irka dayalı nefret söylemi konusunda *Garaudy/Fransa* davasındaki 24 Haziran 2003 tarihli kabul edilemezlik kararı önemlidir. "Les mythes fondateurs de la politique israélienne (İsrail siyasetinin kuruluş efsaneleri) adlı kitabın yazarı Roger Garaudy, insanlık suçlarını inkâr etmek, belirli bir kesimi (bu örnekte Yahudi toplumunu) toplum önünde küçük düşürmek ve ırk ayrımı ve nefreti teşvik etmek suçlarından hüküm giymişti. Mahkeme, başvurucunun

21 S. Van Drooghenbroeck, "L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme : incertain et inutile?" [*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 17. maddesi: belirsiz ve gereksiz mi?*], a.g.k., s. 195 ve dipnot 220'de atıf yapılan kaynaklar.

22 A.g.k.

23 A.g.k., s. 196.

24 A.g.k., s. 196, ayrıca bkz. C. Tomuschat, "*Democratic Pluralism: the Right to Political Opposition [Demokratik Çoğulculuk: Siyasi Muhalefet Hakkı]*", A. Rosas and J. Helgersen (der.) içinde, *The Strength of Diversity. Human Rights and Pluralist Democracy [Çeşitliliğin Gücü. İnsan Hakları ve Çoğulcu Demokrasi]*, London-Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 33.

25 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun totaliter doktrin, inkârcılık ve ırka dayalı nefret söylemine ilişkin kınama içtihatları için bkz. A. Weber, *Manual on hate speech [Nefret söylemi kılavuzu]*, Strazburg, Avrupa Konseyi Yayınevi, 2009, s. 23 ve devamı.

26 Örneğin bkz. AİHM, *Leroy/Fransa*, 2 Ekim 2008 tarihli karar; AİHM, *Féret/Belçika*, 16 Temmuz 2009 tarihli karar; AİHM (BD), *Paksas/Litvanya*, 7 Ocak 2011 tarihli karar: Bu üç davada Devlet hakkın kötüye kullanımı iddiasını öne sürmüş, fakat Mahkeme bu iddiayı reddetmiştir.

eserinin içeriğinde inkârcılığın açık olduğundan hareketle, "insanlık suçlarının inkârı... Yahudilerin toplum önünde küçük düşürülmesinin ve toplumun Yahudilere karşı kışkırtılmasının en ağır şekillerinden biridir" hükmüne vardı. Açıkça belirlenmiş tarihsel gerçeklerin inkârının, hakikati aramak gibi bir tarihsel araştırma sayılamayacağını ve hedefinin Nasyonal Sosyalist rejime geri dönmek ve bizzat kurbanları tarihi tahrif etmekle suçlamak olduğunu belirtti. Mahkeme'nin kanaatine göre bu edimler Sözleşme'nin temel değerleriyle çeliştiğinden, Mahkeme 17. maddenin hükümlerini uyguladı ve başvurucuyu 10. maddeden yararlanma hakkından mahrum bıraktı.

Dine dayalı nefret konusunda *Norwood/Birleşik Krallık* davasındaki 16 Kasım 2004 tarihli kabul edilemezlik kararı vurgulanmalıdır. Bu olayda, Britanya Milliyetçi Partisi (BNP) bölge sorumlusu olan başvurucu, dairesinin camına BNP tarafından hazırlanmış bir afiş asmış olup, afişte İkiz Kuleler'in yanmakta olduğu haliyle fotoğrafının yanında "İslam Britanya'dan Defol/ Britanya Halkına Güvenlik" ibaresi ile, hilal ve yıldız üzerine çarpı işareti görülmekteydi. Başvuru sahibi bunun üzerine herhangi bir ırk ya da dinin mensuplarına tehdit, aşağılama ya da hakaret mahiyetinde yazı, işaret ve diğer görsel unsurları, bundan ötürü rencide olma, korkma ya da endişelenme ihtimali bulunan kişilerin görebileceği şekilde sergileme suçlamasıyla karşılaştı. Mahkeme, yerel mahkemenin "afişin üzerindeki söz ve görüntüler, Birleşik Krallık'taki tüm Müslümanlara yönelik bir saldırının kamuoyu önünde ifadesidir. Bir dini grubun bütününü terör gibi çok ağır bir suçla özdeşleştirmeye yönelik böylesine genel ve saldırgan bir tutum, Sözleşme'nin sahip çıktığı ve teminat altına aldığı hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılığın önlenmesi gibi değerlere aykırıdır. Başvuru sahibinin penceresinde bu afişi sergilemiş olması, 17. madde kapsamında bir edim olup bu nedenle 10. ya da 14. maddenin kapsamındaki korumadan yararlanamayacaktır (…)" değerlendirmesini destekledi.

Etnik kökene dayalı nefret konusunda ise 20 Şubat 2007 tarihli *Ivanov/Rusya* kabul edilemezlik kararı dikkat çekicidir. Bir gazetenin sahibi ve yayın müdürü olan başvurucu, kitle iletişim araçları yoluyla halkın etnik kökene dayalı nefrete kışkırtılması suçundan hüküm giymişti. Başvurucunun yayımladığı bir dizi yazıda, Rusya'daki kötülüklerin kaynağı olarak Yahudiler gösterilmiş ve Yahudilerin toplum hayatından dışlanmaları çağrısı yapılmıştı. Başvurucu, bütün bir etnik grubu Rus halkına karşı komplo kurmakla suçlamış ve Yahudi liderlerinin faşist ideolojiyi benimsediğini ileri sürmüştü. Gerek yayınlarında gerekse duruşmadaki sözlü beyanlarında, Yahudilerin bir millet olmadıkları için milli şeref ve itibar hakkına sahip olamayacağını sürekli dile getirmişti. Mahkeme, başvurucunun görüşlerinin ağır antisemitizm içerdiğini herhangi bir şüpheye yer kalmaksızın tespit etti. Yerel mahkemenin, yaptığı yayınlar yoluyla halkı Yahudi toplumuna karşı kışkırtmak suçu işlediği

yönündeki değerlendirmesi kabul edildi. Mahkeme, bir etnik gruba yönelik böylesine genel ve saldırgan bir tutumun, Sözleşme'nin altında yatan hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılığın önlenmesi gibi değerlere aykırı olduğunu belirtti.

III. Sözleşme'nin 10. maddesi ve izin verilen müdahaleler

Nefret söylemi konusunda 10. madde 1. paragraf ifade özgürlüğü hakkını ortaya koysa da, bu hak 10. madde 2. paragrafta belirtilen bazı gerekçelerle kısıtlanabilmektedir[27]. Fakat 2. paragrafta belirtilen bu istisnai sınırlamalar sıkı bir biçimde yorumlanmalı ve herhangi bir kısıtlamaya duyulan ihtiyaç inandırıcı şekilde ortaya konulmalıdır. Kısıtlamaların hukuka uygun olabilmesi için hukuki dayanaklarının mevcut, usul ve esasının yerinde olması, meşru bir amaca yönelik yapılması ve orantılı olması gerekir ki, bu da ifade özgürlüğünün kamu yararı ile dengelenmesi gerektiğini gösterir. Bu durumda belirleyici kurallara karşı esnek standartlar mı vardır?

A. *Temel ilkeler*

Mahkeme'nin geleneksel ve yerleşik içtihadının tohumları, 7 Aralık 1976 tarihli *Handyside/Birleşik Krallık* kararındaki şu ifadeleriyle atılmıştır: "İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan [demokratik] toplumun asıl temellerinden birini oluşturur." Yani ifade özgürlüğü, gerçekten çoğulcu olan bir demokrasinin olmazsa olmaz şartıdır. İfade özgürlüğünün toplumsal işlevinin bu şekilde onanması, Mahkeme'nin 10. madde kapsamındaki içtihatlarının temel felsefesidir. Bunun iki sonucu vardır: Bir yanda ifade özgürlüğü sadece Devletin müdahalelerine (öznel bir hak) karşı güvence değildir, aynı zamanda demokratik hayatın nesnel temel ilkelerinden de biridir; öte yanda ise ifade özgürlüğü kendi içinde bir amaç değil, demokratik toplumun kurulması için bir araçtır.

Buna göre sınırlar nasıl belirlenecek ve nerelere yerleştirilecektir? Mahkeme, demokrasinin temeli olan fakat 10. madde 2. paragrafa tâbi olan ifade özgürlüğünün "yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen bilgi ya da fikirler için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de uygulan[ması]" gerektiğini söylemektedir; çünkü "bunlar

27 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. madde 3. paragraf ve 20. madde 2. paragraf hükümleri; Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Yönelik Uluslararası Sözleşme'nin 4. madde hükümleri ile ülkelerin anayasa hukuklarında da yer almaktadır. Bkz. R. Errera, "*In defence of civility: reflections on hate - speech and group libel [Nezaketi savunmak: Nefret söylemi ve toplu iftira üzerine düşünceler]*", The Cyprus Yearbook of International Relations [Kıbrıs Uluslararası İlişkiler Yıllığı] 2007, Lefkoşa, Power Publishing, 2008, s. 159 ve devamı.

çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz."[28] Fakat bu formüle büyü ya da ritüel muamelesi yapılmamalı, aksine Avrupa'da uygulanacak her türlü gözetimin mihenk taşı olması düşünülmelidir. Hatta bu formül, nefret söylemine ilişkin içtihatlarda tam olarak anlam bulur. Diğer yandan Mahkeme, demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti teşvik eden, yayan, destekleyen ya da meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanmasının ve hatta bunların önlenmesinin gerekli olduğunu da ifade eder.

B. ***Nefret söyleminin sınırları***

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında çeşitli dönemler tespit edilebilir. Mahkeme, 2000'lerin başında Türkiye ile ilgili, PKK terör örgütü bağlantılı ve genellikle şiddeti övme üzerine odaklanan çok sayıda karar verdi. 2008'den sonra ırkçı nefret söylemi ve nefret propagandasıyla yüz yüze geldi. 2012'den bu yana ise, cinsel eğilime dayalı nefret söylemi gibi yeni bir boyut ortaya çıkmaya başladı.

Mahkeme içtihatları, nefret söyleminin unsurlarını oluşturan belirli parametreler –tespit kriterleri– getirerek, ifade özgürlüğüne tanınan korumanın uygulanıp uygulanmayacağını belirlemeye yöneldi. İki ana unsur olan bağlam[29] ve niyet[30] bir araya geldiğinde, ifadenin pragmatik gücü (dinleyicileri ikna etme ve yönlendirme, belirli bir edimin yapılmasını ya da yapılmamasını sağlama gücü) ortaya çıkmaktadır. Mahkeme'nin dikkate aldığı diğer unsurlar arasında konuşmacının konumu[31] ile ifadenin biçimi ve etkisi[32] sayılabilir.

Şiddeti övme

Görüleceği üzere nefret söylemi, şiddeti ya da saldırganlığı kışkırtmayı da içeren bir bütünün parçasıdır. Kışkırtmanın tipik özelliği, konuşmacının kendi hukuksuz çıkarları için bir başkasını araç olarak kullanma niyetidir. Söz-

28 AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, paragraf 49.

29 Toplumsal ya da siyasi tartışmalar konusunda örnek olarak bkz. AİHM, *Erbakan/Türkiye*, 6 Temmuz 2006 tarihli karar, paragraf 55 ve AİHM, *Balsyte ve Lideikiene/Litvanya*, 4 Kasım 2008 tarihli karar.

30 AİHM, *Gündüz/Türkiye*, 4 Aralık 2003 tarihli karar; AİHM, *Gündüz/Türkiye*, 13 Kasım 2003 tarihli karar.

31 AİHM (BD), *Sürek (no. 1)/Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar ve AİHM, *Seurot/Fransa*, 18 Mayıs 2004 tarihli karar.

32 AİHM (BD), *Karataş/Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, paragraf 52 (şiir); AİHM, *Alınak/Türkiye*, 29 Mart 2005 tarihli karar, paragraf 41 (roman); AİHM, *Kızılyaprak/Türkiye*, 2 Ekim 2003 tarihli karar, paragraf 37 (anı kitabı); AİHM (BD), *Okçuoğlu/Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, paragraf 48 (sınırlı dağıtım amaçlı dergi); AİHM (BD), *Gerger/Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, paragraf 50 (anma töreninde kamuoyu önünde okunan mesaj).

gelişi Mahkeme, "halkı kin, nefret, düşmanlık ve silahlı direnişe kışkırtma"[33], "şiddet, silahlı direniş ya da ayaklanma çağrısı"[34] ve "silahlı mücadeleyi şiddetlendirme, savaşı övme ve kanın son damlasına kadar mücadele duyguları uyandırma"[35] içerikli ifadelerin cezalandırılmasını, Sözleşme'nin 10. madde hükümleri kapsamında haklı görmektedir. Aynı durum şiddet kullanılmasını savunan, sözgelişi "siyasi rakiplerinden bıçakla, süngüyle kurtulma"[36] gibi ifadeler için de geçerlidir. Belki bu durumda "açık ve yakın tehlike"[37] ile "gerçekleşmek üzere olan kanunsuz eylem"[38] testlerine yaklaşmış olabiliriz.

8 Temmuz 1999 tarihli *Sürek (no. 1)/Türkiye* kararında, şiddete kışkırtmanın da varlığına rağmen, ifadelerde nefret söyleminin bulunması önemli bir rol oynamışa benzer. Bu olayda başvurucu, sahibi olduğu dergide yayımlanan iki okur mektubunun ardından Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak suçundan hüküm giymişti. Mahkeme'nin kanaatine göre "söz konusu mektuplar, ölümcül şiddet eylemleriyle tezahür etmiş yerleşik önyargıları pekiştirerek ve ilkel duyguları harekete geçirerek kanlı bir intikam alınması çağrısı oluşturmaktadır. ... Bu bağlamda, mektupların içeriği, iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak bölgede daha fazla şiddete neden olabilecek şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okura iletilen mesaj, saldırgan karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir tedbir olduğudur. Ayrıca "Suç Bizim" başlıklı mektupta kişilerin isimlerinin belirtilmesiyle, bu kişilere karşı nefretin alevlendirildiği ve bu şahısların fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı da dikkate alınmalıdır (...) Mahkeme, "bilgi" ve "görüşlerin" sadece incitici, şoke edici ya da rahatsızlık uyandırıcı olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını yinelemektedir (...) Mevcut davada söz konusu olan, nefret söylemi ve şiddetin yüceltilmesidir"[39].

Mahkeme, 13 Kasım 2000 tarihli *Gündüz/Türkiye* kararında, basında yer alan ifadeler üzerine suç işlemeye teşvik ve dine dayalı nefrete teşvik suçlarından hüküm giyen bir İslami tarikat liderinin başvurusunu reddetmiştir. Başvurucunun ifadelerinin içeriğini ve şiddet barındıran tonunu değerlendiren Mahkeme, bunların şiddeti yücelten nefret söylemi olduğuna karar vermiş, dolayısıyla Sözleşme'nin Giriş kısmındaki temel değerler olan adalet ve barışla uyumlu olamayacağını dile getirmiştir. Ayrıca başvurucu, söz konu-

33 AİHM, *Şener/Türkiye*, 18 Temmuz 2000 tarihli karar.

34 AİHM, *Gerger/Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar.

35 AİHM, *Özgür Gündem/Türkiye*, 16 Mart 2000 tarihli karar.

36 AİHM, *Gündüz/Türkiye*, 13 Kasım 2003 tarihli karar.

37 *Schenck/ABD*, 249 U.S. 47 (1919).

38 *Brandenburg/Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

39 AİHM (BD), *Sürek (no. 1)/Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, paragraf 62. Aynı doğrultuda bkz. AİHM, *Hocaoğulları/Türkiye*, 7 Mart 2006 tarihli karar, paragraf 39.

su ifadede gönderme yaptığı kişilerden birinin adını da vermiştir ve bu kişi belli bir düzeyde şöhrete sahip olduğundan kamuoyu tarafından kolaylıkla tanınmaktadır, bu da kişiyi fiziksel şiddet riskiyle karşı karşıya bırakmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, sanığa verilen cezanın (dört yıl iki ay hapis ve para cezası), halkı suç işlemeye kışkırtmayı önleyen caydırıcı bir etkisi olması nedeniyle, ölçüsüz ya da orantısız olmadığını belirtmiştir.

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 kazandırdığında mutabık olsa da, bu ifadeler şiddeti, silahlı direnişi ya da ayaklanmayı teşvik etmemekte ve nefret söylemi oluşturmamaktadır. Mahkeme'nin görüşüne göre bu, mutlaka değerlendirilmesi gereken bir unsurdur"[40].

19 Aralık 2006 tarihli *Erdal Taş/Türkiye* kararı da aynı yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin sadece söz konusu makaledeki fikirlerin bölücülüğü desteklemesi üzerinde durduğunu belirtmiştir. Fakat Türk mahkemelerinin benimsemiş olduğu hukuki dayanak, başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına müdahaleyi kendi içinde haklı çıkarmaz. Söz konusu makale Kürt sorunuyla ilgili eleştirel fikirler içerse de şiddet kullanımını, silahlı direnişi ya da ayaklanmayı teşvik etmemiş, nefret söylemi oluşturmamıştır, ki Mahkeme'ye göre asıl değerlendirilmesi gereken etken budur[41].

1 Şubat 2011 tarihli *Faruk Temel/Türkiye* kararında, yasal bir siyasi partinin başkanı olan başvurucu, partinin bir basın toplantısında okuduğu bildiride, Amerika Birleşik Devletleri'nin Irak'a müdahalesini ve bir terör örgütünün liderinin hücre hapsinde tutulmasını eleştirmiştir. Ayrıca polis tarafından gözaltına alınan kişilerin kaybolmasını da eleştirmiştir. Konuşmasının ardından, terör örgütünün şiddet ve cebir içeren yöntemlerini meşru gösterecek propaganda yapma suçundan hüküm giymiştir. Başvurucu, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvurucunun bir siyasetçi kimliğiyle ve muhalefet partisi mensubu sıfatıyla konuşarak partisinin kamuoyu önünde tartışılan bir konuya dair görüşlerini ifade ettiğine kanaat getirmiştir. Bir bütün olarak bakıldığında konuşmanın halkı şiddete, silahlı direnişe ya da ayaklanmaya kışkırtmadığını, nefret söylemi oluşturmadığını belirtmiştir. Bu nedenle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Irka dayalı nefret söylemi

2008'den sonra davalarda ırka/etnik kökene dayalı nefret söylemi ağırlık kazanmaya başladı. Bazıları Avrupa'nın çoğu ülkesinde rastlanan göçmenlik

40 AİHM, *Dicle/Türkiye (no. 2)*, 11 Nisan 2006 tarihli karar, paragraf 33.

41 AİHM, *Erdal Taş/Türkiye*, 19 Aralık 2006 tarihli karar, paragraf 38.

ve İslam karşıtı söylemleri içeren kararların büyük bölümü, nefret propagandası üzerinedir.

10 Temmuz 2008 tarihli *Soulas ve* diğerleri/Fransa kararı, "La colonisation de l'Europe. Discours vrai sur l'immigration et l'Islam" [Avrupa'nın sömürgeleşmesi. Göç ve İslam hakkında gerçek söylem] başlıklı kitabın iki yazarının cezaya çarptırılmasını konu alır. Yazarların iddiasına göre kitabın asıl amacı, Avrupa ve İslam medeniyetleri arasında uyumsuzluk olarak gördükleri konuları sergilemekti. Görüşlerini herhangi bir parti, grup ya da düşünce ekolu adına dile getirmediklerini, kitabı yazma kararlarının tümüyle gönüllülük esasına dayalı olduğunu ifade ettiler. Herhangi bir kişiyi küçük düşürme, aşağılama ya da kişilere hakaret etme gibi bir amaçlarının bulunmadığını da belirttiler. Dolayısıyla yazarlara göre amaçları, Avrupalıların kimliklerini koruma temel hakkına sahip çıkmaktı. Temyiz Mahkemesi, yazarları nefret propagandası yapmaktan suçlu buldu. Yazarlar 7500'er euro para cezasına mahkum edildi. Hakimler kitapta yer alan özellikle "etnik savaş," "genç göçmen nesillerinin Fransız karşıtı ırkçılığı" ve "Avrupalı kadınların bir ritüel olarak iğfali" gibi ifadeleri vurguladı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, verdiği kararda Sözleşme'nin 10. maddesinin iki unsurunun arasındaki ilişkide orantılılık testi yapmıştır denebilir. Bu nedenle analizde, uygulanan kısıtlamanın gerekliliğini belirlemek için "sosyal ihtiyaç" yalın bir şekilde değerlendirildi. Mahkeme, önceki içtihatlarına dayanarak[42] göçmenlerin sosyal entegrasyonuyla ilgili Fransa'ya özel sorunların altını çizdi ve böyle hassas bir konuda daha geniş takdir yetkisi kullanılmasının kamusal bir ihtiyaç olduğunu vurguladı[43]. Yerel mahkeme gibi AİHM de, kitaptaki sözcük seçimlerine değinerek "ancak bir etnik iç savaş çıktığı takdirde çözüm bulunabilecektir" pasajındaki halkı şiddete kışkırtma potansiyelinin üzerinde durdu[44]. Mahkeme takdir yetkisini, ifadenin zararlı etkilerinin tarihsel, demografik ve kültürel bağlama dayalı olduğunu ifade edecek biçimde değerlendirdi.

2 Ekim 2008 tarihli *Leroy/Fransa* kararında, başvurucu bir karikatüristti. Haftalık yayımlanan bir Bask gazetesinde 13 Eylül 2001 (ORİJİNAL METİNDE YAYIMLANMA TARİHİ 2011 DİYOR, FAKAT KONTROL ETTİK, DOĞRUSU 2001, ZATEN KARAR 2008 TARİHLİ) tarihinde çıkan karikatüründe, Dünya Ticaret Merkezi'ne yapılan saldırı tasvir edilirken altında şu yazılar yer almıştı: "Hepimiz hayalini kurduk... Hamas gerçekleştirdi." "Terörü meşru göstermek" suçundan para cezasına çarptırılan Leroy, ifade öz-

42 AİHM, *Soulas ve diğerleri/Fransa*, 10 Temmuz 2008 tarihli karar, paragraf 32-35.

43 A.g.k., paragraf 36 ve 37.

44 A.g.k., paragraf 43.

gürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla mahkemeye başvurdu. Mahkeme, başvurucunun eserleri yoluyla Amerikan emperyalizminin şiddet kullanılarak yıkılmasını övdüğüne, 11 Eylül saldırganlarına manevi desteğini dile getirdiğine, binlerce kurbana karşı uygulanmış şiddet eylemini tasvip ettiğine ve kurbanların onurunu zedelediğine karar verdi. Bu karar, Mahkeme'nin bir batı demokrasisi bağlamında "terörün yüceltilmesi" konusuna ilk değinmesi oldu. Mahkeme, söz konusu ifadenin zararlı etkilerini göz önünde bulundurarak mağduriyet yaklaşımını benimsedi. Mahkeme, dilsel ifadelerin etkileri üzerine çalışan Austin ve Searle gibi araştırmacılara açıkça atıf yapmamasına rağmen, eserin edime yönelik bir ifade olduğunu takdir ederek karikatürün etkisöz niteliğini ortaya koymak suretiyle "söylem edimi" teorisine yaklaştı. Bu yaklaşıma göre, belirli yargılar sözlü ifade, yazılı ifade, resim ve şarkı gibi göstergesel alanlarda "laf" olmakla kalmaz, edim yerine geçerek hukuki yansımaları da olan somut sonuçlar doğurur. Mahkeme, gazetenin kısıtlı tirajına rağmen çizimin yayımlanmasının kamuoyunu belli bir tepkiye sevk ettiğini, Bask bölgesinde halkı şiddete kışkırtma ve kamu düzenine olumsuz etkide bulunma ihtimalinin bulunduğunu vurguladı. Dolayısıyla Mahkeme, 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetti.

16 Temmuz 2009 tarihli *Féret/Belçika* kararında, bir milletvekili ve aşırı sağ siyasi partinin başkanı (aynı zamanda yayınlarının ve internet sitesinin imtiyaz sahibi) olan başvurucu, ırkçılık ve yabancı düşmanlığıyla yapılan çeşitli eylemleri cezalandırmak üzere 1981'de kabul edilmiş bir yasaya dayanılarak, toplumu ayrımcılık ve ırksal nefrete teşvikten 250 saat toplum hizmetine (göçmenlerin entegrasyonu alanında gerçekleştirilmek kaydıyla) ve 10 yıl süreyle seçimlere katılma yasağına mahkum edilmişti. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetti. Bu karar, Mahkeme'nin bir milletvekilinin ifade özgürlüğüne Parlamento dışında yapılan bir müdahaleyi ilk kez kabul etmiş olması, söz konusu broşürlerin seçim kampanyası kapsamında dağıtılmasına ırkçı ve yabancı düşmanı söylemlerin böyle bir dönemde daha zararlı olabileceği nedeniyle özel önem atfetmesi ve kamu düzenini sağlama ve başkalarının (bu örnekte göçmen toplulukların) haklarını korumak yönünde zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç olduğunu kabul etmesi bakımından dikkate değerdir. Bu hüküm, nefret söylemiyle bağlantılı olarak ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için, somut bir edim bulunması konusunu zımni olarak gündeme getirir. F. Rigaux'nun belirttiği gibi, "kavga amaçlı sözler kategorisi, söz ve eylem arasındaki diyalektiği tersine çevirir: Misilleme şeklinde bir eyleme yol açabilecek sözler, kendi içlerinde bir tür eylemdir"[45].

45 F. Rigaux, "*Abridged or forbidden speech: how can speech be regulated through speech? [Kısıtlanmış ya da yasak söylem: İfadeyi düzenlemek için ifade nasıl kullanılır?]*", M. Van Hoecke (der.), Epistemology and methodology of comparative law [Karşılaştırmalı hukuk epistemolojisi ve metodolojisi] içinde, Oxford-Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004, s. 292.

20 Nisan 2010 tarihli *Le Pen/Fransa* kabul edilemezlik kararında da aynı mantık yürütülmüştür. Fransız "Milli Cephe" partisinin başkanı olan başvurucu, 2005 yılında günlük *Le Monde* gazetesine verdiği röportajda Fransa'daki Müslümanlara ilişkin sözlerinden ötürü, "bir kesime karşı kökenleri ya da belli bir etnik grubun, milliyetin, ırkın ya da dinin mensubu olup olmamaları gerekçesiyle ayrımcılık, nefret ve şiddeti kışkırtmak" suçundan 10.000 euro para cezasına çarptırılmıştı. Özellikle de, "Fransa'da 5 milyon değil, 25 milyon Müslüman bulunduğu gün kontrolü onlar ele geçirecek" sözleri dikkat çekmişti. Temyiz Mahkemesi, başvurucunun gazeteye yaptığı açıklamaların, başvurucunun sözlerinin ötesinde tepki verdiği ileri sürülen Fransız halkının güvenliğinin Müslüman toplulukları dışlamaktan geçtiğini vurgulaması üzerinde durdu. Başvurucunun ifade özgürlüğünün, bir kesime karşı ayrımcılık, nefret ya da şiddeti kışkırtan sözlerini haklı çıkaramayacağına hükmetti. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun bu sözleriyle Fransız halkını, dini inanışları açıkça belirtilmiş, hızla genişlemesi Fransız halkının şerefine ve güvenliğine bir tehdit olarak gösterilen bir topluluğa karşı kışkırtmış olduğu görüşünü benimsedi. Ayrıca başvurucunun sözlerinin, "Müslümanları" bir bütün olarak olumsuz göstermek suretiyle dışlama ve saldırganlığı kışkırttığı üzerinde de durdu. Nihayetinde, Sözleşme'de 10. madde 2. paragraf altında tanınan istisna, "ifade, ifade içindir" anlayışına ağır basmıştır.

Bu kararların genelinden, ABD anayasa hukukçusu A. Bickel'in gözlemlerine yakın bir sonuç çıkabilir: "Bu tür sözler, saldırı niteliğindedir. Dahası ve bunun kadar önemlisi, daha önce mümkün olmayan belirli davranış ve edimlerin mümkün olabildiği bir ortam yaratabilir... Hiçbir sözün söylenemez olmadığı bir ortamda, hiçbir eylem yapılamaz değildir"[46]. Fakat bunlar Mahkeme içinde dahi eleştiriye hedef olmuştur[47]. S. Sottiaux'nun da belirttiği gibi, Mahkeme bu davalarda "toplum odaklı" bir yaklaşım benimseyerek, ifade özgürlüğünü insanlık onuru ve eşitlikle uyumlu hale getirmeye çalışmıştır[48] (Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *R./Keegstra* davasında yaptığı gibi). Fakat kendisine göre "kötü fikir" diye bir şey yoktur ve kötü sözlerin çaresi zorunlu sessizlik değil, daha fazla söz söylenmesidir.

Cinsel eğilime dayalı nefret söylemi

9 Şubat 2012 tarihli *Vejdeland ve diğerleri/İsveç* kararı, Mahkeme'nin homofobik propaganda içerikli nefret söylemiyle karşılaştığı ilk örnektir. Bu

46 A. M. Bickel, *The morality of consent [Rızanın ahlakı]*, New Haven, Yale University Press, 1975, s. 72-73.

47 Bkz. Yargıç Sajo'nun *Féret* davasındaki karşı görüşü.

48 S. Sottiaux, "'*Bad tendencies' in the ECtHR's 'hate speech' jurisprudence [AİHM'in 'nefret söylemi' içtihadında 'kötü eğilimler']*" European Constitutional Law Review [Avrupa Anayasa Hukuku Dergisi], 2011, cilt 7, sayı 1, s. 42.

örnekte başvurucular, bir liseye giderek (dolaplarının içine ya da üzerine yerleştirmek suretiyle) öğrencilere homofobik içerikli broşürler dağıtarak eşcinselliğin sapkınlık, ahlaksızlık ve toplumun temelini baltalayan bir eğilim olduğunu iddia etmişlerdi. Mahkeme, müdahalenin demokratik bir toplum için gereğini değerlendirirken, "nefrete teşvik etmek için bir şiddet çağrısının bulunması şart değildir. Toplumun belli bir kesimine hakaret ya da iftira yoluyla yapılan saldırılar, sorumsuzca kullanılmış ifade özgürlüğüne karşı yetkililerin ırkçı söylemlerle mücadeleyi tercih etmesi için yeterli olabilir" (paragraf 55) ifadelerine yer verdi. Yargıç Spielmann ve Yargıç Nussberger de aynı yöndeki görüşlerinde, okullarda LGBT bireylere karşı yıldırıcı tutum bağlamına gönderme yapmışlardır.

Dava, Hakim Zupančič'in aynı yöndeki görüşünde de dile getirdiği gibi, ABD Yüksek Mahkemesi'nin 2011'deki *Snyder/Phelps* kararına ve kamuoyu önündeki tartışmaların bastırılmamasını sağlamak için, kamuya mal olmuş konularda incitici sözlerin dahi korunması gerektiği hükmüyle karşılaştırılabilir. Fakat Yargıç Yudkivska'nın Yargıç Villiger ile birlikte ifade ettiği ve karara farklı nedenlerle katıldığı görüşünde ifade ettiği gibi, "çok iyi bilinen bir dizi tarihi ve siyasi nedenden ötürü, bugünün Avrupası ifade özgürlüğünü en büyük değer olarak görme lüksüne sahip değildir."

Nefret söylemi kısıtlamalarını/müdahalelerini homofobik söyleme de uygulayarak kaygan bir zemine mi adım atmış oluyoruz? Bu tartışma devam etmektedir.

İncitme hakkı

Anthony Lester[1]

Hukukçuluk mesleğine ilişkin bir dersinde, Oliver Wendell Holmes şöyle bir açıklama yapmıştı:[2] "İnsan hukuk dünyasında da başka yerde de onurla yaşayabilir... kendini hayata adayabilir, kahramanlığın acı ilacını içebilir, ulaşılmazın peşinde kendini paralayabilir." Sir Nicolas Bratza, hukuk dünyasında onurla yaşamış, meslek hayatını temel hakların korunmasına adamış, şimdi de Başkanı olduğu Mahkeme'yi, ülkesinde siyasi gündemle ve eksik bilgiyle eleştirenlere karşı savunma kahramanlığını göstermiş bir kişidir. Umarız ki ilacı acı olmaz ve hukukun üstünlüğü çerçevesinde, Avrupa vatandaşlarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması amacına ulaşılabilir.

Bu makale, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına Mahkeme'nin getirdiği hukuksal güvencenin belirli bir yönüne odaklanmaktadır: Manevi değerleri ve dini inançları inciten bilgi ve fikirlerin ifadesi hakkı.

Sir Nicolas, ifade özgürlüğü ve sınırları konusunda önemli davalara dahil oldu. Kilometre taşı mahiyetindeki *Sunday Times* talidomid davasında[3], saygıdeğer meslektaşı Gordon Slynn QC[4] ile birlikte, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nu *Sunday Times* editörü Harold Evans'a talidomide maruz kalan çocuklar ve tazminat taleplerinin karşılanması konusunda bir haber yayımlamasının önüne geçen bir tedbir uygulanmasının, ifade özgürlüğüne uygun olduğuna ve 10. madde kapsamında çok geniş bir takdir payı tanındığına ikna etmek için büyük çaba harcamışsa da, bunda başarılı olamamıştı.[5]

Sir Nicolas, Mahkeme'nin huzuruna Başsavcı Sir Peter Archer QC[6] ile çıktığında, karşısında *Sunday Times*[7]'ın vekili olarak ben vardım. Mahkeme,[8]

1 Lord Lester of Herne Hill QC, Blackstone Chambers Avukatlık Ortaklığı'nın faal üyesi ve Lordlar Kamarası'nın Daimi Liberal Demokrat Üyesidir. Lester, Pannick ve Herberg, *Human Rights Law and Practice [İnsan Hakları Hukuku ve Pratiği]*, 3. basım, 2009 yayınının editörleri arasındadır.

2 Harvard Üniversitesi lisans öğrencilerine 17 Şubat 1886 tarihinde yapılan konuşma, *Speeches [Konuşmalar]* (1913) içinde, yeniden basımı *Holmes' Collected Legal Papers [Holmes'un Toplu Hukuk Bildirileri]*, 1952, s. 30.

3 *Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1)* (1979) 2 EHRR 245.

4 Daha sonra Lord Slynn of Hadley unvanıyla Avrupa Adalet Mahkemesi Yargıçlığı ve Temyiz Yargıçlığı görevlerinde bulunmuştur.

5 Komisyon'un 18 Mayıs 1977 tarihinde kabul edilen raporu.

6 Şimdiki unvanı Lord Archer of Sandwell.

7 Olayın geçmişi için bkz. Sir Harold Evans, *My Paper Chase [Bir Gazetenin Peşinde]* (2009), s. 311-37.

8 Paragraf 65.

"Mahkemenin karşısında birbiriyle çelişen iki ilke değil, dar yorumlanması gereken bir dizi istisnaya tâbi ifade özgürlüğü ilkesi vardır" hükmüne vardı. 11'e karşı 9 oy gibi az bir farkla, 10. maddenin ihlal edildiğine hükmetti.

Özgür ifadeye getirilecek istisnaların dar yorumlanması ilkesi, Mahkeme nezdinde siyasi söylemin ve basın özgürlüğünün söz konusu olduğu[9] durumlarda pratiğe dökülürken, kamuoyu önündeki ifadelerin ahlaki değerleri ya da dini inanışları incittiği durumlarda uygulama sahası bulmamıştır.

Sir Nicolas'ın Birleşik Krallık'a vekaleten yer aldığı bir diğer önemli ifade özgürlüğü davası olan *Handyside/Birleşik Krallık*[10], Mahkeme'nin bu alandaki hukuki zaafını gösterir. Richard Handyside, yayımlamak ve ticari kazanç elde etmek amacıyla elinde bulundurduğu *The Little Red Schoolbook* adlı kitaptan ötürü, Muzır Neşriyat Yasasına dayanarak suçlanmış ve hüküm giymişti. Para cezasına çarptırılmış ve yargılama giderlerini ödemek zorunda kalmıştı. Kitabın yüzlerce nüshası toplatılmış, haczedilmiş (müsadere edilmiş?) ve imha edilmişti. Kitap ilk olarak Danimarka'da, ardından çeşitli Avrupa ülkelerinde ve Avrupa dışı ülkelerde yayımlanmıştı. Handyside, kitabı İskoçya'da yayımladığı için aynı suçtan yargılanmış fakat İskoçya mahkemeleri tarafından beraat ettirilmişti.

Mahkeme, başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahalenin, demokratik bir toplumda manevi değerlerin korunması açısından gerekli olduğuna hükmetti[11]. Kararının gerekçesinde[12], Sözleşmeci Devletlerin iç hukukunda manevi değerlere ilişkin tek bir anlayış bulunmadığını, manevi değerlerin gerektirdiklerine ve bunlar için uygulanacak kısıtlamalara ve cezalara karar vermek ve görüş bildirmekte, her bir Devletin yetkililerinin yabancı bir yargıca göre daha iyi konumda olduğunu belirtti.

Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olup, toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer aldığını hatırlattı. İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. paragrafına bağlı olarak, "yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen bilgi ya da fikirler için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de geçerlidir. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın 'demokratik toplum' olmaz."

9 Örneğin bkz. *Tuşalp/Türkiye*, 32131/08 ve 41617/08, 21 Şubat 2012 tarihli karar.

10 (1976) 1 EHRR 737.

11 13'e karşı 1 oyla. Komisyonda fikir ayrılığı belirgin olup, 8'e karşı 5 oyla herhangi bir ihlal tespit edilmedi.

12 Paragraf 48-49.

İncitme hakkına ilişkin bu önemli ilke beyanı, Yargıç Holmes'un ABD Yüksek Mahkemesi'ndeki karşı görüşünde "nefret ettiğimiz düşünceye özgürlük"[13] talebini dile getirmesinin bir yansımasıdır. Fakat bu ilke, manevi değerlere aykırı görülen ifadeler için Mahkeme tarafından pratiğe geçirilmemiştir.

Manevi değerleri ve dini inançları incitme hakkı ilkesi, Sir Nicolas'ın bu kez bir Komisyon Üyesi olarak dahil olduğu *Wingrove/Birleşik Krallık*[14] davasının da temelini oluşturmuştur. Film yönetmeni olan Wingrove, çektiği "Visions of Ecstasy" adlı filmin gösterime girmesi için Britanya Film Sınıflandırma Kurulu'nun sertifika vermediğinden şikâyetle mahkemeye başvurmuştu. Filmde genç bir kadın oyuncu, on altıncı yüzyılda yaşamış bir Karmelit rahibe ve pek çok manastırın kurucusu olan, aynı zamanda da İsa Peygamber'in kendisine defalarca göründüğü Avilalı Azize Teresa'yı temsil etmek amacıyla rahibe kılığında tasvir edilmekteydi.

Kurul, ret gerekçesini "bu tür bir filmin kamuoyuna gösterilmesi, inançlı Hıristiyanları öfkeye sevk ederek duygularının rencide olmasına yol açabilir" şeklinde açıkladı. Video Temyiz Komitesi ise filmin dağıtılması durumunda başvurucunun dine sövme suçu işlemiş olacağını öne sürerek Kurul ile hemfikir oldu.

Komisyon, bu tür bir filmin halka satışa sunulmasının ve isteyenlerin bu filmi alarak izleyebilecek olmasının bazı Hıristiyanları öfkelendirebilme ihtimalinin, Kurul tarafından 18 yaş üstü olarak sınıflandırılabileceği de düşünüldüğünde, bu filmin yasal olarak dağıtımını engellemek için yeterli olmadığı konusunu değerlendirdi. Sir Nicolas, Komisyon Üyesi olarak bu görüşü öne sürdüyse de çabası boşa çıktı.

Avrupa Konseyi'nde ortak payda yetersiz olduğu için, Mahkeme, kendisinin dine sövme suçunun 10. maddeyi ihlal ettiğine hükmedemeyeceğini belirtti. Kararında, "10 (2). madde hükümlerinde siyasi ifadeler ya da kamuoyunu ilgilendiren tartışmalara kısıtlama getirmenin takdir aralığı çok dar tutulsa da, Devletler manevi değerler ve özellikle de din söz konusu olduğunda, bireysel inanışları incitebilecek alanlarda ifade özgürlüğünün düzenlenmesi için daha geniş bir takdir payından yararlanabilir"[15] ifadelerini kullandı.

13 *ABD/Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), Yargıç Brandeis'in olumlu görüşüyle. Bkz. Anthony Lewis, *Freedom for the Thought that We Hate: A Biography of the First Amendment [Nefret Ettiğimiz Düşüncelere Özgürlük: Birinci Ek Maddenin Biyografisi]* (2007), Bölüm 10.

14 (1996) 24 EHRR 1.

15 Paragraf 57- 58. Mahkeme böylece İngiltere'deki dine sövme yasasını zımnen onaylamış göründü (paragraf 60). Neyse ki bu çağdışı suç, Westminster Parlamentosu tarafından İngiltere, Galler ve İskoçya'da (2008 tarihli Ceza Hukuku ve Göç Yasası 79. madde ile) ilga

Wingrove örneği, *Otto-Preminger* davasında[16] Mahkeme'nin Komisyon kararını bozmasının bir başka tezahürüdür. Söz konusu olayda, başvurucunun "sanat filmleri salonunda" biletli yetişkin seyircilere gösterilmek üzere çekilmiş *"Das Liebeskonzil"* adlı filmin toplatılmasının ve haczedilmesinin (el konmasının?), ifade özgürlüğüne gereksiz bir müdahale olduğu yönündeki Komisyon kararı Mahkeme tarafından bozulmuştu.

Otto-Preminger olayında Mahkeme, haciz (el koyma?) kararı nedeniyle filmin Avusturya'da herhangi bir yerde gösterime girme olanağı kalmamasına rağmen ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine karar verdi. Gerekçesinde[17], "Tirol bölgesinde yaşayanların büyük çoğunluğunun Katolik mezhebine mensup olduğunun göz ardı edilemeyeceğini" öne sürdü. Buna göre Avusturya makamları filmi toplatarak, bölgede dinsel açıdan huzur tesis etmiş, bazı kişilerin dini inançlarına karşı haksız ve incitici saldırılara maruz kaldıklarını hissetmesinin önüne geçmişti. Mahkeme, "inananların 9. madde ile güvence altına alınan dini inançlarına saygının, kutsal sayılan nesnelerin kışkırtıcı şekilde tasvirinden ötürü ihlal edilmesinin söz konusu olduğuna" hükmetti.[18] Mahkeme, Sözleşme'nin Devletlere "başkalarını amaçsızca inciten ", dolayısıyla da herhangi bir kamuoyu tartışmasına katkıda bulunmayıp insanlığın ilerlemesine yardımcı olmayan ifadeleri mümkün mertebe engellemek için ifade özgürlüğünü kısıtlama izni verdiğini kabul etti.

Bu akıl yürütme şekli sorunludur. Sözleşme'nin 9. maddesi ile güvenceye alınan din, vicdan ve inanış (ya da inanmayış) özgürlüğünü, ifade özgürlüğünden daha önemli tutar ve "başkalarını amaçsızca inciten" olarak tanımladığı "kışkırtıcı tasvir" ve eserleri, 10. maddenin ifade özgürlüğüne sağladığı korumanın dışına atar. Bir yorumda belirtildiği gibi,[19] "Bu yaklaşım, sanatçılara incitmekten kaçınmaya yönelik bir yük getirmektedir; çünkü neyin amaçsız olup neyin olmadığı son derece öznel bir mesele olabilir". *Otto-Preminger* davasında Mahkeme filmin kışkırtıcılığının sanatsal değerine ağır bastığını öne sürerken, Komisyon'un hiciv unsurlarının ağırlıkta olduğunu değerlendirmesi bu durumun yansımasıdır.

Bu konu, Mahkeme'nin bir dairesinin 4'e karşı 3 oyla bölündüğü *IA/Türkiye*[20] davasında doruk noktasına ulaştı. Bu davada başvurucu, yazarının felsefe

edildi, fakat Kuzey İrlanda'da yürürlükte kalmaya devam ediyor. İrlanda Cumhuriyeti'nde ise yakın zamanda yürürlüğe girdi, hatta tüm dinleri kapsayacak şekilde genişletildi (2009 tarihli Hakaret Yasası, 36. ve 37 madde).

16 *Otto-Preminger Institute/Avusturya* (1994) 19 EHRR 34.

17 Paragraf 56.

18 Paragraf 47.

19 Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights [Uygulayıcılar için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kılavuzu]*, 4. basım, 2011, paragraf II-423.

20 *IA/Türkiye* (Başvuru No. 42571/98) (2007) 45 EHRR 30.

ve ilahiyat meselelerine eğildiği bir roman yayımlamıştı. İki bin adet basılan bu romandan ötürü başvurucu, "Tanrı'ya, dine, peygambere ve kutsal kitaba hakaret" suçlamasıyla yargılandı. Kutsal değerlere hakaretten suçlu bulundu. Mahkeme'de çoğunluk, *Otto-Preminger* ve *Wingrove* davalarının mantığıyla hareket etti. "İnananların, dini inançlarına karşı haksız ve incitici saldırılara maruz kaldıklarını hissedebilecekleri" ve Müslümanların kutsal gördüğü konulardaki saldırılara karşı koruma sağlanması için acil bir toplumsal gereksinim bulunduğu gerekçesiyle Türkiye'ye geniş takdir yetkisi tanındı.

Yargıç Costa, Yargıç Cabral Barreto ve Yargıç Jungwiert'in ortak karşı görüşünde, *Handyside* kararında 10. maddenin "devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirleri" koruma altına aldığının kabul edildiği pasaja gönderme yapıldı. "Bu sözlerin slogan ya da kalıp sözlerden ibaret kalmaması, ciddiye alınıp Mahkeme'nin varacağı çözümlere ışık tutması gerektiği" belirtildi. Romanın aşağılayıcı ve yakışıksız ifadeler içerdiği, fakat bu ifadelerin soyutlanarak bütün bir kitabın yasaklanması ve yayıncısına ceza verilmesi için gerekçe oluşturmasının yanlış olduğu, ayrıca "demokratik bir toplumun teokratik bir toplum olmadığı" dile getirildi. Ortak karşı görüşte yazarların *Otto-Preminger* ve *Wingrove* emsallerinden ikna olmadığı açıklanırken, "görüşümüzce düşüncenin konformizmine ya da tektipliğine aşırı vurgu yapan, ifade özgürlüğüne fazlasıyla çekingen ve temkinli bir yaklaşımı yansıtan içtihadı gözden geçirme 'zamanı gelmiştir" ifadesi kullanıldı.

Büyük Daire, bu karşı görüşte belirtilen ve ihtiyacı hissedilen içtihadı elden geçirme fırsatını henüz bulamadı.

Bir diğer tartışmalı alan ise, ırka ve dine dayalı nefret söylemine yaptırım olarak ceza hukukunun uygulanmasıdır. Başka yerlerde olduğu gibi burada da,[21] ABD Anayasası 1. Ek maddesine ilişkin yargı uygulamalarında, diğer Avrupa Devletlerine ve Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki uygulamalara göre önemli farklar bulunmaktadır. ABD'de 1. Ek madde, Yahudi Soykırımı gerçeğini inkâr etme hakkını koruma altına alır. Almanya'da gamalı haç ya da diğer Nazi simgelerini sergilemek ağır bir suçken, bazı Avrupa ülkelerinde Holokost'un meydana gelmediğini öne sürmek de suç sayılmaktadır. Çoğu Avrupa ülkesi, ırka ve dine dayalı nefret söylemini yasaklar.

21 Örnek olarak, ABD Yüksek Mahkemesi'nde çoğunluğun 1. Ek maddeyi basının özel hayata müdahalesine karşı koruma sağlamayacak şekilde yorumladığı *Times Inc./Hill*, 385 U.S. 374 (1967) davasına; kuruluşlar, birlikler ve varlıklı bireylerin federal seçimlere ilişkin faaliyetleri üzerindeki tüm kısıtlamaları kaldırdığı *Citizens United/Federal Elections Commission*, 558 U.S. (2010) davasına ve hakimlerin mahkemede görülen davalara dışarıdan yapılan, adil yargılamada taraflılık oluşturabilecek müdahaleleri cezalandırmasını engelleyen *Bridges/California*, 314 U.S. 252 (1941) davasına bakılabilir.

ABD Yüksek Mahkemesi, ırksal ya da dinsel gruplara saldırı niteliğindeki ifadelerin cezai yaptırıma tâbi tutulmasını engeller. *Brandenburg/Ohio* davasında[22], bir Ku Klux Klan lideri miting sırasında siyahlara ve Yahudilere karşı aşağılayıcı ifadeler kullandı. Sözleri şöyleydi: "Bence zenciler Afrika'ya, Yahudiler de İsrail'e geri gönderilmelidir." Yüksek Mahkeme, mahkumiyet kararını bozdu. Bir hükmün, 1. Ek maddeye uygun olabilmesi için "kanunsuz faaliyetleri kışkırtmayı ve gerçekleştirmeyi" hedefleyen ve "bu faaliyetlere yol açma ihtimali yüksek" bir eyleme karşı verilmiş olması gerekir.[23]

Anthony Lewis'in ifadesine göre[24], "Sözlerin katliamlara ilham verdiği bir çağda, kötücül düşüncelere karşı tek çarenin, Brandeis'in ifadesiyle[25] iyicil düşünceler olduğuna inanmak kolay değildir. Amerikan Anayasa Hukuku, ifadelerin ancak şiddet ya da yasaların ihlali niyetiyle söylenmiş olması ve gerçekleşmesinin yakın olması durumunda engellenmelerine izin verir (...) Bence mensuplarından bir kısmının harekete geçmeye meyilli olduğu bir kitleye yönelik yapılmış ve şiddet içeren terör eylemleri çağrısında bulunan bir ifadenin cezalandırılabilmesi gerekir. Daha fazla yakınlık aramaya gerek yoktur."

Bu yaklaşım, Amerika'daki mevcut anayasa doktrininde bulunandan daha iyi bir denge sağlar. Uygulandığında, sadece şiddet içeren terör eylemlerini kışkırtmaya yönelik ifadeleri değil, herhangi bir azınlık ırka ya da dinine yönelik şiddet çağrılarını da kapsayacağı düşünülür; bunun en güzel örneği de, Rahip Terry Jones'un, Müslüman topluluklar arasında şiddeti kışkırtacağını bile bile Florida'da Kuran yakması gibi kötücül eylemlerdir.

İfade özgürlüğü bakımından, bir dinin ya da mensuplarının değerlerine ve uygulamalarına saldırı niteliğinde olup dini inanışları inciten sözler, ortak

22 395 U.S. 444 (1969).

23 Ayrıca bkz. *Cantwell/Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940): Bu olayda Yüksek Mahkeme, bir Yehova Şahidi mensubunun çoğunluğunu Katoliklerin oluşturduğu bir mahallede Katolik Kilisesi'ni kötüleyen sözler sarf etmek suretiyle huzuru bozmak suçundan cezalandırılması kararını bozmuştu. Yargıç Roberts'ın açıklamalarına göre "Dini inanışlar ve siyasi görüşler söz konusu olduğunda ciddi görüş ayrılıkları yaşanır. Her iki konuda da, bir kişinin inanç temelleri, başka bir kişiye vahim bir hata gibi görünebilir. Bildiğimiz gibi kişiler, karşılarındakileri kendi görüşlerine ikna edebilmek için abartıya kaçar, önemli konumdaki din ve devlet görevlilerini kötü gösteren ifadelere, kimi zaman yanlış beyanlara dahi başvurabilirler. Fakat bu ülkenin insanları, tarihin merceğinden bakarak, tüm aşırılık ve suiistimal ihtimallerine karşın bu özgürlüklerin, uzun vadede bilgiye dayanan görüşler geliştirilmesi, kişilerin demokratik bir ülke vatandaşına yaraşır şekilde davranması için elzem olduğuna karar vermiştir.

24 *Freedom for the Thought that We Hate: A Biography of the First Amendment [Nefret Ettiğimiz Düşüncelere Özgürlük: 1. Ek Maddenin Biyografisi]* (2008), 166-67.

25 *Whitney/California*, 274 U.S. 357, Brandeis J, karara farklı nedenlerle katıldığı görüşü s. 374-78 (1927).

insani değerleri ve doğuştan gelen hakları, yani renkleri ve etnik kökenleri nedeniyle insanlara saldırıda bulunan sözlere göre daha fazla koruma altındadır. Henüz Mahkeme'nin kabul etmediği bu ayrım, ırksal nefreti teşvik eden suçlara dinsel nefreti teşvik eden suçların da eklenmesi suretiyle Westminster Parlamentosu tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu kararın arkasında, dini topluluklarla karşı karşıya gelinen bazı ihtilaflar[26] ve dine sövme yasasının tüm dinleri ağır hakaretten koruyacak şekilde genişletilmesine yönelik talepler yatar.

Hükümetin son derece geniş kapsamlı önergesi, tehdidin yanı sıra hakaret içeren ve rencide edici sözleri de içeriyor, suçsuzluğu kanıtlama yükünü savunmaya bırakıyordu. Taslak bu haliyle ifade özgürlüğüne yönelik ciddi bir tehdit olduğu için, içeriği tehdit içeren sözlerle sınırlandı, suç kastını kanıtlama yükü iddia makamına bırakıldı ve ifade özgürlüğünü koruyan bir hüküm de eklendi.[27]

26 Örnek olarak *Şeytan Ayetleri* romanı nedeniyle Salman Rushdie hakkında verilen fetva; Danimarka'da yayımlanan karikatürler nedeniyle yaşanan gerilim; Gurpreet Kaur Bhatti'nin *Onursuzluk (Bezhti)* adlı piyesinin temsili öncesinde Sihler tarafından yapılan gösteri nedeniyle piyesin oynanamaması; Britanyalı bir yayımcının evinin *The Jewel of the Medina (Medine Mücevheri)* adlı tarihi romanı yayımlaması nedeniyle kundaklanması ve Hollanda Başbakanı Geert Wilder'ın Birleşik Krallık'a girmesinin, Lordlar Kamarası'nda *Fitne* isimli tartışmalı İslam karşıtı filmi göstermesini engellemek amacıyla Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı tarafından yasaklanması sayılabilir.

27 2006 tarihli Irka ve Dine Dayalı Nefret Yasası Ek 1 ile, 1986 tarihli Kamu Düzeni Yasasına 29J sayılı, PEN İngiltere maddesi olarak da bilinen (yazar tarafından kaleme alınmış) aşağıdaki hüküm eklendi:

"Bu Kısımda yer alan hiçbir hüküm, belirli dinlere ve mensuplarının inançlarına ve uygulamalarına ya da diğer dinlere ve bu dinlerin mensuplarının inanç ve uygulamalarına karşı tartışmayı ve eleştiriyi veya antipati, sevmeme, küçümseme, aşağılama ve küçük düşürme ifadelerini ya da başka bir dinin veya inanç sisteminin mensuplarını, dinleri ya da inanç sistemlerinin uygulamalarını yapmaktan vazgeçirmeye yönelik çağrı ve ikna çabalarını yasaklayacak ya da kısıtlayacak şekilde yorumlanamaz."

Cinsel eğilime dayalı nefretin teşvik edilmesine karşı benzeri bir güvence (29JA maddesi), 2008 tarihli Ceza Hukuku ve Göç Yasası 74. madde ve Ek 16 ile 1986 Kamu Düzeni Yasasının 3. Kısım hükümleri arasına eklenmiştir. Bu suç, sadece tehdit içerikli sözlere ya da nefreti körükleme kastıyla yapılmış edimlere karşı olması bakımından, dine dayalı nefretin (ırka dayalı nefretten farklı olarak) kışkırtılması ile benzer şekilde ele alınır. İçerdiği beyan hükmünde ise, eşcinselliğin ve eşcinsel davranışların tartışılmasının ya da eleştirilmesinin ya da kişilerin bu tür davranış ve alışkanlıkları değiştirmeye ya da durdurmaya çağrılmasının kendi içinde tehdit ya da nefreti teşvik sayılamayacağı belirtilir. Fakat Mahkeme, 9 Şubat 2012 tarihli *Vejdeland ve diğerleri/İsveç* (2012) ECHR 242 kararında, homofobik nefret söylemini, ırka ve dine dayalı nefret söylemiyle aynı şekilde ele almıştır. Mahkeme, başvuruculara İsveç'teki okullarda verilen eğitimde nesnellik eksikliğine ilişkin bir tartışma başlatmak amacıyla bir lisede bildiri dağıttıkları için, bir ulusal ya da etnik gruba karşı kışkırtıcılık suçundan hüküm giymiş olmalarında, 10. maddeye aykırılık bulunmadığına karar verdi. Bu olayda yedi yargıçtan üçünün (Daire Başkanı Yargıç Spielmann ile Yargıç Nussberger ve Yargıç Zupančič), karara farklı nedenlerle katıldıkları görüşlerinde, 10. maddeye aykırılık bulunmadığı yönündeki oylarını tereddüt ve tedirginlik içinde kullandıklarını, çünkü nefretin teşvik edilmesinin bir şiddet eylemi ya da başka suça çağrıyı içermesi

Mahkeme, ırka dayalı nefret söylemi ile dine dayalı nefret söylemi arasında ayrım yapmayan, çok daha kısıtlayıcı bir yaklaşım benimsemiştir. Örneğin *Gündüz/Türkiye*[28] kararında Mahkeme şunları belirtir:

> "Tüm bireylerin onur ve itibarlarına eşit saygı ve hoşgörü gösterilmesi, demokratik ve çoğulcu toplumların temelidir. Bununla birlikte (...) bazı demokratik toplumların hoşgörüsüzlüğe (dini hoşgörüsüzlük dahil) dayalı nefreti teşvik eden, yayan, destekleyen ya da meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanması, hatta bunları önlemesi gerekli olabilir (...)"

BM İnsan Hakları Konseyi, daha ilkeli, ve medeni özgürlükleri daha koruyucu bir yaklaşım benimsemiştir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesine 34. Genel Yorum'da[29], Devletlerin 19. madde uyarınca ifade özgürlüğünü ve bu bağlamda "fazlasıyla incitici olabilecek ifadelerin" özgürlüğünü de güvence altına almaları gerektiği belirtilir.[30] Ayrıca şu ifadeler yer alır: "Bir din ya da inanç sistemine saygı duyulmadığının ifadesini yasaklamak ve bu bağlamda dine sövme yasaları, Sözleşme ile uyumlu değildir (...) Böyle yasakların, dini liderlerin eleştirisini, dini doktrinlere ve inancın şartlarına yönelik yorumları önlemek ya da cezalandırmak için kullanılmasına da izin verilemez."[31]

Bu tahlil, Mahkeme'nin dini inançları inciten söylemlerin, kamuoyu önündeki tartışmalara katkıda bulunmaması gerekçesiyle yasaklanabileceğine yönelik çağdışı görüşüyle ciddi zıtlık içindedir.[32] Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 10. maddesini Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesi ve 34. Genel Yorum hükümleri uyarınca yorumlayacağını umuyoruz.

Nefret söylemi suçları, gericiliği ve hoşgörüsüzlüğü engellemekten çok teşvik etmek gibi beklenenin tersi etkiler yaratabiliyor. Hindistan'ın eski ada-

---

gerekmediğine yönelik bulgulara katılmadıklarını, ayrıca Mahkeme'nin uyguladığı testin muğlak ve *Handyside'*da belirtilmiş ilkelerle tutarsız olduğunu belirtmeleri önemlidir. Yargıç Zupančič, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Snyder/Phelps ve diğerleri*, 562 U.S. - (2011) kararıyla Westboro Baptist Kilisesi mensuplarının askeri cenaze törenleri sırasında protesto eylemleri düzenleyerek Tanrı'nın Amerika Birleşik Devletleri'nden özellikle orduda eşcinselliğe göz yumması nedeniyle nefret ettiği yönündeki inançlarını dile getirmesinin, 1. Ek madde kapsamında korumaya alınmasıyla benzerlikler kurdu.

28 *Gündüz/Türkiye* (2005) 41 EHRR 59, paragraf 51. Ayrıca bkz. *Soulas/Fransa* 15948/03, 10 Temmuz 2008.

29 CCPR/C/GC (BD?)/34 (2011).

30 A.g.k. paragraf 11.

31 A.g.k. 48.

32 *Otto Preminger Institut/Avusturya.*

let bakanı Soli Sorabjee SC'nin şu sözlerine kulak vermemiz gerekiyor:[33] "Tecrübeyle sabittir ki nefret söylemini ve ifadelerini yasaklayan ceza kanunları hoşgörüsüzlüğü, bölücülüğü ve ifade özgürlüğüne makul olmayan müdahaleleri teşvik eder. Sonuçta köktendinci Hıristiyanlar, dindar Müslümanlar ve dini bütün Hindular, ceza mekanizmasını birbirlerinin dinine, inançlarına ya da uygulamalarına karşı kullanmak isteyecektir. Hindistan'da her geçen gün daha fazla karşılaştığımız durum budur. Gericilikle mücadele edip hoşgörüyü yaygınlaştırmak için daha baskıcı yasalara değil, daha geniş ifade özgürlüğüne ihtiyacımız var."

Üniter bir ifade özgürlüğü teorisi bulunmadığı gibi, ifade özgürlüğüyle ilgili tüm soruları cevaplayacak düzenleyici bir ilke de yoktur. Sözleşme'deki hakları güvenceye almaktan birinci derece sorumlu olan ulusal makamlara elbette takdir hakkı tanınmalıdır. Fakat takdir hakkı doktrininin, Mahkeme tarafından ifade özgürlüğü hakkının ilkeli yorumunu ve uygulamasını bertaraf etmek için kullanılmaması şarttır. Mahkeme'nin hakim manevi değerleri ya da dini inançları inciten söylemlere ilişkin davalardaki yaklaşımı, *IA/Türkiye* kararına ilişkin karşı görüşü özetlemek gerekirse, düşüncenin konformizmi ya da tektipliğini aşırı vurgulayarak ifade özgürlüğünü fazlasıyla çekingen ve temkinli bir şekilde yorumlamaktadır.

Sir Nicolas'ın olağanüstü bir Avrupa yargıcı olarak mirasına sahip çıkacak Mahkeme'nin, bu eleştiriyi ve İnsan Hakları Komitesi'nin yaklaşımını dikkate alarak ifade özgürlüğünün, toplumun herhangi bir kesiminin manevi değerlerini ve dini inançlarını inciten, şoke eden ya da rahatsızlık uyandırıcı söz ve yayınları da koruyacağı ilkesini hayata geçireceğini umuyoruz. Mahkeme'nin de defalarca belirttiği gibi çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.

33 Report of the House of Lords Select Committee on Religious Offences in England and Wales [İngiltere ve Galler'de Dinsel Suçlara Dair Lordlar Kamarası Komitesi Raporu] içinde yer almıştır; HL Paper 95-1 [Lordlar Kamarası Bildirisi 95-1], 10 Nisan 2003, paragraf 52.

Dine sövme ve hakaret fiilleri: Dini duyguların incitilmesi mi, özgürlüğe saldırı mı?

Luis López Guerra[1]

Handyside (1976) davasından bu yana Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında yerleşik olan ve bilinen bir ilkeye göre, ifade özgürlüğü kişilere sadece bir hak değil, görev ve sorumluluklar da getirir. İfade özgürlüğünün kullanılması kişisel ve sosyal hayatın pek çok alanını etkilerken, kamunun ve özel kişilerin menfaatlerinin korunması, özgürlüğün kullanımına bazı sınırlar getirilmesini gerektirebilir (hiç değilse haklı çıkarabilir).

Etkilenebilecek alanlardan biri hiç şüphesiz dini inançların çeşitli tezahürleri, bu bağlamda bireylerin dini duyguları, bunları özel ve kamusal alanda ifadeleri ve dini uygulamaların düzenlendiği kurumlardır. Dolayısıyla dini konularda ifade özgürlüğünün kabul edilebilir sınırları sık sık incelemeye konu olmaktadır. Soru, çağdaş toplumlarda bulunan iki etkenle doğrudan ilgilidir: bir yanda bireylerin ve toplulukların dini duygularındaki yoğunluk (ve hassasiyet), diğer yanda ise kültürel ve demografik değişikliklerden kaynaklanan inanç ve itikat çoğulluğu, fikir ve inançların sık sık karşılaşmasına ve çarpışmasına yol açmaktadır. Uluslararası insan haklarının korunması açısından bu konunun önemi, Birleşmiş Milletler'in çeşitli kurumlarının (İnsan Hakları Konseyi ve Genel Kurul gibi[2]) yanı sıra, Avrupa Konseyi[3] tarafından da çeşitli bildirgeler ve kararlarda vurgulanmıştır.

Dini inanışlarla ilgili yargılar ve görüşler, destekleyici ve olumlu olmaktan apaçık saldırgan ve tehditkâr olmaya kadar geniş bir yelpazede yer alabilir. Bu iki ucun arasında ise dini olguları kabul ya da reddetmek konusunda tarafsız ya da akademik analizler, doktrine dayalı eleştirileri, küçümseyici ya da küçültücü ifadeler ya da açıkça inkâr gibi çeşitli katmanlar bulunur.

---

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı

2 Örneğin BM İnsan Hakları Konseyi'nin 24 Mart 2011 tarih ve 16/18 sayılı *Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence, and violence against persons based on religion or belief [Din ya da inanca bağlı olarak hoşgörüsüzlüğün, olumsuz kalıplaştırmanın ve dışlamanın, şiddeti kışkırtmanın ve kişilere şiddet uygulanmasının önlenmesine ilişkin kararı]* ile BM Genel Kurulunun 19 Aralık 2011 tarih ve 66/167 sayılı, aynı konudaki kararı sayılabilir.

3 Avrupa Komisyonu'nun ırkçılığa ve hoşgörüsüzlüğe karşı olan 13 Aralık 2002 tarih ve 7 sayılı *National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination [Irkçılıkla ve Irk Ayrımcılığıyla Mücadeleye Yönelik Ulusal Kanunlar]* hakkında Genel Politika Tavsiyesi; Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin (AKPM) 1510 (2006) sayılı "*Freedom of Expression and Respect for Religious Beliefs" ["İfade Özgürlüğü ve Dini İnanışlara Saygı"]* kararı; AKPM'nin 1805 sayılı (2007) *Blasphemy, Religious Insults and Hate Speech against Persons on Grounds of Their Religion [Dine Sövme, Dine Hakaret ve Kişilere Karşı Dine Dayalı Nefret Söylemi]* hakkındaki tavsiyesi.

İlk bakışta, dini konularla ilgili ifadelerin hukukun tartışmasız olarak kabul edilebilir ya da kabul edilemez gördüğü türlerinin (yazı, söz, resim ya da diğer sanatsal ifadeler üzerinden) tespiti görece kolaydır. Bu bakımdan, çağdaş toplumlarda dini inanışların "tarafsız" analizleri ya da doktrine dayalı eleştirileri nedeniyle ifade özgürlüğünün kısıtlanması artık kabul edilemez bir durumdur. Dini konularla ilgili herhangi bir yayın yapmadan önce Devlet'in olurunu ya da Kilise'nin icazetini (*nihil obstat*) almak gereken günler geride kalmıştır. Günümüzün demokratik anayasal sistemlerinde belirli fikirlerin öğretilmesine, sadece o toplumda yaygın dini inanışlara karşı olduğu için hukuki, cezai ya da idari yaptırım uygulanması da (ABD'de 1920'lerdeki "maymun davaları" ile Darwinci kuramların yargılanması gibi) artık kabul görmemektedir.[4]

Bu yelpazenin diğer ucunda, yani belirli inanç ya da itikatlara karşı hoşgörüsüzlük, dışlama, ötekileştirme ya da açık baskı (hukuki ve diğer baskılar) çağrılarını bastırmak ya da önlemek için ifade özgürlüğüne sınırlama ve yaptırım getirilmesinde de genel mutabakat söz konusudur. Günümüzde "nefret söylemi," siyasi tartışma düzleminde kesinlikle yasak kabul edilen, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında hiçbir biçimde korunmaya alınmayan bir olgudur; çünkü belirli grupları temel haklarından yoksun bırakma niyeti güttüğü açıktır. Bazı durumlarda grupları serbestçe ibadet etmekten alıkoymakla kalmaz, varlıklarını da tehdit eder.[5]

Çoğunlukla olduğu gibi dini konularda ifade özgürlüğünün sınırları konusunda da "gri bölgeler" yaratan sorunlar ve belirsizlikler vardır. Dine dair yargıların, sözlerin, ifadelerin ve görüşlerin dini duygulara, inançlara, kurumlara açıkça karşı olduğu, fakat nefret söylemi sayılabilecek düzeylere gelmediği, yani o dinin mensuplarının toplum ya da birey olarak dışlanmasını ya da ortadan kaldırılmasını kışkırtmadığı ya da savunmadığı durumlar bu kapsama girer.

Dine sövme ve dine hakaret de gri alanda yer alır. İki kavram, söven ya da hakaret eden ifadenin muhatabının büyük çeşitlilik gösterebilmesi nedeniyle mantıksal (çoğu zaman da hukuki) olarak birbirinden ayrıdır.[6] Dine sövme

4 *Maymun davaları* konusunda bkz. Larson, E., *Summer for the Gods: The Scopes Trial and America's Continuing Debate over Science and Religion [Tanrıların Yazı: Scopes Davası ve Amerika'nın Bilim ve Din Üzerine Bitmeyen Tartışması]*, New York, Basic Books, 2006.

5 Nefret söyleminin analizi için Françoise Tulkens'in bu kitapta yazdığı "Söylem ne zaman eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ve nefret söylemi içtihatları, s. 259-273'e bakabilirsiniz.

6 Avrupa Konseyi ülkelerinde din karşıtı ifadelerin ve bunlara uygulanan hukuki muamelenin açıklaması için, Venedik Komisyonu'nun 76. genel oturumunda (Venedik, 17-18 Ekim 2008) kabul ettiği Report of the Venice Commission on "*The Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: the Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious*

durumunda, ifade genellikle bir dinin tanrısına ya da simgelerine yönelik olurken, hakarette ise dini inançlara ya da bir dinin inananlarına ya da mensuplarına kişi ya da kurum olarak bir saldırı söz konusudur.[7] İki tür ifadenin ortak noktası, inananların dini duygularını incitmesi ve dinlerinin simgelerine, öğretilerine ya da kurumlarına karşı incitici ifadelerden ötürü inançlarını tehdit altında hissettirmesidir.

Dine sövme ve hakaretin etkileri, iki bakış açısından incelenebilir. Psikolojik açıdan, dini bağlamda sövgü ya da hakaret niteliğinde ifadeler, genel bir hakaret ya da aşağılamada olduğu gibi bireyin dini hassasiyetlerini incitebilir, onda bir dehşet ya da öfke duygusu uyandırabilir. Fakat sosyal açıdan bakıldığında dine sövme ve hakaret, bir dini inanışın ifadesine ya da pratiğine yönelik tehditler ya da engeller gibi algılanarak hoşgörüsüzlük iklimi yaratır ve halk arasında din ve inanışa bağlı bölünmelere neden olabilir.

İnsan hakları bakımından bu etkiler eşit olmadığı için, söz konusu ayrım da kavramsal olmaktan ibaret değildir. Dini duyguları rencide edici ifadelerden korumak, bir dinin gereklerini yerine getirmenin korunmasıyla aynı anlam ve öneme sahip olmayabilir. Aslında çoğu hukuk sisteminde de bu iki unsur farklı yasalarla korunmaktadır. İlk durumda insan hakları bakımından yapılması gereken, birey ya da grupların meşru dini duygularını korurken ifade özgürlüğüne getirilebilecek kısıtlamaların sınırlarını belirlemektir; ikinci durumda ise bu iki bireysel özgürlük arasındaki çatışmanın nasıl çözüleceğini bulmak gerekir. Kısacası, ilkinde bir hakkın sınırları belirlenir, ikincisinde ise iki temel hak arasındaki çatışma ele alınır.[8]

Bu iki konu elbette birbiriyle ilişkilidir; çünkü dine sövme, fiiliyatta bir dinin gereklerinin yerine getirilmesini engelleyebilir ya da güçleştirebilir. Fakat durum her zaman böyle değildir. Çoğunlukla dindar bir toplumda, dine hakaret kişileri şoke edebilir ya da incitebilir ancak bu durum, ibadetin yerine getirilmesini hiçbir biçimde engellemez.

Devletler dine hakareti kısıtlamak için ifade özgürlüğüne çeşitli adlar altında sınırlamalar getirirler; bunun kadar yaygın olmasa da, dine sövgü içe-

---

Insult and Incitement to Religious Hatred"["İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü Arasındaki İlişki: Dine Hakaret, Dine Sövme ve Dine Dayalı Nefreti Kışkırtmanın Düzenlenmesi ve Yargılanması" Konulu Venedik Komisyonu Raporu] incelenebilir.

7 Nefret söylemiyle ilgili olarak, dini inanış ya da topluluklara karşı fiilen (bazen de resmen) kışkırtılanın, halk olduğunu söylemek mümkündür.

8 Hak çatışmalarının çözülmesine yönelik farklı metodolojiler için bkz. De Schutter, O. ve Tulkens, F., *Rights in conflict: the European Court of Human Rights as a pragmatic institution [Çatışan haklar: Pragmatik bir kurum olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi]*, Brems, E. (Der.) *Conflicts between fundamental rights [Temel haklar arasında çatışma]* içinde, Antwerp, Intersentia, 2008, s. 169-216.

rikli ifadelerin sınırlanması yine sık görülen bir uygulamadır.[9] Bu iki kısıtlamanın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ifade özgürlüğü güvenceleriyle uyumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından birçoğuna konu olmuştur.[10] Bu kararların hepsinin çıkış noktası ortaktı: Başvurucular, ulusal makamların ifade özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasıyla talepte bulunuyorlardı.[11] Bütün kararların kilit noktası ise, ulusal makamların 10. maddede ifade özgürlüğünün

> *"kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar ya da yaptırımlara tâbi tutulabilir" olduğunu belirten hükümlerin yeterli şekilde uygulanıp uygulanmadığının belirlenmesiydi.*

Savunma konumundaki Devletlerin dini konularda ifade özgürlüğünü kısıtlamak için gösterdikleri meşru gerekçeler arasında en sık "başkalarının haklarının korunması"na rastlanır. Dolayısıyla "başkalarının hakları"nın ma-

---

9 Avrupa Konseyi ülkelerinde bu konudaki hukuk rejimlerinin farkları, 6. dipnotta atıf yapılan Venedik Komisyonu Raporu'nun Ekler'inde yer almaktadır.

10 Genel bir bakış için Tulkens, F., "*Conflicts between fundamental rights: contrasting views on Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights [Temel haklar arasında çatışma: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. ve 10. maddelerine dair karşıt görüşler*", *Blasphemy, Insult and Hatred. Finding Answers in a Democratic Society [Dine Sövme, Hakaret ve Nefret. Demokratik Bir Toplumda Cevap Arama]* içinde, Strazbourg, Avrupa Konseyi Yayınevi, 2010, s. 121-132; Martinez Torron, J., "*Freedom of expression v. freedom of religion in the European Court of Human Rights [Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ifade özgürlüğüne karşı din özgürlüğü]*" A. Sajo, der. *Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in the European Court of Human Rights [Sansür Konusunda Hassasiyetler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde İfade ve Din Özgürlüğü]* içinde, Utrecht, Eleven International Publishing, 2009, s. 233-269; Wachsmann, P. "*La liberté de religion et le droit de critique*" ["*Din özgürlüğü ve eleştiri hakkı*"], *Annuaire international des droits de l'homme* [*İnsan hakları uluslararası rehberi*], *4* (2009) içinde, s. 245-252; Candela Soriano, M., "*La liberté d'expression face à la morale et â la religion: analyse de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*" ["*Ahlak ve dine karşı ifade özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı analizi*"], *Revue trimestrielle des droits de'l'homme, 68* (2006) içinde, s. 817-837.

11 Dini konularda ifade özgürlüğünün sınırlarını test etmenin bir başka yöntemi, belirli bir dinin mensuplarının, resmi makamların sövgü ve hakaretlere karşı haklarını yeterince korumadıkları iddiasıyla başvuruları olurdu. Mahkeme'ye bu tür bir başvuru, *El Mahdi ve diğerleri/Danimarka (2006)* davasıyla yapıldı. Fakat Mahkeme'nin görevsizlik nedeniyle başvuruyu kabul etmedi. Bu iddiayı destekleyen olgular için bkz. Nathwani, N. "*Religious Cartoons and Human Rights - a Critical Legal Analysis of the Case Law of the European Court of Human Rights on the Protection of Religious Feelings and its Implications in the Danish Affair Concerning Cartoons on the Prophet Muhammad [Dini İçerikli Karikatürler ve İnsan Hakları - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dini Duyguların Korunmasına Yönelik İçtihatlarının Eleştirel Hukuki Tahlili ve Danimarka'da Hz. Muhammed Karikatürlerinin Yayımlanması Olayına Yansımaları]*", *European Human Rights Law Review [Avrupa İnsan Hakları Hukuku Dergisi] 4* (2008) içinde, s. 488-507.

hiyetini ve içeriğini tanımlamak, Mahkeme'nin kararlarında belirleyici bir etken olmuştur. Buradaki soru, hangi hakların ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarla korunmaya değer olduğunu tespit etmektir.

İlk yanıt, Mahkeme'nin 1994 tarihli *Otto Preminger Institute/Avusturya* kararındaki ifade özgürlüğü içtihadında bulunabilir. Bu davada başvurucu, Avusturya makamlarının bir filmi dini değerleri aşağılama suçundan (Avusturya Ceza Kanunu 188. madde) yasaklamak (toplatmak ve haczetmek) suretiyle, Sözleşme'nin 10. maddesi hükümlerini ihlal ettiğini öne sürdü. Avusturya devleti savunmasında, filmin toplatılması ve haczedilmesinin "başkalarının haklarını korumak" ve özellikle kişilerin dini duygularına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında ve "kamu düzeninin sağlanması" amacıyla gerçekleştirildiğini iddia etti.

Mahkeme, yukarıda belirtilen psikolojik ve sosyal yönleri dikkate alarak, 10. madde (başkalarının hakları nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırlanması) ve 9. madde (din özgürlüğünün korunması) hükümlerini birlikte takdir ettiği bir karar verdi. Kararda, iki farklı yaklaşım benimsendiği görülebilir. Öncelikle Mahkeme, Sözleşme'nin 10.2. maddesinin hükümlerini yorumlayarak (ya da karardaki ifadeyle *"10. madde 2. paragrafın hükümlerinden anlaşıldığı gibi"*), kişileri amaçsızca inciten, "dini duygularını" hedef alan ifadelerden (dini inanç ve itikatlar bağlamında) mümkün mertebe koruma yükümlülüğü bulunduğunu saptadı (paragraf 50). Bu bakımdan kararda, 10. madde ihlali iddialarının muhakemesinde hep görülen bir çizgi izlenmektedir: İfade özgürlüğüne müdahalenin gerçekleşmiş olduğunu doğrulama; bu müdahalenin meşru amaçlarla ve kanunda yazılı şekilde yapılıp yapılmadığını, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirleme. Mahkeme, bu mantık sürecini işletirken, *"müdahalenin varlığını ve gerekliliğini belirlemek konusunda devlet makamlarının"* bir takdir yetkisinin bulunduğunu da dikkate aldı (paragraf 50).

Mahkeme, davanın sadece 10. maddedeki ifade özgürlüğü sınırlamalarını değil *"Sözleşme'de güvence altına alınmış iki temel özgürlüğün kullanılmasından kaynaklanan çıkar çatışmasını"*, yani 10. madde ile tanınan ifade özgürlüğü ve *"başkalarının düşünce, din ve vicdan özgürlüklerine saygı görme hakkı"* (paragraf 55) arasında bir çatışmayı da içermesi nedeniyle bir başka yaklaşım da benimsedi. Bu nedenle davanın kapsamında bir hakkın kısıtlanmasının yanı sıra, iki Sözleşme hakkının (10. Ve 9. maddelerde belirtilenler) çatışması da bulunuyordu. Sonuçta, her iki yaklaşımından da yola çıkan Mahkeme, iki sonuca ulaştı: a) Mahkeme, filmin özünde kamuoyunu "incitici" olduğu konusunda Avusturya Devleti ile hemfikirdi, b) Avusturya makamları, dini açıdan huzur sağlamak ve başkalarının dini inançlarına yapılan saldırıları önlemek üzere

hareket etmişti. Mahkeme, her iki bakımdan da Avusturya makamlarının takdir yetkisini aşmamış olduğuna kanaat getirdi.[12]

Daha kısa olmak kaydıyla benzeri bir mantık, İslam dinini incitici ifadelerle ilgili olarak *I.A./Türkiye* (2005) davasında da benimsendi. Mahkeme yine 10. madde hükümleri uyarınca, "başkalarını amaçsızca inciten ve dine aykırı" ifadeler içerdiğinden ötürü bir kitaba dini bağlamda ifade özgürlüğü sınırlamaları getirilmesini haklı buldu. Aynı zamanda, 10. maddedeki hakların düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne saygı ile dengelenmesi gerektiğini de belirtti (paragraf 27).[13]

Bu iki yaklaşım (10. maddedeki hakların, hem dini duyguları hem de 9. madde kapsamındaki din özgürlüğünü korumak amacıyla sınırlandırılmasının haklı görülmesi) başka soruları beraberinde getirdi.[14] Birincisi, 10. madde çerçevesinde, "Haksız derecede şoke edici ve rencide edici olması nedeniyle ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı çıkaracak suçun derecesi nedir?" İkincisi de 9. madde çerçevesinde, "Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkı, hangi noktada dini duyguları incitici sözlere maruz kalmama hakkını içerir?"

İlk soruyla ilgili olarak, Mahkeme *Otto Preminger Institute* kararından kısa süre sonra bu konuyu *Wingrove/Birleşik Krallık* (1995)[15] davasında açıklığa kavuşturma olanağı buldu. Bu davada, Birleşik Krallık makamlarının bir filme o tarihte yürürlükte olan dine sövme yasaları uyarınca dağıtım izni vermemesi üzerine başvuruculların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiası ele alındı.

---

12 Yargıç Palm, Pekkanen ve Makarczyk'in kaleme aldığı ortak karşı görüşte, "Sözleşme lafzı itibariyle dini duyguların korunması hakkına güvence vermez" (paragraf 6) ve "ifade özgürlüğünün kullanılmasının tümüyle engellenmesine yol açacak bir müdahale, ancak söz konusu davranışın başkalarının din özgürlüğünü elinden alma raddesine gelecek kadar şiddetli suiistimal sonucunda toplumun hoşgörüsüne sığınma hakkından mahrum kalması durumunda kabul edilebilir" (paragraf 7 sonu) ifadelerini kullandı.

13 Yargıç Costa, Cabral Barreto ve Jungwiert tarafından karşı görüş bildirilmiştir. Buna göre, "il est peut être temps de 'revisiter' cette jurisprudence, qui nous rassemble faire la part trop belle au conformisme ou à la pensée unique, et traduire une conception frileuse et timorée de la liberté de presse" [*"belki de bizleri geleneklere uymaya ya da sabit fikre çok fazla iten bu içtihadı 'gözden geçirmenin' ve basın özgürlüğünün sınırlayıcı ve korkak kavramını anlatmanın vakti gelmiştir"*] (paragraf 8).

14 Otto Preminger davasının tahlilleri için bkz. Wachsmann, P. "*La religion contre la liberté d'expression: sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme: l'arrêt Otto Preminger Institute de 20 septembre 1994*" [*"İfade özgürlüğüne karşı din: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin müessif kararı hakkında: 20 Eylül 1984 Otto Preminger Institute kararı"*], *Revue Universelle des droits de l'homme [İnsan Hakları Evrensel Dergisi]*, cilt . 6 sayı 12 (1994) içinde, s. 441-449; Rigaux, F. "*La liberté d'expression et ses limites*" [*"İfade özgürlüğü ve sınırları"*], *Revue Trimestrielle des droits de l'homme, 23* (1995) içinde, s. 401-415.

15 *Wingrove* davası hakkında bkz. Larralde, J-M, "*La liberté d'expression et le blasphème* [*"İfade özgürlüğü ve küfür"*] (observations sous Cour. Eur. Dr. D l'h. Wingrove c. Royaume Uni de 25 nov. 1996)", *Revue trimestrielle des droits de l'homme, 32* (10997) içinde, s. 725-732.

Mahkeme kararında, 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetti.[16]

Mahkeme'nin gerekçesi, *Otto Preminger Institute* davasında ortaya çıkan soruları çeşitli yönlerden aydınlattı. Dini konulardaki bir ifadenin resmi makamların müdahalesini gerektirecek kadar küçük düşürücü olduğunun nasıl belirleneceğini açıklarken, Mahkeme filmin Birleşik Krallık yasaları tahtında dine sövme fiilini gerçekleştireceği için ruhsat alamadığını, dine sövmenin da o tarihte *"Tanrı'ya, İsa Peygamber'e, İncil'e, İngiltere Kilisesi'nin ya da kanunların belirlediği öğretilere yönelik küçük düşürücü, aşağılayıcı, incitici ya da alaya alıcı ifadeler"*[17] olarak tanımlandığını belirtti. Mahkeme, Devlet'in 10 paragraf 2. madde kapsamındaki sınırlamalar için takdir yetkisinin *"ahlak ve özellikle din alanında kişilerin özel inanç ve itikatlarını incitme ihtimali bulunan konuları"* (paragraf 58) da kapsadığını öne sürdü. Bununla birlikte Mahkeme başka gerekçeler de sundu: Birleşik Krallık hukukuna göre *"kanunun kontrol altına almak istediği, görüşlerin kendisinden çok dile getirilme şekilleridir"* (paragraf 60). Mahkeme konuya, dine muhalif duyguların dile getirilme şekli ya da üslubuyla ortaya çıkan hakaret ya da incinmenin derecesi açısından yaklaştı. Dolayısıyla ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaları, bu ifadelerin içeriği değil, ifade edilirken kullanılan incitici ya da öfkelendirici üslup haklı çıkarmış oldu.

Otto Preminger Institute davasında (din özgürlüğünün ihlali hakkında) ikinci yaklaşım konusunda olumlu görüşünde Yargıç Pettiti, *Wingrove* davasında Mahkeme'nin kesin kararını Sözleşme'nin 10. madde hükümlerine dayandırdığını, *Otto Preminger Institute* davasındaki 9. ve 10. madde hükümlerini bir araya getirme yaklaşımını benimsemediğini belirtti. Buna göre 9. madde *"mevcut davanın konusu olmadığı için devreye giremez. Mahkeme, 10. madde kapsamındaki incelemesini başkalarının haklarına dayandırmış ve Otto Preminger Institute kararındakinin aksine, 9. ve 10. maddeyi, manevi değerleri ve başkalarının haklarını birleştirmemiştir."* Her ne kadar paragraf 48'de 9. maddeye (belki yatay) gönderme yapılsa da, Mahkeme kararını gerçekten 10 paragraf 2 madde hükümleri uyarınca ifade özgürlüğünü sınırlamanın gerekliliği üzerine dayandırdı. Kaldı ki bu olayda Britanya Hükümeti, Avusturya Hükümeti'nin *Otto Preminger Institute* davasında başvurduğu "kamu düzenini sağlama" ve "dini huzur tesis etme" gibi gerekçelere başvurmadı.

Bundan on yılı aşkın süre sonra, 2006'da verilen bir dizi karar, *Otto Preminger Institute* davasındaki gerekçelere daha da açıklık getirdi. Bu kararlarda, hem 10 paragraf 2 madde kapsamında ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını gerektiren "incitme " ve "hakaret" kavramları, hem de 9. madde kapsamındaki düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne saldırı kavramı ayrıntılarıyla açıklandı.

16 Yargıçlar Bernhardt ve Petiti olumlu görüş bildirdi. Yargıç De Meyer karşı görüş bildirdi.

17 Dine sövme ve hakaret common law fiilleri, 8 Mayıs 2008 tarihli Ceza Hukuku ve Göç Yasası ile kaldırıldı.

Dini konularda eleştirel ya da olumsuz ifadelerin hangi aşamada makamların 10. maddedeki ifade özgürlüğü güvenceleri kapsamında müdahalesini ya da yaptırımını haklı çıkaracak derecede rencide edici ya da küçültücü olduğunun belirlenmesi konusunda ise Mahkeme, *Otto Preminger Institute* ve *Wingrove* davalarındaki açıklamalarını, çeşitli ek şartlar getirerek açıklığa kavuşturdu. Bunlardan birine göre, eleştirel ifadenin belirli bir grubu (örneğin bir dinin mensuplarını) haksız derecede incitmesi için, o dinin nezdinde önemi ne kadar büyük olursa olsun, tek bir kişiden fazlasını hedef alması gereklidir. Dolayısıyla Papa'nın *(Giniewski/Fransa)* ya da bir Başpiskopos'un *(Klein/Slovakya)* eleştirilmesi, Hıristiyanlığın bütünü için incitici sayılamaz.[18]

Mahkeme'nin 2006 kararlarında incitici ya da hakaret içeren ifadeleri 10 paragraf 2. madde kapsamında ele alırken değindiği bir başka unsur, inciten ya da hakaret içeren ifadenin amaçsız mı olduğu, yoksa kamuoyunu ilgilendiren bir tartışma konusunu mu hedef aldığıdır. *Giniewski* davasında Mahkeme'den, Katolik Kilisesi'nin Yahudilere karşı geleneksel öğretisini şiddetle eleştiren bir kitaba uygulanan cezai yaptırımın, 10. madde hükümleri kapsamına girip girmediğini değerlendirmesi istendi. Yaptırımı haksız bulan Mahkeme, kitabın insanlığa karşı işlenmiş en ağır suçların kökenini ele aldığı için kamuoyunu ilgilendiren bir tartışma konusu olduğunu göz önünde bulundurdu.[19] Aynı şekilde *Aydın Tatlav/Türkiye (*kaynak metinde, sadece burada Tatlar diyor. Doğrusu Tatlav, metnin diğer yerlerinde de hep Tatlav yazılmış zaten) davasında da başvurucu, İslam dinine hakaret ettiği öne sürülen bir kitap yayımlamaktan ötürü yaptırıma tâbi olduğundan şikâyetçiydi. Mahkeme, 10. maddenin ihlalini tespit ederken, kitabın inançsız bir kişinin dine ilişkin görüşlerini *"sosyopolitik bakış açısından"* dile getirdiğinin altını çizdi.

Yukarıdaki mütalaalar, *Otto Preminger* ilkelerini geri almamakla ya da çiğnememekle birlikte, Devletlerin din karşıtı ifadeleri kısıtlama ya da cezalandırmadaki takdir yetkisine ilişkin çok daha kısıtlayıcı bir görüşü ortaya koyar. Ayrıca *Wingrove* davasında, bir ifadenin dini duyguları haksız derecede incitici olduğunun tespiti için belirlenmiş şartların dikkate alınmasında da ısrar eder. Mahkeme, *Giniewski* davasında olduğu kadar *Aydın Tatlav* ve *Klein* davalarında da, dini eleştirilerin haksız derecede incitici olup olmadığı saptanırken, sadece eleştirinin içeriğine ya da dini öğretilere ne kadar karşı geldiği-

18 Papa'nın hem Katolik Kilisesi'nin ruhani lideri, hem de Devlet Başkanı olarak özel konumu düşünüldüğünde, kişiliğine yönelik hakaretlerin dini konulardaki hakaretlere göre farklı bir ceza yasası hükmüne tâbi olması mümkündür. Bu açıdan bkz. *Jerzy Urban/Polonya* (2009) davası.

19 *Giniewski* davasının analizi için bkz. Ducquir, P.F. "*La Cour européenne des droits de l'homme sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses? ["AİHM dini hassasiyetleri korumak için ifade özgürlüğünden ödün mü veriyor?"] Note sous l'arrêt Giniewski c. France, 31 janvier 2006 de la CEDH*", *Revue trimestrielle des droits de l'homme, 68* (2006) içinde, s. 839-849.

ne değil, kullanılan ifadenin şekline ve tonuna da dikkat edilmesi gerektiğini, örneğin bunun için "inananların kişiliğini doğrudan hedef alan aşağılayıcı " (*Aydın Tatlav*, 28), "amaçsızca incitici ya da hakaret içerikli" (*Giniewski*, 52) ya da dinin içeriğini aşağılayıcı (*Klein*, 52) olması gerektiğini vurguladı.

Yukarıda belirtildiği gibi, *Otto Preminger* davasında ortaya atılan ikinci konu, dine hakaretin sadece inananların dini duygularını incitmekle kalmayıp, Sözleşme'nin 9. maddesinde güvenceye alınan düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne de saldırı oluşturup oluşturmadığını, oluşturuyorsa bunun ne zaman gerçekleştiğini belirlemek oldu. Denklem tersine çevrildiğinde, bu soru bir kişinin din özgürlüğü hakkının, dini duygularının incitilmemesi edilmemesi hakkını da içerip içermediği şeklinde sorulabilir.

Eleştirel (ve incitici) ifadeler ne zaman 9. madde kapsamında ele alınmayı gerektiren din özgürlüğüne saldırı kapsamına girer? İlk bakışta, bir kişinin dini duygularını incitmeye kıyasla, din özgürlüğüne saldırı, onun özgürlük alanına daha ciddi ve geniş kapsamlı bir müdahale gibi görünür. Dolayısıyla hakaret, dine sövme ya da dini değerleri aşağılama gibi bir suçun dini özgürlüklerin ihlali sayılabilmesi için, bir tehdit ya da hoşgörüsüzlüğü kışkırtma gibi ek bir kötülük unsuru daha içermesi gerekmektedir. Mahkeme, *Otto Preminger* davasında bütüncül bir bakış açısıyla 9. ve 10. maddeleri birleştirdi. Sonraki içtihatlar da bu duruma açıklık getirildi. *Wingrove* davasında konu dine sövmek (bir dinin tanrısına ya da simgelerine saygısızlık) olup dine hakareti (dinin mensuplarına hakaret) kapsamadığı için Mahkeme, ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasındaki muhtemel çatışmayı dikkate almadı. Fakat on yıl sonra *Klein* davasında, hem de kesinlikle üzerinde durulması gereken bir şekilde bu konuyu dikkate aldı. Mahkeme *Klein* davasında, *Otto Preminger Institute* davasındaki gerekçelerini daha somut bir şekilde dile getirdi: "(…) *ifade özgürlüğünden yararlanmanın belirli görev ve sorumlulukları vardır. Dini görüşler ve inançlar bağlamında buna, inananların 9. madde hükümleriyle güvenceye alınmış haklarını huzur içinde kullanmasını sağlama yükümlülüğü ve kutsallık atfedilen nesnelere amaçsızca incitici ya da saygısız ifadelerden mümkün mertebe kaçınma görevi de eklenebilir"* (paragraf 47).

Mahkeme, ifade özgürlüğünün kısıtlanması gerekliliği testini *Klein* davasında uyguladığında, Sözleşme'nin 10. madde hükümlerinin ihlal edildiğini tespit etti. Fakat 9. madde ile güvenceye alınmış haklara saygı konusunda, başvurucunun bir gazete makalesinde ifade edilen görüşlerinin *"inananların dini ifade ve ibadet haklarına haksız bir müdahalede bulunmadığına"* kanaat getirdi. Mahkeme'nin bu sözlerinden yola çıkarak, bir dinin ifade ya da ibadetine *"haksız müdahale"*nin, dine dair bir eleştirinin 9. madde haklarına saldırı olup olmadığının belirlenmesinde kilit unsurlardan biridir. Aynı doğrultuda hare-

ket eden Mahkeme, *Giniewski* davasında bir ceza mahkemesinin Hıristiyanlık dinini eleştiren bir kitabın yayımlanmasına ceza vermesinin, kitap *"saygısızlık ya da nefreti teşvik etmediği"* için haksız olduğuna karar verdi (paragraf 52).

Dolayısıyla "dine hakaret" fiilinin din özgürlüğüne bir saldırı (bu nedenle de 9. ve 10. maddelerde düzenlenmiş haklar arasında bir çatışma) doğurması için tehdit, kötülük ya da nefrete kışkırtma unsurlarını da içermesi gerekmektedir; bunlar Mahkeme'nin içtihatlarında din karşıtı söylemlerin en ağırı olan "nefret söylemi" ile ilişkilendirilmiş fiillerdir. Dini bağlamda incitici ifadeler bu kadar ağır bir mertebede değilse, kişilerin dini duygularını rencide düşünülebilir fakat din özgürlüğünün ihlal edildiğinden söz edilemez. Bu durumlarda, ifade özgürlüğünün Sözleşme hükümleri uyarınca sınırlanıp sınırlanmayacağını değerlendirmekte 9. madde referans noktası olarak kullanılamaz.

Nefret söylemi oluşturmasalar (dolayısıyla din özgürlüğüne tehdit ya da müdahale sayılmasalar) dahi, dine hakaret ve dine sövme fiilleri, o dinin mensuplarının duygularını incitebilir ya da rencide edebilir. Fakat bu durumda ve 10. madde ışığında ifade özgürlüğüne (meşru) kısıtlamalar getirilmesi meselesi, yalnızca incitici olduğu öne sürülen ifadenin dini inanışlar, simgeler ve kurumlara amaçsız bir saldırı teşkil edip etmediği açısından ele alınmalıdır. Bu bağlamda ve *Wingrove* davasında görüldüğü gibi Mahkeme, ifadenin şekil, üslup ya da tarzının açıkça incitici ya da aşağılayıcı olduğu, dinin mensuplarını şoke etmek ya da rahatsız etmek amacı taşıdığı durumlarda ifade özgürlüğüne sınırlama getirmek konusunda Devlet makamlarının takdir yetkisine gönderme yapar. Yani Mahkeme'nin içtihatlarına göre, nefret söylemi unsurlarının yokluğunda, dine hakaret ya da sövme fiillerinin ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesine gerekçe olması için, özellikle kin ya da düşmanlık içermesi şarttır.

Bu şartlarda (söylemin dini duygulara saygısızlık ettiği fakat kişi ya da gruplara karşı nefreti tahrik etmediği ya da tehdit oluşturmadığı durumlarda) çeşitli önergelerin Mahkeme'nin içtihatlarının ötesine geçerek, özellikle de ifadenin cezai yaptırıma tâbi olduğu koşullarda, ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesine karşı çıktığı üzerinde durmak gerekir. Avrupa Konseyi çerçevesinde Parlamenterler Meclisi, dine sövme konusunda "ulusal yasaların ve uygulamaların, dine sövmeyi hakaret bağlamında bir suç olmaktan çıkaracak değişiklikleri yapması"nı açık bir tavsiye olarak ortaya koyarken[20], Venedik Komisyonu da buna paralel olarak "dine sövme suçunun (Avrupa Devletlerinin çoğunda olduğu gibi) kaldırılmasını ve tekrar yürürlüğe konmamasını" tavsiye etti[21]. Dine hakaretin geneli ile ilgili olarak Parlamenter-

20 *AKPM Tavsiyesi* 1805 (2007), a.g.k. paragraf 17.1.4.

21 *Venedik Komisyonu raporu*, a.g.k. paragraf 89.c.

ler Meclisi, ulusal yasaların dini konularda sadece kamu düzenini kasıtlı ve ağır şekilde sarsan ve kamuoyunda şiddeti tahrik eden, son tahlilde nefret söylemi olarak değerlendirilebilecek ifadeleri cezalandırması gerektiğini belirtmiştir.[22] Venedik Komisyonu'nun raporu ise "dine hakaret (yani dini duyguları rencide etme) fiilinin, nefreti tahrik etme unsuru içermeden de şartsız biçimde (*simpliciter*) suç haline getirilmesi, gerekli ya da istenen bir uygulama değildir" ifadesini içerir.[23]

Bu bağlamda ve nefret söyleminin yokluğunda, Devletlerin ifade özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik takdir yetkilerinin, tümüyle kaldırılmasa da önemli ölçüde sınırlanması gerekecektir. Avrupa Konseyi belgelerinde, dine hakaret suçunun önüne geçmek için cezai olmayan yaptırımlar yok değildir: örneğin Venedik Komisyonu Raporu, yazarların aşağılayıcı ifadelerden sorumlu tutulabileceklerini, hatta manevi tazminat davası açılabileceğini bir ihtimal olarak belirtir. Her halükârda bu kısıtlamaların münhasıran 10 paragraf 2. madde bağlamında değerlendirileceği düşünülmektedir. 9. madde ile tanınan din özgürlüğü, dini duygulara yönelik koruma tedbirlerinden ayrı ve bağımsız bir konu olarak ele alınmalıdır.

22 *AKPM Tavsiyesi* 1805 (2007), a.g.k. paragraf 15.

23 *Venedik Komisyonu raporu*, a.g.k. paragraf 62. Bu raporda, BM İnsan Hakları Konseyi'nin 27 Mart 2007 tarih ve 7/19 sayılı "*Dine Hakaret*" Kararı ile hemfikir olunmadığı ifade edilir. Fakat BM'nin daha yakın zamanda, 2011 tarihli BM İnsan Hakları Konseyi Kararı 16/18 ve Genel Kurul Kararı 66/167 ile aldığı pozisyon (a.g.k. not 3), Venedik Komisyonu Raporu'na daha yakındır.

AİHM uygulamasında AİHS 17. madde ve ifade özgürlüğü

Mark E. Villiger[1]

1. Giriş

Bu makale, eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ("Komisyon") ve şimdiki Mahkeme'nin yorumlaması ve uygulaması ışığında, Sözleşme'nin 17. maddesini ve bu maddenin ifade özgürlüğüyle ilişkisini konu alır. Makale, birçok davada ifade özgürlüğü hakkını sonuna kadar savunmuş olan başkanımız Sir Nicolas Bratza'ya ithaf edilmiştir.[2] Sözleşme'nin "Hakları kötüye kullanma yasağı" başlıklı 17. maddesine göre:

> "Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa ya da kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi ya da bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz."

Bu makale, Komisyon'un ve Mahkeme'nin 17. maddeye dair bütün uygulamalarını bir araya getirmeyi hedeflemektedir. Fakat bu konuya ilişkin şaşırtıcı derecede çok sayıdaki nitelikli makaleyi tartışmaz (yazar elbette bu makalelere başvurmuştur).[3] Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın (2000) 54.

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı

2 Sir Nicolas'ın müstakil görüşleri için bkz. *Du Roy ve Malaurie/Fransa*, no. 34000/96, 3 Ekim 2000 tarihli karar (karara farklı nedenlerle katıldığı görüş); *Selisto/Finlandiya*, no. 56767/00, 16 Kasım 2004 tarihli karar (karşı görüş); *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa*, no. 21279/02 ve 36448/02, 22 Ekim 2007 tarihli karar (Yargıçlar Rozakis, Tulkens ve Sikuta ile birlikte ortak kısmi karşı görüş); *Dlugolecki/Polonya*, no. 23806/03, 24 Şubat 2009 tarihli karar (karara farklı nedenlerle katıldığı görüş); Ruokanen vd./Finlandiya, no. 45130/06, 6 April 2010 tarihli karar (karşı görüş); *John Anthony Mizzi/Malta*, no. 17320/10, 22 Kasım 2011 tarihli karar (karara farklı nedenlerle katıldığı görüş).

3 Kısa bir seçki için bkz. A. Spielmann/D. Spielmann, "The Concept of Abuse of Rights and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [Hakların Kötüye Kullanımı Kavramı ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi]", *Proceedings of the 19th Colloquy on European Law [19. Avrupa Hukuku Kolokyumu Bildiri Kitabı]1989. Abuse of Rights and Equivalent Concepts: the Principle and its Present Day Application [Hakların Kötüye Kullanımı ve Eşdeğer Kavramlar: İlke ve Bugünkü Uygulaması]* (1990) içinde yazılı bildiri, s. 61 ff; F. Tulkens, "Les relations entre le négationnisme et les droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour europenne des droits de l'homme" ["İnsan hakları ve Yahudi Soykırımı inkarı arasındaki ilişkiler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı"], *Law in the Changing Europe. Liber Amicorum Pranas Küris [Değişen Avrupa'da Hukuk. Pranas Küris Anısına]* (2008) içinde, s. 425 ff; M. Hong, "Hassrede und extremistische Meinungsäusserungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wundsiedel-Beschluss des BverfG" ["Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin Wunschsiedel kararı ile AİHM içtihadı uyarınca nefret söylemi ve aşırılıkçı ifadeler"], *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht 70 [Yabancı Kamu Hukuku Dergisi 70]* (2010) s. 73 ff; U.

maddesinin, 17. maddeyle neredeyse kelimesi kelimesine aynı olması dikkat çekicidir.

2. *Travaux préparatoires* (Hazırlık çalışmaları)

1949 yılında, 17. maddeye hazırlık olarak derlenen hazırlık materyallerinde, Avrupa Konseyi Danışma Meclisi'nin (bugünkü Parlamenterler Meclisi) konuya ilişkin çok az tartışma yürüttüğü ve bu hükme büyük destek verdiği görülür. Zamanında 17. madde totaliter eğilimleri hedef alma niyetiyle hazırlanmıştı. İtalya delegesi Benevuti'nin sözleriyle, "totaliter akımların Sözleşme ile getirilmiş ilkeleri kendi menfaatlerine sömürmelerini, yani İnsan Haklarını bastırmak amacıyla özgürlük haklarına başvurmalarını engellemek zaruridir".[4] İlgi çekici olan, 17. madde ile daha sonra gelen 1 no'lu Protokolün eğitim hakkına ilişkin 2. maddesi ile özellikle ebeveynlerin "felsefi inanışları" arasındaki ilişkiye dair daha uzun bir tartışmanın 1951'de yaşanmış olmasıdır.[5]

3. Yorumlama

Başlangıç noktası, nefret söyleminin hiçbir türünün Sözleşme kapsamında korunmasının söz konusu olmadığıdır. Mahkeme'nin *Jersild/Danimarka* davasında ortaya koyduğu gibi, başvuruya konu olan ("Yeşil Ceketler" adlı örgütçe söylenmiş) ırkçı ifadeler, "hedef alınan grupları aşağılamanın ötesine geçmesi nedeniyle 10. maddenin korumasından yararlanamaz".[6] Dolayısıyla 10. madde, ifade özgürlüğünün Sözleşme'nin lafzına ve ruhuna aykırı sonuçlara yönelik kullanılmasıyla asıl amacından saptırılmamalıdır. Aksi halde, Sözleşme'nin kapsadığı hak ve özgürlüklerin yok olması mümkündür.[7]

Belavusau, "A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech ["Strazburg'da Son Moda: Giderek Zorlaşan Nefret Söylemi Sınavı"]", *European Public Law [Avrupa Kamu Hukuku] 16* (2010) s. 373 ff; H. Cannie/D. Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection? [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kötüye kullanma hükmü ve ifade özgürlüğü: Demokrasiye ve insan haklarının korunmasına değer katıyor mu?]", *Netherlands Quarterly of Human Rights [Hollanda İnsan Hakları Dergisi] 29* (2011) s. 54 ff.

4 DH (57) 4, *European Commission of Human Rights, Preparatory work on Article 17 of the European Human Rights Convention [Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesine İlişkin Hazırlık Çalışmaları]* (1957), s. 6.

5 Bkz. Raportör Teitgen'in 2. maddeyle ilgili Danışma Meclisi'ne 7 Aralık 1951 tarihinde sunduğu sözlü rapor: "Bakanlar –kabul edelim ki– komünist propagandadan çekiniyordu. Sadece dini inançları güvence altına alarak Komünist örgütlerin, hatta belki Komünist okulların ve anarşist propagandanın, Avrupa'nın İnsan Hakları güvencesinden yararlanma taleplerinin önüne geçmeyi yeğ tutmuş olmaları muhtemeldir", a.g.k., s. 16.

6 No. 15890/89, 23 Eylül 1994 tarihli karar, paragraf 35.

7 *Garaudy/Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 65831/01, 24 Haziran 2003 paragraf 1(i).

17. maddenin temeli, eski Komisyon tarafından *Glimmerveen ve Hagenbeck/ Hollanda* davasında oluşturulmuş, sonrasında buna 17. madde içtihadı kapsamında sık sık gönderme yapılmıştır:

> "17. maddenin genel amacı, totaliter grupların Sözleşme'de dile getirilen ilkeleri kendi menfaatleri doğrultusunda sömürmelerini engellemektir. Bu amaca ulaşmak için, söz konusu hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik faaliyetlerde bulunan kişilerin bu hak ve özgürlüklerin her birinden mahrum bırakılması gerekli değildir. 17. maddenin kapsamında, kullanılması durumunda, Sözleşme'de güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesine yönelik faaliyetlere bizzat katılma hakkını bulma girişimini kolaylaştıracak haklar yer almaktadır".[8]

Pratikte 17. madde hem bireylere, hem de örgütlere ("topluluğa ya da kişiye") uygulanmaktadır. Hatta metne göre Devletlere de uygulanabilir. Bu durum muhtemelen bir Devletin Sözleşme'deki güvencelerden birini kullanarak bir başka güvenceyi haksız yere kısıtlaması ya da hatta iptal etmesini öngörmüştür.

17. madde şimdiye kadar Sözleşme'nin 10. maddesinin kapsadığı ifade özgürlüğü bağlamında (istisnai olarak da 11. madde kapsamındaki toplantı ve örgütlenme özgürlüğü bağlamında) kullanılmıştır.[9] Mahkeme'nin *Lawless/ İrlanda* (no. 3) davasında belirttiği gibi, 17. madde "bir gerçek kişiyi 5. ve 6. maddelerin güvenceye aldığı temel bireysel haklardan mahrum bırakmak yönünde, niyetinin aksine (*a contrario*) yorumlanamaz".[10] Bir kişinin 17. maddeye dayanarak diğer Sözleşme güvencelerinden mahrum bırakılması, onu bir "kanun kaçağı" durumuna getirir.[11]

4. Komisyon ve Mahkeme'nin uygulamalarında 17. madde

Komisyon'un ve Mahkeme'nin 17. madde üzerine içtihatları incelendiğinde çeşitli uygulama kategorileri görülür. Davalarda (*i*) 17. maddenin doğrudan uygulandığı; (*ii*) 17. maddenin, 10. maddenin 2. paragrafının hükümlerini dengeleme sürecinde dolaylı kullanıldığı; (*iii*) 17. maddenin kullanılabilecek olduğu halde kullanılmadığı; ve *(iv)* davadaki tespitlerin, Sözleşme'nin ihlal

8 (Kabul edilebilirlik hakkında kararlar) no. 8348/78 vd., 11 Ekim 1979.

9 *W.P. vd./Polonya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 42264/98, 2 Eylül 2004, *aşağıd*a.

10 No. 332/57, 1 Temmuz 1961 tarihli karar.

11 "Vogelfrei" ["Kuşlar gibi hür"]; bkz. J.A. Frowein/W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMKR-Kommentar* [*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. AİHS-Şerhi*] (3. baskı 2009) s. 431.

edildiği yönünde olsa da, 17. maddenin devreye gireceği şiddette olmadığı durumlar görülmektedir. Şimdi bu kategorileri daha ayrıntılı inceleyeceğiz.

(a) 17. maddenin doğrudan uygulanması

17. madde Komisyon tarafından iki, Mahkeme tarafından dört davada olmak üzere, toplam altı kez doğrudan uygulanmıştır.

Komisyon

İlk dava olan *Alman Komünist Partisi ve diğerleri/Almanya* davasında başvurucular, eski Alman komünist partisinin kapatılması ve yasaklanmasına karşı 9-11. maddeler kapsamında başvuruda bulunmuştu. Komisyon 1957'de başvuruyu kısaca (*de plano*) kabul edilemez bulmuştur, gerekçesi de meselenin 17. maddeye dayanarak konu bakımından (*ratione materiae*) kapsam dışı olmasıdır. Komünist partinin demokrasiyi kaldırarak *"la dictature du prolétariat"* (*proletaryanın diktatörlüğü*) getirmek istediği, bunun da Sözleşme ile uyumsuz olduğuna kanaat getirmiştir.[12] Konu hakkındaki ilk dava olması dolayısıyla Komisyon, kararını 17. madde için yapılmış hazırlık çalışmalarına (*travaux préparatoires)* göndermeyle desteklemiştir.[13]

Glimmerveen ve Hagenbeck/Hollanda davasında, başvurucuların ırkçı ifadeler nedeniyle hüküm giymiş olmasına ilişkin başvuru, Komisyon tarafından 1979 yılında 17. maddeye istinaden kabul edilemez olarak değerlendirildi. Komisyon bu kararını, diğer etkenlerin yanı sıra, "başvurucuların savunduğu politikanın, beyazlar dışında herkesin Hollanda topraklarından gönderilmesi hedefinden ilham alması" nedenine dayandırdı.[14] Resmi bir kabul edilemezlik gerekçesi sunulmadı.

Mahkeme

Mahkeme'nin 17. maddeyi doğrudan devreye koyduğu ilk dava olan *Garaudy/Fransa*, konu bakımından (*ratione materiae*) kapsam dışı olması nedeniyle kabul edilemez olarak değerlendirildi. Somut olayda başvurucu, hüküm giymesine neden olan yayınlarında tarihi olguları, özellikle de Holokost'u inkâr etmekteydi.[15]

W.P. ve diğerleri./Polonya davasında başvurucular, iddiaları arasında Polonyalıların Polonya'daki Yahudi azınlık tarafından baskı altında tutulduğu

12 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 250/57, 20 Temmuz 1957.

13 Yukarıdaki dn. 4.

14 (Kabul edilebilirlik hakkında kararlar) no. 8348/78 vd., 11 Ekim 1979.

15 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 65831/01, 24 Haziran 2003.

da bulunan bir dernek kurmalarının yasaklanmasına karşı 11. madde kapsamında şikâyette bulundu. Dava 17. madde kapsamında reddedilirken, resmi bir kabul edilemezlik gerekçesi belirtilmedi.[16]

Norwood/Birleşik Krallık davasında başvurucu, dükkânının vitrinine "İslam Britanya'dan Defol/Britanya Halkına Güvenlik" ibaresi de yer alan bir afiş asmaktan ötürü hüküm giymişti. Mahkeme, 17. maddeye dayanarak başvurunun konu bakımından (*ratione materiae*) kapsam dışı olması nedeniyle kabul edilemeyeceğine hükmetti.[17]

Son olarak, *Witzsch/Almanya (no. 2)* davasında başvurucu, özel bir mektubunda Hitler ve NSDAP'nin (Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi) Yahudilerin toplu olarak öldürülmesini planlamış, başlatmış ve organize etmiş olmasının yanlış ve tarihsel açıdan kanıtlanamaz olduğunu öne sürdüğü gerekçesiyle yaptırıma maruz kalmıştı. Mahkeme, *Witzsch (no. 1)* [18] sonucunun aksine, bu başvurunun konusu itibariyle (*ratione materiae*) 17. madde kapsamı dışında kalması nedeniyle kabul edilemez olduğuna hükmetti.[19]

(b) 17. maddenin, Sözleşme'nin 10. maddesi 2. paragrafıyla birlikte uygulanması

Komisyon 9, Mahkeme 2 olmak üzere toplam 11 davada 17. madde dolaylı olarak, yani başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi 2. paragrafının hükümlerinin dengelenmesi kapsamında uygulanmıştır.

Komisyon

Kühnen/Almanya davası, başvurucunun yayınlarında nasyonel sosyalizmi savunmak, Siyonizmi kötülemek ve bir ırka mensup olmanın gururunu vurgulamaktan ötürü cezaya çarptırılmasını konu alıyordu. Komisyon 17. maddeye dayanarak, başvurucunun 10. madde kapsamındaki haklarına müdahalenin, aynı maddenin 2. paragrafındaki hükümler doğrultusunda haklı olduğu sonucuna vardı.[20]

Benzeri *sekiz* davada da (özellikle Nasyonel Sosyalizm propagandası konusunda), Komisyon 17. maddeyi 10. maddenin 2. paragrafıyla birlikte uygulayarak, başvurunun kötü niyetinin sabit olması nedeniyle kabul edilemeye-

16 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 42264, 2 Eylül 2004.
17 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 23131/03, 16 Kasım 2004.
18 *Aşağıda*.
19 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 7485/03, 13 Aralık 2005.
20 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 12194/86, 12 Mayıs 1988.

ceğine karar verdi.[21]

Mahkeme

Witzsch/Almanya (no. 1) davasında Mahkeme, 17. maddeye atıfla "başvurucunun, gaz odalarının ve orada işlenen toplu cinayetlerin varlığını inkâr eden ifadeleri" nedeniyle cezaya çarptırılmasını 10. madde 2. paragraf hükümleri kapsamında haklı buldu.[22]

Schimanek/Avusturya davasında, başvurucunun nasyonel sosyalist fikirlerden esinlenerek Avusturya Cumhuriyeti'nin kamu düzenini ya da özerkliğini bozmaya teşebbüsten hüküm giymesi ele alındı. Burada da Mahkeme, 17. maddeye dayanarak, 10. maddenin 2. paragrafı doğrultusunda başvurucunun kötü niyetinin sabit olduğuna hükmetti.[23]

(c) 17. maddenin uygulanabilecek olduğu halde uygulanmadığı davalar (seçki)

Mahkeme birçok davada nefret söylemi konusunu ele aldı.[24] Bunların önemli bir bölümünde, 17. maddeyi kullanabilecek olduğu halde, bu hükmün getirdiği olanakların elbette farkında olarak, kullanmadı.[25] Burada üç tipik davaya yer verilmiştir.

2003 yılındaki *R.L./İsviçre* davasında Mahkeme, başvurunun 10. maddenin 2. paragrafı doğrultusunda kötü niyetinin sabit olması nedeniyle kabul edilemeyeceğine hükmetti. Başvurucunun sipariş ettiği materyallerin (kitap, kaset vb.) "güç kullanımını destekleyip savunduğu, ırkçılık içermesi nedeniyle yabancılar ve İsviçreliler arasında aşırı grupların radikalleşmesine yol açarak İsviçre'de toplumun bir arada huzur içinde yaşamasını tehlikeye atabileceğini" tespit etti. Mahkeme'nin kanaatine göre bu materyaller, Sözleşme'nin temel değerlerine karşıydı.[26]

---

21 *Walendy/Almanya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 21128/92, 11 Ocak 1995; *B.H. vd./Avusturya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 12774/87, 12 Ekim 1989; *Ochsenberger/Avusturya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 21318/93, 2 Eylül 1994; *Remer/Almanya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 25096/94, 6 Eylül 1995; *Honsik/Avusturya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 25062/94, 18 Ekim 1995; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands, Bezirksverband München-Oberbayern/Almanya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 25992/94, 29 Kasım 1995; *Rebhandel/Avusturya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 24398/94, 16 Ocak 1996; *Nachtmann/Avusturya*, no. 36773/97 (kabul edilebilirlik hakkında karar), 9 Eylül 1998.

22 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 41448/98, 20 Nisan 1999.

23 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 3230/96, 1 Şubat 2000.

24 Bkz. Francoise Tulkens'in bu kitaptaki makalesi, s. 259-273, "Nefret Söylemi".

25 Bkz. *Seurot/Fransa*, aşağıdaki dn. 27.

26 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 43874/98, 25 Kasım 2003.

Seurot/Fransa davasında başvurucu, ırkçı bir yayın nedeniyle tarih öğretmenliği iş akdinin feshedilmesini Mahkeme huzuruna taşıdı. Mahkeme burada kendisine şu soruyu sordu: *"si l'expression des opinions du requérant ne devrait pas être exclue de la protection de l'article 10 en vertu de l'article 17"* [*"başvurucunun görüşlerinin ifadesi 17. madde gereğince 10. maddenin korumasının dışında bırakılmamalıysa"*]. Ancak bunun üzerine *"elle n'estime pas nécessaire de prononcer sur ce point dès lors que cette partie du grief est ... irrecevable"* [*"madem ki acının bu kısmı .... kabul edilemez, bu konu ile ilgili söz söylemeyi gerekli görmedi"*] ifadesini kullandı ve başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin, 10. maddenin 2. paragrafı doğrultusunda haklı olduğuna hükmetti.[27]

Leroy/Fransa davasında başvurucunun ırkçı bir edimi övmekten hüküm giymesi, 10. maddenin 2. paragrafı doğrultusunda demokratik bir toplumda gerekli olduğu için haklı bulundu.[28]

(d) 17. madde kapsamına girecek ağırlıkta görülmeyen olgular

Mahkeme şimdilik *iki* davada şikâyet konusu olguların, 17. maddenin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığına hükmetti.

Soulas ve diğerleri/Fransa davasında başvurucu, Avrupa'nın Müslümanlarca işgal edilmekte olduğunu ve gereken çözümün etnik savaş olduğunu iddia ettiği bir kitap yayımlamaktan ötürü hüküm giymişti. Mahkeme 2008 yılında 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetti. Kitapta suça dayanak olan pasajların "yeterince ağır" olmaması *("ne sont pas suffisamment graves")* nedeniyle 17. maddenin uygulanmasını gerekli görmedi.[29]

Féret/Belçika davasında da Mahkeme, başvurucunun bazı edimler (göçmenlerin ülkelerine geri gönderilmesi ve Belçika'nın İslamlaştırılmasının önlenmesi çağrıları gibi) nedeniyle 2009 yılında hüküm giymesinin, 10. maddenin 2. paragrafı doğrultusunda haklı olduğuna, fakat 17. maddenin kullanılmasını gerektirmediğine hükmetti.[30]

(e) Analiz

Bu davaların analizinden aşağıdaki sonuçlar çıkarılabilir. Öncelikle görülüyor ki, 17. maddenin gündeme geldiği her olayda başvurucular ifade özgürlüklerini, sadece totaliter rejimleri ve fikirleri, örneğin komünizmi ve (Holokost'un inkârı da dahil) Nasyonel Sosyalizmi desteklemek için değil, ırkçı fikirleri yaymak için de kullanmıştı. Bu bağlamda 17. maddenin uygula-

27 (Kabul edilebilirlik hakkında karar) no. 57383/00, 18 Mayıs 2004.

28 No. 36109/03, 2 Ekim 2008 tarihli karar.

29 No. 15948/03, 10 Temmuz 2008 tarihli karar.

30 No. 15615/07, 10 Aralık 2009 tarihli karar.

ması, hazırlık çalışmalarında (*travaux préparatoires*) dile getirilen ilk amacı olan totaliter eğilimlerin engellenmesinden de öteye geçmektedir. Sözleşme'nin organlarının bu süreçteki üst ilkesi, ifade özgürlüğünün kötüye kullanılmasının demokrasi ve insan haklarıyla bağdaşmayacağı, başkalarının haklarını ihlal edeceği yönünde olmuştur.[31]

17. maddenin doğrudan kullanıldığı durumlarda ise sonuçlar farklılaşmaktadır: Sözleşme organları ya şikâyetin konusu bakımından (*ratione materiae*) kapsam dışı olması nedeniyle kabul edilemeyeceğine hükmetmiş, ya da kabul etmemekle birlikte somut bir gerekçe sunmamıştır.

Mahkeme bugüne kadar dört (Komisyon da bundan önce iki) davada 17. maddeyi doğrudan kullanmış, iki davada (Komisyon ise dokuz davada) 10. maddenin 2. paragrafıyla birlikte dolaylı olarak değerlendirmeye almıştır; iki davada ise Mahkeme, olguların 17. maddenin kullanılmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığına hükmetmiştir. Öte yandan Mahkeme, birçok davada 17. maddeye göndermede bulunmadan nefret söylemini ele almıştır.

Bu değerlendirmede iki eğilim ortaya çıkmaktadır. Mahkeme bir yandan "çok ciddi" davalarda doğrudan 17. maddeye başvurmaktan, dolayısıyla çıkarları dengeleme girişiminin önünü kesmekten çekinmemektedir. Fakat bu "çok ciddi" davalara seyrek rastlanmaktadır. Öte yandan Mahkeme, nefret söylemi konusuna, ilgili yaptırımın 10. maddenin 2. paragrafı doğrultusunda orantılılığını inceleyerek ve her davada 17. maddeyi kullanmayarak yaklaşmayı tercih etmektedir.

Mahkeme'nin 17. maddeyi doğrudan ya da dolaylı olarak uygulamaktaki çekincesi, Sözleşme'nin güvence altına aldığı temel haklar hiyerarşisi içinde, 10. madde ile güvenceye alınan ifade özgürlüğüne ne kadar yukarılarda yer verdiğinin tartışmasız göstergesidir. Aşırı fikirlerle ilgili başvurular kabul edilmeyebilir, fakat en azından, ifade özgürlüğünün bir parçası olarak içeriklerinin incelenmesini hak ederler.

5. Sonuç

Mahkeme'nin genel olarak, özellikle de son yıllarda 17. maddenin keskin kılıcına isteksizce başvurmuş olduğunu gördük. Mahkeme, bu hükmü sadece "en ağır" davalara uygulayarak esnekliğini önemli ölçüde korumuş oldu; zira Mahkeme, 17. maddeyi doğrudan kullandığında, ifade edilen görüşlerin içeriğini Sözleşme'nin 10. madde 2. paragrafı uyarınca inceleyip dengeledikten sonra varacağı sonuca, daha sürecin başında ulaşmış olur.

31 *Witzsch/Almanya* (no. 2) (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 7485/03, 13 Aralık 2005.

Sembolik söylem

Lech Garlicki[1]

I.

2008 tarihli *Vajnai/Macaristan* kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir siyasi mitingde üzerinde kızıl yıldız taşımanın cezalandırılmasının[2], Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali olduğuna karar verdi. Mahkeme, "ifade özgürlüğünün siyasi söylemde kullanılması durumunda [...] kısıtlamalar ancak açık, zorlayıcı ve somut bir toplumsal gereksinim varsa haklı görülebilir. Dolayısıyla, özellikle de davanın çeşitli anlamlara gelebilecek simgeler içermesi durumunda, kısıtlamaların uygulanmasında azami dikkat gösterilmelidir" (paragraf 51). Burada sözü edilen "çoğul anlam kavramı," sadece totaliter nitelikteki simgelerin (özellikle gamalı hacın) kullanımı ile daha belirsiz bir mesaj veren simgelerin kullanımı arasında ayrım yapılmasını gerektirir. Mahkeme, hükümetin kişinin üzerinde kızıl yıldız taşımasının, "totaliter fikirleri benimsemekten başka bir anlama gelemeyeceğini" kanıtlayamadığına hükmederken (paragraf 53), kızıl yıldızın kamusal alanda taşınmasının düzensizlik ve şiddete yol açmadığı gibi, bu yönde uzak bir ihtimal dahi doğurmadığını (paragraf 55) dile getirdi. Bunun üzerine mahkeme, "yasağın kapsamının fazla geniş olduğu" (paragraf 54) ve başvurucu Vajnai'ya verilen hükmün "acil bir toplumsal gereksinime" karşılık gelmediği (paragraf 58) sonucuna vardı.

Vajnai kararı, Mahkeme'nin siyasi söylemin Sözleşme bağlamında daha fazla korumadan yararlandığını doğruladığı birçok davadan biridir. Bu davaya özel önem yükleyen boyut ise, Mahkeme'nin herhangi bir tereddüde düşmeksizin "ifade"nin sözsüz şekilleri de olabileceğini, özellikle kişinin üzerinde simge taşımasının bir ifade olabileceğini kabul etmesiydi.

Bu dava Mahkeme'nin kişi üzerinde taşınan simgeler konusunu ele aldığı ilk dava olmamakla birlikte, *Vajnai* davasının farklılığı, simgelerin kullanımı ile ifade özgürlüğü arasında özünde bağ olduğunun açıkça onaylanmasıydı. Mahkeme bu sonucu o kadar bariz görüyordu ki, ayrıntılı açıklamaya gerek duymadı. Sadece genel bir gözlemle, "kişi üzerinde taşınan simgelerin sergilenmesi 10. maddenin kapsamına girer" demekle yetindi (paragraf 47). Doktrinde bazı eleştirilere neden olan da bu gayet kısa ve öz sunuş biçimiydi.

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı, Bölüm IV Başkanı.

2 Ceza Kanununun 269/B sayılı maddesiyle dağıtılması, kamusal alanda taşınması ya da kullanılması cezaya tâbi tutulan "totaliter simgeler" arasında gamalı haç, SS arması, haç şeklinde oklar, orak-çekiç ve kızıl yıldız bulunmaktadır. Bu hükmün anayasaya uygunluğu, Macaristan Anayasa Mahkemesi tarafından 2000 yılında onandı.

Vajnai davası, "Mahkeme'nin bir davanın bir Sözleşme maddesinin kapsamına girdiğini kabul ettiği fakat bunun gerekçesini sunmadığı [...]" bir duruma örnektir. "Bir rozet takmanın ya da başka türlü 'sembolik söylemlerin' neden koruma altında bir ifade türü olduğu muğlaktır; Mahkeme bu soruya hiç eğilmemiştir".[3]

Bu görüşler, kişiyi "sembolik söylem" denen şey üzerine daha genel düşünmeye sevk edebilir.

İletişim amaçlı jestler ve simgeler, dünyadaki tüm dillerin önemli birer parçasıdır. Göz kırpma, gülümseme, jestler ve vücut dili, kişinin duygularını, yargılarını ve fikirlerini aktarması için güçlü araçlar olarak kullanılır. Bunların anlamı duruma ve kültürel bağlama göre değişebilir; sözgelişi orta parmağın gösterilmesi genellikle kabalık hatta hakaret olarak algılanırken, "zafer işareti"nin olumlu yan anlamları, hatta açık siyasi mesajları vardır. Kişinin kendini tanımlaması ya da iletişim aracı olarak eski zamanlardan beri kullandığı simgeler için de bu durum geçerlidir. Kısacası, jest ve simgelerin "bir zihinden diğerine kestirme"[4] olarak kullanılması, basılı sözcüklerle ifadeden daha etkili ve cazip bile gelebilir. Makul bir aklın içgüdüsel tepkisi olarak, simgelerin de "söylem" kapsamına girmesi kimseyi şaşırtmamalı.

Fakat aynı zamanda simgelerin kullanımı mesajı dış dünyaya güçlendirerek da gönderebilir. Bu mesajın bölücü, üstünlük taslayan, hatta saldırganlık ve şiddet çağrısı içeren mesajlar olmasına da sık rastlanmaktadır. Özellikle son yıllarda gamalı haç ve diğer Nazi simgeleri, kızıl yıldızlar ve alevli haçlar hoşgörüsüzlük, yıldırma ve yıkımın trajik simgeleri olarak dikkat çekmektedir. Bu nedenle simgelerin kullanımı, tarihsel deneyimlerden ötürü ifade özgürlüğü üzerine değerler odaklı bazı sınırlamalar getiren ulusal ve uluslarüstü sistemlerde bazı düzenlemelere tâbi tutulmayı gerektirir.

İfade özgürlüğü üzerine yapılacak hukuki tartışmalarda, sembolik söylemin doğası ve kendine has özellikleri görmezden gelinemez. Avrupa perspektifinde bazı sözsüz iletişim şekillerinin genel "ifade özgürlüğü" kavramına dahil edilmesi olağan karşılanır. Bu iletişimin anayasal koruma altına alınması da aynı şekilde olağandır ve bu ilke Avrupa'daki çeşitli anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemelerce doğrulanmıştır.[5]

3 J. Gerards, H. Senden: "The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights [Temel hakların yapısı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi]", *International Journal of Constitutional Law [Uluslararası Anayasa Hukuku Dergisi]* 2009, sayı 4, s. 629-630.

4 *West Virginia Eyaleti Eğitim Müdürlüğü/Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), 632'de.

5 Son örneklerden birinde Polonya Anayasa Mahkemesi, "bir siyasi partinin simgesi olarak kullanılan grafikler, fikir ifade etmenin bir şeklini oluşturur" kararına vardı (karar no. Pp 1/10, 6 Nisan 2011, OTK ZU 2011, no. 3A, s. 416). 19 Temmuz 2011 tarihli kararda (K 11/10,

Ancak mahkemelerin bu alanda daha gelişkin kavramsal tartışmalara girmesine çok daha seyrek rastlanıyor. Benzeri entelektüel çekincelere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında da rastlamak mümkün.

II.

"Sembolik söylem" kavramının hukuk literatürüne girmesinde büyük pay ABD Yüksek Mahkemesi'ne aittir. Mahkemenin içtihadında jestler, simgeler ve başka ifade şekilleri de bu kategoriye dahil edilir. 1. Ek madde kapsamında koruma altına alınması gerekenler arasında kişi üzerinde taşınan simgelerin[6] yanı sıra bir bayrağın sergilenmesi, bayrağın[7] ya da askerlik celp kağıdının yakılması,[8] barışçı yürüyüşler ve protesto eylemleri,[9] oturma eylemleri,[10] hatta halka açık bir parkta uyumak[11] ve üstsüz şekilde dans etmek[12] dahi sayılmıştır.

Bu davaların çoğunda son elli yıl içinde hüküm verilmiş olsa da,[13] fikirle-

OTK ZU 2011, no. 6A, s. 1012) Mahkeme, *Vajnai* davasına olumlu göndermeyle, "Nazi, komünist ve diğer totaliter simgelerin kullanıldığı basılı materyaller, kayıtlar ve diğer şeylerin" kullanımını cezalandıran hükümleri iptal etti. 20 Temmuz 2011 tarihli kararda (K 9/11, OTK ZU 2011, no. 6A, s. 1055) ise Mahkeme, fikirlerin "belirli bir kıyafet giyilerek ya da bir simge taşınarak da" ifade edilebileceğini belirtti.

6 *Tinker/Des Moines Bağımsız Birim Eğitim Müdürlüğü*, 393 U.S. 503 (1969) - ortaokul öğrencilerinin Vietnam Savaşı'nı protesto amacıyla siyah pazubent takması.

7 *Stromberg/California*, 283 U.S. 359 (1931) - gençlik kampında kızıl bayrak çekilmesi; *Spence/Washington*, 418 U.S. 405 (1974) - ülke bayrağının tahrif edilmesi; *Texas/Johnson*, 491 U. S. 397 (1989) - bayrak yakma.

8 *ABD/O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

9 *Thornhill/Alabama*, 310 U.S. 88 (1940) - işçi protestosu; *Cox/Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965) - siyasi yürüyüş.

10 *Brown/Louisiana*, 383 U.S. 131 (1966) - ayrımcı yasalara karşı halk kütüphanesinde sessiz oturma eylemi ile protesto.

11 *Clark/Şiddetsiz Yaratıcılık Derneği*, 468 U.S. 288 (1984) - LaFayette Park ve Mall bölgesinde (Washington D.C.) kamp yapılmasını yasaklayan yönetmeliğin Beyaz Saray önünde protesto eylemi yapan göstericilere uygulanması.

12 *Barnes/Glen Theatre*, 501 U.S. 560 (1991); *Erie Belediyesi/Pap's A.M.*, 529 U.S. 277 (2000).

13 1931 Stromberg davası (yukarıdaki dn. 7), 1. Ek maddenin sembolik hareketlere uygulandığı ilk dava olarak genel kabul görür (öte yandan bazı yazarlar *Halter/Nebrasca*, 205 U.S. 34, 1907 davasını öne sürse de, Haklar Bildirgesi'nin kabulünden önce hükme bağlanmış olduğu için ilgisinin daha zayıf olduğunu belirtir - J.M. Mc Goldrick: "Symbolic Speech: A Message from Mind to Mind [Sembolik Söylem: Zihinden Zihne Bir Mesaj]", *Oklahoma Law Review [Oklahoma Hukuk Dergisi]* 2008, s. 1). On yıl sonraki Thornhill davasında (yukarıdaki dn. 9) Mahkeme, iş yavaşlatma amaçlı tüm protesto gösterilerini yasaklayan bir kanunu geçersiz kıldı. Sembolik söylem kavramı ilk kez 1943'te, Barnette davasında dile getirildi (bir devlet okulu öğrencisinin Bağlılık Yemini'ni okumayı reddetmesi, sessiz kalma hakkı kapsamında koruma altında bulundu). 6'ya karşı 3 çoğunluk adına yazan Hakim Jackson, "sembolizm, fikirleri ifade etmenin ilkel fakat etkili bir yoludur. Bir sistem, fikir, kurum ya da şahsiyeti simgelemek için bir amblem ya da flama kullanılması, zihinden zihne en

rin sözsüz ifadesi ABD tarihinde elbette her zaman var olmuştur. Amerikalılar daha 1790'larda üç renkli kokartlar takıyor, "özgürlük direkleri" dikiyor ve ara sıra Britanya bayrakları yakıyordu. Dolayısıyla, "sembolik ifade ile sözlü ifadenin denk tutulması, 1. Ek maddenin orijinal anlamıyla tutarlıdır".[14] Günümüzde, 1. Ek maddenin açıkça sadece "söz" ve "basın" atıfları yapmasına karşın, sağladığı korumanın sembolik jest ve davranışları da kapsadığı açıktır.

Bu kadar net olmayan ise, (sembolik) "söylem" ile (salt) eylem[15] arasındaki sınırın nasıl çizileceğinin ve çeşitli sözsüz ifade türlerinin nasıl bir incelemeye tâbi olacağının belirlenmesidir. Dolayısıyla bir "sembolik söylem" davasına karar verilirken, öncelikle belirli bir eylemin bir tür ifade sayılarak konuyu 1. Ek madde kapsamına dahil edip etmediği, ediyorsa da ifade özgürlüğünün kısıtlanması için yeterli gerekçe bulunup bulunmadığı saptanmak zorundadır.

Söz ve edim arasındaki ayrım, Mahkeme'nin çeşitli ifade edimlerine 1. Ek madde korumasını uygulama eğilimi nedeniyle daha da zorlaşır. Fakat bu sınırsız bir koruma olamaz. Mahkeme'nin *O'Brien* davasında dile getirdiği gibi, "bir kişinin, bir fikir ifade etmek amacıyla yaptığı sınırsız çeşitlilikte edimin 'söz' olarak nitelendirilebileceği görüşüne katılmak mümkün değildir."[16] Ayrıca, "devletin ifade niteliğindeki edimleri kısıtlamakta, yazılı ya da sözlü ifadeyi kısıtlamaya kıyasla eli daha serbesttir."[17] Dolayısıyla, ifade özgürlüğü davalarında genelde görüldüğü gibi, bazı sınırlar çizilmesi gereklidir ve bu özgürlüğün doğası gereği, sınır çizgileri belirli bir esneklikte olmalıdır.

Bu nedenle Yüksek Mahkeme içtihadında tek bir testten söz edilemez. 1974 tarihli *Spence* davasında Mahkeme, söz konusu davranışın "yeterli ile-

kestirme yoldur. Davalardan uluslara, siyasi partilerden localara ve mezheplere kadar her kesim, mensuplarının bir bayrak ya da flamaya, bir renk ya da şekle bağlılıklarını kurmaya çalışır [...] Kişi bir simgeden ne anlam yüklerse onu çıkarır ve bir kişiyi mutlu eden, bir başkasının alayına ya da küçümsemesine konu olabilir" gözlemlerinde bulundu (a.g.k. 632-633). AİHS açısından bakıldığında Stromberg tipi bir dava rahatlıkla Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamına girerken, Thornhill hakkında 11. maddeye, Barnette hakkında da 9. maddeye dayanarak hüküm verilebilirdi.

14 E. Volokh: "Symbolic Expression and the Original Meaning of the First Amendment [Sembolik Söylem ve 1. Ek maddenin Orijinal Anlamı]", *Georgetown Law Journal [Georgetown Hukuk Dergisi] 2009*, s. 1059. Ayrıca bkz. A.R. Amar: "The Cases of the Missing Amendments [Ek Maddelerin Eksik Olduğu Davalar]", *Harvard Law Review [Harvard Hukuk Dergisi] 1992*, s. 134.

15 L. Tribe'ın belirttiği gibi (*American Constitutional Law [Amerikan Anayasa Hukuku]*, Mineola-New York 1978, s. 599), "söz ile edim arasındaki ayrımın en zor tarafı, bu ayrımın gerçek bir içeriğinin olmamasıdır."

16 *ABD/O'Brien*, 376.

17 *Texas/Johnson*, 406.

tişim unsuru taşıyıp taşımadığını", yani "[bir edimin içinde] belirli bir mesaj iletme niyeti bulunup bulunmadığını ve mesajın görenler tarafından anlaşılma ihtimalini" değerlendirdi.[18] Olumsuz bakımdan ise Mahkeme, "kişinin yaptığı her edimde bir ifade nüvesi bulmak mümkündür [...], ancak bu nüve, edimi 1. Ek madde koruması altında konumlandırmaya yeterli değildir."[19] Buradan hareketle, 1. Ek maddenin uygulanıp uygulanmayacağını belirlemek için, edimde bir ifade nüvesi değil belirli bir mesaj bulunması gerektiği söylenebilir.[20]

Daha yakın geçmişteki davalarda Mahkeme yeni testler ortaya atmadıysa da, önceki içtihadın yorumlanmasında bazı değişiklikler görüldü.[21]

Bir başka test ise şiddete başvurma ya da şiddeti kışkırtma ile ilgilidir. Genel olarak şiddet edimi de, doğrudan şiddet çağrısında bulunan söylem de "korunan söylem" kapsamına dahil edilemez. Yargıç Frankfurter'ın *Milk Wagon Drivers Union/Meadowmoor Dairies Inc.*: "barışçıl protesto gösterisi işçinin iletişim biçimidir [...] fakat şiddet bağlamında sarf edilen sözler, kişilerin aklına yönelik çağrı olmaktan çıkıp bir kuvvet aygıtının parçası haline gelir. Bu tür sözlerin Anayasa ile korunması düşünülmemiştir."[22] Bu nedenle, Mahkeme'nin ifadeye yönelik edimlerin kısıtlanmasını haksız bulduğu davalarda, başvurucunun edimine şiddetin eşlik etmediği, edimin şiddeti kışkırtma ihtimalinin de düşük olduğu açıkça belirtilmektedir.

Bu soru özellikle "haç yakma" olarak bilinen eylemlerle ilgili olarak orta-

18 409. Mahkeme, ABD bayrağının ters asılıp üzerine siyah bant ile barış simgesinin yapılması hakkındaki hükmü bozdu. Mahkeme bu olayda üç etkeni dikkate aldı: eylemin mahiyeti ([...] bayrakların iletişim amaçlı yan anlamlarının içtihatta uzun zaman önce tespit edilmiş olduğunu değerlendirdi), bağlamı (Mahkeme, protestonun Vietnam Savaşı'nın yaygınlaşması ve bir süre önce Kent State University'de meydana gelen olayla bağlantılı olduğunu kaydetti) ve ortamı (olay özel mülkte meydana gelmişti ve protestoda kullanılan bayrak şahıs malıydı). Ayrıca bkz. *Texas/Johnson* (Başkan Reagan'ın tekrar seçilmesini protesto amacıyla bayrak yakılması); bu olayda "Spence testi" sözlü olarak anılmıştır (404).

19 *Dallas/Stanglin*, 490 U.S. 19, 25 (1989 - yetişkinlere yönelik dans lokalleri ile gençlere yönelik lokallerin ayrı tutulmasına ilişkin belediye tüzüğünün uygulanması konusunda, Mahkeme'nin kararı şu yönde oldu: "kanaatimize göre eğlence amacıyla dans için bir araya gelen lokal müşterilerinin edimleri, 1. Ek madde koruması altında değildir").

20 Ancak çıplak dans konusuyla ilgili olarak Mahkeme, 1991 tarihli Barnes davasında (yukarıdaki dn. 12; Indiana eyaletinin striptiz dansçılarının asgari olarak ipli ya da normal külot giymeleri konulu yönetmeliğinin uygulanması konusunda) "[tümüyle] çıplak dans, 1. Ek madde korumasının çeperinde yer alan ifade amaçlı bir edim olup kanaatimizce bu koruma kapsamına ancak marjinal olarak girmektedir" (501'de). Aynı görüş daha sonraki *Pap's A.M.* davasında da öne sürüldü (289).

21 Bkz. J.M. McGoldrick, a.g.k., s. 48ff ve özellikle *Rumsfeld/Fair* davası (547 U.S. 47, 2006).

22 312 U. S. 275 (1941), 293'te. Aksi halde, Hakim Posner'ın dile getirdiği gibi, bir siyasi lidere suikast düzenleyen kişinin, bu ediminin koruma altındaki bir "söylem" olduğunu ileri sürmesine zemin hazırlanır [Swanson, 96].

ya atılmıştır. Amerika bağlamında yanan bir haç, kolaylıkla gözdağı ve şiddet çağrısı ile özdeşleştirilebilir. Bununla birlikte *Virginia/Black*[23] davasında Mahkeme, haç yakmanın "özellikle saldırgan bir ifade biçimi" olup "eyalet tarafından ayrıca düzenlemeye tâbi tutulmasının mümkün olduğunu" öne sürerken, düzenlemenin haç yakmanın gözdağı amaçlı yapılmadığı şartlarda uygulanamayacağını da belirtmiştir. Dolayısıyla düzenleme yönündeki girişimler, olayın 1. Ek madde bakımından mercek altına alınmasına yol açar. Bu duruş, "korunan ve korunmayan söylem arasında yeterince belirgin bir çizgi çekmediği" gerekçesiyle eleştiriye hedef olmuştur.[24]

Belirli davranışların 1. Ek madde kapsamına girdiğinin, dolayısıyla "söylem" olarak tanınabileceğinin belirlenmesinin ardından, ne ölçüde devlet düzenlemesine tâbi olabileceği sorusu ortaya çıkar.

O'Brien davasında kullanılan "klasik" test, dört şartın yerine getirilmesi durumunda devletin sembolik söyleme müdahalesine izin verir: "düzenleme, hükümetin anayasal yetkisi dahilinde olmalıdır; devletin önemli ya da kayda değer menfaatlerini desteklemelidir; hükümetin menfaati, hür ifadenin bastırılması ile ilişkili olmamalıdır; 1. Ek madde hakkı olduğu iddia edilen özgürlüğün sonuç olarak kısıtlanması, söz konusu menfaatin korunması için gerekli olandan öteye geçmemelidir".[25] *O'Brien* davasında Mahkeme'nin mesajı orantılılık konusuna odaklanmaktaydı: bir yanda devletin önemli bir menfaati, ifade özgürlüğünün belli bir şekilde kullanılmasına ağır basmak durumundadır; diğer yanda ise kısıtlama gerekli olanın ötesine geçmemelidir.

O'Brien testi, "meşru hedef" unsuruna özellikle vurgu yapılarak geliştirilmiş, kısıtlama gerekçesinin ifade özgürlüğünün bastırılmasıyla ilgili olmama koşulu getirilmiştir.[26] Bu da sembolik söylem (ifadeye yönelik edim) düzenlemelerinde "içerik açısından nötr" ve "içeriğin esasına dayalı" yöntem ayrımını ortaya çıkarmıştır. Bunlardan ilki orta düzeyde bir orantılılık testiyle değerlendirilebilir (bu yöntem daha fazla düzenleme alanı ve nihai olarak daha ağır cezai yaptırım olanağı tanır); fakat ikincisinin daha zorlayıcı nedenlerle desteklenmesi gerekir. Başka bir deyişle bir düzenleme içeriğin

23 538 U.S. 343 (2003) - Mahkeme, Virginia eyaleti yasalarına göre haç yakmanın, gözdağı niyeti bulunduğunun ilk bakışta (*prima facie)* kanıtı sayılması nedeniyle, ifade özgürlüğü üzerinde aşırı geniş bir kısıtlamaya yol açtığına kanaat getirdi.

24 J.L. Swanson: Cross Burning, *"Symbolic Speech, and the First Amendment" : Virginia v. Black* [Haç Yakma, *"Sembolik Söylem ve 1. Ek madde": Virginia/Black*], CATO Supreme Court Review [CATO Yüksek Mahkeme Dergisi], 2002-2003, s. 95.

25 *ABD/O'Brien*, 376.

26 *Texas/Johnson*, 406. *Pap's A.M.* davasında (299) Mahkeme, "düzenleme, ifadenin bastırılmasıyla ilgisiz olduğu sürece, hükümetin ifadeye yönelik edimleri kısıtlamakta eli daha serbesttir."

esasına dayalıysa (yani bir ifadeye içeriği nedeniyle müdahale ediyorsa), "o halde O'Brien testinin dışına çıkmış ve daha zorlayıcı bir standardın altına girmişiz demektir".[27]

Dolayısıyla, gözdağı verme amacıyla yapılan haç yakma gibi bir eylem, "korunmayan" söylem kabul edilerek, 1. Ek madde korumasının dışında bırakılabilir. Doğrudan şiddeti tahrik eden eylemlerle aynı muameleye tâbi tutulabilir. Öte yandan bu eylemin yasadışı bir eylemle, özellikle barışçıl sivil itaatsizlikle karıştırılmaması gerekir. "Bir kişinin yasa çiğneyerek mesaj veriyor oluşunun, onu cezadan muaf tutmayacağı" açıktır.[28] Öte yandan, siyasi mesaj vermek için sıklıkla başvurulan sivil itaatsizlik eylemlerinin, ifade özgürlüğünün tam kalbinde yer aldığı da aynı derecede barizdir. Dolayısıyla, *O'Brien* davası gibi örneklerde, bu eylemler ifade özgürlüğünün koruması altında değerlendirilir ve çatışan anayasal değerler arasında denge sağlayan testlerden birine tâbi tutulur. Her halükârda "bir kişinin bir yasayı ifade amacıyla çiğnemesi, salt o yasanın çiğnenmesinden dolayı verilecek cezadan daha ağır bir cezaya neden olmamalıdır."[29]

"Sembolik söylem" kavramı Amerikan doktrininde yerleşiktir ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarında önemli varlık sahibidir. Tanımında çeşitli değişkenlikler olmasına, düzenlenmesinin anayasaya uygunluğunun değerlendirilmesi için farklı testler kullanılmasına rağmen Mahkeme'nin sembolik söylemi 1. Ek madde kapsamında koruma altındaki bir ifade türü olarak görmekte herhangi bir tereddüdü bulunmamaktadır. Ayrıca Mahkeme, bu korumayı sözsüz ifadenin çok çeşitli tezahürlerine uygulama eğilimi de vardır.

---

27 J.L. Swanson, a.g.k., s. 97. Daha önce belirtildiği gibi, Virginia yasasının "prima facie" yaklaşımı nedeniyle sadece haç yakma olgusuna bakılarak hüküm verilebilmekteydi. Hakim O'Connor'ın görüşü özellikle dikkat çekicidir: "bu ilk bakış *(prima facie)* hükmü, farklı tipte haç yakma eylemleri arasında [...] bir ayrım gözetmez. Bir mağduru tehdit etmek ya da yıldırmak amacıyla haç yakma eylemini ayrı tutmaz. Bir miting sırasında haç yakmak ile komşunun bahçesinde haç yakmak arasında ayrım yapmaz. Bir bireye yönelik yapılan haç yakma eylemine, bir grup inanana karşı yapılan haç yakma eyleminden farklı muamele etmez ... Bu davadaki *prima facie* kanıt hükmü, belirli bir haç yakma eyleminin yıldırma ya da gözdağı amaçlı olup olmadığına karar vermek için gereken bağlamsal etkenleri bütünüyle göz ardı eder. 1. Ek madde, böyle bir kestirmeye izin vermemektedir" (*Texas/Johnson*, 366).

28 J.M. McGoldrick, a.g.k., s. 21; bu bağlamda yazarı "kaldırımların işgal edilmesini, trafiğin aksatılmasını, halka açık parklarda gece uyunmasını suç kapsamında görüp meşru protesto gösterileri ve yürüyüşlerinden ayırmakta pek zorluk çekmiyoruz" görüşünü dile getirir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "sembolik söylem" kavramına açıkça gönderme yapmasa da "av sabotajcıları"nın yasadışı eylemlerini Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında değerlendirmesi ilginçtir (*Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 23.09.1998; *Hashman ve Harrup/Birleşik Krallık*, 25.11.1999).

29 J.M. McGoldrick, a.g.k., s. 21-22. Daha genel bir ifade için ayrıca bkz. T. Emerson: *The System of Freedom of Expression [İfade Özgürlüğü Sistemi]*, New York 1970, s. 87.

Fakat Mahkeme aynı zamanda bu tür ifadelerin kendine has niteliklerinin ve bir davranışla yakınlığının da bilincindedir. Burada "salt söylem"e kıyasla daha geniş bir düzenleme alanı bulunsa da, söylem ve eylem arasındaki sınırların çizilmesi genellikle somut davaların kendine özgü şartlarının ötesine geçmez. Bu nedenle, "salt söylem"e müdahalenin haklılığına ilişkin katı testler, sözsüz ifadenin daha alışılmadık şekilleri devreye girdiğinde bir miktar esnemektedir.

III.

AİHM'in içtihatları, gerek sembolik söylemin tanımına, gerekse ifade özgürlüğü sistemi içindeki yerine ilişkin daha muğlak göstergeler içerir. "Sembolik söylem" terimini ancak istisnai olarak kullanması[30], Mahkeme'nin dilini "Amerikanlaştırmak" suçlamasıyla karşı karşıya kalmaktan çekinmesine bağlı olabilir.

Mahkeme'nin bir pozisyon almaya çağrıldığı ilk iki dava, çevrecilerin eylemleri konusundaydı. *Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık* davasında başvurucular, bir keklik avına katılanlara engel olarak ve dikkatleri başka yöne çekerek avı fiziksel olarak durdurmuşlardı. Polisin talimatlarına uymamaları nedeniyle kamu düzenini bozmaktan hüküm giydiler. *Hashman ve Harrup/Birleşik Krallık* davasında başvurucular, tilki avını bozmak için av borusu üflemiş ve köpekleri ürkütmüşlerdi. Bunun üzerine ahlaka mugayir (*contra bona mores*) davranmaktan hüküm giydiler. Mahkeme'nin öncelikle, başvurucuların eylemlerinin Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamına girip girmediğini tespit etmesi gerekiyordu. Mahkeme iki durumda da aynı formülü kullanarak buna olumlu cevap verdi: "eylemin [başvurucuların] haksız bulduğu bir faaliyeti engelleme şeklinde yapıldığı doğruysa da, Mahkeme bunun 10. madde tahtında bir fikir ifadesi niteliği taşıdığını değerlendirmektedir."[31] Bunun sonucunda davalara, 10. madde kapsamında gereken üç aşamalı incelemenin ardından karar verildi: *Steel* davasında, başvurucuların eylemlerinin tamamen barışçıl kalması nedeniyle hükümlerin orantısız olduğuna hükmedilirken, *Hashman ve Harrup* davasında hükümlerin hukuki dayanaklarının kusurlu olduğu tespit edildi.

30 Bu kavrama tek bir kez, o da Yargıç Jambrek'in karara farklı nedenlerle katıldığı görüşünde "şahsi kanaatime göre, yüce ulusal değerleri incitiyor olsa dahi sembolik söylem, bir müdahalenin orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı durumlarda Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korumayı hak etmektedir" ifadesiyle yer verilmiştir (*Grigoriades/Yunanistan*, 25.11.1997 - fakat bu dava, bir subayın komutanına yazdığı mektubun silahlı kuvvetlere hakaret içerdiği gerekçesiyle cezaya çarptırılmasını konu alıyordu). Davada bir "sembolik söylem" unsuru bulunmadığı için, Yargıç Jambrek'in beyanatı konu dışı açıklama (*obiter dictum*) düzeyinde kalır.

31 *Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 23.09.1998, paragraf 92; *Hashman ve Harrup/Birleşik Krallık*, 25.11.1999, paragraf 28.

Mahkeme, "ifadeye yönelik edim" tanımı üzerinde genel bir tartışmaya girmezken bu terime gönderme de yapmadı. Bununla birlikte mesaj gayet netti: Belirli bir mesaj iletme niyeti içeren davranışlar, hiç değilse söz konusu eylem barışçıl kaldığı sürece diğer ifade biçimleri gibi koruma altındadır. "Av sabotajı" eyleminin kendine özgü niteliği, Mahkeme'ye bu eylemi 10. madde kapsamına almaktan başka çıkar yol bırakmadı. Protestocuların eylemi bir tezahür şeklini alsaydı, 11. madde kapsamına girecekti. Dolayısıyla AİHS tahtında "ifade özgürlüğü"nü toplantı ve mitinglere uygulamak gerekli değildi; protesto gösterisi ve yürüyüşler ayrı bir başlık altında ama yine sıkı bir şekilde korunmaktadır.[32]

Gerek *Steel* gerekse *Hashman ve Harrup* davalarında, Mahkeme'nin ifadeye yönelik edim alanına girmeye hazır ve istekli olduğu öne sürülebilirdi. Gelgelelim bu yaklaşım ancak sınırlı olarak devam etti ve açıkça onaylanması on yıl sonra mümkün oldu.

Mahkeme 2010 yılında, bir siyasi gösterinin yasaklanmasıyla ilgili bir davada bayrak yakmak konusunda pozisyon almaya yaklaştı. Mahkeme, ulusal makamların yasaklama gerekçesi olarak "başvurucu partinin önceki gösterilerinde... protestocular Rusya Federasyonu Başkanı'nın portresini ve Rus bayrağını yakmışlardı"[33] demesini hatırlattı. Mahkeme, 11. maddenin ihlal edildiğini saptarken, "Kahrolsun totaliter rejimler" gibi sloganlar atmanın ve bayrak ya da yabancı ülke liderinin portrelerini yakmanın şiddeti tahrik sayılarak ileriki gösterilerin yasaklanmasının gerekçesini oluşturabileceği savını reddetti. Mahkeme, "Avlanmanın etkin ve fiziksel olarak engellenmesi gibi protesto şekilleri dahi bir görüş ifadesi olarak değerlendirilmiştir [...] Mahkeme, başvurucunun parti sloganlarının bayrak ve portre yakmaya eşlik etse dahi kamuoyunu meşgul eden önemli bir konuya ilişkin görüş ifadesi olduğunu kabul etmeye hazırdır."[34] Davanın bütününe 11. madde kapsamında hüküm verildiği için bu bir tür konu dışı açıklama (*obiter dictum*) olarak kaldı. Öte yandan bu, işin içine şiddet girmedikçe bayrak yakmanın Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında koruma altında olmasına yönelik açık bir tavsiye sayılabilir.

Böyle bir sonucun önemi vardır; çünkü bayrak, portre ve kukla yakmak gibi uygulamalar birçok üye devlette sık görülmektedir ve bu devletlerin bazılarında ülke bayrağının yakılması cezai yaptırıma tabidir. Bu tür eylemlerin

32 Mahkeme'nin bir av yasağı davasında hatırlattığı gibi (*Friend ve Kırsal Kesim Birliği ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 24.11.2009 tarihli karar, paragraf 50): "toplantı özgürlüğü demokratik toplumların temel haklarındandır ve ifade özgürlüğü gibi demokratik toplumun temel taşlarından birini oluşturur."

33 *Hıristiyan Demokrat Halk Partisi/Moldova (no. 2)*, 2.02.2010, paragraf 9.

34 A.g.k., paragraf 27.

genellikle şiddet eylemleri ve/veya nefret söylemi eşliğinde gerçekleştiği için birincil koruma alanının dışında kaldığı doğrudur fakat Mahkeme'nin er ya da geç sorunu daha dolaysız bir biçimde ele alması gerekecektir.

2008'deki *Vajnai* davasında, sözsüz ifadenin "davranış" unsurunun önemli yer tutmadığı bir başka şekli ele alındı. Bu nedenle Mahkeme'nin, kişinin üzerinde simgeler bulundurmasının 10. madde kapsamına girdiğini tespitten hareketle bu maddenin ihlal edildiğine hükmetmesi görece kolay oldu. *Vajnai* üç yıl sonra bir başka Macar "kızıl yıldız davası" ile onandı.[35]

Yine 2011 yılında Mahkeme'nin bir başka bölümü *Vajnai* davasını onayarak bir hükümlünün Paskalya günü bir Paskalya zambağı rozeti takmasının "siyasi görüşlerini ifade biçimi olarak kabul edilmesi gerektiğini" tespit etti.[36] Dolayısıyla 10. madde hukukunun genel ilkeleri bu tür ifadelere de uygulanır. İfade özgürlüğü, "inciten, şoke eden ya da rahatsızlık uyandıran" mesajlar için de geçerlidir; ifadenin kısıtlanması "dar yorumlanmalıdır" ve "kısıtlamanın gerekliliği ikna edici bir şekilde ortaya konulmalıdır."[37] Fakat aynı zamanda Mahkeme'nin simgelerin iletişim gücünü dikkate alarak "sembolik söylem"in meydana geldiği bağlama daha fazla vurgu yapmaya hazır olması da dikkat çekicidir. "Kültürel ve siyasi amblemler, ancak tarihi arka planını iyi bilen kişilerin tam anlayabileceği katmanlar halinde anlamlar içerdiğinden, Mahkeme hangi amblemlerin kamusal olarak sergilendiğinde mevcut gerilimleri tırmandırabileceğini belirlerken İmzalayan Devletlerin geniş bir takdir yetkisi kullanması gereğini kabul etmektedir."[38] Siyasi ifade ile ilgili "geniş" takdir yetkisine gönderme yapmaya pek rastlanmadığı için, bu yargı sözsüz ifadeye uygulanacak standartların "salt" sözü kontrol edenlerle aynı olmadığını ima eder.

Mahkeme ayrıca Kuzey İrlanda bağlamında (Paskalya zambağı dahil) birçok simge için şu hatırlatmada bulundu: "Simgeler sadece kültürel ya da siyasi kimlik simgesi olmakla kalmayıp çatışmayla yadsınamaz bağlar içermesi nedeniyle farklı kültürel, siyasi ya da dini aidiyetlere sahip kişilerce tehdit edici ve/veya ayrımcı olarak görülebilir. Dolayısıyla simgelerin kamusal alanda sergilenmesi kendi içinde bölücü bir eylem olabilir ve mevcut geri-

35 *Fratanolo/Macaristan*, 3.11.2011.

36 *Donaldson/Birleşik Krallık*, 25.01.2011, karar, paragraf 20. Kuzey İrlanda bağlamında Paskalya zambağı simgesinin, 1916 Paskalya İsyanı sırasında ölen ya da ardından idam edilen İrlandalı cumhuriyetçilerin hatırasını yaşatmak amacıyla kullanılabileceği hatırda tutulmalıdır.

37 A.g.k., paragraf 27; *Oberschlick/Avusturya* (1991), *The Observer ve The Guardian/Birleşik Krallık* (1991) ve *Nilsen ve Johnson/Norveç* (1999) gibi davalara göndermeler içerir.

38 A.g.k., paragraf 28.

limleri şiddetlendirdiğine sık rastlanmıştır."[39] Bu ifadeler, Mahkeme'nin sembolik söyleme ilişkin kısıtlamaları değerlendirirken "bağlam esaslı" kriterleri kullanmaktan sakınmadığını gösterir. Öte yandan bağlamı mesajın içeriğinden ayırmak kimi zaman güç olabileceği için, Mahkeme'nin sembolik söylemi "içerik esasına göre" düzenlemeyi ne ölçüde kabul edeceğine ilişkin bir soru ortaya çıkabilir.

Mahkeme, bu güçlüğün bilincinde gibi davrandı. Bir taraftan, *Vajnai* davasının sonucunu onadı ve "belirli bir simgenin yol açtığı rahatsızlık düzeyi tek başına ifade özgürlüğünün sınırlarını belirleyemez" tespitinde bulundu. Ayrıca Macaristan bağlamında "kızıl yıldızın kamusal alanda kullanılmasının gerçek ya da muhtemel bir tehlike ya da düzensizliğe yol açabileceğine dair somut kanıt bulunmadığını" da belirtti.[40] Dolayısıyla birinci ayırıcı etken sadece belli bir amblem ya da simgenin (incitici) içeriğine değil, şiddeti tahrik etme kapasitesine bağlı olarak belirlendi.[41]

İkinci ve muhtemelen belirleyici etken ise, olayın cezaevi ortamında meydana gelmesiydi. Mahkeme, hükümlülerin de ifade özgürlüğünden yararlanmaya devam edeceğine hiçbir şüpheyle yaklaşmıyor olsa da, cezaevi ortamının kendine özgülüğünü, özellikle de "çatışmalı dönemlerde cezaevlerinde ayaklanma riskinin fazlalığını" kabul etmek durumunda kaldı.[42] Yani belirli bir kısıtlamanın gerekliliğini (orantılılığını) değerlendirirken bunun uygulamasının bir grup paramiliter hükümlüye yönelik ve sadece hücreleri dışında bulundukları sürelerle sınırlı olduğunu göz önünde tutmalıydı.

Donaldson kararı, *Vajnai* kararıyla uyumludur ve Mahkeme'nin "sembolik söylem"i 10. maddenin koruması altında değerlendirmeye hazır olmakla birlikte, sözsüz ifadenin kendine özgü niteliklerine de ağırlık vermeye eğilimli olduğunu gösterir.

Kişi üzerinde taşınan simgeler sorunu (daha az bilindik sembolik söylem türleri hesaba katılmaksızın) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10. madde içtihadında sık olmamakla birlikte ele alınmıştır. Fakat Mahkeme birkaç olayda dini simgeler taşınmasının Sözleşme'nin 9 maddesiyle uyumlu olup

39 A.g.k., paragraf 28.

40 A.g.k., paragraf 29.

41 Bu da Mahkeme'nin, Cezaevleri Müdürlüğü'nün Paskalya zambağı ve gelincik arasında ayrıma giderek gelinciğin bir simge olarak kullanılması politikasına itiraz etmemesini mümkün kıldı. Bu bağlamda "zambak, son 30 yıldır süregelen toplumsal çatışmayla doğrudan bağlantılı bir simge iken, gelincik Kuzey İrlanda'da bir topluluğu diğerinden ayrı tutan fakat çatışmayla doğrudan bağlantısı bulunmayan bir simgedir" tespiti yapıldı (a.g.k., paragraf 38).

42 A.g.k., paragraf 18 ve 29.

olmadığını değerlendirmeye de davet edilmiştir. Bu davaların çoğu kamu eğitim kurumlarından kaynaklandığı için bir dayanak noktası da 1 no'lu Protokolün 2. maddesinden alınmıştır.

Pratikte bu ihtilaflar, öğrencilerin ve/veya öğretmenlerin başörtüsü takmasının yasaklanması üzerine çıkmıştır. *Dahlab/İsviçre*, *Leyla Şahin/Türkiye* ya da *Doğru/Fransa*[43] gibi davaları burada ayrıntılı olarak ele almaya gerek yoktur. Fakat "sembolik söylem" tartışmalarıyla ilgili olabilecek üç gözlemden söz edilebilir.

İlk olarak Mahkeme, başörtüsü takmanın kamuoyuna belirli bir mesaj gönderen "güçlü bir harici simge" olduğunu kabul etmiştir. Bunun üzerine Mahkeme, dini simgeler taşımanın ifade özgürlüğü alanına girdiğine, bu bakımdan da sembolik söylemin bir türü olarak koruma altında olduğuna hükmedebilirdi. Fakat mahkeme 9. madde üzerine odaklanmayı tercih etti. Dayanaklı talepler dile getirilse dahi, davaya esas şikâyetin farklı bir ifade biçimi olduğu gerekçesiyle 10. madde dikkate alınmadı.[44]

İkincisi, şimdiye kadarki tüm "başörtüsü" davalarının, çeşitli düzeylerdeki kamu eğitim kurumlarının düzenlenmesiyle ilişkili ortaya çıkmasıdır. Mahkeme, devlet okullarında öğrencilerin ve öğretmenlerin dini simgeler taşımasına makul kısıtlamalar getirilmesine yatkın olduğunu ortaya koydu. Bu durum, devletin eğitim ve öğretime ilişkin somut sorumluluklarının bulunduğu devlet okulları bağlamına uygulanabilecek savların, toplum hayatının diğer alanlarına ne kadar uygulanabileceği sorusunu ortaya çıkarmıştır.[45] Ayrıca yukarıda anılan tüm davalar, anayasa sistemlerinde laiklik ilkesini açıkça benimseyen üye devletlerden gelmiştir.[46] Laik bir devlet için geçerli olan sav-

43 Bkz. L. Garlicki: "The Strasbourg Court on Issues of Religion in the Public Schools System [Devlet Okullarında Dinin Yeri Konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Duruşu]" *Freedom of Religion [Din Özgürlüğü]* (yayımlanmamış kitap) içinde.

44 *Leyla Şahin*, paragraf 163.

45 Karşılaştırın: *Ahmed Arslan ve diğerleri/Türkiye*, 23.2.2010. *Lautsi ve diğerleri/İtalya* (18.03.2011) davasında Mahkeme, davanın "İtalya'daki devlet okulu dersliklerinde bulunan haçların [...] 1 no'lu Protokolün 2. maddesinin ve Sözleşme'nin 9. maddesinin gerekleriyle [...] ne derecede uyumlu olduğuna" dair olduğunu tespit etti. "Dolayısıyla bu davada Devlet okulları haricindeki yerlerde haç bulunması sorusunun incelenmesi gerekli değildir" (paragraf 57).

46 *Leyla Şahin* davasında ise Mahkeme, Türkiye toplumunun dini yapısını özellikle vurguladı: "bir dini vecibe olarak sunulan ya da algılanan böylesi bir simgenin taşınmasının, simgeyi taşımamayı tercih edenler üzerindeki muhtemel etkisi [...] Nüfusun çoğunluğunun kadın hakları ve laik yaşama biçimine bağlı olmasına rağmen İslam dinine de mensup olduğu bir ülkede, bu dairedeki bir özgürlük üzerine sınırlamalar getirilmesi [...] özellikle bu dini simgenin son yıllarda Türkiye'de kazandığı siyasi anlam düşünüldüğünde, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın giderilmesi olarak değerlendirilebilir" (paragraf 115). Bu bağlamda, "çoğulculuk, başkalarının haklarına saygı ve özellikle kadınla erkeğin hukuk önünde eşitliği kurallarının öğretildiği ve uygulandığı bir ortamda, yetkili makamların söz konusu kurumun laik yapısını korumak istemeleri anlaşılabilir" (paragraf 116).

ların, din ve devlet arasındaki ilişkinin başka anayasal şekillerde düzenlendiği durumlara ne ölçüde uygulanabileceği soru işaretidir.

Son olarak, Mahkeme şimdiye kadar başörtüsü yasağının gerekçesini net bir şekilde açıklamamıştır. Bir taraftan, öğrencilerin (özellikle ilkokul öğrencilerinin) etkilenmeye açıklığı, kamu eğitim kurumlarının tarafsızlığı, başka öğrencilerin haklarının korunması gibi bağlamla ilgili savlar geliştirmiştir. Öte yandan *Dahlab* davasında, "başörtüsünün takılması, İsviçre Federal Mahkemesi'nin tespit ettiği gibi, toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesiyle bağdaşması zor bir dini önkabulden ileri gelmektedir. Bu nedenle, başörtüsü takmayı tüm öğretmenlerin demokratik bir toplumda öğrencilerine aktarması gereken hoşgörü, başkalarına saygı ve her şeyin ötesinde eşitlik ve ayrımcılıktan uzak durma gibi değerlerle bağdaştırmak zordur".[47] Bu durum Mahkeme'yi ifade özgürlüğünün genel anlamı ile bağdaşması zor olan içerik esaslı savlara yaklaştırmıştır.

Strazburg'un sembolik söylem hukuku, ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihatları kadar gelişkin değildir. Fakat Avrupa Mahkemesi'nin kavramsal açıdan kısıtlılığına, korumayı reddetme anlamı yüklememek gerekir. Bilakis, Mahkeme'nin içtihadında sözsüz ifade biçimlerinin AİHS koruması kapsamına girdiğine dair hiçbir şüphe dile getirilmemiştir. Dolayısıyla *Vajnai* kararının 47. paragrafında kısaca belirtilen görüş, yeni bir ilkenin geliştirilmesi olarak değil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin her zaman bariz gördüğü bir pozisyonun bir daha onaylanması anlamını taşır.[48]

Bununla birlikte, "klasik" sembolik söylem kavramının Strazburg hukukuyla birleşmesini zorlaştıran dört etkenden söz edilebilir.

İlk olarak, 1. Ek maddenin aksine AİHS, ifade özgürlüğü (10. madde), toplantı özgürlüğü (11. madde) ve din özgürlüğü (9. madde) arasında lafzın-

47 Dolaylı olmakla birlikte başka referanslar için bkz. *Leyla Şahin*, paragraf 111 ve *Doğru/Fransa*, Başvuru No. 27058/05, 4 Kasım 2008 tarihli karar, paragraf 64. Bu yaklaşımı sorgulayan Yargıç Tulkens, *Leyla Şahin* kararındaki karşı görüşünde "Mahkeme'nin, ifade özgürlüğüne hiçbir müdahalenin ifade edilen fikir ya da görüşlerin herkesçe paylaşılmadığı ya da bazı kişileri incitebileceği gerekçesiyle haklı bulunabileceğini kabul etmediğini" belirtti (paragraf 9) ve Almanya Anayasa Mahkemesi'nin "başörtüsü takmanın tek bir anlamı olmadığı" yönündeki pozisyonunu hatırlattı (paragraf 11). Başörtüsü davalarına 10. madde kapsamında karar verilseydi, *Vajnai*'nin daha liberal kalan "çoğul anlamlı simgeler" kavramı çözüm alternatiflerinden biri haline gelebilirdi.

48 *Tatar ve Faber/Macaristan* (12 Haziran 2012 tarihli karar) davasında Mahkeme, başvuruculuların Budapeşte'deki meclis binasının parmaklıkların ip üzerinde çeşitli kirli çamaşırlar asmak suretiyle yaptıkları bir "siyasi performansı" değerlendirirken, "ifade amaçlı etkileşim" terimini kullandı (paragraf 40). Mahkeme edimin "asıl olarak bir ifade teşkil etiğini" (paragraf 29) ve siyasi ifade mahiyetinde olduğunu (paragraf 36) tespit etti. Fakat Mahkeme "sembolik söylem" terimine gönderme yapmadı.

da da olsa bir ayrıma gider. Bu üç özgürlüğün korunma yöntemi çoğunlukla birbirinin aynı ise de[49], Sözleşme metni farklı sözsüz ifade şekilleri ele alınırken bir bölümlenme yapılmasını teşvik eder.

İkincisi, AİHS (daha doğrusu Mahkeme'nin içtihadı) Amerika'daki gibi "korumalı" ve "korumasız söylem" arasında ayrım gözetmemiştir. İlke olarak tüm ifadeler 10. madde kapsamına girer. Bu, başkalarına iletilen her bir mesajın (müstehcenlik, dine sövme ya da nefret söylemi de dahil) koruma altında olması fakat koruma derecesinin farklılık gösterebilmesi anlamına gelir. Bu yaklaşım, orantılılığın takdirine ("demokratik bir toplumda gereklilik" özellikle geniş yer ayırır ve bu da Mahkeme'nin sunduğu gerçek koruma düzeyini belirler. Bu belirlenim için ifadenin alanı (özellikle de kamuoyu nezdindeki tartışmalarla bağı), sözlü ya da sözsüz biçiminden daha fazla önem taşır gibi görünmektedir.

Üçüncüsü, AİHS'in sağladığı koruma "içerikçe nötr" olmakla birlikte bunun kapsamı sınırlıdır. Genel kural, Sözleşme'nin (özellikle de 10. maddesinin) sağladığı korumanın "yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen bilgi ya da fikirler için değil [...] incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de geçerli" olmasıdır; çünkü "bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz."[50] Öte yandan Sözleşme "militan demokrasi" yani "kendini koruma kabiliyeti olan bir demokrasi" kavramı üzerine kuruludur.[51] Bu nedenle içerik odaklı belirli düzenlemeler Sözleşme'den

49 Belirli bir ölçüye kadar aynı kalır. Takdir yetkisi ulusların ifade özgürlüğüne farklı yaklaşımlarını meşru kılmak için nadiren kullanılmış olsa da (özellikle bkz. *Otto-Preminger-Institute/Avusturya*, 20.09.1994 - bkz. L. Garlicki: Cultural Values in Supranational Adjudication: "Is there a "Cultural Margin of Appreciation" in Strasbourg?" [Uluslarötesi Yargılamada Kültürel Değerler: "Strasburg'da "Kültürel Takdir Yetkisi" Var mı?"], *Die grundsrechtsgepragte Verfassungsstaat. FS fur Klaus Stern zum 80. Geburtstag* [*Temel Haklar Temelinde Anayasal Devlet. Klaus Stern'nin 80. Doğumgünü Vesilesiyle Kutlama Yazısı*] içinde, Hrsg. von M. Sachs, Helmut Siekmann, Berlin 2012, s. 734-735), davaya Sözleşme'nin 9. maddesi altında karar verilirken Devlet'in takdir yetkisi daha geniş olabilir (örneğin bkz. *Leyla Şahin/Türkiye*, 10.11.2005, paragraf 109: "Devlet ile dinin ilişkisine dair, demokratik toplumlarda görüşler arasında farklılık olmasının bekleneceği sorular gündeme geldiğinde, ulusal karar merciinin rolüne özel önem verilmesi gerekir [...] Bu özellikle eğitim kurumlarında dini simgelerin kullanılmasının düzenlenmesi bağlamında karşımıza çıkacaktır [...] bir dini inanışın kamusal alanda ifadesinin anlamı ve etkisi, bir ülkeden diğerine farklılık gösterecektir").

50 *Handyside/Birleşik Krallık*, 7.12.1976, paragraf 49 ve sonraki muhakemelerin bundan şaşmayan çizgisi.

51 D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku]*, Oxford- New York 2009, s. 649. "Militan demokrasi" kavramı ABD anayasa hukukunda yer almamakla birlikte, fikirlerin "serbest piyasasının" engelsiz işleyişinin bir demokratik sistemin sorunsuz çalışmasını her zaman temin edeceği inancı hakimdir.

hariç tutulmaz. Uç vakalarda 17. maddenin uygulanmasıyla, Sözleşme'deki bir hakka dayanmanın tüm olanağı ortadan kalkabilir.

Son olarak, belirli bir bilgi, mesaj ya da fikrin 17. madde giyotininden kurtulması halinde bile, Sözleşme sisteminin altta yatan değerlerine uyum bakımından irdelenmesi mümkündür.[52] Burada *Vajnai* davasındaki gibi "çoğul anlama sahip" simgeler ile tek ve tartışmasız totaliter bir mesaj veren simgeler arasında ayrıma gidilmesi de faydalı bir araç olabilir.[53] Sözleşme'nin, aksiyolojik temeline aykırı bir söylem üzerinde kısıtlamalara izin verdiğine dair hiçbir şüphe yoktur. Fakat bu kısıtlamalar sadece istisnai olarak uygulanabilir ve Mahkeme mümkün olan her koşulda sözlerin, somut hoşnutsuzluk uyandırsa ve bariz hatalı olsa dahi Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında koruma altında olmasına her fırsatta saygı göstermelidir.[54]

Küresel elektronik iletişim çağında simgeler, kimi zaman sözler, makaleler ve kitaplardan daha önemli hale gelebilir. ACTA sözleşmesinin imzalanması tartışmaları sırasında takılan Anonymous maskeleri, yazılı tüm savlardan daha göze çarpan bir rol oynadı. Bu gelişmeler ABD hukukunda uzun zamandır dikkate alınmaktadır ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarından da uzak kalmamalıdır.

52 "Sözleşme ve demokrasi arasındaki gayet açık ilişki karşısında, hiç kimse demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini zayıflatmak ya da yok etmek amacıyla Sözleşme hükümlerine dayanamaz [...] Modern Avrupa tarihinde de görüldüğü üzere, siyasi partiler şeklinde örgütlenen totaliter hareketlerin, demokratik rejim içinde güçlendikten sonra demokrasiden kurtulmak isteyebilecekleri olasılık dahilindedir" (*Refah Partisi ve diğerleri/ Türkiye*, 13.02.2003, paragraf 99).

53 Gerek Komisyon gerekse Mahkeme'nin bazı ülkelerdeki gamalı haç ve diğer Nazi sembollerinin taşınması ya da sergilenmesi yasağının meşruiyetini hiç tartışmamış olması dikkate değerdir. Öte yandan Mahkeme'nin bu yasaklara itiraz etmeyeceğini varsaymak mümkündür ve böyle bir durumda tek soru, davaya Sözleşme'nin 10. maddesine göre mi, 17. maddesine göre mi hüküm verileceği olacaktır.

54 Dolayısıyla *Frantolo* davasında Mahkeme, bir simgenin münhasıran totaliter fikirlerle ilişkili olduğunu kanıtlama sorumluluğunu Devlet'e yüklemiştir (paragraf 21).

İfade özgürlüğü ve şiddete teşvik

Giovanni Bonello[1]

Avrupa'da ifade özgürlüğüne üstün katkıları bulunan
Sir Nicolas Bratza'ya

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme, AİHM), ifade özgürlüğünün desteklenmesi ve korunması konusunda gurur duyulacak bir sicile sahiptir. Üzerinde tekrar düşünülmesi ve düzeltilmesi için geç kalınmamış bazı önemsiz aksaklıklara ve hatalı geri adımlara rağmen, Avrupa'da ifade özgürlüğü, Mahkeme'nin kollayıcı kanadı altına girdiğinden beri, daha önce hiç olmadığı kadar korunmuş ve el üstünde tutulmuştur.

Bu konuda herhangi bir tartışmanın öncesinde belirtmenin kaçınılmaz olduğu üzere, ifade özgürlüğü görev ve sorumluluklarla iç içedir; başka bir deyişle, ifade özgürlüğüne yönelik tek kısıtlama, bu özgürlüğün toplumun ve diğer bireylerin iyiliğiyle uyum içinde kullanılma görevidir. Uygulamada ifade özgürlüğünü kısıtlayan çeşitli sınırlamaların başında, insan haklarının bütününde özgürlüğün kendisini yok edecek kadar baskın olabilecek bir başka özgürlük bulunmaması gelir. Özgürlük, özgürlüğü yok etme özgürlüğüne dönüştüğünde, Sözleşme'de yargıçların kırmızı çizgileri çekecekleri çeşitli sınırlar tanımlanmıştır.

Bu iç gerilimler, Mahkeme'nin bir tarafa ifade özgürlüğünü, diğer tarafa toplumsal değerleri, sosyal bütünlüğü ve devletin bekasını koyarak çizmesi beklenen sınırların iki tarafında yaşanmaktadır; ırka dayalı ve diğer nefret söylemlerinin, aşağılama ve küçük düşürmenin, düzenin bozulmasını ya da suçu öven sözlerin yasaklanması bu nedenledir.

Açık ve yakın tehlike

Mahkeme, şiddete (ya da başka kanunsuzluklara) teşvik etme ya da şiddetin övülmesi konusunda "basit" denebilecek bir duruşa sahiptir. İçtihatla belirlenmiş olan genel karine, şiddete teşvik eden hiçbir söylemin Sözleşme korumasından (yani ifade özgürlüğünü güvence altına alan 10. madde kalkanından) yararlanamayacağı yönündedir. Mahkeme'nin "teşvik" ve "şiddet" unsurlarını tespit ettiği anda 10. madde korumasının kendiliğinden kalktığını söylemek mümkündür. Mahkeme, ülke mahkemelerinde şiddeti, kanunsuzluğu, silahlı ayaklanmayı ya da terörü kışkırttığı ya da teşvik ettiği sabit görülmüş herhangi bir başvurucunun hakkındaki yaptırım kararını bozmaz.[2]

1 Eski Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı, Malta.

2 25 Kasım 1997 tarihli *Zana/Türkiye* davasında Mahkeme, Güneydoğu Anadolu bölge-

Bu konuyla ilgili bazı kararları hiç tatmin edici bulmuyorum. *Zana* davasında Mahkeme, sırf Türk hükümeti öyle dediği için, Kürt örgütü PKK'nın "hedeflerine ulaşmak için şiddete başvuran bir terör örgütü" olduğu varsayımıyla hareket etmişti (daha sonraki kararlarda PKK'dan terör örgütü olarak söz edilmemesi anlamlıdır). Mahkeme, başvurucunun sözlerini doğrudan şiddete teşvik olarak değerlendirmedi. Mahkeme'nin görüşü doğrultusunda bu sözlerin "bölgedeki gerilimi daha da tırmandırması muhtemel" olması yeterliydi ve zaten ulusal makamların, bu sözlerin ne ölçüde tehlikeli olduğuna, sahibinin hapse atılmasının ne kadar meşru olduğuna karar verebileceği geniş bir takdir yetkisi bulunuyordu. "Açık ve yakın tehlike" analizinden iz dahi yoktu.

Bu konudaki görüşüm, Mahkeme'ninkinden farklı. Bence Mahkeme'nin şiddete teşviğe yaklaşımı çok daha fazla nüans içermelidir. Zararsız ve zararlı teşvik arasında olduğu gibi, haklı şiddet ile haksız şiddet arasında net bir ayrıma gitmelidir. "İyi" şiddet ile "kötü" şiddeti aynı kefeye koymak, ileride savunacağım gibi, Sözleşme'nin güçlendirmek amacıyla yola çıktığı değerlere zarar verebilir.

Mahkeme'nin şiddeti tahrik ettiğine kanaat getirdiği her türlü sözlü ifadeden korumayı peşinen çekmesinde, bence iki temel sorun vardır. Öncelikle, tehlikeli ve tehlikesiz "teşvik" arasında ayrım gözetmez. İkincisi, şiddetin halkların haklarını kurtarmanın, demokrasinin ya da insan haklarının devamının son çaresi olduğu durumlarda dahi şiddete başvurulmasını desteklemez.

Üzülerek belirtmeliyim ki Mahkeme, ABD Yüksek Mahkemesi'nin yıllar içinde geliştirdiği, kanunsuzluğa "tehlikesiz" teşvik olgusundan yeterince ilham almamıştır. ABD'de de Britanya'nın eski "kötü eğilim" (*bad tendency*) doktrini uygulamadaydı.[3] Britanya emsaline dayanarak ABD'de de kanunsuzluğa teşviğin kendi içinde gayrimeşru olduğu, teşviğin gerçekten zarara yol açıp açamayacağının kanıtının aranması gerekmediği benimsendi. Kanunsuzluğa teşvik, kendi içindeki "kötü eğilim"den ötürü tüm anayasal korumalardan mahrum bırakılıyordu.

Dönüm noktası 1919'da, Hakim Oliver Wendell Holmes Jr.'ın emsal teşkil eden görüşüyle geldi ve "açık ve yakın tehlike" oluşturmayan biçimde

sinde belediye başkanlığı yapmış bir kişinin röportaj sırasında sarf ettiği şu sözlerini değerlendirmek durumunda kaldı: " Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocuktan yanlışlıkla öldürüyorlar." Mahkeme, başvurucunun Türk mahkemelerindeki mahkumiyetini onadı.

3 *R./Hicklin* (1868) 3 QB 360, ardından U.S. ex rel. *Turner/Williams*, ABD Yüksek Mahkemesi, 1904.

kanunsuzluğa teşvikin yine anayasanın ifade özgürlüğü güvencelerinden yararlanabileceği tespit edildi. Farklı bir deyişle, sadece açık ve yakın tehlike doğurduğu kanıtlanabilecek şekilde kanunsuzluğa teşvik uygulamalarına izin verilmez: "Her bir olaydaki soru, mevcut şartlar altında söylenen sözlerin Amerika Birleşik Devletleri Kongresi'nin engellemeye hakkı bulunan somut bir kötülüğü doğurmak yönünde açık ve yakın bir tehlike oluşturacak mahiyette olup olmadığıdır. Yani bu bir yakınlık ve derece sorusudur." Dolayısıyla savaşa karşı sözlü itirazlar, barış dönemine kıyasla savaş döneminde daha zararlı olarak algılanabilir.[4]

İfade özgürlüğünün meşru bir şekilde kısıtlanması için zorunlu olan "açık ve yakın tehlike" şartı bu şekilde doğmuş oldu. ABD'de bunun geliştirilmesi için, yasallık ve yasadışılık arasındaki ayrımın, söz konusu ifadenin "ani kanunsuz eylem"e yol açıp açmayacağının sınandığı *Brandenberg* doktrini kullanıldı.[5] Mahkeme buna ek olarak "güç ve şiddet kullanımının ahlaken doğruluğuna, hatta gerekliliğine ilişkin soyut öğretiler aktarmak ile, bir grubu şiddet eylemine hazırlamak ve sevk etmek aynı değildir" görüşünü de ekledi. Mahkeme, kanunsuzluğa ya da şiddete "teşviğin" hemen ardından kanunsuz eylemler gelmeyeceğine kani olursa, söz konusu teşvik anayasa koruması altında sayılır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarihinin önemli kısmında böyle bir ayrıma gitmedi. Şiddete teşvik kendi içinde ifade özgürlüğünden mahrumdu ve söz konusu teşvikin gerçekten şiddete neden olup olamayacağı önemsiz görülüyordu. (Daha önemlisi, kışkırtılan şiddetin demokratik açıdan gerekli ya da vazgeçilmez olup olmadığı, ifadenin koruma altına alınması konusunda hiçbir farka yol açmıyordu, fakat bu konuya ileride döneceğiz.) Başvuruculaların sözleri şiddet kullanımını teşvik ediyorsa ya da destekliyorsa, ulusal mahkemelerin bu kişileri cezaya çarptırması, sözlerinin gerçek bir zarara yol açma potansiyeli ve sözlerin üst mertebede zorlayıcı bir hedefe yönelik söylenip söylenmediğinden bağımsız olarak, demokratik bir toplumda açıkça haklı görülüyordu.

"Teşvik" ediminin suç sayılmasıyla çok özel, hatta benzersiz denebilecek bir suç türünün oluşturulduğunu unutmamalıyız. Bu şekilde, teşvikin kendisi değil, bir beklentiyle bu edimden kaynaklanabileceğine inanılan kötü sonuçlar suç haline getirilmektedir. Basit bir ifadeyle, sözcüklerin kendileri zararsız olduğu, ancak beklenen etkilerinin toplumsal bir zarara yol açabileceğinden hareketle, bir edim tahmine dayanarak suç ilan edilmektedir. Kanunun engellemek istediği sözcüklerin kendi bünyesindeki rahatsız ediciliği değil, adeta

4 *Schenck/ABD*, 249 U.S. 47 (1919).

5 *Brandenburg/Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

"malum olan" muhtemel sonuçlarıdır. Geriye bakıldığında masum olabilecek bir şey, ileriye bakarak cezalandırılmaktadır. Düşünceleri ve sözleri kendi içinde cezai yaptırıma tâbi tutmaya her zaman temkinli yaklaşmak gerekir. İfade özgürlüğü, düşüncelerin ve sözlerin cezalandırılmasıyla nadiren bağdaştırılabilecek bir kavramdır.

İfade özgürlüğünün ancak dava konusu yazı ya da konuşmanın "açık ve yakın" tehlike oluşturduğu durumda meşruiyet çerçevesinde kısıtlanabileceğine inanan biri olarak, Mahkeme'nin her türlü şiddete "teşvikin," söz konusu teşvikin zarar vermekten ne kadar uzak olduğuna bakmaksızın yasaklayan tavrından rahatsız oldum. Asla şiddete yol açamayacak olan "şiddete teşvikin" ifade özgürlüğü korumasına girmemesini sorguladım. "Kuvvet kullanımına davet entelektüel düzeyde, soyut, fiili ya da muhtemel şiddetin odağından zaman ve mekan bakımından kopuk olduğunda, ifade özgürlüğü temel hakkı ön plana çıkmalıdır".[6] Wendell Holmes'un "Tahammül edemediğimiz, ölümle iç içe olduğuna inandığımız fikirlerin ifadesine, hukukun yasal ve zorlayıcı amaçlarına müdahalenin yakın olduğu, ülkeyi kurtarmak için acilen engelleme gereken durumlar dışında müdahale etme girişimlerine karşı sonsuza dek teyakkuzda olmalıyız" uyarısının[7] altına imzamı atardım, hâlâ da atarım.

Hemen eklemeliyim ki, zayıf durumdaki azınlıklara karşı şiddete, saldırganlığa ya da ayrımcılığa teşvikin suç sayılması benim için daha küçük bir sorun teşkil etmektedir. Hatta azınlıklar söz konusu olduğunda, dezavantajlı durumdaki sınıfların savunmasızlıkları da gözetilerek, "açık ve yakın tehlike" sınırının daha düşük tutulması da söz konusu olabilir. Azınlıklar bağlamında, nefrete teşvik kolaylıkla şiddete teşvikle kaynaşabilir.

Bu Mahkeme, Türk (Kürt) davalarında şiddete teşviği korumak ya da kınamak arasında karar vermesi gerektiğinde, Hakim Louis D. Brandeis'ın "sözlerden ileri gelen hiçbir tehlike, tam bir tartışma yapılamayacak kadar ani bir kötülüğe yol açması durumu dışında açık ve yakın tehlike sayılamaz"[8] netliğindeki sözlerinden etkilenmemişe benziyordu. ABD'de uygulanan test bir başka şekilde ifade etmek mümkündür: Kabul edilemez olan, şiddete teşvik değil, sözlerin hemen fiili şiddete dönüşebilme kabiliyetidir.

Sürek davasında Mahkeme, bir gazete sahibinin Türk yetkilileri Kürt özgürlük savaşçılarını işkenceyle öldürmek için kumpas kurmakla suçlayan mektuplar yayımlamasından ötürü cezalandırılmasında hukuka aykırı-

6 *Ceylan/Türkiye* (ve Türkiye'ye karşı on iki başka dava), BD, 8 Temmuz 1999, Yargıç Bonello'nun olumlu görüşü.

7 *Abrahams/ABD*, 250 U.S. 616 (1919).

8 *Whitney/California*, 274 U.S. 357 (1927).

lık bulmadı. Mahkeme bu mektupları kanlı intikam çağrısı olarak ve daha fazla şiddete yol açabilecek şekilde değerlendirdi. Kullanılan sözler ağır, "özellikle saldırgan"dı. Türk ordusunu faşist olarak nitelendiriyor, Türkiye Cumhuriyeti'ni "cinayet çetesi" olarak adlandırıp, Kürt nüfusu devlete karşı savaşmaya çağırarak nefrete ve şiddete teşvik ediyordu.[9]

Gerek *Sürek* kararı, gerekse benzer içerikli diğer kararlar, burada sorduğum iki temel soruyu akla getirmektedir: Bu "saldırgan" sözler açık ve yakın bir tehlike yaratıyor muydu? Mahkeme, zaten uzun zamandır yaygın silahlı başkaldırıya sahne olan bir bölgede, gazetede basılan bu sözlerin fiili durumda herhangi bir değişikliğe yol açacağını mı düşünüyordu? Bu sözlerle şiddette bir artış ya da yoğunlaşmanın ilişkisini gösterebilecek makul kanıt var mıydı? Bu mektupların bir gazetede yayımlanmasının, hiç yayımlanmasalardı dökülecek kandan daha fazla kan dökülmesine yol açtığına inanan var mı? Şahsi fikrim, Mahkeme'nin bunu düşünmem için bana hiçbir neden vermediğidir. Söz konusu mektuplar "ani kanunsuz eyleme" yol açmadı ve Mahkeme *Brandenburg* testini uygulamış olsaydı, ifade özgürlüğü temel hakkının baskın çıkmış olduğunu görecektim.

Sürek mektuplarının "iyi şiddete" mi, "kötü şiddete" mi teşvik olduğuna ilişkin görüşlerim aşağıdadır.

Mahkeme "açık ve yakın tehlike" doktrinini açıkça benimsememiş olsa da, uygulamada bazen bundan esinlenmiştir. Makedonya'daki bir davada, Arnavut asıllı bir siyasetçi Arnavutluk bayrağının teşhir edilebilmesi için düzenlediği bir mitingde, kışkırtıcılık derecesine varan sözler sarf etti: "Canımızı veririzama bayrağımızı vermeyiz (...) hükümetin kara eli dün Tetovo Üniversitesi'ni kana buladı, bugün milli bayrağımızı kana bulamak istiyor, ama önce akıllıca düşünmeliler; çünkü biz tokata tokatla karşılık vereceğiz."

Mahkeme, konuşmacının bir yıl üç ay hapis cezasına çarptırılmasını sözlerinin ayaklanma, düzensizlik, polisle çatışma ve etnik çatışma doğurma olasılığı bulunması kadar, bu konuşmadan sonra şiddet eylemleri de yaşanmış olduğu için haklı buldu. "Açık ve yakın tehlike" testini kısmen hadiseden sonra (*a posteriori*) uygulayarak, konuşmacıya verilen cezanın haklı olduğuna hükmetti.[10]

Diğer yandan Mahkeme, bir dergi sahibinin ve muhabirinin, Türkçe bir yayında Kürt PKK örgütünün görüşlerini yayımlamalarından ötürü cezalandırılmalarını haksız buldu. Kürt ayaklanmasına karşı Türk tepkisini şiddetle eleştiren bu görüşler, Güneydoğu Anadolu'da yaygın olan milliyetçi şiddeti

9 *Sürek/Türkiye* (No 1), 8 Temmuz 1999.

10 *Osmani ve diğerleri/Makedonya*, 11 Ekim 2001.

açıklayan ve buna anlam kazandıran çok kuvvetli bir mesaj taşıyordu. Mahkeme, bu yayının kamuoyu nezdindeki çok önemli bir tartışmaya bilgilendirici katkı sunması nedeniyle haklı bulunduğu kararına vardı. "Şiddete teşvik olarak okunamayacağı gibi, şiddet doğurmaya meyilli olduğu da öne sürülemez" dedi.[11] Mahkeme'nin içtihadına ön kapıdan hiç girmemiş olan "ani kanunsuz edim" doktrini, burada pencereden bakmaktadır.

"Açık ve yakın tehlike" doktrininin arkasındaki kavramlar, ulusal mahkemelerin cezaya çarptırdığı "tehlikeli" söz ve yazıların sanatsal ve edebi olarak sınıflandırılabileceği davalarda da Mahkeme tarafından dolaylı olarak benimsenmiş görünür. Ne kadar kışkırtıcı ve mecazi anlamda kana bulanmış olursa olsun, vatansever şiirlerin (ya da yaratıcı edebi düzyazının), okurların ikinci kıtadan sonra ellerine Kalaşnikof almalarına neden olmayacağı bariz olduğu için, Mahkeme bunların 10. madde korumasından mahrum bırakılmaması yönünde defalarca karar vermiştir. Mahkeme, "açık ve yakın tehlike" doktrinine doğrudan başvurmamakla birlikte şu sonuca vardı: "bu ifadelerin, sanatsal doğaları ve kısıtlı etkileri nedeniyle bir şiddet çağrısından çok, trajik olaylar karşısında duyulan derin üzüntünün birer ifadesi olarak değerlendirilmesi gerekir".[12] Mahkeme'nin şiddet sembolizmine başvuran edebi söylemler dışında kalan olaylarda her türlü kanunsuzluk tahrikine, gerçek bir zarara yol açma potansiyeli olup olmadığına bakmaksızın geçit vermeme kararlılığında yumuşama olduğunu duymadım. Mahkeme başka davalarda şiddete teşvike kaydığı iddia edilen edebi eserlere de 10. madde koruması tanımıştır.

Burada Sir Nicolas Bratza'nın katıldığı, ifade özgürlüğü bağlamında kurmaca ya da şiirde sanatsal ifadelerin hukuken benzersiz boyutunu ortaya koyan kuvvetli bir karşı görüşe atıf yapmaktan mutluluk duyuyorum. Azınlık görüşü, bunların nasıl "sıradan" söylemden farklı bir biçimde yorumlanması gerektiğini ortaya koydu. *Lindon* davası iftira ve hakaretle ilgiliydi, fakat sanatsal ifadenin şifalı elleri (ki Mahkeme, bunun şiddete teşvikin zehrini de alabileceğini daha önce tespit etmişti), karşı görüş yazarlarının değerlendirmesinde, iftira ve hakarete de aynen uygulanmalıydı. Edebi niteliği daha bariz türlerde, sözcüklerin fiziksel değeri metafizik değerin kapsamındadır. Bratza ve diğer karşı görüş yazarları iftira davalarında, Mahkeme'nin bugün şiddete teşvik davalarında yaptığı gibi, edebi söyleme edebiyat dışı ifade türlerinden daha geniş bir ifade özgürlüğü tanınmasını savunmuştur.[13]

---

11 *Sürek ve Özdemir/Türkiye*, 8 Temmuz 1999.

12 *Karatas/Türkiye*, BD, 8 Temmuz 1999. AİHM, edebi biçimde ifade edilen "şiddet" söylemini *Yalcin Kucuk/Türkiye*, 5 Aralık 2002 ve *Dagtekin/Türkiye*, 13 Ocak 2005 davalarında da aklamıştır.

13 *Lindon ve Otchakovsky-Laurens/Fransa*, BD, 27 Ekim 2007, Yargıç Rozakis, Bratza, Tulkens ve Sikuta'nın ortak kısmi karşı görüşleri.

Kurtarıcı şiddet ve yıkıcı şiddet

Bildiğim kadarıyla Mahkeme, şiddet kullanmanın başvurulabilecek son insan hakkı haline geldiği durumlarda kurtarıcı değerini hiçbir zaman takdir etmemiştir. Şiddet kullanımını ve şiddete teşviki doğası itibariyle kötü sayarak, şiddete teşvikin en geniş kapsamda ifade özgürlüğü korumasını hak edip edemeyeceğini, edebilirse ne zaman edeceğini değerlendirmeyi gerekli ya da faydalı görmedi. Bu durum Mahkeme'nin zihniyetini bir kez daha sorgulatarak Mahkeme'yi şimdiye kadar kaçındığı kışkırtıcı bir gerçekle yüzleştiriyor.

Mahkeme'nin "şiddete teşvik" davalarında uyguladığı test, gayrimeşru şiddet ile meşru şiddeti aynı şeymiş gibi bir kefeye koyuyor. "Şiddet" tabusunun saçtığı muazzam olumsuzluğa kapılan Mahkeme, kuvvet kullanımının kurtarıcı yüzüne hiç bakmadı. Bu ifade, ulus birliğinin ya da demokratik yönetim hakkının ortadan kaldırılması, temel hakların yaygın ve sistemli ihlali gibi tahammül edilemez baskı şartlarını kastetmektedir. Tiranlık barışçıl yollarla devrilemiyorsa ve başka çıkar yol kalmamışsa, şiddete başvurmak zorbalık olmaktan çıkar fakat bir hak haline de gelmez. Şiddete başvurmak, kaçınılmaz bir görev halini alır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin önsözünde, zorbalık ve baskıya karşı son çare olarak şiddete başvurmanın temel bir hak olduğu belirtilir: "İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olmasına (...)" Baskı ve despotluğu yenmek için başka barışçıl yol kalmadığında, ayaklanma, yani halk savaşına başvurma bir mecburiyet olarak ortaya çıkar. Bu önsöz, iktidar sahiplerine bir uyarıdır: Ya hukukun üstünlüğü çerçevesinde insan haklarına saygı gösterin ya da ayaklanma zaruret halini alır. Bir tarafta zulüme boyun eğmek, diğer tarafta şiddete başvurmak olduğunda, Evrensel Bildirge'nin hangi tarafa eğildiğine dair hiçbir şüphe yoktur.

"Meşru" şiddetin en bariz örneği, bir devletin ülke bütünlüğü hakkının, bir halkın özyönetim hakkıyla çatıştığı durumlarda ortaya çıkar. Mahkeme'nin bir şiddeti diğerinden ayırmayan katı doktrini, ezilenleri, demokrasiden zorla mahrum bırakılanları, temel hakları geniş ölçüde gasp edilenleri bu son çare insan hakkından mahrum bırakır.[14]

14 Halkların özyönetim hakları konusunda örneğin bkz. United Nations Charter [Birleşmiş Milletler Antlaşması] 1. madde paragraf 2 ve 55. madde; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi] (1966), Kısım I, 1. madde, paragraf 1: "Tüm halklar özyönetim hakkına sahiptir. Bu hak sayesinde siyasi statülerini özgürce belirler; ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerini özgürce gerçekleştirirler"; bu hüküm, International Covenant on Civil and Political Rights [Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi] içinde de tekrarlanmaktadır. Ayrıca bkz.

"İyi şiddet" senaryolarında ayaklanmaya teşvik, fikir ifadesinin asli unsurlarından biri haline gelmekte ve tüm fikir ifadelerine sunulan korumaya hak kazanmaktadır. Kanaat, görüş, inanç, insanın içinde tutup eyleme dökmediği düşünce suçları, Engizisyon'un kullandığı en verimli alanlardan biriydi. Sözleşme, tarihin bu kara lekesinin mirasını üstlenmeye karşı çok dikkatli olmalıdır. Engizisyon'u lanetli, Sözleşme'yi mağrur hale getiren ilerlemelerin kaydedildiği en önemli entelektüel alanlardan biri, düşünce ve sözün eylemden farklı olarak özgürleştirilmesidir.

Mahkeme'nin katılıkla uyguladığı "şiddete teşvik" testine kalsa, Amerikan Devrimi'nin öncülerinin, İtalya'nın birleşmesinin önderlerinin, Macar yurtseverlerinin, katledildikleri için yakınan Ermenilerin, İrlanda'nın kurtarıcılarının, Fransa'da savaş zamanı özgürlük savaşçılarının, işkenceyi millet olmaya tercih edenlere karşı koyan Cezayirlilerin, kanları 1967'de Demir Perde'ye sıçrayanların, sınırlarını arayan Filistinlilerin, ülkelerini haydut çetelerinden kurtarmak için ölen Libyalıların cezalandırılması ve hapsedilmesi, demokratik bir toplumda gerekli görülerek haklı bulunacaktı. Bu kesimlerin her biri şiddeti onayladı, teşvik etti, şiddet uyguladı, şiddeti tırmandırdı.

Ve hepsi AİHM testinden kalırlardı.

Böyle bir senaryonun hiç değilse teorik olarak, AİHM'in yetkisini kabul eden demokratik Avrupa'da, demokrasi ve insan haklarına saygının önkoşul olduğu ve baskı, zulüm gibi uygulamaların kavram olarak dahi yer bulmadığı Avrupa Konseyi üye ülkelerinde yaşanamayacağının farkındayım. Sözleşme'yi imzalayan Devletler, bunun tanımı gereği, şiddet kullanımının son çare olarak bile meşru sayılabileceği siyasi zeminlerin oluşmasına kesinlikle izin veremez. Masallara kulak verirseniz demokratik süreçler bütün yanlışları düzeltir.

Avrupa'daki çeşitli "demokratik" senaryoları ben çok daha az iyimser bir şekilde yorumluyorum. Halkların özyönetim haklarının en ufak bir anlamı olacaksa, bu hakkın egemen devletler tarafından zulümle ortadan kaldırılması, başka çözüm yolu kalmadığında şiddete başvurulmasını haklı çıkarır. Ulusal kimliklerin inatla yok sayılması, Avrupa Konseyi üye ülkelerinde mucize kabilinden hiç görülmemekte midir? Bana öyle gelmiyor. Mevcut içtihadın korunması, belirli durumlarda baskının Sözleşme güvencesinde sonsuza dek devam etmesine yol açabilir.

---

20 Aralık 1993 tarih ve 48 sayılı BM Kararı: "(...) tüm halkların özyönetim haklarının evrensel olarak gerçekleştirilmesinin, insan haklarının güvence altına alınıp uygulanması ve bu hakların korunup geliştirilmesi için temel şartlardan biri olduğunun bir kez daha altını çizer."

Bir Avrupa devletinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamış olması, özyönetim ya da demokratik yönetim uğruna son çare olarak şiddete başvurulma ihtimalinin baştan yok sayılması için kendi içinde bir güvence değildir. Avrupa Konseyi ülkelerindeki dikkat çekici örneklerden sadece dördünü sayacak olursak Kürtler, Basklar, Kuzey Kıbrıslılar ve Çeçenlerin özyönetim hakkından ya da pek çok insan hakkından mahrum bırakılması, silahlı çatışma ve ayaklanmanın son çare ve kalan tek temel hak olarak kullanımına ilişkin çeşitli davaları Mahkeme'nin huzuruna getirebilecektir. Bu gibi çatışmalar er ya da geç Mahkeme'nin önce haklı şiddet kavramının Sözleşme'yle bağdaşıp bağdaşmadığını tespit etmek, ardından dava konusu olayın meşru şiddet olarak görülüp görülemeyeceğini belirlemek mecburiyetiyle karşı karşıya kalmasına yol açacaktır. Mahkeme, şiddeti tasvip etmemekte haklıdır. Şiddetin hiçbir türünü tasvip etmemekte haksızdır. Mahkeme, Sözleşme güvencesinde ilanihaye baskı ve zulme ortak olmamalıdır. Mahkeme, bir taraftan bir askeri işgali gayrimeşru sayarken (örneğin bkz. Kuzey Kıbrıs[15]), diğer yandan bu gayrimeşru işgale maruz kalanlara son çare insan hakkını tanımayabilir mi?

Vurgulamak istedikleri mesaj ne kadar haklı ya da kurtuluşa yönelik olursa olsun, ilke olarak "iyi" şiddet gerekçesine dayanarak terör eylemleri haklı görülmemelidir. Çatışmada etkin rol almayan kişilerin canlarına ve beden bütünlüklerine saygı gösterilmesi, temel haklarından biridir. Bu saygı gereğince, ne kadar üstün ya da koruma altında amaçlar uğruna mücadele edildiğine bakılmaksızın, ayrım gözetmeyen terör eylemlerine başvurmak genel bir kural olarak suç sayılmalıdır. Siyasi gündemler hiçbir şekilde masum insan kanıyla yazılamaz ve Mahkeme'nin bu yola bugün de, gelecekte de başvurmayacağına inancım tamdır. Bence terörizmin reddi yaklaşımı köktenci, anarşik, radikal ya da organize suçtan ileri gelen terörizme uygulanmakla kalmamalı, hedefleri öznel ya da nesnel açıdan ne kadar haklı ve soylu olursa olsun, etnik ve ayrılıkçı teröre de uygulanmalıdır.

Başkan Bratza'nın bireysel haklar ve kamu yararı arasındaki oynak dengeleri büyük bir hassasiyetle gözetmesinin de sayesinde, Mahkeme'nin ifade özgürlüğünü onama yönündeki uzun ve yapıcı yolda kat ettiği mesafeden gurur duyuyorum. Fakat bence Mahkeme bitiş çizgisine henüz ulaşmadı. Aynı geniş vizyonla hareket eden Mahkeme'nin son engelleri de aşarak, gelecekte ortaya çıkacak şiddete teşvik davalarında demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının haklılığına, sadece bu sözlerin ani kanunsuz eylemlere yol açabileceği ve savunulan şiddetin gayrimeşru şiddet olduğu durumlarda hükmetmesini sabırsızlıkla bekliyorum.

15 Örneğin Demopoulos/Türkiye, Kabul edilebilirlik, BD, 5 Mart 2010.

BAĞLAMI İÇİNDE
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Orijinal bir tema üzerine çeşitlemeler: Müzik ve insan hakları

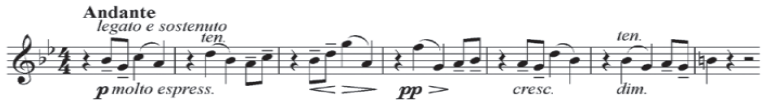
Dean Spielmann[1]

Tema (*Andante*): Müzik, hukuk ve insan hakları

Sir Nicolas Bratza'ya ithaf edilen bu makalenin başlığı, Elgar'ın 1898-1899 yıllarında bestelediği ve bir tema ve bu temanın on dört çeşitlemesinden oluşan *Enigma Variations [Enigma Çeşitlemeleri]*[2] adlı orkestra yapıtından alınmıştır. Elgar, bu yapıtını «içinde betimlediği dostlarına» ithaf etmişti. Her çeşitleme aynı zamanda yakın dostlarından birine duyduğu dostluğu yansıtan bir betimlemeydi. Şahsen ben en çok «Nimrod» [Nemrut] adlı 9. Çeşitlemeyi (*Adagio*) severim. Nemrut, Eski Ahit'te «Rab'bin önünde yiğit bir avcı» olarak anılan bir kraldır. Bu çeşitleme, Londra'daki Novello & Co. yayınevinde müzik editörü olarak çalışan Augustus J. Jaeger'a ithaf edilmiştir (*Jäger* Almancada «avcı» anlamına gelir). Farklı ve zarif ve aynı zamanda ağır ve hüzünlü olan bu çeşitleme, zamanla başlı başına bir müzik parçası olarak da oldukça popüler oldu. Londra'da her yıl düzenlenen Anma Günü'nde, Cenotaph Anıtı'nın önünde bu parça çalınır.[3] Nicolas'ın müziği ve özellikle de Sir Edward Elgar'ın yapıtlarını[4] çok seviyor olması, iki ortak ilgi alanımız olarak Müziği ve İnsan Haklarını bir araya getiren bir tema üzerine birkaç «hukuki» çeşitleme yazmak konusunda benim için esin kaynağı oldu. Müzik ile hukuk arasındaki alışılmamış ya da orijinal ilişkinin bana hep çok ilginç geldiğini

---

1 Hukuk Yüksek Lisansı (LL.M. - Cambridge), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı ve 5. Daire Başkanı. Yazar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dil bölümünden James Brannan'a teşekkür eder. Bu makalede ifade edilen fikirler, yazarın kişisel fikirleridir.

2

3 Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Enigma_Variations. Daha fazla bilgi için ayrıca bkz. J. Rushton, *Elgar: 'Enigma' Variations [Elgar: 'Enigma' Çeşitlemeleri]* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) ve P. Turner, *Elgar's 'Enigma' Variations [Elgar'ın 'Enigma' Çeşitlemeleri],* (Londra: Thames Publishing, 1999), alıntılayan: D. McVeagh, *Elgar, The Music Maker [Bir Müzik Yapıcısı Olarak Elgar],* (Woodbridge: The Boydell Press, 2007), 45-54, özellikle s. 52, 9. dipnot.

4 Örneğin, Keman Konçertosu, op. 61.

belirtmeliyim.[5] Şu ana kadar bu konuda fazla bir şey yazılmadı.[6] 1994 adli yılının açılışı için Lüksemburg Barosu'nda yaptığım konuşmada, ilk bakışta biraz tuhaf gelebilecek olan bu ilişkinin çeşitli yönlerini irdeledim.[7] Gelenekler uyarınca, Lüksemburg Barosu'nun başkanı Bâtonnier Roden, merakla beklenen yanıt konuşmasını yaptı ve bu konuşmasında bestecilerin manevi haklarının bireysel haklara dayalı anlayışımız çerçevesinde kutsal bir statüde bulunduğunu vurguladı.[8] Bâtonnier, benim konuşmama ilişkin değerlendirmesinde özellikle müzik ile ifade özgürlüğü hakkı arasındaki ilişki üzerinde durdu.[9] Gerçekten de, müzik ile insan hakları arasındaki en bariz bağlantı, ifade özgürlüğü hakkı ve bu hakkın sınırları üzerinedir. Bu nedenle, aşağıdaki yedi çeşitlemeden bazıları kaçınılmaz olarak bu ana temaya dayanacaktır. Ama, tıpkı Elgar'ın *Enigma Çeşitlemelerinin* on dördüncüsünde olduğu gibi, gizli bir tema da mevcuttur. Ama, Elgar'ın gizli teması «çalınmamakla» ve pek çok spekülasyonun konusu olmakla birlikte, ben önerimi açıkça belirteceğim ve müziğin insan hakları için bir tehdit olarak karanlık amaçlarla kullanılmasına

5 Bu konudaki ilginç bir dava olarak, *Re Delius Will, Emanuel ve diğer bir kişi/Rosen ve diğerleri*, [1957] Ch. 299; [1957] 1 All ER 854, *per* Roxburgh, J. Bu dava, Nicolas'ın yapıtlarını, özellikle de Keman Konçertosunu çok sevdiği besteci Frederick Delius'un dul eşinin vasiyetiyle kurulan bir vakıfla ilgiliydi. Bu dava üzerine, ayrıca bkz. G. Moffat, *Trusts Law, Text and Materials [Vakıf Mevzuatı, Metin ve Malzemeler]*, 4. baskı (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), s. 943.

6 Önemli istisnalar arasında André Bertrand'ın *La musique et le droit [Müzik ve Hukuk]* (Paris: Litec, 2002) adlı monografisini ve F. Jongen'in "müziksel" ve "hukuki" yorumlamalar arasındaki benzerlikleri irdelediği ilginç makalesini saymak gerekir. F. Jongen, «Glenn, Nikolaus et la Cour de cassation. Libres réflexions sur la musique et le droit» [Glenn, Nikolaus ve Temyiz Mahkemesi. Müzik ve hukuk üzerine serbest değerlendirmeler], *Mélanges Jean Pardon*, (Brüksel: Bruylant, 1996), 348-360; Ayrıca bkz. P. Wachsmann, «L'Etat de droit et ses ombres. Une lecture anachronique du *Fidelio* de Beethoven» [Hukuk devleti ve gölgeleri. Beethoven'ın *Fidelio*'sunun anakronik bir okuması], *Pouvoir et Liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon [İktidar ve Özgürlük, Jacques Mourgeon'a ithaf edilen çalışmalar]* (Brüksel: Bruylant, 1998), 307-316 ve aynı yazar, «Le juriste dans les codes de l'opéra» [Opera yasalarındaki hukukçu], *De Code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr [Yasadan yasaya, Duayen Georges Wiederkehr onuruna seçme yazılar]* (Paris: Dalloz, 2009), 347-359.

7 D. Spielmann, "Euterpe et Themis ou un hommage du droit à la musique" [Euterpe ve Themis ya da müzik hakkına saygı konuşması], Conférenferuce du Jeune Barreau de Luxembourg. Séance solennelle de rentrée du 17 juin 1994 [Yeni Lüksemburg Barosunun Toplantısı. 17 Haziran 1994 tarihli açılış töreni], *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1994, 179-219.

8 "Monsieur l'Orateur, le droit moral du compositeur reste dans nos droits individualistes une religion." [Sayın Konuşmacı, bestecilerin manevi hakları bireysel haklara dayalı yasalarımızda kutsal bir statüdedir.], *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1994, s. 219.

9 "En sa générosité, l'Orateur associe Euterpe à la liberté d'expression. Féru des droits de l'homme, dont il est le gardien, et je l'en félicite, sa démarche ne pouvait pas être différente." [Sayın Konuşmacı, Euterpe ile ifade özgürlüğü arasında bağ kurma inceliğini gösterdi. Çok takdir ettiğim bir şekilde, koruyucusu olduğu insan hakları konusunda tutkulu bir kişi olarak zaten bu konuya kayıtsız kalması beklenemezdi.] A.g.k., s. 216.

(ya da kötüye kullanılmasına) dikkat çekeceğim. Bu nedenle, 4. ve 5. Çeşitlemeler tempoları belirtilmeden ve minör modda sunulacak. Bu Çeşitlemelerin kısa süre içinde geçmişe ait konular haline gelmesini umuyorum.

Makalemin temasını tanıttığım bir gezinti işlevi gören *andante* bölümü burada sona eriyor. İlk çeşitleme elbette majör bir gamda yazıldı; çünkü bu armağan kitabı için seçilen ifade özgürlüğü konusu müzik denince *kesinlikle* ilk akla gelen insan hakkıdır.

1. Çeşitleme (*Maestoso*): Müzik bir insan hakkıdır.

Müzik bir insan hakkıdır! Karen Hald'ın Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin («Evrensel Bildirge» ya da «EİHB») toplumun kültürel yaşamına serbestçe katılma ve güzel sanatlardan yararlanma hakkını güvence altına alan 27. maddesine atıfta bulunarak dikkat çektiği gibi, «...müzik esas itibariyle kültürel bir faaliyettir. Bu nedenle, bir şarkı ya da ezgi belli bir tutum ya da görüş ifade etmiyor olsa bile, müzik yapmaya erişim başlı başına bir insan hakkı olarak görülebilir.»[10] Özellikle ifade özgürlüğüne ilişkin olarak, Karen Hald'a göre, «[m]üzik insanların kendilerini ifade etmeleri için sınırsız olanak içerir. Şarkı sözleri sevgi, nefret, korku, şiddet vb. mesajları ayrıntılı bir biçimde iletebilir, [ve bir] ezgi de başlı başına sevincin, umudun, hüznün, dramatik bir olayın, özel bir ruh halinin ya da gündelik hayatın ses imgesinin ifadesi olabilir.»[11] Genel olarak sanatsal özgürlük, özel olarak da müzik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin («AİHS») 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğü kapsamına girmektedir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ("UMSHS") 19. maddesinin 2. paragrafında bilgi ve fikirlerin "sanat yapıtları biçiminde" ifade edilmesi, açık bir biçimde ifade özgürlüğü hakkına dahil edilir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ("AB Şartı") 13. maddesinde "[s]anatlar ... kısıtlamaya tâbi tutulamaz. (...)" hükmü yer alır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Mahkeme"), 24 Mayıs 1988 tarihli *Müller ve diğerleri/İsviçre* kararında[12], şu açıklamayı yapmıştı:

> «[s]anat yapıtlarını yaratan, icra eden, dağıtan ya da sergileyen kişiler, fikir ve görüş alışverişine katkıda bulunurlar ve demokratik bir toplumda bu vazgeçilmezdir. Bu nedenle, Devletin onların ifade özgürlüğünü haksız bir şekilde ihlal etmeme yükümlülüğü vardır.»[13]

10 K. Hald, "Music – A Human Right" [Müzik – Bir İnsan Hakkı], (Danish Centre for Human Rights, 2001), şu adresten erişilebilir: http/www.freemuse.org/sw922.asp.

11 A.g.k.

12 *Müller ve diğerleri/İsviçre*, 24 Mayıs 1988, Seri A no. 133.

13 Paragraf 33.

Ama bu hak sınırsız bir hak değildir ve Mahkeme kararında şunu da belirtir:

> «[s]anatçılar ve onların yapıtlarını sunan kişiler hiç şüphesiz 10. maddenin 2. paragrafında öngörülen sınırlamalardan muaf değildirler. İfade özgürlüğünü kullanan herkes, bu paragrafın açık hükümleri uyarınca 'görevler ve sorumluluklar' yüklenirler; bu görev ve sorumlulukların kapsamı duruma ve kişinin kullandığı araçlara bağlı olacaktır (...)"[14]

Dolayısıyla sanatsal özgürlük mutlak bir hak değildir.[15] Sanatsal özgürlük ve müzik yapma ya da tüketme özgürlüğü için geçerli olan sınırlamalardan biri, elbette, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. paragrafı uyarınca «başkalarının hakları»nı korumak için kullanılabilecek olan telif hakkı davaları ihtimalidir.[16]

2. Çeşitleme (*Contrapunctus*): Müzik, insan hakları ve telif hakkı

Bu konuda bir dengeleme çalışması yapmak kaçınılmazdır. Bir çalışmadan alıntı yapma hakkı ya da bilgi alma özgürlüğü dahil olmak üzere, ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak sanatsal özgürlük, asıl bestecinin ya da icracının mülkiyet ya da kişilik haklarıyla çatışabilir ve bu haklar genellikle telif hakkı davaları yoluyla korunur. Burada telif hakkı nosyonu ile kıta Avrupa'sına özgü *droit d'auteur* kavramı arasındaki farklara girilmeyecek olmakla birlikte[17], bir tarafta *droits d'auteur* ya da telif hakkı ile diğer tarafta ifade özgürlüğü, kişilik hakları, mülkiyet hakkı vb. arasındaki «çok sesli» ilişkilerin yeterince irdelenemediğine dikkat edilmelidir. Christoph Beat Graber da buna dikkat çeker:

---

14 Paragraf 34.

15 Alman Temel Yasasının 5 (3) sayılı maddesi ise ancak bu Yasa'nın başka bir hükmüyle çelişki içindeyse sınırlamalara tâbi tutulabilir. Bu konuyla ilgili olarak *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya* (başvuru no. 68354/01, 25 Ocak 2007) davasında Yargıç Jebens'le ortak kaleme aldığım muhalefet şerhinin 3. dipnotu şöyleydi:
«(...) Alman Anayasal Hukukunda, Temel Yasa'nın 5 (3) sayılı maddesinde sanat özgürlüğünün (*Kunstfreiheit*) *özel olarak* korunduğuna dikkat edilmelidir. "Bu özgürlüğün kullanılması, ifade özgürlüğü için olduğu gibi, genel yasaların hükümleriyle ya da itibar hakkıyla sınırlandırılmamaktadır, ancak diğer anayasal haklarla, özellikle de kişiliğin ve insanlık onurunun özgürce geliştirilmesi hakkıyla birlikte değerlendirilmek zorundadır." E. Barendt, *Freedom of Speech [Konuşma Özgürlüğü]*, 2. basım. (Oxford: Oxford University Press, 2005), s. 229"

16 "Başkalarının hakları"nın anlamının özellikle geniş bir okuması için bkz. *Groppera Radio AG ve diğerleri/İsviçre*, 28 Mart 1990, Seri A no. 173. Bu kararda Mahkeme «başkalarının hakları» nosyonuna genel kamu çıkarını (radyo-televizyon yayınlarında çoğulculuğun beslenmesini) dahil ediyor gibi görünmektedir.

17 Bkz. A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences [Droit d'auteur ve telif hakkı. Iraksamalar ve yakınsamalar]*, (Brüksel: Bruylant, Paris: L.G.D.J., 1993).

«[i]nsan hakları sorunlarına ilişkin ders kitaplarına ve monografilere bakıldığında, konuşma özgürlüğü ile telif hakkı arasındaki çatışmalar üzerine şu ana kadar neredeyse hiç kafa yorulmadığı görülecektir.»[18]

Telif hakkının korunmasının temeli Evrensel Bildirge'nin 27(2) sayılı maddesinde düzenlenir:

> «Herkesin yaratıcısı olduğu tüm bilim, edebiyat ya da sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hakkı vardır.»

Benzer şekilde, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin ("UESKHS") 15(1)(c) sayılı maddesi de şu hükmü içerir:

> «[b]u Sözleşmeye Taraf Olan Devletler (...) herkesin yaratıcısı olduğu tüm bilim, edebiyat ya da sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasından yararlanma hakkına sahip olduğunu tanımaktadır.»

Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde telif hakkı ya da fikri mülkiyet açık bir şekilde bir insan hakkı olarak tanınmaz.[19] Yine de, telif hakkını 10. maddede ve hatta özel hayatı korumaya yönelik 8. maddede güvence altına alınan ifade özgürlüğü alanında değerlendirmek mantıksız olmayacaktır. Ben 8. maddeyi, yaratıcının manevi haklarıyla (*droit moral*) bağlantılı olarak özellikle önemli buluyorum. Sonuçta, vurgulandığı gibi, «Mahkeme 8. maddenin kişisel özerklik, kişisel gizlilik, kişisel kimlik, kişisel bütünlük, kişisel gelişim, kişisel tanımlama ve bireysel kişilik nosyonuyla bağlantılı benzer kavramlar için çeşitli güvenceler içerecek şekilde anlaşılmasını kabul etmeye hazır görünmektedir. Dolayısıyla, 8. madde, basit bir 'gizlilik hakkı'ndan çok daha fazlasını korumaktadır.»[20] AİHS'in hem 10. hem de 8. maddeleri çerçe-

18 Bkz. C. B. Graber, "Copyright and Access – a Human Rights Perspective" [Telif Hakkı ve Erişim – Bir İnsan Hakları Perspektifi], Carlo Govoni, Michael Girsberger ve Mira Nenova (der.), *Digital Rights Management – the End of Collecting Societies? [Dijital Haklar Hareketi – Meslek Birliklerinin Sonu mu?]*, (Berne: Stämpfli Publishers, New York: Juris Publishers, Brüksel: Bruylant, Atina: Ant. N. Sakkoulas, 2005), 1-42 s. 5.

19 P. Bernt Hugenholtz, "Copyright and freedom of expression in Europe" [Avrupa'da telif hakkı ve ifade özgürlüğü], Rochelle Cooper Dreyfuss, Harry First ve Diane Leenheer Zimmerman (der.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property [Fikri Mülkiyetin Sınırlarını Genişletmek]*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), s. 3. Ayrıca bkz. P.L.C. Torremans (der.), *Copyright and Human Rights [Telif Hakkı ve İnsan Hakları]* (Lahey, Londra, New York: Kluwer Law International, 2004).

20 Bkz. A.W. Heringa ve L. Zwaak, "Right to respect for privacy (Article 8)" [Gizliliğe saygı gösterilmesi hakkı (8. madde)], P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn ve L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Teorisi ve Pratiği]*, 4. basım (Antwerp, Oxford: Intersentia, 2006), s. 665.

vesindeki pozitif yükümlülükler sanatçının telif hakkının korunması açısından önemli olabilir. 1 no'lu Protokolün 1. maddesi kapsamındaki mülkiyet hakları da elbette önemlidir. Dolayısıyla, AİHS çerçevesinde hassas dengelemeler içeren karmaşık senaryolar tasavvur edilebilir. 10. maddenin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde korunan bestecinin ifade özgürlüğü, 10. madde tarafından eşit düzeyde korunan bilgi özgürlüğüyle, özellikle de müzik tüketicisinin müzik dinlemek, kopyalamak ya da depolamak yoluyla bilgi toplama özgürlüğüyle çelişebilir. Bu bağlamda, kültürel bilgilere erişim de unutulmamalıdır. Bu hak, EİHB'nin kültürel hayata katılım hakkını güvence altına alan 27. maddesinde düzenlenmektedir. Bu özgürlük de AİHS'in 8. maddesiyle (manevi haklar) ya da sanatçının maddi haklarıyla çatışma içinde olabilir. Bununla birlikte, bu karmaşık meselelerde önemli ölçüde bir içtihadın bulunmaması nedeniyle, herhangi bir sonuca aceleyle ulaşılmasından kaçınılmalıdır. Sonuçta, bir yazarın belirttiği gibi, «(...) anayasal hakların ve özellikle ifade özgürlüğünün, ticari işletmeler arasındaki çatışmalarda meseleyi bitirecek bir sav olarak uygulanması uygun değildir; çünkü bu kurumlar tipik özel hukuk belgeleriyle (yani sözleşmelerle) kolayca çözülebilecek ekonomik anlaşmazlıklarda birbirleriyle aralarına belli bir mesafe koyarak karşı karşıya gelirler."[21]

Mahkeme'nin bu konulardaki içtihatları yetersiz olmakla birlikte[22], Avrupa'da gerek kişiliği gerekse mülkiyeti koruyan hükümlerde kişilik ve mülkiyet çıkarlarını birleştiren «doğal» bir hak olarak telif hakkının dayanağı mevcuttur ve son yıllarda ülke düzeyinde telif hakkı ihlallerini kolaylaştırdığı iddia edilen web sitelerinin engellenmesi ya da filtrelenmesiyle ilgili pek çok dava görülmüştür.[23] *De Geillustreerde Pers N.V./Hollanda* davasında,[24] artık faal durumda olmayan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu yayıncıların telif hakkının ifade ve bilgi özgürlüğünü sınırlamadığına karar vermiş ve AİHS'in

21 V. Zeno-Zencovich, "Copyright and Freedom of Expression: An Ambiguous Relationship" [Telif Hakkı ve İfade Özgürlüğü: Muğlak Bir İlişki], [2007] EBLR, 351-362, s. 357.

22 Bkz. *Copyright and human rights [Telif hakkı ve insan hakları]*, Bilgi Toplumunda İnsan Hakları Uzmanlar Grubu (MC-S-IS) tarafından hazırlanmış rapor, Eylül 2008, İnsan Hakları ve Hukuki İşler Genel Müdürlüğü, (Strazburg: Avrupa Konseyi, 2009). Bilgiye erişim hakkıyla ilgili olarak, Nisan 2010'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurusu yapılan ve halen devam eden *Yaman Akdeniz/Türkiye* (başvuru no. 20877/10) davasına bakabilirsiniz. Dava, «myspace.com» ve «last.fm» sitelerine erişimin engellenmesiyle ilgilidir ve «last.fm» müzik hizmeti veren bir sitedir. İnternette ifade özgürlüğüyle ilgili olarak, *Mouvement Raëlien Suisse/İsviçre* davasında (başvuru no. 16354/06, paragraf 54, 13 Ocak 2011; Büyük Daire'ye sevk edildi) Daire, "Sözleşme ve Protokollerinin güncel koşulların ışığında yorumlanması gerektiği ilkesi"ne dayanarak "bu güncel bilgi yayma aracının" geniş kesimlere ulaşma özelliğinin "dikkate alınması gerektiğine" dikkat çekti.

23 Ayrıca bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı, 24 Kasım 2011 tarihli Karar, dava C-70/10, *Scarlet Extended SA/Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SABAM)*, ve Başsavcı Pedro Cruz Villalón'un 14 Nisan 2011 tarihli görüşü, özellikle de paragraf 85-86.

24 Komisyon'un 6 Temmuz 1976 tarihli kararı, Kararlar ve Raporlar 8 (1977), s. 5.

10. maddesinde korunan hakların hiçbirine müdahale edilmediği sonucuna ulaşmıştı.[25] Telif hakkı koruması altındaki materyallerin alıntılanmasıyla ilgili olan *France 2/Fransa* davasında,[26] Komisyon, *France 2* adlı televizyon kanalına hak sahiplerine tazminat ödeme emri verilmesinin, 10. maddenin 2. paragrafının anlamı çerçevesinde «başkalarının haklarını» koruması açısından, yasalarda öngörülen ve «meşru bir amacı» hedefleyen bir «müdahale» oluşturduğunu öne sürerek başvurunun kabul edilemez olduğunu açıkladı. Komisyon, bilgi alma özgürlüğü ile iletilen bilgilerin yaratıcılarının hakları arasındaki çatışmalar konusunda karar vermenin Sözleşme organlarının görevi olmadığını da ekledi. Bu son açıklama eleştirilerle karşılandı.[27] Çizgi roman yaratıcılarının telif haklarının bir yayıncıya devredilmesiyle ilgili olan *Aral/Türkiye* davasında,[28] Komisyon başvurunun kabul edilemez olduğunu açıkladı[29] ve yaratıcıların ifade özgürlüklerine herhangi bir müdahale varsa bile bu müdahalenin başkalarının lehine istisnalarla meşrulaştığını savundu.

3. Çeşitleme (*Pianissimo*): İnsan hakları ve gürültü kirliliği

Komşular arasındaki ilişkiler bağlamında aşırı derecede yüksek sesli müzik başlı başına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali anlamına gelebilir. Mahkeme henüz doğrudan doğruya aşırı yüksek sesli müzik çalınmasıyla ilgili bir davaya bakmadı, ancak genel olarak "gürültü kirliliği"nin AİHS'in 8. maddesinin bir ihlalini oluşturabileceğine hükmetti.

Moreno Gómez/İspanya davasında başvurucu, evinin yakınındaki gece kulüplerinin geceleri gürültü yapmalarından ve kendisini rahatsız etmelerinden şikâyetçi olmuştu. Başvurucuya göre bu durumdan İspanya'nın yetkili makamları sorumluydu ve ortaya çıkan gürültü kirliliği 8. maddede güvence altına alınan konutuna saygı gösterilmesi hakkını ihlal ediyordu. Mahkeme, 16 Kasım 2004 tarihli kararında[30] başvurucunun tartışmasız bir şekilde geceleri rahatsız edici unsurların mevcut olduğu bir bölgede yaşadığına ve bu durumun özellikle hafta sonları gündelik hayatını yaşarken başvurucuyu rahatsız ettiğinin açık olduğuna dikkat çekti. Rahatsız edici unsurların mevcudiyetine pek çok kereler dikkat çekilmişti. Bu koşullar altında, İspanya yetkili makamlarının yaptığı gibi, akustik olarak doygunluğa ulaşmış bir bölgede

25 Herhangi bir müdahalenin bulunmadığı kararı yoğun eleştirilerle karşılandı. Bkz. C. B. Graber, a.g.k., yukarıdaki dn. 17, s. 16.

26 Başvuru no. 30262/96 (1997), Komisyon'un 15 Ocak 1997 tarihli raporu, değinildiği kaynak: C. B. Graber, a.g.k., yukarıdaki dn. 17, s. 17.

27 Bkz. P. B. Hugenholtz, a.g.k., yukarıdaki dn. 18, s. 359 ve devamı. Bkz. C. B. Graber, a.g.k., yukarıdaki dn. 17, s. 17.

28 *Aral/Türkiye*, başvuru no. 24563/94.

29 14 Ocak 1998 tarihli karar, alıntılayan: C. B. Graber, a.g.k., yukarıdaki dn. 17, s. 17.

30 *Moreno Gómez/İspanya*, başvuru no. 4143/02, ECHR 2004-X.

yaşayan bir kişinin belediye yetkililerinin zaten resmi olarak bilgilendirilmiş oldukları bir durumu kanıtlamasını şart koşmak için bir neden görülemedi. Mahkeme, gürültünün gece ve izin verilen düzeylerin üzerinde olduğunu ve yıllardır devam ettiğini göz önünde bulundurarak 8. maddeyle korunan hakların ihlal edildiğine hükmetti. Belediye Meclisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle güvence altına alınan haklara saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik tedbirler benimsemiş olmakla birlikte, sonradan, kendi koyduğu bu kuralların çiğnenmesine tekrar tekrar göz yummuş ve dolayısıyla buna katkıda bulunmuştu. Mahkeme, yetkili makamların gece gerçekleşen rahatsızlıkları önlemeye yönelik eylemde bulunmaması sonucunda başvurucunun konutuna saygı gösterilmesi hakkının ciddi bir şekilde ihlal edildiğine hükmetti ve davalı Devletin başvurucunun konutuna ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını güvence altına alma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek 8. maddeyi ihlal etmiş olduğunu savundu.

Mahkeme, benzer bir bağlamı olan *Oluić/Hırvatistan* kararında da[31] başvurucunun yıllardır maruz kaldığı gürültünün düzeyinin gerekli ciddiyet düzeyine ulaştığına ve dolayısıyla bu davanın koşullarında 8. maddenin geçerli olduğuna dikkat çekerek gürültü kirliliğiyle ilgili içtihadını teyit etmiş oldu. Ayrıca, ülkenin yetkili makamları bu durumun neredeyse sekiz yıl boyunca devam etmesine izin vermişlerdi ve bu süre boyunca idari makamlar ve İdare Mahkemesi nezdinde başlatılan yasal işlemler sonuca ulaştırılmamış ve dolayısıyla bu başvurular etkili bir yol olmaktan çıkmıştı. Mahkeme, bu davanın koşulları çerçevesinde, davalı Devletin başvurucunun konutuna ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını güvence altına almaya yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğine hükmetti. Bu çerçevede, Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu savundu.

4. Çeşitleme («Sıfır Desibel»): Müzik ve insan hakları ihlalleri

Müzik işkence teşkil edebilir ve şarkı sözleri insan hakları ihlallerinin aracı olabilir.[32]

31 *Oluić/Hırvatistan*, başvuru no. 61260/08, 20 Mayıs 2010.

32 Örneğin, Ariel Dorfman'ın *Death and the Maiden* [Ölüm ve Kız] adlı oyununda Schubert'in kuartetine yapılan atıf. İşkenceci Roberto işkence sırasında «Ölüm ve Kız» kuartetini çaldığı için bu parça Paulina'nın travmatik anıları için bir katalizör haline gelir. Bu oyun sonradan Alfons Karl Zwicker tarafından (Daniel Fuchs'un *libretto*'suyla) operaya dönüştürüldü. Bu operanın prömiyeri 2010'da Dresden'de yapıldı. İsviçre'deki prömiyer 2011'de St Gall'da gerçekleştirildi ve CD olarak satışa sunuldu. Bkz. A.K. Zwicker, *Der Tod und das Mädchen [Ölüm ve Kız]*. Frances Pappas (Paulina), Andreas Scheibner (Gerardo), Hans-Jürgen Schöflin (Roberto), St Gall Tiyatrosu'nun korosu, St Gall Senfoni Orkestrası, Jonathan Stockhammer (şef). Grammont Portrait/Musiques Suisses MGB, CTS-M 133 (2 CD). Bu konuda «tsr» imzasıyla yayımlanan şu makaleye de bakabilirsiniz: «Der Tod und das argentinische Mädchen» [Ölüm ve Arjantinli Kız], *Neue Züricher Zeitung*, 4 Mayıs 2012, s. 27.

Aşırı gürültü ve özellikle aşırı müzik, insanlık dışı muamele ve hatta işkence olarak kullanılabilir. Mahkeme'nin 18 Ocak 1978 tarihli *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında[33] (gürültüye maruz bırakmayı da içeren[34]) «beş teknik» adı verilen tekniklerin kullanımının AİHS'in 3. maddesini ihlal edecek şekilde insanlık dışı ve onur kırıcı muamele oluşturduğuna hükmettiği yaygın olarak bilinir. Müziğin psikolojik operasyonlarda (kötüye) kullanıldığı durumlar olmuştur. Mahpuslara ya da kuşatma altındaki insanlara kesintisiz olarak yüksek sesli müzik dinletme uygulamasını eleştirenler bu uygulama için bazen «müzik işkencesi» terimini kullanırlar.[35] Bu konuda hemen akla gelen bazı örnekler vardır. *Washington Post*, sızdırılan bir Kızılhaç raporundan alıntı yaparak Guantanamo Körfezi için şunları yazmıştı: «Kızılhaç'ın dikkat çektiği fiziksel taktikler arasında tutukluları aşırı derecede soğuk odalarda bangır bangır çalan müziğe maruz bırakmak ve uzun süreler boyunca diz çökmeye zorlamak da vardı ...».[36] Uluslararası Af Örgütü'ne göre, Irak'ta, «[t]utuklular gözaltı ve tutukluluk süreleri boyunca rutin olarak zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamelelere maruz bırakıldıklarını bildirdiler. Pek çoğu, Uluslararası Af Örgütü'ne, ABD ve Birleşik Krallık askerlerinin sorgulama sırasında kendilerini işkence ve kötü muameleye maruz bıraktıklarını söylediler. Sıklıkla bildirilen yöntemler arasında uzun süre uykudan yoksun bırakılma, dayak ve uzun süreli olarak acı verici konumlarda tutulma vardır ve bazen yüksek sesli müziğe maruz bırakılmak da bunlara eşlik etmiştir...».[37]

Bu durum, müzisyenleri, müziklerinin bir kötü muamele ya da işkence tekniği olarak kullanılmasına yönelik itirazlarını koordine bir biçimde ifade etmeye sevk etti. Bu girişime «Sıfır Desibel» (Zero dB) adı verildi. Sıfır Desibel, Guantanamo Körfezi'nde tutulan otuzu aşkın kişiyi temsil eden hukuki yardım kuruluşu Reprieve'in kurduğu, müzik işkencesine karşı bir girişimdir. Sıfır Desibel, müzik işkencesi uygulamasının yaygın bir şekilde kınanmasını teşvik ederek ve hükümetlere Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Uluslararası Sözleşmesi'ni ve diğer ilgili antlaşmaları destekleme ve uygulamaya

33 *İrlanda/Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, Seri A no. 25.

34 Tutukluların sorgulama sırasında sürekli yüksek sesli ve tıslamalı müziğin olduğu bir odada tutulması.

35 http://en.wikipedia.org/wiki/Music_in_psychological_operations.

36 Josh White, John Mintz (1 Aralık 2004), "Red Cross Cites 'Inhumane' Treatment at Guantanamo" [Kızılhaç Guantanamo'da 'İnsanlık Dışı' Muameleden Bahsediyor]. *Washington Post*, A10; bkz. http://www.washington post.com/wp-dyn/articles/A21262-2004Nov30.html (27/11/2007'de erişildi). Yukarıda 35. dipnotta belirtilen Wikipedia maddesinde alıntılanmıştır.

37 "Iraq: Torture not isolated – independent investigations vital" [Irak: İşkence münferit değil – bağımsız soruşturmalar yaşamsal önemde]. Amnesty International [Uluslararası Af Örgütü], 30 Nisan 2004. Bkz. http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE140172004 (27/11/2007'de erişildi). Yukarıda 35. dipnotta belirtilen Wikipedia maddesinde alıntılanmıştır.

koyma çağrısında bulunarak bu uygulamayı durdurmayı amaçlar. Girişim, Müzisyenler Sendikası tarafından da desteklenmektedir ve Sendika Britanyalı müzisyenlere müziğin işkence amacıyla kullanılmasına karşı tepkilerini yüksek sesle ifade etme çağrısında bulunmaktadır.[38]

Müzisyenlerin bilgi alma hakkına dayalı olarak başlattıkları başka bir girişim daha vardır. 2009'da *Washington Post*'ta yayımlanan bir yazıya göre, «onlarca müzisyen, Washington merkezli bağımsız bir araştırma kurumu olan National Security Archive'ın, Bilgi Özgürlüğü Yasası uyarınca yaptığı, müziğin sorgulama uygulamaları çerçevesinde kullanılmasıyla bağlantılı tüm kayıtların açıklanmasına yönelik talebine destek verdiklerini açıkladılar. Sanatçılar, müziğin işkenceyle bağlantılı şekilde kullanılmasına karşı resmi bir protesto da başlattılar.»[39]

«Müzik işkencesi»nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi kapsamında mutlak bir şekilde yasaklanmış olmasının yanı sıra, ırkçı hakaretler içeren şarkı sözleri de, belli durumlarda, 8. madde kapsamında yetkili makamlara pozitif yükümlülükler getirebilir. Mahkeme'nin bir süre önce belirttiği gibi, «... bir grubun herhangi bir şekilde olumsuz yönde stereotipleştirilmesi, belli bir düzeye ulaştığında, grubun kimlik anlayışını ve grubun üyelerinin özsaygı ve özgüven duygularını etkileyebilir. Bu tür bir stereotipleştirme, bu anlamda, grubun üyelerinin özel hayatlarını etkileyen bir durum olarak görülebilir.»[40] Aynı zamanda, ırk nefretini besleyen şarkı sözleri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin koruması altında değildir.[41]

5. Çeşitleme (*Tristamente*): Müzik ve siyaset

Müzik siyasi bir araç olarak da kullanılabilir. Müziğin bu yönü, Kanada'daki «Rights and Democracy» kuruluşunun başlattığı bir öğrenci projesinin sonucu olan bir makalede incelenmiştir.[42] Besteci siyasi baskı mağduru olabilir. Ya da müzik otoriter rejimlere hizmet edecek şekilde kullanılabilir.

38 Bkz. yukarıdaki 35. dipnotta belirtilen Wikipedia maddesi.

39 Joe Heim, "Musicians seek Guantanamo records on detainee torture" [Müzisyenler Guantanamo'da tutulanlara işkence etmek için hangi müziklerin kullanıldığını araştırıyor], *Washington Post,* 22 Ekim 2009.

40 *Aksu/Türkiye* [BD], başvuru no. 4149/04 ve 41029/04, paragraf 58, 15 Mart 2012.

41 Homofobik stereotipleştirmeyle ilgili olarak bkz. *Vejdeland/İsveç*, başvuru no. 1813/07, 9 Şubat 2012. Kutsal değerlere hakaretle ilgili olarak, bkz. L. D. Gregg, "Freedom of Expression and Music Contracts: Is there a Place for Blasphemy Anymore?» [«İfade Özgürlüğü ve Müzik Sözleşmeleri: hâlâ Kutsal Değerlere Hakarete Yer Var mı?»], *Entertainment Law*, Cilt 1, No. 3, 53-71.

42 Bkz. C. Fleury, P. Labbé, G. Pritchett, "The Universality of Music and Human Rights" [Müziğin ve İnsan Haklarının Evrenselliği], *La Scena Musicale*, Cilt 10, No. 2.

Her iki yönü birkaç örnekle kısaca inceleyelim.

Besteciler sıklıkla müzik yaratımları nedeniyle baskı yaşarlar. Bu konuda hemen akla gelen birçok örnek vardır. Örneğin, Dmitri Shostakovich ve Sergei Prokofiev, Stalinist rejimin kurallarına uymaya çalışmalarına rağmen rejim tarafından aşırı formalizmle, elitizmle ve dolayısıyla sosyalizm karşıtı davranmakla suçlanmaktan kurtulamadılar.[43] Diğer taraftan, Sovyet karşıtı bir teması olan bir filmde (*The Iron Curtain [Demir Perde]*) belli bir müziğin kullanılıp kullanılamayacağı konusundaki ilginç bir davada bestecilerin kurallara uygun davranışları ortaya kondu.[44] Kanada'da Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin temsilcilerine atfedilen casusluk faaliyetlerinin konu alındığı bu filmde, yapımcı (fon müziği olarak) Rusya vatandaşı ve sakini olan bestecilerin bestelerini kullanmış ve filmin jeneriğinde bu bestecilerin adlarına yer vermişti. Bestecilerden birinin adı filmin içinde de geçiyor, filmin karakterlerinden biri ondan takdir edici bir şekilde bahsediyordu. Bu konuda New York Medeni Haklar Yasasının gizlilik hakkını koruyan 50. ve 51. maddelerine dayanılarak yapılan başvuru[45] reddedildi ve adların ve müziğin kullanılmasının yasaklanması talebi geri çevrildi. New York Yüksek Mahkemesi, hakaret iddiasını reddetti ve filmde söz konusu müziğin kullanılmasının bestecilerin ülkelerine sadakatsizlik ettiklerini göstermediğine karar verdi. Mahkeme, bestecilerin iftiraya uğradıklarının kanıtının olmadığı, filmde bestecilerin filmin yapımına katıldıklarının ya da filme onay ya da destek verdiklerinin hiçbir göstergesinin bulunmadığı ve filmi onayladıklarının «kesin bir şekilde ima edilmediği» sonucuna ulaştı. Bestecilerin yapıtlarının kamu malı statüsünde olduğu ve başkaları tarafından serbestçe yayımlanabilece-

43 Bu konuda C. Fleury vd. (yukarıdaki dn. 42) 1934'te Shostakovich'in Mtsenskli Lady Macbeth adlı operasının sahnelenmesinin ardından *Pravda*'da yayımlanan yorumları örnek gösterirler: «…müzik kasıtlı olarak kaotik hale getirilmişti ve klasik müziğe hiç benzemiyordu […]. Bu burjuva 'yenilikçilik' gerçek sanat, bilim ve edebiyattan uzaklaşılmasına yol açmıştır». Besteci buna yanıt olarak, «Sovyet sanatçısının haklı eleştirilere yanıtı» alt başlığını taşıyan 5. Senfoni'yi besteledi. Bkz. E. Levy, «Dmitri Shostakovich. Soviet voice of the oppressed» [Dmitri Shostakovich. Ezilenlerin Sovyet sesi], *The Great Composers [Büyük Besteciler]* (Katie Derham'ın Önsözü), *BBC Music Magazine* (Ek), Mayıs 2012, 92-93. Prokofiev'in (Sovyetler Birliği'nin sanayileşmesini anlatan) *Le Pas d'Acier [Çelik Adım]* (1926) adlı balesi de Batı Avrupa'da beğeniyle karşılanmasına rağmen Rusya Proleter Müzisyenler Birliği (RAPM) tarafından «karşı devrimci» olması gerekçesiyle kınandı ve yasaklandı. Yapıtının reddedilmesiyle sarsılan Prokofiev, «yeni yalınlık» adını verdiği ve geniş bir kitlenin kolayca anlayabilmesini ama tekrar tekrar dinlemek istemesini amaçladığı bir müzik tarzı geliştirmeye başladı. Bkz. D. Jaffé, «Prokofiev. 20th-century Russian master» [Prokofiev. 20. yüzyıl Rus müzik ustası], *The Great Composers [Büyük Besteciler]*, a.g.k., 70-71.

44 *Shostakovich/Twentieth Century Fox Film Corp.*, 196 Misc. 67, 80 N.Y.S. 2d 575, C.O. Bull. 26, 320 (1948).

45 Eski Sovyetler Birliği ile ABD arasında telif hakkı konusunda herhangi bir anlaşma mevcut değildi. Dolayısıyla, tüm müzikler kamu malı statüsündeydi ve herhangi bir telif hakkı koruması altında değildi.

ği, kopyalanabileceği ya da derlenebileceği için kesin ya da başka şekilde bu tür bir imanın mevcut olmadığına karar verildi. Mahkeme, haklı bir gerekçe olmaksızın kasıtlı olarak zarar verme fiilinin dava konusu olabileceğini ve manevi hak adı verilen doktrin çerçevesinde bir bestenin kamusal alanda kullanılmasının yasaklanmasının mümkün olabileceğini kabul etmekle birlikte, bu tür bir kasıtlı zarar verme ya da bir manevi hakkın çiğnenmesi durumunun açık bir şekilde kanıtlanamaması durumunda ihtiyati tedbir kararının çıkarılamayacağını savunarak yaratıcıların «manevi haklarına» dayandırılan talebi de reddetti.[46]

Nazi Almanyası'nda da pek çok besteci «dejenere» olarak yaftalanmıştı. Bu durum, 1938'de Düsseldorf'ta gerçekleştirilen ve bir yıl önce Münih'te gerçekleştirilmiş «Entartete Kunst» («Dejenere Sanat») sergisinin devamı niteliğinde olan «Entartete Musik» («Dejenere Müzik») sergisiyle açıkça ortaya konmuştur.[47] Bu etkinlikte «Alman müziksel yaratıcılığının on temel ilkesi»nin ilan edildiğine ve bu ilkelerin sonradan Reichsmusikkammer tarafından yasalaştırıldığına da dikkat edilmelidir.[48] Bu sergiyle anayasa hukukçusu Carl Schmitt tarafından kuramlaştırılan «dost-düşman» ikiliği müzik dünyasına uygulandı.[49]

---

46 Bkz. A. Strowel, a.g.k., yukarıdaki dn. 17, s. 557, alıntılayan: D. Spielmann, a.g.k., yukarıdaki dn. 7, s. 199. AİHS çerçevesinde mümkün olan karmaşık senaryolar konusunda yukarıdaki 2. Çeşitlemeye bkz.

47 Bkz. C. Fleury vd., a.g.k., yukarıdaki dn. 42. Ayrıca bkz. P. Huynh, "'…plus sombres les archets…' Le troisième Reich et la musique" ["'…yaylılar daha karanlık …' 3. Reich ve müzik"], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, 8 Ekim 2004 – 9 Ocak 2005 tarihleri arasında Paris'te, Musée de la Musique'te düzenlenen bir sergiye eşlik eden kitap, (Paris: Musée de la musique/Fayard, 2004), s. 13. Özellikle aynı kitapta A. Dümling'in makalesine bkz. «Les journées musicales du Reich et l'exposition 'musique dégénérée'" [Reich'ın müzik günleri ve 'dejenere müzik' sergisi], 115-121. Ayrıca bkz. A. Du Closel, *Entartete Musik: Les voix étouffées du IIIe Reich [Dejenere Müzik: 3. Reich'ın bastırılmış sesleri]* (Paris: Actes Sud), 2005. Bir örnek olarak, ayrıca besteci Ernst Křenek'in caz müziğinden etkilenerek bestelediği ve 1938'deki «Dejenere Müzik» sergisine dahil edilen *Jonny spielt auf [Jonny çalıyor]* operasına bakabilirsiniz. Sergide Korngold, Hindemith, Weill ve Zemlinsky'nin yapıtları da yer almıştı. İtalya'da ise, 1930'ların sonlarında kabul edilen ırk yasalarına rağmen, kültür ortamı, Nazi Almanyası'nda benimsenen, kasıtlı olarak izolasyonist yaklaşımdan çok daha kozmopolit bir görünüme sahip olmaya devam etti. Bu durum, Bartók, Hindemith, Berg ve Stravinsky gibi bestecilerin yapıtlarının Naziler tarafından yasaklandıktan sonra uzun süre İtalya'da icra edilmeye devam edilmesini açıklıyor. Örneğin, 1942 gibi bir tarihte Berg'in ekspresyonist operası Wozzeck La Scala'da sahneye konabilmişti. Bu konuda bkz. E. Levi, «Towards an Aesthetic of Fascist Opera» [Bir Faşist Opera Estetiğine Doğru], M. Balfour (der.), *Theatre and War. 1933-1945, Performance in Extremis [Tiyatro ve Savaş. 1933-1945, Çok Zor Koşullarda Performans]* (New York, Oxford: Berghahn Books, 2001), 32-45 s. 43.

48 *Amtliche Mitteilungen der Reichsmusikkammer* [Reichsmusikkammer (Reich Müzik Odası) Resmi Tebligatlar], no. 11 (1 Haziran 1938), alıntılayan: P. Huynh, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 16, 24. dipnot.

49 W. Ruppert, "Introduction. La culture d'Etat au service du Troisième Reich," [Giriş. Devletin kültürü 3. Reich'ın hizmetinde] *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k.,

Nazi rejimi döneminde pek çok besteci ülkeden kaçtı[50] ya da Nazi toplama ya da imha kamplarına gönderildi.[51] Eski Sovyetler Birliği'nde müzisyenler Sovyet Gulag kampına gönderiliyordu.[52] Çalışma kamplarında tutulan bazı müzisyenler yine de beste yapabildiler, hatta olumlu bir imaj yaratmak için özellikle beste yapmaya teşvik edilen müzisyenler de oldu. Terezín (Theresienstadt) Kampı'nda 1941 ile 1944 yılları arasında üretilen müziklerden oluşan önemli bir derleme albüm vardır.[53] 1945'te ölen Gideon Klein dışında, yapıtları bu 2 CD'lik koleksiyonda yer alan tüm besteciler 1944'te Auschwitz'de öldüler. Eckhard John'un dikkat çektiği gibi, toplama kamplarında müzik konusu hiçbir zaman kapanmayacak bir yaradır.[54]

---

yukarıdaki dn. 47, s. 97. Ayrıca bkz. Y. C. Zarka, *Carl Schmitt ou le mythe du politique [Carl Schmitt ya da politika miti]*, (Paris: Presses Universitaires de France, 2009) ve R. Mehring'in Carl Schmitt biyografisi. *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie [Carl Schmitt. Yükseliş ve Düşüş. Bir Biyografi]* (Münih: C.H. Beck, 2009).

50 P. Petersen, "Musiciens en exile" [Sürgündeki müzisyenler], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 187-202.

51 Örneğin, Çek modern ve çağdaş klasik müzik bestecisi, orgcu ve koro şefi Petr Eben. Eben, Katolik olarak yetiştirilmiş olsa da, Yahudi bir babanın oğluydu ve 1943'te Naziler tarafından okuldan atılarak savaş süresince Buchenwald'da tutuldu. Eben sonraki dönemlerde de hiçbir zaman Çek Komünist Partisi'ne katılmayı kabul etmedi, açıkça kiliseye gidip gelmeyi sürdürdü ve bu nedenle kariyerini ilerletmek için pek çok fırsattan feragat etmiş oldu. Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Petr_Eben.

52 Örneğin, bkz. Alexander Solzhenitsyn, "The Muses in Gulag" [Gulag'daki İlham Perileri], M. Balfour (der.), *Theatre and War. 1933-1945, Performance in Extremis [Tiyatro ve Savaş. 1933-1945, Çok Zor Koşullarda Performans]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, 124-136.

53 *Terezín: The Music 1941-44*. 1. CD'de Gideon Klein, Viktor Ullmann ve Hans Krása'nın oda müziği yapıtları vardır. 2. CD'de Hans Krása'nın çocuklar için yazdığı *Brundibár* adlı operası ve Ullmann ve Pavel Haas'ın şarkıları bulunur. Viktor Ullmann, ayrıca, Lutheran korallerden, ulusal marşlardan ve caz ritimlerinden esinlenerek *The Emperor of Atlantis [Atlantis'in Kayzeri]* adlı bir opera bestelemişti. Terezín'de müzik konusunda özellikle bkz. M. Kuna, «Music in the Terezín Ghetto» [Terezín Gettosunda Müzik], *Art against Death [Ölüme Karşı Sanat]*, (Eski Magdeburg Kışlası'ndaki daimi Terezín'i Anma sergileri), (Helena Osvaldová, Nakladatelství Oswald, 2002, 2009), 19-49. Özellikle s. 24-25'te, Terezín Gettosu'nda müzik hayatının bazı önemli şahsiyetlerinin adları belirtilir: Karel Reiner, Rafael Schächter, Hans Krása, Pavel Haas, Gideon Klein, Viktor Ullmann ve Karel Ančerl. Ayrıca bkz. P. Huynh, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 23 ve L. Richard, "Heurs et malheurs d'une culture juive sous le contrôle de Berlin à Thérésine" [Terezín'de Berlin'in kontrolü altındaki bir Yahudi kültürünün talihi ve talihsizlikleri], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 203-218, E. John, "La musique dans le système concentrationnaire nazi" [Nazi toplama kampı sisteminde müzik], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 219-227, ve P. Jelavich, "Cabaret in Concentration Camps" [Toplama Kamplarında Kabare], M. Balfour (der.), *Theatre and War. 1933-1945, Performance in Extremis [Tiyatro ve Savaş. 1933-1945, Çok Zor Koşullarda Performans]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, 137-163, özellikle Westerbork kampı.

54 E. John, a.g.k., yukarıdaki dn. 53. Yazar, Paul Celan'ın 1948'de yayımlanan *Todesfuge [Ölüm Fügü]* şiirine de değinir. Şiir yapı açısından bir füge benzer; tıpkı bir fügde olduğu gibi söz grupları yeniden birleştirilir. Şiirin başlığı da *Todesmusik*'e *[Ölüm Müziği]* bir atıf olarak görülebilir; toplama kamplarında tutulanlar gaz odalarında ölümü bekleyen kişiler için müzik parçaları çalmaya zorlanıyorlardı. Celan'ın çoğu şiiri gibi «Todesfuge» de son derece gizemlidir ve tek

Nazi Almanyası, müziğin otoriter rejimlerin çıkarlarına hizmet edecek şekilde kullanılmasının pek çok örneğini de sunar. Başka bestecilerin yanı sıra, Richard Wagner'in[55], Franz Liszt'in[56] ve hatta Ludwig van Beethoven'ın besteleri siyasi ve ideolojik amaçlarla kullanılmış, daha doğrusu kötüye kullanılmıştır.[57] Bazı besteci ve şeflerin bir şekilde rejimle geçinmeyi başardıkları bilinmektedir.[58] Bazı müzisyenler ise bunun da ötesine geçerek bilfiil totaliter idealleri savundular. Örneğin, Werner Egk'in *Die Zaubergeige [Sihirli Keman]* adlı operası, çok başarılı oldu ve bazı çevrelerde ilk gerçek Nasyonal Sosyalist müzik ve tiyatro yapıtlarından biri olarak görüldü.[59] Nazi propagandacıları-

bir anlama indirgenmeye direnir. Şiirin ilk kıtası «Schwarze Milch der Frühe» şeklinde çarpıcı bir imgeyle başlar. Bunu «şafağın siyah sütü» şeklinde çevirebiliriz. Füğün yinelemeli yapısına benzer şekilde diğer altı kıtanın üçünde bu dize yinelenir. Şiirin büyük bölümünde özne, bu «siyah süt»ü içen, havada ve toprakta mezarlar kazan ve adı belirtilmemiş bir «Adam» tarafından şarkı söylemesi, dans etmesi ve mezar kazması emredilen kolektif bir «Biz»dir. Kolektif «Biz»in karşısına konan bu kişi, Almanya'ya mektuplar yazar, yılanlarla oynar ve palaskasındaki silahı kullanmaya hazır şekilde emirler verir. Şiirin en çok zihinde yer eden yanlarından biri sıklıkla saçlara atıfta bulunulmasıdır: Bu tema ilk olarak ilk kıtada geçer. «Adam» Almanya'ya yazdığı mektupta «senin altın saçların Margarete» ifadesini kullanır. Aynı sözcükler ikinci kıtada da yinelenir, fakat burada ikili bir imgeye dönüştürülür: "Senin altın saçların Margarete/senin kül olmuş saçların Sulamith" ("dein goldenes Haar Margarete/ Dein aschenes Haar Sulamith"). Bu sözler şiirin geri kalanı boyunca yinelenir ve kapanış dizelerini oluşturur. Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Todesfuge.

55 1850'lerde Richard Wagner'in Alman müzik bilincinin üstünlüğü fikrini savunduğuna dikkat edilmelidir. Bkz. P. Huynh, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 14, ve E. Michaud, "1933: le triomphe de Richard Wagner. La destruction de la politique" [1933: Richard Wagner'in zaferi. Politikanın yıkımı], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, 59-66.

56 *Wochenschau* adı verilen haftalık haber bültenlerini süslemek için *Les Préludes [Prelütler]* senfonik şiiri kullanılıyordu.

57 Arturo Toscanini, bir keresinde bir özgür ve bir baskı altındaki ülkede eş zamanlı olarak Beethoven çalmanın mümkün olmadığını iddia etmişti. Buna karşılık, Wilhelm Furtwängler, 1936'da, Beethoven'ın müziğinin çalındığı her yerde halkı özgürleştirdiğini düşündüğünü söyledi. Bkz. E. Buch, "Beethoven et le Troisième Reich: profil d'un Titan conservateur" [Beethoven ve 3. Reich: Muhafazakar bir devin profili], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 47, ve Beethoven'ın mesajı ve bu mesajın yeniden yorumlanması üzerine derinlemesine bir tartışma için s. 58. Beethoven'ın müziğinin barışçı mesajlar vermek için kullanılabildiği gibi, totaliter rejimler tarafından gasp edilebildiği de bir gerçektir. Stanley Kubrick'in *Clockwork Orange [Otomatik Portakal]* (1971) adlı filminde Üçüncü Reich'ın korkunç uygulamalarını kınamak için Beethoven'ın müziğine de atıfta bulunulur. Aşağıdaki «6. Çeşitleme»de de *Neşeye Övgü*'ye atıfta bulunuluyor. Beethoven'ın *Fidelio* adlı operası da yine bir «siyasi» opera örneğidir. Bkz. P. Wachsmann, a.g.k., *Mélanges Mourgeon [Mourgeon'a İthaf Edilen Çalışmalar]*, yukarıdaki dn. 5, ve O. Rathkolb, "La musique, arme miracle du régime nazi" [Nazi rejiminin mucizevi silahı olarak müzik], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 155.

58 Örnek, olarak, besteciler için Reichsmusikammer Başkanı Richard Strauss, Hans Pfitzner, Carl Orff ve Werner Egk; şefler için Wilhelm Furtwängler, Herbert von Karajan ve Hans Knappertsbusch. Berlin Filarmoni Orkestrası için bkz. M. Aster, *The Reich's Orchestra, The Berlin Philharmonic 1933-1945 [Reich'ın Orkestrası, Berlin Filarmoni 1933-1945]* (Londra: Souvenir Press, 2010).

59 E. Levi, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, 32-45 s. 35.

nın karanlık vizyonlarında, müzik becerileri Nazilerin ideallerine uygun düşen tipik Alman özellikleri olarak betimleniyordu. Cornell Üniversitesi'nde Müzik Profesörü olan David Yearsley, Alman org sanatlarının nasıl Nazi müzikologlarının yanı sıra Nazi tasarımcılarına da esin kaynağı olduğunu ortaya koyar. Yearsley, 1935'te Lothar Heinemann'ın köklü org tasarımından esinlenerek hazırladığı o ünlü turizm afişi için şunları söyler: «Heinemann'ın öfke dolu, çelik mavisi renkteki Nazi Kartalının tüyleri org boruları şeklindedir. Şeklin ortasındaki parlak renkli dikey org borularının iki yanında hafifçe eğik konumda ve biraz daha koyu renkte yükselen ışık huzmeleri kanatları oluşturur.»[60] Fakat bazı besteler özellikle totaliter rejime hizmet etmek üzere tasarlanmıştı. Bunun için sıklıkla değinilen bir örnek, Horst Wessel'in «*Die Fahne hoch» [Bayrağı Yükselt]* adlı şarkısıdır. Bu şarkı Nazi Almanyası'nın ikinci ulusal marşı haline gelmişti.[61] Nazi ve yabancı düşmanlığı şarkıları 1920'den beri yapılıyordu. Bunlar arasında Nazi tezahüratları (1920-1926), S.A.'nın hücum marşları (1926-1933), tören müzikleri (1933-1939) ve ordu marşları (1935-1939) vardı.[62]

6. Çeşitleme (*Moderato*): Müzik için bir esin kaynağı olarak insan hakları

Yukarıda değinilen «Müzik ve İnsan Haklarının Evrenselliği»[63] makalesinde müzik için bir esin kaynağı olarak insan haklarına da atıfta bulunulur.

60 D. Yearsley, *Bach's Feet. The Organ Pedals in European Culture [Bach'ın Ayakları. Avrupa Kültüründe Org Pedalları]* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), s. 273. Nazi Almanyası'nda org müziği üzerine ve özellikle hem orgu çevreleyen siyasi ideolojiler ve Nazi Almanyası'ndaki org repertuarıyla hem de bu ortamda Karl Straube'nin Leipzig okulunun rolüyle ilgili olarak, bkz., M. Kaufmann, H.H. Eggebrecht (der.), *Orgel und Nationalsozialismus: Die ideologische Vereinnahmung des Instrumentes im 'Dritten Reich'*, Schriftenreihe der Walcker-Stiftung für Orgelwissenschaftliche Forschung [Org ve Nasyonal Sosyalizm: '3. Reich''da Enstrümana İdeolojik Olarak El Koyma, Walcker Vakfı'nın Org Bilimi Araştırmaları Yazı Dizisi], no. 5 (Kleinblittersdorf: Musikwissenschaftliche Verlags-Gesell-schaft mbH, 1997), alıntılayan: C. Anderson, *Max Reger and Karl Straube, Perspectives on Organ Performing Tradition [Max Reger ve Karl Straube, Org İcrası Geleneği Üzerine Perspektifler]*, (Aldershot/Burlington: Ashgate Publishing Limited, 1996) s. 5.

61 A. Riethmüller, "Mécanique brune: les musiciens dans les institutions du Troisième Reich" [Mécanique brune [Kahverengi mekanik]: 3. Reich'ın kurumlarındaki müzisyenler], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 46, s. 103, J.-L. Nancy, "Introduction. Marchez en esprit dans nos rangs…" [Giriş. Saflarımızda coşkuyla yürüyün...], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, 140-146, s. 144. Ayrıca bkz. G.-A. Goldschmidt, "Introduction. 'Culture' nazie, culture de mort" [Giriş. Nazi "kültürü", ölüm kültürü], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 29.

62 Bkz. J. Schebera, "Le front rouge, réduisez-le en bouillie… Un apercu sur les chants de combat nationaux-socialistes" [Kızıl Cephe'yi darmadağın edin... Nasyonal Sosyalistlerin hücum marşlarının bir değerlendirmesi], *Le IIIe Reich et la musique [3. Reich ve müzik]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 47, s. 168-177.

63 Bkz. C. Fleury vd., yukarıdaki dn. 42.

Haklı olarak şu noktaya dikkat çekilir: «Çağlar boyunca pek çok besteci insan hakları meselelerini önemli bir esin kaynağı olarak görmüştür. Bazen insan haklarının ihlal edilmesinin yarattığı öfke bestecinin müzikal yaratıcılığını harekete geçirmiş, bazen de bu hakların yarattığı büyük coşku itici güç olmuştur». Çalışmada bu bağlamda değinilen yapıtlardan biri de Beethoven'ın 9. Senfonisi ve bu senfoninin Schiller'in *Neşeye Övgü* şiirine dayanan son bölümüdür. *Neşeye Övgü*'nün Avrupa Konseyi'nin marşı haline geldiğini de hatırlatmak istiyorum. Yukarıda belirtilen çalışmada Benjamin Britten'ın *War Requiem [Savaş Requiem'i]* adlı yapıtına da değinilir. Bu yapıt 1. Dünya Savaşı'nda öldürülen bir asker olan Wilfred Owen'ın dokuz şiirini içerir. Başlangıçta üç ülkenin barışmasının simgesi olması amacıyla özel olarak üç solist (Alman bariton Dietrich Fischer-Dieskau, Rus soprano Galina Vishnevskaya ve Britanyalı tenor Peter Pears) için bestelenen *Savaş Requiem'i*, 30 Mayıs 1962'de eski binasının kalıntıları savaşın yıkıcılığını hatırlatması için korumuş olan Coventry Katedrali'nin kutsanması töreninde icra edildi. Ne var ki, Sovyet yetkililer Vishneuskaya'nın icraya katılmasına izin vermediler.[64] Yukarıda değinilen "Müzik ve İnsan Haklarının Evrenselliği"[65] makalesinde bu konuda gösterilen diğer örnekler, Dmitri Shostakovich'in Yegeni Yevtushenko'nun 2. Dünya Savaşı sırasında işlenen insan hakları ihlallerini konu alan *Babi Yar* adlı şiirinden esinlenerek bestelediği 13. Senfonisi[66], Arnold Schoenberg'in *Varşova'da Sağ Kalan Bir Kişi* adlı yapıtı ve 1995'te, Krystof Penderecki başta olmak üzere, 2. Dünya Savaşı sırasında çatışmanın her iki tarafında yer alan 14 ülkeden bestecilerin ortak bir girişimle bu savaşta hayatlarını kaybedenlerin anısına ithaf ettikleri *Requiem der Versöhnung* adlı bir yapıt geliştirmeleridir.[67]

Bu bağlamda, Olivier Messiaen'in *Quatuor pour la fin du temps* [Zamanın Sonu İçin Kuartet] adlı yapıtına özel olarak değinmek gerekir. Fransa, Almanya'yla savaşa girdiğinde Messiaen 31 yaşındaydı. Haziran 1940'ta yakalandı ve savaş tutsaklarının tutulduğu bir kampa hapsedildi. Kuartetin prömiyeri 15 Ocak 1941'de, Stalag VIIIA'da, eski ve kırık çalgılarla ve diğer savaş tutsaklarından ve infaz koruma memurlarından oluşan yaklaşık dört yüz kişilik bir dinleyici kitlesi önünde yapıldı.[68] Bu önemli yapıt, «kişisel

64 Vishnevskaya'nın yerini Soprano Heather Harper aldı. Bkz. "An Evening of Hope, Britten's War Requiem" [Bir Umut Akşamı, Britten'ın Savaş Requiem'i], *BBC Music Magazine*, Mayıs 2012, 42-45.

65 Bkz. yukarıdaki dn. 42.

66 Şiir, Holokost sırasında Ukrayna'daki Babi Yar vadisinde katledilen 30.000'i aşkın Yahudi'nin trajik öyküsünü anlatır. Bkz. D. Stahel, *Kiev, 1941, Hitler's Battle for Supremacy in the East [Hitler'in Doğu'da Üstünlük Kurma Savaşı]* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), s. 259-260.

67 Bkz. C. Fleury vd., yukarıdaki dn. 42.

68 Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Quatuor_pour_la_fin_du_temps. Bkz. C. Dingle, "Olivier Messiaen. A 20th Century Visionary» [Olivier Messiaen. Bir 20. Yüzyıl Vizyoneri], *The Great Composers [Büyük Besteciler]*, a.g.k., yukarıdaki dn. 43, s. 62-63.

inanç, kararlılık ve eylemin simgesi haline gelmiş» bir yapıt olarak görülür,[69] fakat ilk icrası hangi koşullarda yapılmış olursa olsun, insan hakları temasıyla ancak dolaylı bir bağlantı içinde gibi görünmektedir.

Messiaen deyince, onun öğrencisi, arkadaşı ve *Institut de France*'ta halefi olan Marius Constant (1925-2004) da akla gelir. Constant'ın en önemli yapıtlarından biri, «Des Droits de l'Homme» [İnsan Hakları Hakkında] adlı oratoryodur. 1989'da bestelenen ve prömiyeri yapılan oratoryo çeşitli edebi metinlerin yanı sıra *Magna Carta, Habeas Corpus Acts, Bill of Rights* ve 1789 tarihli Fransız *Déclaration des Droits de l'Homme* gibi insan hakları belgelerine dayanır.

Angaje müzikal sanatın (*art engagé*) en ünlü örneklerinden biri, Yunanistan'daki sağcı cunta (Albaylar Rejimi) sırasında yeraltına çekilmiş olan besteci Mikis Theodorakis'in müziğidir. Theodorakis, yakalanmış ve bir toplama kampına gönderilmişti. Dmitri Shostakovich, Leonard Bernstein, Arthur Miller ve Harry Belafonte'nin öncülük ettiği bir uluslararası dayanışma hareketi onun serbest bırakılması için kampanya yürüttü. Sonunda Mikis Theodorakis, 1970 yılında Paris'e sürgüne gitti. Kendisini tamamen insan hakları konusunda uluslararası bilinci yükseltmeye adamış olan Yunan besteci, diktatörlük rejimi altında ve sürgün yıllarında pek çok beste yaptı ve Yunanistan'daki diktatörlüğe karşı direnişin simgesi haline geldi. Şu anda inzivada yaşayan besteci okuyor, yazıyor, bestelerinin farklı düzenlemelerini ve kültür ve siyaset üzerine çeşitli metinler yayımlıyor.[70]

7. Çeşitleme (*Finale*: *Allegro Presto*): İnsan haklarını desteklemek için bir araç olarak müzik

Böylece orijinal temanın sonuncu (ancak tamamlanmamış) çeşitlemesine ulaştık: Müzik insan haklarını desteklemek için bir araç işlevi görmelidir. Müziğin fikirleri desteklemekteki olağanüstü gücünü gösteren pek çok örnek bulunabilir. Bunlar arasında en etkileyicisi, köle olarak ABD'ye getirilen Afrikalıların yarattığı siyah ruhani müziğidir.[71]

Britten, *Savaş Requiem*'inin prömiyerinden sonra kız kardeşine yazdığı mektupta şöyle demişti: «Umarım insanların biraz düşünmelerini sağlar».[72]

69 Bkz. K. S. Reddington, "The Musical Language of Olivier Messiaen in Vingt Regards sur l'Enfant – Jésus (1944)" [Vingt Regards sur l'Enfant– Jésus'de (1944) Olivier Messiaen'in Müzikal Dili], *Fine Arts International Journal, Srinakharinwirot University*, Haziran 2010, 52-57, s. 54.

70 Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Mikis_Theodorakis. Ayrıca bkz. Lüksemburglu yazar Guy Wagner'in biyografisi: *Mikis Theodorakis. Mia Zoi yia tin Elleda [Mikis Theodorakis. Yunanistan'a Adanmış Bir Hayat]* (Tipothito: Yorgos Dardanos, 2002; Fransızcada: *Mikis Theodorakis. Une Vie pour la Grèce* (Lüksemburg: Editions Phi, 2000); Almancada: *Mikis Theodorakis. Ein Leben für Griechenland* (Lüksemburg: Editions Phi, 1995)).

71 Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Spiritual_(music).

72 Bkz. James Longstaffe, "Britten: War Requiem" [Britten: Savaş Requiem'i], *Presto Classical*, *Presto News*, 7 Mayıs 2012.

Kendisi de ifade özgürlüğünün koruması altında olan müzik, insan hakları davasını desteklemek için özellikle uygun bir araçtır. Bu anlamda müzik, Sir Nicolas Bratza'nın çok büyük bir başarıyla başkanlık ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin değişmeyen içtihadında daima büyük bir önemle vurguladığı demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün oynadığı rol için mükemmel bir örnek oluşturmaktadır.

Pek çok müzisyen, besteci ve icracı her gün bilfiil insan haklarını desteklemektedir. «Kamuoyunun ilgisini insan hakları ihlallerine çekmek için yaratıcı yeteneklerini kullanan sayısız şarkıcı ve orkestra»ya değinmek yeterli olacaktır.[73] Yukarıda değinilen «Müzik ve İnsan Haklarının Evrenselliği» makalesinde[74], Cyrielle Fleury, Pascale Labbé ve Gillian Pritchett, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin İyi Niyet Elçisi ve Kültürlerarası İlişkiler konusunda UNESCO Genel Direktörü'nün Özel Danışmanı olarak görevlendirilen Barbara Hendricks'in verdiği bir mülakattan bazı bölümleri alıntılar. Hendricks bu mülakatta şu çok etkileyici sözü söylemiştir:

> «Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ni keşfedince, bu bildirgedeki idealleri desteklemek ve insanlara birlikte yaşayabileceğimizi ve dünyada herkese yer olduğunu açıklamak benim için bir zorunluluk haline geldi. Bunu o kadar derinden hissediyorum ki, bunun için mücadele etmemeyi düşünemiyorum.»[75]

73 Örneğin, bkz. C. Fleury vd., yukarıdaki dn. 42.

74 Bkz. C. Fleury vd., yukarıdaki dn. 42.

75 *La Scena Musicale*'de yayımlanan bir mülakat, Aralık 1999, alıntılayan: C. Fleury vd., yukarıdaki dn. 42.

İşyerindeki Sözcükler

Karen Reid[1]

Sözcükler benim günlük dünyam. Bir zamanlar sadece mütevazi bir fotokopi görevlisiyken şimdi Yazı İşleri'nin kıdemli bir üyesi olarak, vaktimin çoğunu kağıt yığınlarına gömülü bir vaziyette, göz kırpan bir ekran karşısında konuşarak, dinleyerek, tartışarak, danışarak, okuyarak, araştırıp not alarak, bilgisayarda yazı yazarak, düzelterek, revize ederek, karalayarak ve taslak hazırlayarak geçiriyorum. İkiz Kuleler trajedisinin korkunç görüntülerinden biri, yanan ofis belgelerinden arta kalanların dar New York sokaklarına döküldüğü kül yağmuruydu. 21. yüzyılda Ofis Yaşamı sadece Ricky Gervais'e özgü klişelerden ibaret değil, James Cameron'ın filmlerindeki gibi apokaliptik anları da var.

Sözcükler, sözcükler, sözcükler demiş dünyanın en büyük söz ustası Shakespeare,[2] o dönemde elinde sadece mürekkep, tüy kalem ve ölmekte olan bir sözlü gelenek vardı. Peki üstüne bir de e-postalar, kısa mesajlar, tweet'ler, I-pod'lar, I-pad'ler ve I-bilmem daha neler, Apple'lar, Blackberry'ler ve bilgi teknolojileri bahçesinde yetişen diğer tüm meyvelerle ne yapardı? Çok fazla dörtlük ve onaltılık nota kullandığı için Mozart'a getirilen eleştiriyi[3] biraz yersiz de olsa burada kullanacak olursak eğer, "çok fazla sözcük" mü derdi? Hastalık ve ölüme sıradan bir şeymiş gibi yaklaşan bir doktor gibi ben de, bir insan hakları avukatı olarak, ifade özgürlüğüne olumsuz bir açıdan bakıp, tüm dünyayı – özellikle de siyasetçileri, magazin gazetelerini, radyo reklamlarını, televizyondaki "reality show"ları, cep telefonlarını, spam e-posta gönderenleri, tüm e-posta gönderenleri- susturmak için ne yapmak lazım acaba diye arada sırada merak ediyorum.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gelen ifade özgürlüğü davaları daha çok susturulmama hakkıyla ilgili. Medya ilgisinin odağı olan mağdurlar ne zaman mahkemelerden bir tazminat kararı, mahkeme emri ya da mahkumiyet kararı almayı başarsalar, gazeteciler, editörler, yayıncılar başka insanları ve kurumları sinir etme haklarını savunmak için Strazburg'a koşmaktalar. İfade özgürlüğüne ilişkin zaman zaman dile getirilen kısıtlamalar var, örne-

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Kıdemli Yazı İşleri avukatı ve *A Practioner's Guide to the European Convention on Human Rights [Uygulayıcılar İçin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kılavuzu]*, 4. basım, 2011 (Sweet and Maxwell) kitabının yazarı.

2 *Hamlet*, Perde 2, Sahne 2.

3 Peter Shaffer'in *Amadeus* oyunu 1984'te filme uyarlandı. Filmde İmparator II. Joseph Mozart'a şöyle der: "Sevgili genç adam, fazla uğraşma. Yazdığın müzik gerçek bir dehanın ürünü. Kaliteli. Tek kusuru var, o da çok fazla nota içermesi. Çıkarıver birkaç tanesini, mükemmel olur."

ğin gazetecilik etiği açısından, ancak Mahkeme'nin içtihadında vurgu hoşgörü ve açık fikirlilik üzerine.[4] İnsanlar şoke eder ve kışkırtır; zaten sanatın ve ergenlerin amacı tam da bu değil midir?

Ancak düşündüğümüzden daha az özgürüz. İfadeye getirilen sınırlamaların çoğu kanunlardan ya da mahkemelerden kaynaklanmıyor, büyüme sürecinde öğreniliyor ve içselleştiriliyor. Her ne kadar hızlı mesaj yazma yüzünden sık sık çiğnenseler de dilbilgisi ve yazıma dair kurallar olduğu kadar, toplumsal beklentiler de var. Adâb-ı muaşeret eski haşmetli günlerini yaşıyor olmasa da, hâlâ arkadaşlar arasında, aile içinde, yabancılarla ve yüksek mevkideki yetkililerle konuşurken nasıl bir dil kullanmanın uygun olacağına, ve hangi durumlarda halk ağzıyla konuşulabileceğine ilişkin yazılı olmayan kurallar var. Nezaket, kibarlık, saygı, anlayış toplumsal ilişkilerin görünmez çerçevesini oluşturur, ancak bunlar genelde sadece yokluklarında fark edilirler.

Yüzyılın bu kasvetli ikinci onyılında aramızda hâlâ çalışacak bir işi olanlar için, ifade özgürlüğü üzerindeki resmi ve gayriresmi sınırlamalar arasındaki etkileşim oldukça çarpıcıdır. Farkında olmasak da, iş sözleşmesinin üzerindeki noktalı çizgiye imzamızı attığımızda aylık maaş karşılığında dilimizi tutma sözü veriyoruz. Bunun farkında olanlar bile düzenli bir maaş kazanıyor olmakla teselli buluyorlar.

Bir çalışan neler hakkında konuşamaz, "izin verin sayayım," diyerek bu sefer Elisabeth Barrett Browning'den esinlenmiş oldum.[5] Ticaret sırları ya da resmi sırlarla ortadan kaybolmamalısınız; iş dışı uygunsuz ya da profesyonel olmayan ifadelerinizle ya da davranışlarınızla iş yerinizin ya da işvereninizin imajına zarar vermemelisiniz; giysinizde işvereninizin uygun bulmadığı sembol ya da simgeler olmamalı; iş dışındaki herhangi bir yayın için (bu makale için olduğu gibi) izin almalısınız. Pervasız bir biçimde kışkırtıcı olanlar ya da espri anlayışlarının, kişisel fikirlerinin, giyim tarzlarının ve yaratıcı dürtülerinin sadece kendilerini ilgilendirdiğini düşünecek kadar aldırmaz olanlar için iş akdinin makul olmayan davranışlar nedeniyle ihlal edilmesi ihtimali karanlık bir köşede üzerlerine atlamak için beklemektedir.

Ancak otosansür çok daha önemli muhtemelen. Kim piyangoyu kazandığının ertesi günü patronun ofisine girmeyi, çiçek desenleriyle kaplı, gıcır gıcır, tasarımcı işi mobilyaların üzerine puro küllerini serpe serpe gerçek hislerini adamın (ya da belki de kadının) yüzüne söylemenin hayalini kurmamıştır?

---

4 *Hertel/İsviçre*, 25 Ağustos 1998, 23 Ağustos 1998, 1998-VI, para. 46(i)'de sözü geçen davalar.

5 *Sonnets from the Portugese [Portekizce'den Soneler]*(1850) kitabından, LXIII : "*Seni nasıl seviyorum? İzin ver sayayım nasıl*".

Ofis ortamında başarılı olmak ve yükselmek için, bolca reklamı yapılan samimiyet ve dürüstük gibi erdemleri bir yana bırakın, iş arkadaşlarınızla ve, daha da kötüsü, üstlerinizle iyi geçinmek zorundasınız. C.S. Lewis'in *Aslan, Cadı ve Dolap* romanındaki sonsuz kışa benzeyen, bitmek tükenmek bilmeyen bir caydırıcı etki bu, ama hiç de o kadar eğlenceli değil, yarı keçi yarı insan orman tanrıları ve konuşan kunduzlar yok. kıta Avrupa'sında bisiklet oturuşundan bahsedilir: Altındakileri ez, üsttekilere boynunu bük ve yağcılık yap. Düşündüklerini söylemekten çekinmeyen ve yaşadıkları sorunları dürüstçe anlatan çalışanlar kalabalıktan hemen ayrılır ve anında "bela" ya da "mızmız" damgası yerler.

Ofis ortamının keyiflerine bir de fısıltı gazetesi ve dedikoduyla, arkadan konuşmanın Anglosakson versiyonlarını ekleyebiliriz. Sıkıntı, kötücül kıskançlık, iç kemirici güvensizlik duygusu ya da aşırı hırs kaynaklı olsun, kişisel ya da mesleki anlamda birisi hakkında yayılan yanlış bilgi Iago'yu gölgede bırakır.

Böyle bir ortamda, koruma kavramı hiçbir anlam ifade etmez. İşler böyle yürümektedir. Ya güdersin ya gidersin. Sözleşmeli özgürlüğünüz vardır sizin, yani daha iyisini bulmayı bir kenara bırakalım, herhangi başka bir iş bulma umudu ya da yanılgısı ile işinden ayrılarak yağmurdan kaçıp doluya tutulmak gibi bir kapitalist özgürlük... Daha bilinçli iş yerleri tacize karşı kurallar koyup farkındalık kampanyaları düzenler. Mağdur çalışanların faydalanabileceği iç mekanizmalar bile olabilir, ancak genelde bu mekanizmaları kullananlar sadece çaresiz ve özgüvenleri yüksek ama antipatik çalışanlardır. Ayrıca taciz eden tarafın yüksek bir mevkide bulunduğu bir durumda hiç tatmin edici bir sonuç alınabilmiş midir, merak ediyorum. Sanırım Katolik Kilisesi'ndeki hiyerarşinin tacizle suçlanan din adamlarına eski yaklaşımında olduğu gibi, sonuçta bahaneler uydurulur ve pislikler halının altına süpürülerek olayın faili ya da mağduru başka bir yere (fail, şerefine leke sürülmeden güvenli, konforlu bir yere, mağdur da lekeli ve hırpalanmış bir şekilde aşağılayıcı bir köşeye) gönderilir. Kolay bir hedefe saldırır görünmemek için kendimi biraz sansürleyerek eklemeliyim ki, belki de bu tüm hiyerarşilerin ortak stratejisidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dikkatini nadiren iş yerlerine yöneltmektedir; gerçi kamuyu ilgilendiren konuları açığa çıkardıkları için cezalandırılan ya da işten çıkarılan "bilgi uçuran" çalışanlarla ilgili hükümler vermiş[6] ya da öğretmenlerin politik inançlarından dolayı işten çıkarılmasını kınamış-

6 Bkz. örn. *Guja/Moldovya* [BD] 14277/04, ECHR 2008; *Heinisch/Almanya*, 28274/08, ECHR 2011; bkz. bu kitapta Anna Austin, "Bilgi Uçuranlar (Whistleblowers) Toplumun Yeni Bekçileri mi?", s. 385-396.

tır[7]. Yakın tarihli *Palomo Sanchez/İspanya* davası,[8] idareyi eleştirip yermeleri nedeniyle işten çıkarıldıkları şikâyetiyle Strazburg'a gelen çalışanların taraf olduğu nadir davalardandı. Kararı ilgiyle okudum ve itiraf etmeliyim ki sonuç beni şaşırttı. Mahkeme en coşkulu prensip kararlarını ifade özgürlüğü davalarında vermiş, tartışmada araya girip ezilenleri otoritenin boğucu baskısından kurtaran bir kalkan işlevi görmüştür. Bu dava hariç.

Eldeki verileri şöyle özetleyebiliriz. Başvurucu olan altı kargo görevlisi, kendilerini ve iş arkadaşlarını, sosyal güvenlik rejimi kapsamındaki ücretli kadroya geçme taleplerini geri çekmeleri için baskı yapan işverene karşı korumak amacıyla bir sendika kurar. Bir zamanlar patronuna güvenlik meseleleri hakkında itiraz edince anında ve kanunsuzca işten atılan ve sonrasında işçi sendikasının hemen yaptığı iş bırakma çağrısı sonucunda işe tekrar alınan bir işçi temsilcisinin kızı olarak kararın daha 1. paragrafında başvurucularla aynı hisleri paylaşmaya başlamıştım, ama bu konumuzun dışında. Kargo çalışanlarının sendikası aylık bir haber bülteni çıkararak işçilerin mahkemede açtıkları davanın kısmi başarıyla sonuçlanmasını haber yapar. Bülten işverenlerin baskısı altında olan işçilerin içinde bulunduğu kötü durumu anlatan ve davada şirket lehine tanıklık yapan işçileri sert bir dille eleştiren iki makale içermektedir. Bültendeki bir karikatür de şirketin insan kaynakları müdürünü, önünde dizlerinin üzerinde duran birinden cinsel anlamda yararlanırken ve aralarında tanıklık eden işçilerin de olduğu diğerlerinin de aynı şeyi yapmak için sıraya girmiş halde beklerken gösterir. Altı işçi hemen sözleşmelerini ihlal ettikleri gerekçesiyle işten çıkarılır. İşten çıkarmayla ilgili iş mahkemesinde açılan davada İspanya mahkemeleri karikatürün insan kaynakları müdürünün ve iki işçinin haysiyet ve onurunu lekelediğine, şirketin imajına da zarar verdiğine karar verir. İşten çıkarmalar kanuna uygun bulunur.

Karikatür ve metin kışkırtıcıydı, ancak bir siyasetçiye "geri zekâlı"[9] ya da polislere "üniformalı hayvanlar"[10] demekten, yargıçları "adalet saptırıcıları" diye azarlamaktan[11], ya da yerel seçimlerde aday olan bir avukatla "grotesk", "soytarı", ve "görgüsüz" diyerek alay etmekten[12] daha mı aşağılayıcıydılar? Tüm bu saydıklarım Mahkeme'nin gazeteci ve yazarların sarf ettikleri sözler nedeniyle cezalandırılmamaları gerektiği kararını verdiği davalardır. Ayrıca

7 Bkz. *Vogt/Almanya*, 26 Eylül 1995, Seri A no. 322.

8 12 Eylül 2011 tarihli Büyük Daire kararı, ECHR 2011.

9 *Oberschlick/Avusturya (No. 2)*, 1 Temmuz 1997, Hüküm ve Karar Raporları, 1997-IV.

10 *Thorgeir Thorgeirson/İzlanda*, 25 Haziran 1992, Seri A no. 239.

11 *De Haes ve Gijsels/Belçika*, 24 Şubat 1997, Hüküm ve Karar Raporları 1997-1. Ayrıca bkz. *Skalka/Polonya*, 43425/98, 27 Mayıs 2003; bu davada başvurucu ceza hakimlerine "soytarı palyaçolar", içlerinden birine de "küçük gerzek" demiştir.

12 *Lopes Gomes da Silva/Portekiz*, 28 Eylül 2000, Reports of Judgments and Decisions [Hüküm ve Karar Raporları] 2000.

bağlamın da dikkate alınması gerekiyor. Sinirler hayli gergin olmalı. Sendika ve işçi dayanışması artık birçok insan için çok da önemli bir mesele değil, fakat bir zamanlar milyonlar için uğrunda yürüyüşler düzenlemeye, mücadele etmeye, aç kalmaya, ölmeye değer gördükleri bir konuydu. İngilizcede grev kırıcı anlamına gelen "blackleg" (bire bir çevirisiyle "karabacak") sözcüğünün duygulandırıcı ve şiddet dolu bir tarihi vardır. Yerel mahkemenin belirttiği üzere, başvuruculaların yönetime ve yönetimin tarafında yer alan işçilere karşı itirazlarını bu derece aşağılayıcı bir dille ifade etmelerine "gerek" yoktu, ancak şirketin de onları işten çıkarmasına "gerek" yoktu. Yazılı ihtar ya da başka disiplin tedbirleri uygulanması ihtimallerinden hiç bahsedilmiyor. Belki şirket, işçileri sadece sendika üyesi oldukları ve aktif sendikacı oldukları için işten çıkarmamış olabilir, ancak sözleşmelerini ihlal ettikleri iddiasıyla işlerine son vermenin bir de memnun edici yan ürünü ortaya çıkmış, kavgacı belalılardan iş yeri temizlenivermiştir; oldukça şüphe çeken bir tesadüf!

Büyük Daire'de Mahkeme'nin yaklaşımı geniş ölçüde sendika bağlamını bir kenara bırakmak oldu; başvuruculaların sendikaya üyelikleri nedeniyle işten çıkarılmadıklarını kabul etti. Dava 10. madde kapsamında incelendi, ancak 11. madde[13] de göz önünde bulunduruldu. Ayrıca –büyük bir yüce gönüllükle—iş yeri yönetiminin de sendikaların kendilerini broşür ve haber bültenleri vasıtasıyla ifade etmesine izin vermesi gerektiği kabul edildi. Ancak bu ifade sınırsız değildi, başkalarının, müdürlerin ve öteki işçilerin itibarının korunması bu özgürlüğün sınırlanmasına izin veren meşru bir amaç olarak tanımlandı. Mahkeme yerel mahkemelerin karikatür ve yazıların hakaret içerdiğine, konu aldıkları kişinin itibarına zarar verme niteliğine sahip olduğuna ve "üzücü" ve "yaralayıcı" içeriğe sahip olduğuna dair kararlarını sorgulamaya hiç gerek görmedi. Mahkeme bize kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının özel şahıslar için, söz gelimi siyasetçiler ya da kamu görevlileri için olduğundan daha dar olduğunu hatırlattı. Mahkeme hükümetin makalelerin işçileri genel anlamda ilgilendirecek bir konuda olmadığı iddiasına karşı çıktı, ancak öte yandan hayati önem taşıyan bir sendika meselesine değindikleri gerçeğine hiçbir ağırlık vermedi. Mahkeme içinde bulundukları bağlamın hakaret içeren karikatürlerin ve ifadelerin kullanılmasını haklı gösteremeyeceğini beyan etti: bu Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün aşağılayıcı ve şoke edici ifadeleri kapsadığına dair daha önce belirtmiş olduğu ilke kararına ters düşen bir yaklaşımdır.[14]

Benim aşırı titizlenmem ve detaycılığım bir kenara, bu dava gerçekten de kendini dizginleme ve hoşgörü meselelerine değiniyor, ancak bu dava-

13 Sendika kurma ve üyesi olma hakkı da dahil olmak üzere örgütlenme özgürlüğü.

14 *Klein/Slovakya*, 72208/01, 31 Ekim 2006, para. 40; *Kulis ve Rozycki/Polonya*, 27209/03, 6 Ekim 2009, paragraf 39; *Mamere/Fransa*, 12697/03, 7 Kasım 2006, paragraf 25; *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya*, 68354/01 25 Ocak 2007.

da bu nitelikler yerel yetkililerden ve aktörlerden çok, Mahkeme tarafından sergilendi. Bu dava ifade özgürlüğünün eleştirel ya da kışkırtıcı biçimde kullanılmasının devlet tarafından ceza kanunu ya da medeni kanun yoluyla cezalandırılması hakkında değil. Bu dava, işveren ve işçi arasında özel bir anlaşmazlığa bakan yerel mahkemelerin verdiği kararı Mahkeme'nin denetlemesine ilişkin bir dava. Mahkeme'nin görevi bu makamların yerini alıp dava hakkında kendi kararını vermek değildir. Mahkeme bunun yerine yerel mahkemelerin Sözleşme maddelerini gözetip gözetmediğini ve çatışan çıkarları dengeleyip dengelemediğini inceler. Yerel mahkemeler gerekli noktaları ve geçerli ilkeleri dikkate almışsa, Mahkeme kendi değerlendirmesini mahkemenin kararının yerine koymak için güçlü nedenlere ihtiyaç duyacaktır.

Palomo Sanchez davasında, yerel mahkemeler meşru amaç, istihdamda karşılıklı haklar ve yükümlülükler gibi gerekli tüm koşulları gözden geçirdi ve karşı çıkılan davranışın tam olarak başvurucunun sendika faaliyetleri kapsamına girmediği, fakat emek ilişkilerinde iyi niyet ilkesini ihlal ettiği ve "profesyonel bir ortamda beraber yaşamanın minimum gerekleri"[15] açısından yetersiz kaldığına karar verdi. Mahkeme'ye göre ağır hakaret içeren sözler, iş yerindeki yıkıcı etkilerinden dolayı, neden oldukları ağır sonuçları haklı kılabilirdi. Kısacası, yerel mahkemelerin kararları mantıksız değildi; verilen ceza da açıkça orantısız ya da aşırı değildi. Doğru. Başvurucular bu kadar ileri gitmeyebilir, daha saygılı olabilirler, seslerinin tonunu daha iyi ayarlayıp kişisel saldırı konusunda daha ölçülü davranabilirlerdi. Fakat aynı şekilde şirket yönetimi de bu kadar ileri gitmeyebilir, daha hoşgörülü olabilir, işten çıkarmak yerine işçilerden sözlerini geri almalarını ya da özür dilemelerini talep edebilir, ya da işten uzaklaştırma gibi cezalar verebilirdi.[16] Sonuçta yerel mahkemelerin olgulara dair gerekçeli incelemesini ve iç hukuku ve Sözleşme hukukunu uygulama biçimini düzeltmeyerek kendini dizginleme konusunda örnek davranış sergileyen sadece Mahkeme oldu.

Yine de, eğer Sözleşme bir amaca hizmet edecekse, o da gücün kötüye kullanılmasına karşı durmaktır. İşsizliğin giderek arttığı, kamu harcamalarında inanılmaz kesintilerin, sosyal yardımlarla emekli maaşlarında indirimlerin yapıldığı bir çağda işverenler güçlü konumdadır; sendikalar ise yine ezilen konumunda. Eğer "profesyonel bir ortamda birlikte yaşamanın minimum gerekleri" çalışanın, elinden ekmeği çekilip alınmadan yönetim mekanizmalarını zaman zaman hicvedemeyeceği ya da sinirini dışarı vuramayacağı an-

15 *Palomo Sanchez*, paragraf 74'te.

16 Bkz. karara karşı çıkan azınlığın cezanın ağırlığına ilişkin yorumları. Karar Mahkeme'nin önceki bir davada (*Fuentes Bobo/İspanya*, no. 39293/98, paragraf 49, 29 Şubat 2000) sergilediği yaklaşımla zıtlık oluşturuyor. Bu davada işverenin daha hafif disiplin yaptırımları uygulayabileceği düşünülerek çalışanın hakaret içeren sözlerinden dolayı işten çıkarılmasının orantısız olduğuna karar verilmiştir.

lamına geliyorsa, o zaman bu karar Mahkeme'nin özgürlüğü savunan diğer kararlarının yanında yerini alamayacaktır. Bir birey bir işe girmekle vatandaş olarak özgürce, hatta tedbirsizce ya da sinir bozucu biçimde konuşma hakkından feragat etmek ve ağzına gem vurulmuş saygılı bir maaş kölesine dönüşmek zorunda kalmamalı.

İfade özgürlüğüne ilişkin büyük laflar etmek kolaydır. Kişinin ifade özgürlüğüne inancının samimiyetini ölçmek için uygulanabilecek en iyi sınav sözel ya da yazılı saldırıya maruz kalmasıdır. Böyle bir durumda kaçımız Voltaire'e atfedilen duruşu sergileyebilir: "Söylediklerine katılmıyorum ama, söylediklerini ifade etme hakkını hayatım pahasına savunacağım"[17]?

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uzak bir savunma hattı. Üye 47 ülkenin sokaklarında, iş yerlerinde, özel ve kamusal alanlarında yaşananlar çok daha önemli. Kişisel tutumlar, değerler ve inançlar çeşitli dillerde yazılmış yasal hükümlerden çok daha önemlidir. "Tek başına yasalar ifade özgürlüğünü güvence altına alamaz; her insanın görüşlerini ceza görmeden sunabilmesi için tüm toplumda hoşgörü ruhunun olması gerekir", demiş Albert Einstein.[18] Yazımı bir başka alıntıya atıfla bitirmek isterim: Hayırseverlik evde başlıyorsa[19], kendini dizginleme ve hoşgörü de evde başlar. Ayrı ayrı her birimizle.

17 Kaynak, Evelyn Beatrice Hall'un *The Friends of Voltaire [Voltaire'in Arkadaşları]* başlıklı kitabı (1906: Bölüm 7, s.199). Hall burada Voltaire'in söylediklerini bire bir aktarmak yerine, düşüncesini sentezleyen bir cümle olarak yazmıştı. Bu ifade *Reader's Digest* dergisi (Haziran 1934) tarafından doğrudan alıntı olarak sunuldu ve aynı hata hâlâ yaygın olarak yapılmakta.

18 Deneme, "*On Freedom*" *["Özgürlük Üzerine"]* (1940).

19 "Hayırseverlik evde, adalet komşuda başlar" sözü Charles Dickens'a atfedilmektedir (1844); ayrıca "*Hayırseverlik evde başlar*, dünyanın sesidir," – Sir Thomas Browne, 1642.

İnternet ve ifade özgürlüğü: "Cesur yeni dünya" ve AİHM'in evrilen içtihadı

Nina Vajić ve Panayotis Voyatzis[1] [2]

Yeni Mahkeme'nin kurulduğu 1998 yılından bu yana, yani on dört yıldır Sir Nicolas Bratza'yla birlikte çalışma ayrıcalığına sahip olduğum için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı olarak onun onuruna hazırlanan bu kitaba bu küçük katkıyı sunmak, benim için çok özel bir mutluluk kaynağı oldu. Bratza çok iyi bir dost ve çok değerli bir çalışma arkadaşıdır. Önce bir avukat, sonra Avrupa İnsan Hakları Komisyonu üyesi, Yargıç, Daire Başkanı ve nihayet Mahkeme Başkanı olarak Sözleşme sistemine çok büyük katkılarda bulundu. Başkanlık görevinde büyük güçlüklerle başa çıkmak zorunda kaldı ve bu güçlüklere karşı sakin bir kararlılığın damgasını vurduğu gerçek bir liderlikle yanıt verdi. Bu kararlılığını daima hoşgörüyle ve, elbette, her zamanki nezaketiyle dengeledi.

Aslında Nick Bratza denince akla hemen en yeni teknolojik gelişmeler gelmez! Bununla birlikte, Bratza Mahkeme'nin bilgi özgürlüğü alanındaki içtihatlarının gelişmesine önemli bir katkıda bulundu. Bu içtihatlar, internet kullanımından doğan yeni meselelerle ve sorunlarla ilgili olarak yeni şekillenmekte olan içtihat hukuku için kılavuz ilkelerin temelini oluşturuyor.

A. İnternetin benzersiz bir iletişim aracı olarak özel niteliği

İletişim teknolojilerindeki ilerlemeler en başından beri demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünün düzenlenmesinde önemli gelişmeleri tetikledi. Yirmi beş yıl önce bir ABD mahkemesi yeni medyanın ortaya çıkışının fikirlerin ve bilgilerin yayılması üzerindeki etkisini çok doğru bir şekilde açıklamıştı: "Zamanın önlenemez akışıyla birlikte, daha önce tahayyül bile edilemeyecek boyutlarda bir döneme ulaştık. Haberleri aktarma yöntemleri, genel bilimsel gelişmelere paralel şekilde ilerledi. Yüzyıllar boyunca kasaba tellallarının kasaba sakinlerini bilgilendirmesi yöntemi kullanıldıktan sonra, gazetelerin genel dolaşıma girmesiyle birlikte bir süre sonra tellallar gereksiz hale geldi. Yüzyılın başlarında radyo ve telefonla iletilen haberler özel bültenlerle abonelere ve gazetelerin "özel" baskılarıyla halka sunulmaya başlandı. Yaygınlaşan radyo ve televizyon olaylar gerçekleştikten dakikalar sonra kamuoyunun bilgilendirilmesini mümkün hale getirdi. Son birkaç yılda, bir

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı, 1. Daire'nin Başkanı. Bu makalede açıklanan görüşler tamamen kişiseldir.

2 Hukuk Doktoru, Hukuk Sekreteri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü.

mikro bilgisayarı ve telefonu olan aboneler evlerindeyken bile haberleri anında alabiliyor"[3].

1987'de gördüğü *Daniel* davasında habercilik sektörünün gelişimi üzerine bu son derece öngörülü yorumu yapmış olan bu mahkeme bile, ilerleyen yıllarda internetin ne kadar büyük bir patlama gerçekleştireceğini hayal bile edemezdi. Günümüzde, dünyada 1,97 milyar internet kullanıcısı olduğu tahmin ediliyor. Bu mecranın yirmi yıl içinde katlanarak büyüme hızı çok çarpıcıdır: 1993'te 10 milyon insan internete erişirken, bu sayı 1995'te neredeyse 40 milyona, 2002 ise 670 milyona ulaştı[4]. İnternet ile geleneksel medya arasındaki basit bir karşılaştırma, yeni mecranın muazzam büyüklükteki hedef kitleleri fethetme kapasitesini gösterir: 50 milyonluk bir hedef kitleye ulaşmak radyo yayıncıları için 38, televizyon için 13, internet içinse sadece 4 yıl sürdü[5].

İnternetin yirmi yıl içinde katlanarak büyümesi, bu yeni mecranın benzersiz doğasıyla ilgilidir. İlk olarak, çevrimiçi içerik yaratmanın ve bu içeriğe danışmanın düşük maliyeti bu mecraya erişimi kolaylaştırıyor. İnternet ucuz, hatta bazen ücretsizdir. İnternetin tüm sunucularında depolanan muazzam dijital bilgi kaynaklarına erişim, bir telefon ya da kablo hattı yoluyla bir servis sağlayıcısına bağlanan tek bir bilgisayarla sağlanabilir. Bu yeni mecra, bu şekilde, her bir kişiye fikirlerinin dünyanın her yerinde dolaşmasını ve çok büyük hedef kitlelere ulaşmasını sağlama potansiyeli kazandırır[6]. ABD Yüksek Mahkemesi, *Reno/Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği* davasının kararında şunları söyler: "Bir telefon hattı olan herkes, sohbet odalarını kullanarak bir kasaba tellalı haline gelebilir ve sesini bir kürsüden ulaştırabileceğinden çok daha uzaklara ulaştırabilir. Aynı kişi web sayfalarını, toplu e-postaları ve haber gruplarını kullanarak metinler kaleme alıp bunları yayan bir kişiye dönüşebilir"[7].

İnternet, ayrıca, fikirlerin hiçbir içerik kontrolünden geçmeden anında herkese yayılmasını sağlayabilmesi yönüyle de geleneksel medyadan temel

3 *Daniel/Dow Jones & Co., Inc.*, 520 N.Y.S. 2d 334, 335, 137 Misc. 2d 94, 94- 95 (N.Y.Civ. Ct. 1987). Alıntılayan: M. Schachter ve J. Kurtzberg, Law of Internet Speech [İnternette Konuşma Hukuku], Carolina Academic Press, 3. basım, 2008, s. 15.

4 A. Amir Hatem Ali, "*The power of social media in developing nations" [Gelişmekte olan ülkelerde sosyal medyanın gücü]*, Human Rights Journal, Harvard Law School, Cilt 24, Sayı 1 (2011), s. 185-219.

5 United Nations Briefing Papers for Students: Information and Communications Technology [Birleşmiş Milletler'in Öğrenciler İçin Bilgilendirme Raporları: Bilgi ve İletişim Teknolojileri], şu adresten ulaşılabilir: http://www.un.org/cyberschoolbus/briefing/technology/tech.pdf.

6 D. Cucereanu, *Aspects of Regulating Freedom of Expression on the Internet [İnternette ifade özgürlüğünü düzenlemenin çeşitli yönleri]*, Intersentia, 2008, s. 139.

7 *Reno/Aclu*, 521 U.S. 844, 870 (1997).

olarak farklıdır. Tek bir yerde sabit ana bilgi deposu olmadığından tamamen merkezsiz bir sistem olarak çalışır[8]. Aynı zamanda, kullanıcılar arasında sürekli karşılıklı bilgi alışverişine dayanması açısından etkileşimli bir mecradır. Bunlara ek olarak, mekânsal ve zamansal olarak tanımlanamaması da benzersiz bir özelliktir. İnternet bir ağlar ağıdır; bir gazete, telefon, televizyon ya da radyo istasyonu gibi fiziksel ya da somut bir varlık değildir[9]. İnternet, siber uzayda iletişim kurmamızı mümkün kılar. Siber uzay, genellikle, herhangi bir fiziksel mekân bulunmaksızın dev miktarda bilginin ve fikrin sürekli olarak değiş tokuş edildiği hayali bir dijital ortamı betimlemek için kullanılan bir terimdir[10].

İnternet, son derece küresel bir mecra olma özelliği dışında, kendisini geleneksel medyadan –basın ve radyo ya da televizyon yayınlarından– ayıran ve aynı zamanda radyo ve televizyon yayıncılığına daha yakın benzerlikler göstermesine yol açan iki özelliği birleştirir. Bir yandan, siber uzayda dolaşımda olan bilgilerin *kalıcılığını* arttırır[11]. Bir fikir ya da bilgi siber uzayın bir parçası haline geldiğinde orada kalır ve daha ileri bir tarihte kamuoyu tarafından erişilebilir olmaya devam eder. Ayrıca, bir e-postayı ya da bir web sitesinde yayımlanan bir bilgi öğesini almak için, bu bilgilerin gönderildiği sırada çevrimiçi olmak gerekli değildir. Bunları daha sonra geri kazanmak mümkündür. Bu, *"çevrimiçi iletişimin eş zamansızlık niteliği"*nin bir sonucudur[12]. Bilgilerin kalıcılığının basının içsel bir özelliği olduğu öne sürülebilir. Basılı medya materyallerine yayımlanmalarından çok sonra erişmek de daima mümkündür. Ne var ki, basın internetin küresel niteliğine de, siber uzayda mevcut olan bilgilere neredeyse anında erişilebilme özelliğine de sahip değildir. Diğer yandan, radyo ve televizyon yayıncılığı, bilgilerin bölgesel ya da küresel ölçekte muazzam büyüklükteki hedef kitlelere anında ulaştırılması olanağını sunar. Ne var ki, radyo ve televizyonda eş zamansızlık özelliği yoktur. Bilgilerin depolanması ve ileriki bir tarihte kullanılması olanaksızdır

8 W. S. Byassee, *"Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real World Precedent to the Virtual Community" [Siber Uzayda Yargı Yetkisi: Gerçek Dünya Emsalinin Sanal Topluluğa Uygulanması]*, 30 Wake Forest L. Review, 197, 200, (1995).

9 İlginç bir şekilde, İnternet sık sık fiziksel bir mekân, yani müşterilerin mal, bilgi ve fikir satın alabilecekleri bir süpermarket ya da alışveriş merkezi olarak tasavvur edilir. Bir "bilgi otobanı" olarak da betimlenmiştir (Bkz. *Edias Software Int'l L.L.C./Basis Int'l Ltd.*, 947 F. Supp. 413, 419 & n. 7 (D. Ariz. 1996) ve *American Library Ass'n/Pataki*, 969 F. Supp. 160, 161, 166 (S.D.N.Y. 1997). Bu terimler sırasıyla bu mecranın genişliğini ve sınırsız bir ürün ve içerik çeşitliliği sağlamasını ifade eder.

10 M. Schachter ve J. Kurtzberg, yukarıda s. 15.

11 Bkz. D. Cucereanu, *"Cyberlibel Cases before the European Court of Human Rights: Estimating Possible Outcomes" [Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Önündeki Siber İftira Davaları: Mümkün Olan Sonuçların Tahmin Edilmesi]*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Cilt 19/1, 5-20, 2001, s. 15. Yazar bu bağlamda „uzun ömürlülük" terimini kullanır.

12 D. Cucereanu, yukarıdaki dn. 4, s. 139.

ve yayımlandığı anda alınması gereklidir[13]. Bu bağlamda, internetin "matbaa devriminden bu yana iletişim teknolojisindeki en önemli gelişme" olarak karşılanması nedensiz değildir[14]. İnternet üzerinden fikir ve bilgi alışverişinin düşük maliyetli olması, herkese "şu ana kadar geliştirilmiş en katılımcı söylem biçimi"ne erişim için daha eşit fırsatlar sunar[15].

İnternet, konuşma özgürlüğünün gücünü çok önemli ölçüde arttırırken, yine doğası ve etki gücü nedeniyle, aynı zamanda çok zararlı da olabilir. Söylentileri dünyanın her yerine yayan ve skandallara yol açan fikir ve bilgiler, ırkçı ve müstehcen söylemler, isimsiz iftiralar ve buna benzer söylemler siber uzayda kendilerine güvenli bir alan bulabilir. Demokratik bir toplumda konuşma özgürlüğünün genişletilmesinde internetin oynadığı temel role karşılık, internet kötüye kullanıldığında zararlı söylemlerin özellikle özel hayatın gizliliği ve itibar hakları üzerindeki etkileri çok daha büyük olur. İnternet mecrasının benzersiz niteliğini göz önünde bulundurmak için internette ifade özgürlüğünü nasıl ele almak gerekir? İnternet, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ("AİHM" ya da "Mahkeme") içtihatlarında belirlediği konuşma özgürlüğü ilkelerinden bazılarının yeniden değerlendirilmesini gerekli kılar mı? Yoksa, mevcut ilkelerin internetin belli özelliklerine uyarlanması istenen bir durum mudur? Bu yazıda, Mahkeme'nin, ifade özgürlüğü davalarını internetin kendine özgü niteliğinden kaynaklanan özellikleriyle birlikte incelemiş olmakla birlikte, henüz bu nitelikle ilgili meselelere bütünsel bir yaklaşım geliştirmemiş olduğu öne sürülmektedir. Özellikle, Mahkeme'nin şu ana kadar sadece internette ifade özgürlüğünün düzenlenmesine dair parçalı bir tablo ortaya koyan davalarla karşılaştığını belirtmek gerekir. Yine de, içtihatta şimdiden temel bir eğilim şekillenmeye başlamıştır: Mahkeme, bilgilerin internet yoluyla yayıldığı durumlarda, içeriklerin değeri ve gözden geçirilme standartlarıyla ilgili olarak 10. maddeye ilişkin içtihadında halihazırda tesis etmiş olduğu temel ilkeleri uygulamaya devam edecektir. Bununla birlikte, Mahkeme, aynı zamanda, özellikle sorunlu söylemlerin etkisini büyütebilmesi açısından, internetin kendine özgü doğasını göz önünde bulundurarak mevcut ilkelerin uygulanmasında gerekli uyarlamaları yapacaktır.

B. AİHM'in içtihadında güncel eğilimler

1. İstikrarlı bir genel ilkeler çerçevesi

Öncelikle, Mahkeme'nin içtihadı, bilgilerin internet yoluyla yayıldığı davalarda, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün önemi konusundaki

13 Bkz. Cucereanu, yukarıdaki dn. 9, s. 15-16.

14 E. Barendt, *Freedom of Speech [Konuşma Özgürlüğü]*, Oxford University Press, 2. basım, 2005, s. 451.

15 929 F Supp 824,883 (Ed. Pa. 1996), alıntılayan: Barendt, yukarıda s. 451.

mevcut yerleşik içtihadını ve suçlanan konuşmanın içeriğinin ve başvurucunun ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların orantılılığının değerlendirilmesinde normal koşullarda devreye girecek genel ilkeleri uygulayacağını göstermektedir. Mahkeme, *Times Newspaper Ltd/Birleşik Krallık (no. 1 ve 2)* davasında[16], bu davanın internet yayıncılığı kuralının 10. maddeyle uyumluluğuyla ilgisi çerçevesinde[17], ilgili içtihadına dayanak oluşturan temel ilkeyi, yani 10. maddenin sadece bilgi aktarma hakkını değil, kamuoyunun bu bilgiyi alma hakkını da güvence altında aldığı ilkesini vurguladı[18]. Daha sonra internetin modern toplumdaki önemini tanıdığını belirtti:

> "İnternet, erişilebilirliği ve büyük miktarda bilgiyi depolama ve iletme kapasitesi açısından kamunun haberlere erişimini arttırmak ve genel olarak bilgilerin yayılmasını kolaylaştırmak açısından önemli bir rol oynar. İnternet arşivlerinin saklanması, bu rolün kritik bir yönüdür ve Mahkeme bu nedenle söz konusu arşivlerin 10. maddenin sağladığı korumanın sınırları içine girdiği değerlendirmesini yapmaktadır".[19]

Mahkeme, kısıtlamanın orantılılığını incelemeye geçmeden önce (başvurucu, yani *The Times* gazetesinin sahibi ve yayıncısı, ülke mahkemelerinin internet yayıncılığı kuralını benimsemeleri nedeniyle, zaman sınırı olmaksızın davalara açık hale geldiğini iddia ediyordu[20]) 10. maddeye ilişkin içtihattan türetilen ve konuşma özgürlüğünün değeriyle ilgili olan tüm temel ilkeleri yineledi. Mahkeme, kamu yararına hizmet eden bilgi ve fikirleri aktarmanın basının görevi olduğuna ve, bu şekilde, basının "kamu bekçisi" olarak yaşamsal önemdeki rolünü yerine getirdiğine dikkat çekti. Kamu yararına hizmet eden konularda tartışmalara katılmak konusunda basının gözünün korkutulmaması gerektiğini vurgulayan Mahkeme yine de 10. maddenin sınırsız bir basın özgürlüğü sağlamadığını belirtti. Gazeteciler kamuya doğru ve güvenilir bilgiler sağlamak için iyi niyetle hareket etmeliydi[21]. Dolayısıyla, Mahkeme, kamunun haberlere ve bilgi yaymaya erişimini arttırma potansiyeli açısından, internete, basına tanınana benzer şekilde geniş bir koruma kapsamı tanıdı.

---

16 *Times Newspapers Ltd/Birleşik Krallık (no. 1 ve 2)*, no. 3002/03 ve 23676/03, ECHR 2009.

17 Bu kural uyarınca, iftira niteliğindeki bir paylaşımın haber sunucusundaki depolanmış halinden her iletim olduğunda, paylaşımın müşteriye yönelik olarak yayımlanması söz konusudur (bkz., yukarıda alıntılanan *Times Newspapers Ltd.* davası, bölüm 21).

18 *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, 26 Kasım 1991, paragraf 59(b), Seri A no. 216; *Guerra ve diğerleri/İtalya*, 19 Şubat 1998, paragraf 53, Hüküm ve Karar Raporları 1998-I.

19 Yukarıda alıntılanan *Times Newspapers Ltd.* davası, paragraf 27.

20 İnternet yayıncılığı kuralı, internetteki arşivlenmiş materyallere her erişildiğinde bir iftira davası açılmasına izin verir.

21 Yukarıda alıntılanan *Times Newspapers Ltd.* davası, paragraf 40-43.

Ayrıca, bir iletişim aracı olarak internet, Mahkeme'nin siber uzayda aktarılan söylemin değerine ilişkin ilkelerini, ait olduğu ifade kategorisine göre değiştirmemektedir. İçtihatta yabancı düşmanlığı niteliğinde ve müstehcen söylemlere ilişkin iki yakın tarihli örnek vardır. *Féret/Belçika* davasında[22], başvurucu bir siyasetçi ve aynı zamanda bir web sitesinin yayıncısı ve sahibiydi. Partisi Ulusal Cephe'nin seçim kampanyası çerçevesinde broşürler ve afişler dağıtmıştı. Yabancı düşmanı ve ırkçı içerikli bazı metinler başvurucunun internet sitesinde de yayımlanmıştı. Başvurucu, nefret, ayrımcılık ve şiddete teşvikten mahkum olmuştu. Mahkeme, bu davayla ilgili olarak, seçmenleri temsil eden ve onların çıkarlarını savunan seçilmiş bir halk temsilcisi için ifade özgürlüğünün önemine ilişkin yerleşik içtihadını esas aldı. Mahkeme, aynı zamanda, siyasetçiler için kamuya fikirlerini açıklarken hoşgörüsüzlüğü besleyebilecek yorumlardan kaçınmanın çok önemli olduğu görüşünü yineledi[23]. Sözleşme'deki temel bir değer olarak ırk ayrımcılığı ve yabancı düşmanlığının tüm biçimleriyle mücadele etme gerekliliği, bir kez daha ortaya kondu[24]. Özetle, Mahkeme, metinlerin aynı zamanda internette yayımlanmış olması açısından bir ayrım getirmeksizin, nefret söylemi oluşturan ve belli kişiler ya da gruplar için hakaret niteliğinde olabilecek somut ifadelerin Sözleşme'nin 10. maddesinin koruması altında olmadığı yönündeki yerleşik içtihadını uyguladı[25].

Perrin/Birleşik Krallık davasında[26] başvurucu, internet sitesinde müstehcen bir yazı yayımladığı için mahkumiyet almıştı. Müstehcen söylemin yayılması için kullanılan kendine özgü ve yenilikçi iletişim aracı, Mahkeme'nin kararda toplumun ahlak değerlerini ihlal eden ifadelere ilişkin içtihadında yerleşmiş olan genel ilkeleri kullanmasına engel olmadı. Bu nedenle, Mahkeme, ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen "bilgi" ya da "fikirler" için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici bilgi ve fikirler için de uygulanması gerektiği[27] görüşünü yineleyerek Taraf Devletlerin yasal ve sosyal düzenlerinde tek tip bir Avrupa ahlak anlayışı tespit etmenin mümkün olmadığını belirtti. Bu bağlamda, Mahkeme'ye göre, ilke olarak, Devletlerin yetkili makamları bu şartların tam içeriğine ve ayrıca bu şartları karşılamak için düşünülen bir "kısıtlama" ya da "ceza"nın "gerekliliğine" ilişkin görüş bildirmek konusunda uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumdadır."[28].

22 *Féret/Belçika*, no. 15615/07, 16 Temmuz 2009.

23 Bkz. *Erbakan/Türkiye*, no. 59405/00, paragraf 64, 6 Temmuz 2006.

24 *Jersild/Danimarka*, no. 15890/89, paragraf 30, 13 Eylül 1994, Seri A 298.

25 *Gündüz/Türkiye*, no. 35071/97, paragraf 41, 4 Aralık 2003, Hüküm ve Karar Raporları 2003-XI.

26 *Perrin/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 5446/03, ECHR 2005-XI.

27 *Handyside/Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, Seri A no. 24, s. 23, paragraf 49.

28 Yukarıda alıntılanan *Perrin* kararında şu karardan alıntı: *Müller ve diğerleri/İsviçre*, no. 10737/84, 24 Mayıs 1988 (paragraf 32-35).

Ülkenin yetkili makamlarının verdiği cezalarla ilgili olarak Mahkeme, dava konusu tedbirin orantılılığının değerlendirilmesinde bir iletişim aracı olarak internetin kendine özgü niteliğini özellikle dikkate alıyor gibi görünmemektedir. Bu çerçevede, Mahkeme, materyalin ne derece zararlı olduğunu, içeriğini ve ayrıca kamu düzeninin ya da Sözleşme'nin güvence altına aldığı temel bir hakkın ihlalinin şiddetini değerlendirerek inceler[29]. Bu nedenle, bir hapis mahkumiyeti açık bir şekilde (*de plano)* orantısız bir ceza olarak kabul edilemez. *K.U./Finlandiya* davasında, o sırada 12 yaşında olan bir çocuk hakkında bir internet arkadaşlık sitesinde cinsel nitelikli bir ilan yayımlanmıştı. Ne var ki, o sırada yürürlükte olan mevzuat nedeniyle ilanı yayımlayan kişinin kimliği internet sağlayıcısından edinilememişti. Mahkeme davayı Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde inceledi ve çevrimiçi olarak özel hayatla ilgili konulara saygıyı güvence altına alma ihtiyacına atıfta bulundu: "Bireylerin eylemlerine karşı koruma açısından 8. maddeyle uyumu sağlamaya yönelik yolların seçimi, ilke olarak, Devletin takdir yetkisinin içinde olsa da, temel değerlerin ve özel hayatın temel yönlerinin söz konusu olduğu durumlarda, ciddi eylemlere karşı etkin caydırıcılık, etkin ceza hukuku hükümlerinin varlığını gerektirir"[30]. *Perrin* davasında Mahkeme, çevrimiçi yayınların içeriğini ve ticari kullanımını değerlendirdikten sonra, otuz aylık bir hapis mahkumiyetinin "açıkça orantılı" olduğunu vurguladı: "Başvurucu ön izleme sayfasına müstehcen fotoğraflar koyarak muhtemelen maddi kazanç elde etmiş olduğu için, ülkenin yetkili makamlarının sadece para cezasının yeterli bir ceza ya da caydırıcılık sağlamayacağını değerlendirmeleri makuldür"[31].

2. Mahkeme'nin değerlendirmesini internetin kendine özgü niteliklerine uyarlaması: İnternetteki bilgilerin etkisi, erişilebilirliği, kalıcılığı ve eş zamansızlığı etkenleri

İnternetin bir iletişim aracı olarak benzersiz doğası, Mahkeme'nin halihazırda gelişmekte olan konuyla ilgili içtihadında göz ardı edilmemektedir.

29 Bu nedenle, *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* ve *Skalka/Polonya* davalarında dar anlamda (*stricto sensu)* orantılılığın incelenmesine ilişkin olarak ortaya konan genel ilkeler İnternet yoluyla incitici söylemlerin yayılması bağlamında uygulanır: Mahkeme, *Perrin* davasında *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* kararına atıfta bulunur ([BD], (no. 33348/96, paragraf 111, ECHR 2004)): "Verilen cezaların niteliği ve şiddeti, 10. maddeyle güvence altına alınan ifade özgürlüğüne müdahalenin orantılılığını değerlendirirken dikkate alınacak etkenlerdir. Mahkeme, ulusal yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlerin ya da verilen cezaların basını, kamuoyunu meşru şekilde ilgilendiren konulardaki tartışmalara katılmaktan caydıracak nitelikte olduğu durumlarda da çok ihtiyatlı davranmalıdır (...)" *Skałka/Polonya* davasında (no. 43425/98, paragraf 41, 27 Mayıs 2003) Mahkeme şu görüşü öne sürmüştür: "İlke düzeyinde bile olsa, davanın koşulları çerçevesinde ulusal mahkemelerin mahkumiyet kararı verebilmesi için, bu Mahkeme'nin orantılılık ilkesiyle sağlamak zorunda olduğu ortak standartlar vardır. Bu standartlar, suçluluğun ağırlığı, suçun ciddiyeti ve iddia edilen suçların tekrarlanmasıdır."

30 *K.U./Finlandiya*, no 2872/02, paragraf 43, ECHR 2008.

31 Yukarıda alıntılanan *Perrin* davası.

Yukarıda belirtildiği gibi, Mahkeme, 10. maddeyle ilgili genel ilkelerini ve ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalara ilişkin inceleme standardını değiştirmemekle birlikte, aynı zamanda mecranın kendine özgü özelliklerini kabul etmektedir. Özellikle de, internetin bilgilerin yayılması, mecranın erişilebilirliği ve siber uzayda dolaşan bilgilerin eş zamansız ve kalıcı niteliği üzerindeki etkisini tanımaktadır. Tüm bunlar, ilgili içtihatta tekrarlanan temalardır. Bununla birlikte, bunlar arasında açık bir ayrım yapılmadığı baştan vurgulanmalıdır. Başka bir deyişle, çoğu davada Mahkeme, internetin yukarıda anılan özelliklerinin her birini diğerlerinden yalıtılmış olarak değerlendirmez. Pratikte, erişilebilirlik, kalıcılık ve eş zamansızlık etkenleri kısmen örtüşür ve Mahkeme internette dolaşımda olan bilgilerin etkisini değerlendirmek için bu etkenleri bir arada ele alır. Bunun sonucu olarak, içtihadın şu anki durumu düşünüldüğünde, bu öğeler arasında net bir ayrıma gitmek öncelikle şu anda yaptığımız tahlilin ihtiyaçları açısından faydalıdır. Aşağıdaki satırlarda Mahkeme'nin içtihadında yukarıda değinilen öğelerin kendisini gösterdiği üç alanı kısaca ele alacağız: (a) İnternette ifade özgürlüğünü düzenleyen etkin yasal çerçevelerin gerekliliği; (b) mecranın küresel niteliği ve özellikle de yargı yetkisiyle ilgili konular üzerindeki etkisi; ve (c) kalıcılık ve eş zamansızlık etkenleri nedeniyle internet üzerindeki sorunlu söylemlerin tekrarlanması.

(a) İnternette yayımlanan bilgilerin etkisi ve etkin yasal çerçeve ihtiyacı

Mahkeme, internet çağında ifade özgürlüğünün etkin bir şekilde korunmasının ve ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği ve itibarın korunması arasında adil bir denge kurma ihtiyacının Taraf Devletler arasında özel bir yasal çerçevenin uygulamaya konmasını gerektirdiğini kabul etmiştir. *Pravoye Delo Yayın Kurulu ve Shtekel/Ukrayna* davasında[32] Mahkeme, internetin durumunu basınla karşılaştırarak inceledi. İki mecranın farklı niteliklerde olduğunu kabul eden Mahkeme, internet yoluyla dolaşıma giren bilgilerin ilgili haklar ve özgürlükler üzerindeki ne kadar büyük bir etkiye sahip olduğunu vurguladı:

> "İnternetin, özellikle bilgi depolama ve aktarma kapasitesi açısından, bir bilgi ve iletişim aracı olarak basılı medyadan oldukça farklı olduğu bir gerçektir. Dünyanın her yerinden milyarlarca kullanıcıya hizmet veren elektronik ağ aynı düzenleme ve kontrole tâbi değildir ve tâbi tutulması potansiyel olarak mümkün de değildir. İnternet üzerindeki içeriklerin ve iletişimlerin, özel hayata saygı hakkı başta olmak üzere, insan hakları ve özgürlüklerinin kullanılması ve bunlardan yararlanılması açısından yarattığı zarar riskinin basının yarattığı riskten daha yüksek olduğu kesindir. Dolayısıyla, basılı medyadan ve internetten alı-

32 *Pravoye Delo Yayın Kurulu ve Shtekel/Ukrayna*, no. 33014/05, 5 Mayıs 2011.

> nan malzemelerin yayımlanmasını düzenleyen politikalar farklı olabilir. Söz konusu hakların ve özgürlüklerin korunmasını ve güçlendirilmesini güvence altına almak için internet konusunda bu politikanın teknolojinin kendine özgü özelliklerine uygun bir şekilde uyarlanmak zorunda olduğu inkâr edilemez."[33]

Bu dava, kamunun erişimine açık olan bir internet gazetesinden indirilen materyallerin olduğu gibi kopyalanmasıyla ilgiliydi. Materyalin kaynağına ve yayın kurulunun değerlendirmesine de yer verilmişti ve bu değerlendirmede yayın kurulu materyalin içeriğinin kendi görüşlerini yansıtmadığını resmi bir şekilde belirtmişti. Ukrayna yasaları gazetecilere basında yayımlanan materyallerin aynen kopyalanması konusunda hukuki sorumluluktan muafiyet sağlamakla birlikte, kayıtlı olmayan internet kaynaklarındaki materyalleri kopyalayan gazeteciler için böyle bir muafiyet mevcut değildir. Mahkeme, ilk kez olarak, ülke düzeyinde gazetecilerin internetten edindikleri bilgileri cezai yaptırımlarla karşılaşma korkusu yaşamaksızın kullanmalarına izin verecek yeterli yasal çerçevenin mevcut olmamasının bir "kamu bekçisi" olarak basının yaşamsal işlevini yerine getirmesini ciddi bir şekilde engelleyeceği değerlendirmesini yaptı. Bunun sonucunda, *Pravoye Delo Yayın Kurulu ve Shtekel* davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde, üye devletlerin internette basın özgürlüğünün engellerle karşılaşılmaksızın kullanılmasını güvence altına alan etkin bir yasal çerçeve sağlama sorumluluğu olduğunu kabul etti.

Mahkeme, daha önce *K.U./Finlandiya* davasında işler bir yasal çerçeve sağlama gerekliliğini bu kez farklı bir açıdan, yani internette özel hayatın gizliliği hakkının ve özellikle de küçüklerin fiziksel ve ahlaki durumunun korunması açısından incelemişti. Hükümet, o dönemde, internet sunucusunun işleticisi olan şirkete suçlunun kimlik bilgilerini açıklama emrinin verilemediğini kabul etmişti. Mahkeme küçüklerin savunmasızlığına ve etkin ceza hukuku hükümlerini uygulayarak suç olarak düzenlemenin caydırıcı etkisini pekiştirme ihtiyacına ilişkin yerleşik içtihadını yineledi[34]. Daha sonra internetin anonim olarak kullanılabilme özelliğine atıfta bulunan Mahkeme, bu özelliğin Devletlere anonim suçluların –bu davada ilanı yayımlayan kişinin– tespit edilmesini

33 Yukarıdaki kaynak, paragraf 63.

34 Bir çocuğun fiziksel ve ahlaki durumunun tehdit altında olduğu durumlarda bu talimat daha da önemli hale gelmektedir. Mahkeme bu bağlamda, cinsel istismarın hiç şüphesiz iğrenç bir suç türü olduğunu ve mağdurları üzerinde güçsüzleştirici bir etkide bulunabileceğini hatırlatır. Çocukların ve diğer savunmasız kişilerin özel hayatlarının temel yönlerine yönelik bu tür ciddi müdahale türlerine karşı etkin caydırma biçiminde Devlet koruması almaya hakları vardır (bkz. *Stubbings ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1996, paragraf 64, *Reports* 1996-IV; *M.C./Bulgaristan*, no. 39272/98, paragraf 153, ECHR 2003-XII).

ve soruşturulmasını mümkün kılacak bir yasal çerçeve hazırlamak konusunda pozitif bir yükümlülük getirdiğini belirtti[35].

(b) İnternetin küresel niteliği, mecranın erişilebilirliği ve yargı yetkisiyle ilgili meseleler

internetin küresel niteliği ve erişilebilirliği nedeniyle bu mecra yoluyla yayılan bilgilerin kamu düzeni ya da başkalarının itibarı üzerindeki etkisi, son dönemdeki içtihatlarda tekrarlanan bir temadır. Örneğin, *Mouvement Raëlien Suisse/İsviçre* davasında[36] Mahkeme, amacını dünya dışı varlıklarla bağlantı kurmak ve iyi ilişkiler geliştirmek olarak belirten bir kuruluşun 10. maddeye dayanarak yaptığı bir şikâyeti inceledi. Kuruluş İsviçre yetkili makamlarının kamusal mekânlara afiş asmasına izin vermediğini iddia ediyordu. Asılmak istenen afişte dünya dışı varlıkların yüzlerinin ve bir uçan dairenin resimlerinin yanı sıra Raelian Hareketi'nin internet adresi ve telefon numarası da vardı. Mahkeme, kısıtlamaların orantılılığını değerlendirirken, afişte "kalın harflerle dizilmiş olarak" başvurucunun web sitesinin adresinin bulunmasını özellikle dikkate aldı. Bu web sitesinde kamuya açık olarak klonlamayla ilgili bazı hizmetler sunan bir şirketin bağlantısı da yer alıyordu. Büyük Daire, internete erişilebilirlik kavramını dikkate aldı:

> "Daire, (...) Sözleşme'nin ve Protokollerinin günümüz koşulları ışığında yorumlanması gerektiği ilkesini göz önünde tutarak (...) web sitesinin de değerlendirilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir; çünkü bu web sitesi, küçükler de dahil olmak üzere, herkesin erişimine açık olduğu için, web sitesi adresine yer verilince afişlerin genel kamu üzerindeki etkisi katlanarak artmış olmalıdır.

35 Yukarıda alıntılanan *K.U.* davası, paragraf 48 ve 49: "Mahkeme, aynı zamanda, söz konusu olayın 1999'da, yani İnternetin, anonim niteliğinden dolayı suç amacıyla kullanılabileceğinin artık çok iyi bilinir hale geldiği bir zamanda yaşandığını da göz önünde bulundurmaktadır (…). Ayrıca, yaygın bir sorun olan çocukların cinsel istismarı da bu olaydan önceki on yıl içinde çok iyi bilinir hale gelmişti (…). İfade özgürlüğü ve iletişimlerin gizliliği birincil değerlendirmeler olmakla ve telekomünikasyon ve İnternet hizmetlerinin kullanıcılarının kendi gizliliklerine ve ifade özgürlüklerine saygı duyulması konusunda bir güvenceye sahip olmaları gerekmekle birlikte, bu tür bir güvence mutlak olamaz ve bazen kamu düzeninin sağlanması ya da suçun önlenmesi ya da başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması gibi başka meşru zorunlulukların gerisinde kalmak zorundadır. Zarar verici ilanı İnternete koyan kişinin davranışının 8. ve 10. maddelerin korumasına girmesinin mümkün olup olmadığı sorusu ayrı tutulmak üzere, bu davranışın kınanacak niteliği göz önünde bulundurularak, bu bağlamda koruma için birbiriyle rekabet içinde olan çeşitli talepler arasında uzlaşma sağlayacak çerçeveyi sağlamanın yasa koyucunun görevi olduğu belirtilmelidir."

36 *Mouvement Raëlien Suisse/İsviçre* [BD], no. 16354/06, 13 Temmuz 2012.

> Mahkeme (...) dava konusu afişin insanların ilgisini açıkça web sitesine çekmeyi amaçladığı mütalaasında bulunmaktadır: Söz konusu sitenin adresi kalın harflerle dizilmiş olarak "Dünya Dışı Varlıklardan Mesaj" sloganının üzerine yerleştirilmiştir" (...). Dolayısıyla, Mahkeme'nin sadece afişin kendisini değerlendirmeye alması mantıksız olacaktır; ülke mahkemelerinin yaptığı gibi, söz konusu web sitesinin içeriğini incelemek de gereklidir."[37].

Çevrimiçi bilgilere erişimin hızıyla birlikte internetin küresel niteliği, Mahkeme'nin yargı yetkisi sorunlarını ve dava konusu ifadelerin kamu düzeni ve başkalarının hakları üzerindeki etkisini incelediği davalarda da ön plana çıkabilmektedir. Dava konusu olan materyallerin Sözleşme'ye Taraf olmayan bir Ülkede yayımlandığı ve, internetin küresel niteliğinin bir sonucu olarak, bir üye devletin topraklarında ikamet eden bir kişi tarafından erişildiği "internet davaları"nda, yargı yetkisi sorunu ortaya çıkabilir. Bu tür davalarda Mahkeme'nin yer bakımından *(ratione loci)* yargı yetkisi var mıdır? *Perrin* davası bu açıdan iyi bir örnektir. Birleşik Krallık'ta yaşayan bir Fransız olan başvurucu, ABD'de faaliyet gösteren ve müstehcen materyaller yayımlayan bir şirketin büyük ortağıydı. Bu kişi, Britanya mahkemelerinin kendisine verdiği mahkumiyetin orantısız olduğu iddiasıyla başvuruda bulunmuştu. Başvurucu, başka görüşlerin yanı sıra, internette şoke edici bilgiler yaymak konusunda ülkelere geniş bir takdir yetkisi tanınmaması gerektiğini, çünkü bu durumun bir web sayfasının yayıncılarına yayınla ilgili temel çalışmaların yapıldığı toplumda gerekli görülmeyen ahlaksal standartları dayatmak anlamına geleceğini öne sürdü. Başvurucunun savını bir yargı yetkisi meselesi olarak değil, dava konusu tedbirin orantılılığını değerlendirmekte bir etken olarak kurduğuna dikkat çekilmelidir. Ne var ki, Mahkeme bu savı kabul etmedi: "Söz konusu görüntülerin yayılmasının başka ülkelerde, örneğin Sözleşme'nin Tarafı olmayan ABD'de yasal olması, davalı Devletin kendi topraklarında söz konusu yayma işlemini yasaklarken ve başvurucuyu soruşturur ve cezalandırırken kendisine tanınan takdir yetkisini aştığı anlamına gelmez"[38]. Sonuç olarak, Mahkeme'nin, nereden yayılıyor olursa olsun, bir

37 Yukarıda alıntılanan *Mouvement Raëlien Suisse* davası, paragraf 68-69. Mahkeme, *Perrin* davasında da bir web sitesinin erişilebilirliğiyle ilgili olarak benzer bir sav benimsemişti: «Başvurucunun diğer savı olan, web sitelerine tesadüfen erişmenin nadir rastlanan bir durum olduğu ve normal koşullarda bir web sitesinin özellikle aranması gerektiği görüşüyle ilgili olarak, Mahkeme, başvurucunun mahkumiyetine konu oluşturan web sayfasının internette gezinen herkes tarafından kolayca erişebilmesini ve, her durumda, materyallerin, Temyiz Mahkemesi'nin dikkat çektiği gibi, tam da ulusal yetkili makamların korumaya çalıştıkları gençler tarafından aranabilecek türde materyaller olmasını önemli bulmaktadır.»

38 Yukarıda alıntılanan *Perrin* davası. Mahkeme, bu çerçevede, *Handyside* kararından aşağıdaki pasajı alıntılar: «Her bir Taraf Devlet, kendi topraklarında mevcut koşullar altında kendi yaklaşımını biçimlendirmiş; demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekenler konusunda ülkelerinde geçerli olan farklı görüşleri göz önünde bulundurmuştur. Bu

üye devletin topraklarında internet yoluyla alınan fikirlerle ve bilgilerle ilgili olarak yer bakımından (*ratione loci)* yetkisi vardır.

Bilgilerin internet yoluyla bir Taraf Devletin topraklarında yayıldığı, fakat Sözleşmenin 1. maddesinin amaçları bakımından bir üye devletle herhangi bir yargı yetkisi ilişkisi içinde olmayan bir kişi tarafından alındığı durumlarda ise Mahkeme'nin ilke olarak yargı yetkisi iddiasında bulunmadığı vurgulanmalıdır. *Ben El Mahi/Danimarka* davası[39] bu açıdan önemlidir ve Mahkeme tarafından bundan sonra internetle ilgili yargı yetkisi meseleleri yaratan davalarda kullanılabilir. Bu davada, Fas'ta ikamet eden bir Fas vatandaşı ve Fas'taki iki dernek, başka hükümlerin yanı sıra Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca, davalı Devletin Hz. Muhammed'in –kendilerinin hakaret niteliğinde olduğunu düşündükleri– karikatürlerini yayımlamasına izin vermesi konusunda şikâyetçi olmuşlardı. Mahkeme, Sözleşme'ye uygun olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetti ve başvuruculaın herhangi biri ile Danimarka arasında "bölge dışında geçerli herhangi bir tasarruf yoluyla" herhangi bir yargı yetkisi bağlantısı bulunmadığını öne sürdü.

(c) Bilgilerin kalıcılığı ve eş zamansızlığı ve tekrarlanma meselesi

Siber uzayda bilgilerin kalıcılığı ve eş zamansızlığı etkenleri, sorunlu materyallerin internet yoluyla yayılmasının ve açık erişilebilirliğinin tekrarlanması meselesiyle yakından bağlantılıdır. Müstehcen ya da hakaret niteliğinde materyaller web'e girdiğinde, kamu ahlakının, kamu düzeninin ya da başkalarının haklarının (yani itibarlarının) zarar görmesi durumu bir kez, yani materyal ilk kez yayımlandığında mı gerçekleşir, yoksa bir kişi bu materyalle her karşılaştığında tekrarlanır mı? Yukarıda değinildiği gibi, Mahkeme bu soruyla ilk kez *Perrin* davasında karşılaştı. Başvurucu, başvurusunda mahkumiyetinin ahlakın korunması üzerinde herhangi önemli bir etki yapmasının muhtemel olmadığını, çünkü başka web sitelerinde benzer müstehcen materyallerin zaten mevcut olduğunu[40] öne sürmüştü. Mahkeme bu savı kabul

Devletlerin çoğunun söz konusu çalışmanın dağıtılmasına izin vermiş olması, 'Inner London Quarter Sessions' mahkemesinin aksi yöndeki kararının 10. maddeye aykırı olduğu anlamına gelmez.» (paragraf 57).

39 *Ben El Mahi/Danimarka* (kabul edilebilirlik hakkında karar), no. 5853/06, ECHR 2006-XV.

40 İnternette bilgilerin ulaşılabilirliği üzerine ayrıca bkz. *Mosley/Birleşik Krallık*, no. 48009/08, paragraf 130, 10 Mayıs 2011: "Yukarıda belirtildiği gibi, başvurucunun davasında gazetenin davranışı şiddetli eleştiriye açıktır. *News of the World,* başvurucunun cinsel faaliyetlerinin açıklandığı yazılar yayımlamanın yanı sıra, gizli kamerayla çekilmiş fotoğraflar ve video kayıtları da yayımlamıştır ve bu hiç şüphesiz yazılardan çok daha büyük bir etkiye sahiptir. Başvurucu birçok yargı bölgesinde girişimlerde bulunmuş olmasına karşın, bu görüntüler hâlâ internette mevcuttur." Farklı bir açıdan bakıldığında, siber uzayda bulunan muazzam miktardaki bilgi gazetecilerin iddialarının olgularla desteklenip desteklenmediğini kontrol ederek doğrulama yapmalarına fırsat sunmaktadır (*Koprivica/Karadağ*, no. 41158/09, para-

etmedi. Dava konusu materyallerin, kamusal alana girdikleri anda nitelikleri değişen gizli materyallerle aynı kategoriye dahil edilemeyeceğini savundu. Ahlakı koruma amacı meşruydu; çünkü bir kişinin başvurucunun web sitesine girdiği her durumda zarar ortaya çıkıyordu[41]. Bu nedenle, Mahkeme bilgilerin kamusal alana girdikten sonra gizli olmaktan çıktıkları şeklindeki *Spycatcher* ilkesini bu davada uygulamayı reddetti[42]. Bu davada asıl önemli olan bilgilerin gizliliği değil, zararlı bir içeriğe sahip olması ve internet yoluyla her erişildiğinde zarara yol açmasıydı.

Aleksey Ovchinnikov/Rusya davasında[43] Mahkeme aynı ilkeyi uyguladı, fakat bunu bir bakıma ters yönde yaptı. Yerel bir gazetede çalışan bir gazeteci olan başvurucu, bir gazetede üst düzey memurların reşit olmayan çocuklarının karıştığı bir şiddet olayı hakkında iki yazı yayımlamıştı. Ülke mahkemeleri başvurucuyu suçlular ve akrabaları hakkında özel bilgileri açıklamaktan sorumlu tutmuştu. Mahkeme, suçluların özel hayat hakkının basın özgürlüğünden daha fazla korunması ihtiyacına ilişkin olarak *Perrin* davasında olduğundan daha açıklayıcı bir akıl yürütme sundu. Halihazırda kamusal alana girmiş olan bilgilerin yayılması üzerine kısıtlamalar getirmenin, örneğin bir kişinin özel hayatına ait olan ve genel önemi haiz bir konu üzerine yürütülen herhangi bir siyasi ya da kamusal tartışmanın kapsamına girmeyen ayrıntıların daha fazla yayılmasını önlemek gibi, haklı gerekçeleri olabileceği mütalaasında bulundu[44]. Mahkeme, sonra, küçüklerin adlarının yayımlanmasının kamuoyunu meşru olarak ilgilendiren bir tartışmaya herhangi bir katkıda bulunmayacağı değerlendirmesini yaptı. Sonuç olarak, önemli bilgiler başka gazeteler ve internet yoluyla halihazırda kamusal alana girmiş olmasına rağmen, başvuruculların özel hayatlarının ayrıntılarının basında daha fazla yayılmasını önlemek açısından başvurucuya getirilen kısıtlamanın haklı bir gerekçesi vardı[45].

---

graf 69, 22 Kasım 2011).

41 Yukarıda alıntılanan *Perrin* davası.

42 *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, 26 Kasım 1991, paragraf 68 ve 69, Seri A no. 216. Ayrıca bkz. *Editions Plon/Fransa*, no. 58148/00, paragraf 53, ECHR 2004-IV; *Sürek/Türkiye* (no. 2) [BD], no. 24122/94, paragraf 40, 8 Temmuz 1999; *Weber/İsviçre*, 22 Mayıs 1990, paragraf 49 ve 51, Seri A no. 177; *Sunday Times/Birleşik Krallık (no. 2)*, 26 Kasım 1991, paragraf 54 ve 55, Seri A no. 217, ve *Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda*, 9 Şubat 1995, paragraf 43 ve 44, Seri A no. 306-A.

43 *Aleksey Ovchinnikov/Rusya*, no. 24061/04, 16 Aralık 2010.

44 Bu bağlamda bkz. *Von Hannover/Almanya*, no. 59320/00, paragraf 65, ECHR 2004-VI; *Campmany y Diez de Revenga ve López Galiacho Perona/İspanya* (kabul edilebilirlik kararı), no. 54224/00, ECHR 2000-XII; *Société Prisma Presse/Fransa* (kabul edilebilirlik kararı), no. 66910/01 ve 71612/01, 1 Temmuz 2003, ve *Bou Gibert ve El Hogar y La Moda J.A./İspanya* (kabul edilebilirlik kararı), no. 14929/02, 13 Mayıs 2003.

45 *Aleksey Ovchinnikov/Rusya*, no. 24061/04, paragraf 51-52, 16 Aralık 2010.

Son olarak, internetteki bilgilerin kalıcılığı ya da uzun ömürlülüğüyle ilgili sorunlar ve bu bilgilerin eş zamansızlık niteliği, *Times Newspapers Ltd/ Birleşik Krallık* davasında uygun şekilde irdelenir[46]. Yukarıda değinildiği gibi, Mahkeme bu davada, internette iftira niteliğinde materyallere her erişildiğinde yeni bir iftira davası nedeninin ortaya çıkması anlamına gelen internet yayıncılığı kuralının ifade özgürlüğü üzerinde haklı gerekçesi olmayan bir kısıtlama oluşturup oluşturmadığını inceledi[47]. Davada, internet ile televizyon/radyo yayıncılığı arasında açık bir farkın bulunduğu, yani televizyon ve radyonun arşivlenmiş haberlere internet kadar hızlı ve ucuz bir şekilde erişme olanağı sunmadığı ortaya kondu. Aynı zamanda, basında yayımlanan haberlerin arşivlenmesi mümkün olmakla birlikte, gazetelerde de internetteki gibi ucuz ve hızlı erişilebilirlik söz konusu değildir. Mahkeme, bu davayı değerlendirirken, içtihatlarında çok yerleşmiş olan "sorumlu gazetecilik" ilkesini esas aldı[48]: "Birbiriyle rekabet halinde olan haklar arasında denge kurmak konusunda Devletlere tanınan takdir yetkisi, güncel olayları yansıtan haberler yerine geçmiş olaylara ilişkin haber arşivleri söz konusu olduğunda, genellikle daha geniş tutulur. Özellikle de, yayımlanan bilgiler geçici değil tarihsel nitelikte olduğunda, materyali yayımlamak konusunda herhangi bir aciliyet söz konusu olmadığı için, basının sorumlu gazetecilik ilkelerine uygun şekilde hareket etme görevi muhtemelen daha büyük olacaktır"[49]. Mahkeme, bu öncülü esas alarak, uzun bir süre geçtikten sonra medyanın iftira davalarına tâbi tutulmamasını güvence altına almaları açısından sınırlama dönemlerinin Sözleşme'yle uyumlu olduğu değerlendirmesini yaptı. Söz konusu davada, bir internet arşivinde yer alan bir yazı için uygun bir uyarı yayımlama yükümlülüğü orantısız bir müdahale olarak görülemezdi; çünkü medya organı dava konusu yazıyla ilgili olarak iftira davalarıyla karşılaştığını çok iyi biliyordu. Bu nedenle, bazı yazarların kabul ettiği gibi, karar, medya yetkilileri internette arşivlenmiş bir metnin potansiyel olarak iftira niteliğinde olduğunun farkında olmadığında, metni sürekli olarak inceleme altında tutma yükümlülüğünün 10. maddenin ihlali olarak değerlendirilebileceği şeklinde yorumlanabilir[50].

---

46 Yukarıda alıntılanmıştır.

47 Bkz. "The single publication rule" [Tek yayın kuralı], *Communications Law*, 2009 14 (2), s. 65-66; Ayrıca, K. Macmillan, "Internet publication rule survives" [İnternet yayıncılığı kuralı hâlâ geçerli], *Communication Laws*, 2009 14(3), s. 80-82.

48 Bkz. *Times Newspaper Ltd/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik kararı), no. 23676/03 ve 3002/03, 11 Ekim 2005.

49 Yukarıda alıntılanan *Times Newspapers Ltd* davası, paragraf 45.

50 P. D. Mora, "The compatibility with Art. 10 ECHR of the continued publication of a libel on the Internet: Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)" [Bir iftiranın internette yayımlanmasının devam etmesinin AİHS'in 10. maddesiyle uyumluluğu: Times Newspapers Ltd/Birleşik Krallık (no. 1 ve 2)], *Entertainment Law Review*, 2009, 20 (6), s. 228.

Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Mahkeme tarafından uzun süredir "yaşayan bir hukuki araç" olarak kabul edilmektedir[51]. Yukarıda özetlenen ve hâlâ yetersiz düzeyde olan içtihattan, Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün söz konusu olduğu davalarda internetin kendine özgü niteliğini kabul ettiği ve incelemesini bu yeni mecranın özelliklerine uyarladığı sonucu çıkmaktadır. Özellikle, siber uzayda yayılan bilgilerin kamu ahlakı ve başkalarının itibarı üzerindeki etkisi, internetin fiziksel sınırlar söz konusu olmaksızın geniş erişilebilirliği ve internette muazzam miktarda bilginin kamusal alana girdikten çok sonra hâlâ ulaşılabiliyor olması şimdiden Mahkeme'nin içtihatlarında değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme, 10. maddeyle ilgili olarak ilgili içtihatta yerleşmiş olan temel ilkeleri yeniden değerlendirmek konusunda isteksiz görünmektedir. Mahkeme, içtihadındaki yerleşmiş ilkelerde zamanla değişiklikler yapmaya devam etmektedir ve gelecekte kendisinden çözüme kavuşturması talep edilen internetle bağlantılı yeni sorunları nasıl değerlendireceği görülecektir. İnternette dolaşan ahlaka aykırı çocuk resimlerinin düzenlenmesi, internet servis sağlayıcılarının rolü ve muafiyeti[52], internete erişim hakları[53] ve çevrimiçi iletişimleri izlemeye yönelik güçlü takip cihazları geliştirmek konusunda hükümetlere ne kadar yetki tanınacağı, Mahkeme'nin er geç ele almak zorunda olduğu sorulardan sadece birkaçıdır. Yeni bilgi teknolojilerinin büyük bir bölümünün hâlâ geliştirilme sürecinde olduğu ve Mahkeme'nin de bu sürecin bir parçası olduğu bir gerçektir[54]. İnternetle bağlantılı meselelerin büyük resmi hâlâ şekillenmekte olduğu için, Mahkeme'nin bu konudaki pozisyonunu değerlendirmek için henüz erkendir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin bu bağlamdaki çalışmaları çok etkileyicidir. Konuşma özgürlüğü ilkelerinin internetle nasıl bir etkileşim içinde olduğu belirlenirken, bu süreç bu küresel ve güçlü mecranın gelecekte konuşma özgürlüğü ilkelerini nasıl şekillendireceğini açıklığa kavuşturabilir.

---

51 *Tyrer/Birleşik Krallık*, no. 5856/72, 25 Nisan 1978, paragraf 31.

52 Bkz. *Delfi AS/Estonya*, no. 64569/09, Şubat 2011'de açıklandı.

53 A. Cheung, *"Internet governance and the responsibility of Internet service providers"[İnternet yönetişimi ve İnternet servis sağlayıcılarının sorumluluğu]*, Winsconsin International Law Journal, Yaz 2008, 403. Ayrıca bkz. *Yildirim/Türkiye* ve *Akdeniz/Türkiye*, no. 3111/10 ve 20877/10, Şubat 2011'de açıklandı. Ayrıca bkz. A. T. Hopkins, *"The right to be online: Europe's recognition of due process and proportionality requirements in cases of individual Internet disconnections" [Çevrimiçi olma hakkı: Avrupa'nın bireysel İnternete bağlanamama vakalarında hukuk kurallarına bağlı kalma ve orantılılık gerekliliklerini tanıması]*, Columbia Journal of European Law, Yaz 2011, 557.

54 T. Murphy, *"Works in progress: new technologies and the European Court of Human Rights" [Çalışmalar devam ediyor: yeni teknolojiler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi]*, Human Rights Law Review, 2010, 10(4), s. 601-638.

İfade özgürlüğü ve AB hukuku

Peter Roth[1]

Giriş

Başlangıçta, o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun hukuk rejiminde, insan hakları ya da temel haklara herhangi bir gönderme yapılmasından kaçınılmaktaydı. Bu haklara Topluluğun kurucu anlaşması olan Roma Antlaşması'nda, ya da Avrupa Adalet Divanı'nın (AAD) erken dönem içtihadında değinilmiyordu. Ancak 1970'lerde AAD, temel hakları "üye devletlerin anayasa geleneklerinden ilham alarak" Adalet Divanı'nın koruma altına alacağı genel hukuk ilkelerinin bir parçası olarak tanıdı.[2] Böylece Adalet Divanı Topluluk hukukunun öncelikli konumu ile insan haklarının üye devletlerin ulusal anayasalarının gerektirdiği gibi güvence altına alınması arasında bir uzlaşmaya gitmiş oldu.[3] 1979'a gelindiğinde *Hauer* davasındaki[4] kararında AAD, Topluluk hukuk düzeninin güvence altına aldığı temel hakların bir yansıması olarak açık biçimde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) gönderme yaptı. Bilindiği gibi AAD, daha sonra da sık sık AİHS'e ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına gönderme yapmıştır.

İçtihatta gerçekleşen bu önemli gelişme daha sonra Antlaşma üzerinde yapılan değişikliklere de yansıtıldı. 1992 Maastricht Avrupa Birliği Antlaşması'nın F maddesinde (daha sonra 6. madde) Avrupa Birliği'nin "özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel haklara saygı ve hukukun üstünlüğü üzerine kurulu olduğu" belirtiliyor ve AB'den Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak AİHS tarafından güvence altına alınan temel haklara "üye devletlerin anayasa geleneklerinin bir sonucu olarak" saygı göstermesi isteniyordu. 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması, bu gereği AAD'nin yargı alanına yerleştirdi[5] ve ayrıca bir üye devletin insan haklarına uymaması durumunda devreye girecek bir siyasi uygulama mekanizması getirdi. Hükümet Başkanları Konseyi, Avrupa Parlamento'sunun onayıyla, bir üye devlette bu ilkelerin "ciddi ve ısrarlı biçimde ihlal edildiğini" tespit edebilir ve bu durumda (nitelikli çoğunlukla) söz konusu devletin oy haklarını askıya alabilir.[6]

---

1 İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi Hakimi.

2 Dava 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [Uluslararası Ticaret Şirketi] [1970] ECR 1125; Dava 4/73 *Nold* [1974] ECR 491.

3 Bkz. Tidimas, *The General Principles of EU Law [AB Hukukunun Genel İlkeleri]* (2. basım, 2006), s. 300-305.

4 Dava 44/79 *Hauer/Land Rheinland-Pfalz* [1979] ECR 3727. Ayrıca bkz. dava 36/75 *Rutili/ İçişleri Bakanı* [1975] ECR 1219, para 32.

5 Avrupa Birliği Antlaşması Madde 46(d).

6 Avrupa Birliği Antlaşması Madde 7.

AB hukuku böylece AİHS'na uyulmasını şart koşmuş olsa da, AB 2000 yılında daha kapsamlı olan kendi Temel Haklar Şartı'nı kabul etti. Önce bu şart hukuki statüsü muğlak olan bir "resmi beyan" olarak ifade edilmişti. Ancak nihayet bütün gerekli onaylar alındıktan sonra 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nda Şart'a, antlaşmalarla aynı yasal statü tanındı.[7] Bu nedenle AAD yakın bir geçmişte Şart'a dayalı olarak AB Tüzüğü'nün Ortak Tarım politikası kapsamında bazı çiftçilere yapılan ödemelerin açıklanmasıyla ilgili hükümlerini, bu hükümlerin çiftçilerin Madde 7 (özel yaşamın gizliliği) ve Madde 8 (kişisel verilerin korunması) nezdindeki haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etti.[8] Dahası Şart, AB hukukunun bir parçası olarak, yönetmeliğe gerek olmadan ulusal düzeyde bağlayıcıdır, ancak bu, AB hukukunun geçerli olduğu yerleri kapsar.

Şart'ın birçok makalesi AİHS'e benzer, Madde 52(3) de Şart kapsamındaki hakların AİHS'deki haklara tekabül ettikleri sürece aynı şekilde yorumlanmalarını öngörür. Ancak Madde 52(3)'ün ikinci cümlesi, bu hüküm "Birlik hukukunun daha kapsamlı koruma sağlamasını engellemez" der ve Şart'taki hükümlerin bazıları AİHS'de ele alınmayan bazı konulara da değinir. Bu nedenle, AB'nin temel hak ve yükümlülüklere ilişkin oluşturduğu kapsamlı ve çağdaş bir bildirge olan Şart, çok önemli bir gelişmedir.

AB Hukukunda İfade Özgürlüğü

AB hukukunun kapsamı sonradan önemli ölçüde genişlemiş olsa da, özellikle AET olduğu dönemde öncelikli olarak odaklandığı alanın ekonomik ve ticari faaliyetler olması nedeniyle ifade özgürlüğü AB'nin ilk dönemlerinde fazla dikkat sarfedilen bir alan değildi. AAD ilk kez 1991'de, Yunan yayın kuruluşu *ERT* ile ilgili davada[9] ifade özgürlüğünü ele aldı. Adalet Divanı'nın önüne gelen konu, bir üye devletin münhasıran tek bir kuruluşa televizyon yayını yapma hakkını (bu hakka diğer üye devletlerden kaynaklanan programların yeniden yayını da dahildi) vermesinin, üye devletler arasında hizmet temini özgürlüğüne müdahaleye izin veren Antlaşma hükümleri kapsamında gereçeklendirilebilmesi idi. AAD, ulusal kuralların, ancak AİHS 10. maddesinde dile getirilen ifade özgürlüğü temel hakkı ile uyumlu oldukları sürece bu istisnalara girebileceklerini karara bağladı.

ERT davasında AAD yalnızca ifade özgürlüğü hakkının önemine dair genel bir ifade sarf etti ve söz konusu kural açısından sonucun ne olacağının değerlendirilmesi ulusal mahkemeye bırakıldı. Ancak daha yakın tarihli ka-

7 Avrupa Birliği Antlaşması Madde 6(1).

8 Birleştirilen Davalar C-92 & 93/09 *Volker & Markus Schecke/Land Hessen* [2012] All ER (EC) 127.

9 Dava C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi* [1991] ECR I-2925.

rarlarında AAD'nin kendisi de ifade özgürlüğü hakkıyla diğer temel haklar arasında denge kurulması yaklaşımını benimsemiştir. Bu kararlar AAD'nin bilinçli olarak AİHM içtihadına benzer bir yaklaşımı talep ettiğini ya da benimsediğini ortaya koymaktadır.

Schmidberger davasında[10] ifade özgürlüğü karşısındaki kısıtlayıcı hak, AB antlaşmasındaki dört temel özgürlükten biri olan malların serbest dolaşımıydı. Avusturya'da çevreci bir örgüt bir protesto düzenlemiş ve Alpler üzerinden İtalya'ya uzanan en önemli ticari transit karayollarından biri olan Brenner otobanını 30 saat süreyle kapatmıştı. Avusturya makamları bu gösteriyi önceden haber almış ve yasaklamamaya karar vermişti. Bir Alman karayolu taşımacısı, gösteriye müdahale etmeyen Avusturya makamlarının AB hukuku kapsamında koruma altında olan malların serbest dolaşımı özgürlüğünü kısıtladığını öne sürerek dava açtı. Avusturya mahkemesinin talebi üzerine AAD, ulusal makamların yolun açık kalması için tedbir almamış olmasının üye devletler arasında malların serbest dolaşımının kısıtlanmasına eşdeğer bir etki yaptığını belirtti. Ancak, Avusturya makamlarının amacının göstericilerin ifade özgürlüğü (ve toplanma özgürlüğü) temel haklarına saygı göstermek olduğunu ve bu hakların prensipte Antlaşma nezdindeki temel haklardan birinin kısıtlanmasını haklı gösterebileceğini kabul eden Adalet Divanı, bir denge oluşturma yoluna giderek farklı menfaatlerin ağırlıklarını değerlendirdi. Bu açıdan Adalet Divanı, malların serbest dolaşımının kesintiye uğramasıyla ilgili, sürenin uzunluğu, amacın belli bir üye devletten gelen ya da giden ticaretin kısıtlanması olmaması ve önceden alternatif güzergahların duyurulmuş olması gibi farklı olguları inceledi ve şu sonuca vardı[11]:

"(…) üye devletlerin geniş takdir yetkisi düşünüldüğünde, mevcut davada söz konusu olan durumda yetkili ulusal makamların gösteriyi doğrudan yasaklaması göstericilerin toplanarak halk içinde görüşlerini barışçıl yollarla ifade etme temel haklarına kabul edilemez bir müdahale teşkil edecekti.

Gösterinin hem yeri – örneğin Brenner otobanının kenarı – ve süresi – yalnızca birkaç saatle sınırlandırılması – için daha sıkı koşulların getirilmesi aşırı kısıtlama olarak algılanabilir, eylemin kapsamını önemli ölçüde daraltabilirdi. Yetkili ulusal makamlar, kamuya ait bir otoban üzerinde yapılacak bir gösterinin serbest dolaşım üzerindeki kaçınılmaz etkilerini mümkün olduğu ölçüde sınırlandırmaya çalışmak zorunda olsalar da bunu, halkın dikkatini eylemlerinin amacına çekmeye çalışan göstericilerin menfaatiyle dengelemelidirler."

10 Dava C-112/00 *Schmidberger/Avusturya* [2003] ECR I-5659.

11 89-90. paragraflar.

Schmidberger davası AB hukukunun insan hakları dışında bir temel ilkesiyle çatışıyordu, *Scarlet* davasında ise AAD farklı insan hakları arasındaki gerilimi ele almaktaydı.[12] Belçika müzisyenler meslek birliği SABAM hizmet kullanıcılarının telif koruması altındaki yapıtları internetten denklerarası ağlar kullanarak ruhsat ödemeden indirdikleri gerekçesiyle bir internet hizmet sağlayıcısına karşı dava açtı. SABAM'ın amacı, fikri mülkiyet haklarıyla ilgili çeşitli AB direktifleri uyarınca davalının denklerarası yazılım kullanan ağ üzerindeki bütün iletişimi kapsayan bir filtre cihazı yerleştirerek ihlale son vermesi için bir mahkeme emri çıkartılmasıydı. Bu sistemde her bir müşteri için bu yazılımı kullanan bütün verilerin aktif olarak izlenmesi gerekecekti. Belçika mahkemesinin talebi üzerine AAD, fikri mülkiyet hakkının Şart'ın 17(2). maddesi kapsamında temel bir hak olmasına rağmen diğer temel hakların korunmasıyla dengelenmesi gerektiğini belirtti. Önerilen filtreleme sistemi bütün içeriğin sistematik biçimde analiz edilmesini gerektirecekti ve yasal ve yasal olmayan içerik arasında gerekli ayrımın yapılması mümkün olmayabilecekti. Bundan yola çıkarak AAD, SABAM'ın istediği ihtiyati tedbir emrinin Şart'ın 8 ve 11. maddeleri kapsamında internet sağlayıcısı şirketin müşterilerinin kişisel verilerin korunması haklarını ve bilgi edinme özgürlüklerini ihlal edeceği kararına vardı. Bu nedenle ulusal mahkemenin bu filtre sisteminin kurulmasını gerektirecek bir emir çıkartması, karşı karşıya gelen bu iki hak arasında adil bir denge oluşturulmasını sağlayamayacaktı.[13]

Elbette AB hem siyasi hem de hukuki bir kurumdur. Avrupa Birliği Antlaşması açıkça AB'nin dış ilişkilerinde insan haklarının korunmasını teşvik etmesi ve desteklemesi gerektiğini belirtir.[14] Bu nedenle AB'nin diğer Avrupa ülkeleriyle imzaladığı çeşitli "ortaklık" anlaşmalarında ve üçüncü ülkelerle gerçekleştirdiği ticaret anlaşmalarının çoğunda tarafların temel insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne saygı gösterme konusundaki taahhütlerini teyit eden ifadeler bulunabilir.[15] Bu ifadeler daha ziyade temenni boyutunda kalsa da AB kurumlarının resmi protestoda bulunmaları ya da tepki gösterme amaçlı tedbirler almaları için bir çerçeve sunarlar - nitekim gazetecilerin ifade özgürlüğü hakkının ciddi boyutta ihlal edildiği durumlarda bu tedbirler alınmıştır.[16] Ayrıca daha yeni AB Antlaşmaları'nda ve bugün Şart'ta

12 Dava C-70/10 *Scarlet Extended SA/SABAM*, 20 Kasım 2011 tarihli karar.

13 Krş. *Twentieth Century Fox/British Telecommunications* [2011] EWHC 1981 (Ch), bu davada İngiliz mahkemesi daha gelişkin ve hedefe odaklanan ve aynı kapsamlı sonuçlara sahip olmayan bir filtreleme sisteminin kurulmasını talep ederek Scarlet'te söz konusu olan meseleyi ayrı tutmuştur. Ayrıca bkz. *Dramatico Entertainment/British Sky Broadcasting* [2012] EWHC 1152 (Ch), para 8.

14 Avrupa Birliği Antlaşması madde 3(5) ve 21(2)(b).

15 Bkz. Örn. AB – Bosna-Hersek Geçici Ticaret Anlaşması, OJ 2008 L233/6, Madde 1; AB-Afrika, Karayipler, Pasifik (ACP) Ülkeleri Anlaşması (Cotonou Anlaşması), OJ 2000 L317/3, Madde 9.

16 Bkz. genel olarak, Wyatt, "*Freedom of Expression in the EU Legal Order and in EU Relations with Third Countries*" *[AB Hukuk Düzeni ve AB'nin Üçüncü Ülkelerle İlişkilerinde İfade Özgürlüğü"],*

da bu haklara verilen önemin artması, AB kurumlarına bir üye devlet bu temel haklara aksi olduğu düşünülen adımlar attığında protesto ya da müdahale etme ve daha başka girişimler gerçekleştirme zeminini sağlamaktadır. Bu nedenle 2011'de Komisyon'un Başkan Yardımcısı Macaristan makamlarına, Komisyon'un Macaristan'da önerilen medya yasasının bazı yönlerine ilişkin kaygılarını ifade etmiş ve Komisyon, başkanlığını eski Letonya Cumhurbaşkanının üstlendiği medyada özgürlük ve çoğulculuk üst düzey grubunu kurmuştur. Grup Avrupa'da medya çoğulculuğuna saygı gösterilmesi ve desteklenmesine ilişkin tavsiyeler içeren bir rapor hazırlayacaktır.[17]

Medya çoğulculuğu

Macaristan medya yasasına ilişkin kaygılardan biri bu yasanın medya çoğulculuğu üzerindeki olası etkisiydi. AB hukuku bu bağlamda ifade özgürlüğü alanındaki en önemli katkısını yapmıştır. Şart'ın 11. maddesi şöyle der:

"1.Herkes, ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü içerir.

2. Basının özgürlüğü ve çoğulculuğuna saygı gösterilmelidir."

Yayın ruhsatlarına ilişkin kararlarda gönderme yapılmış olmasına rağmen, medya çoğulculuğu AİHS Madde 10(2)'de açıkça belirtilen derogasyon gerekçelerinden biri değildir.[18] Ancak AB içtihadında ve mevzuatında özel bir önem kazanmıştır.

AB Antlaşması, kamu yayınlarının doğrudan medyada çoğulculuğu koruma konusuyla ilgili olması temelinde üye devletlerde Kamu Yayıncılığı Sistemi Protokolü başlıklı bir ek taşımaktadır. Protokolde Antlaşma hükümlerinin "bu kamu hizmetinin gelirlerinin gerçekleştirilmesinin dikkate alınması sırasında Birlik'te ticaret koşullarını ve rekabeti ortak menfaate aykırı olacak biçimde etkilemediği sürece" devletlerin kamu hizmeti yayıncılığını finanse etme hakkını kısıtlayamayacağı belirtilir.

Belirli bir eşiği geçen şirket birleşmelerinin rekabet açısından incelenmesinde Avrupa Komisyonu'na münhasır yetki sağlayan AB Şirket Birleşmeleri

Beatson and Cripps (der.), *Freedom of Information: Essays in Honour of DGT Williams [Bilgi Özürlüğü: DGT Williams Onuruna Makaleleri]*(2000), s. 216-221.

17 AB Basın bülteni IP/11/1173, 11 Ekim 2011.

18 Örn. *Demuth/İsviçre* (2004) 38 EHRR 20.

Tüzüğü, Tüzük 139/2004, Madde 21(4)'te bir istisnaya yer verir. Bu istisna, üye devletlerin rekabet dışında "meşru menfaatlerini" korumak için "uygun tedbirler" almalarına izin vermekte ve medya çoğulculuğunu ulusal müdahaleyi haklı gösterebilecek üç menfaatten biri olarak saymaktadır.[19] Bu maddeye nadiren başvurulmuştur, ancak yakın geçmişte News Corporation'un British Sky Broadcasting (BSkyB) kuruluşunu satın almayı teklif etmesi üzerine AB Komisyonu'nun yürüttüğü rekabet incelemesine paralel olarak Birleşik Krallık satış işlemini çoğulculuk açısından incelenmek üzere Birleşik Krallık makamlarına sunmuştur.[20]

Hollanda medya yasasıyla (*Mediawet*) ilgili bir dizi davada AAD hizmet sunma özgürlüğüne müdahalenin AİHS'in 10. maddesinin bir parçası olarak medya çoğulculuğu temelinde ne denli haklı gösterilebileceğini değerlendirdi. *Collectieve Antennevorziening Gouda*[21] davasında Hollanda yayıncılık kurumu, yurtdışından yayınlanan TV ve radyo programlarında bulunan reklamlarla ilgili yasal hükümleri ihlal ettikleri gerekçesiyle 10 kablolu ağ operatörüne para cezası uyguladı. Mediawet bu programların ancak yayın ağından bağımsız ayrı bir tüzel kuruluş tarafından çekildikleri ve elde edilen gelirlerin tümü program yapımında kullanıldığı takdirde Hollanda halkına yönelik reklamlar içerebilecekleri kararına vardı. Bunun reklam verenlerin program içeriğini aşırı derecede etkilemelerini önleyecek bir kültür politikası kapsamında gerekçelendirildiği belirtildi ve karar, Hollanda'nın farklı bileşenlerinin ifade özgürlüğünü güvence altına alan bir kültür politikası çerçevesinde sunuldu.

AAD, yalnızca yabancı yayıncılar için geçerli olan yasanın açık biçimde serbest dolaşımın kısıtlanması anlamına geldiğini belirtti. Ancak AAD, prensipte bu tarz bir kültür politikasının genel yarara hizmet eden ve hizmet sunma özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı gösterecek, öncelikli bir şart teşkil ettiğini kabul etti. Bunun nedeni medya çoğulculuğunun korunmasının AİHS'in 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğü ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gereğiydi. Ne var ki AAD bu davada mevcut koşulların nesnel olarak medya çoğulculuğunu sağlamak için gerekli bulunamayacağını ve bu nedenle hizmetlerin serbest dolaşımı özgürlüğünün korunmasında bir istisna teşkil edemeyeceğini tespit etti. *Commission/Hollanda*[22] davasında AAD, Hollandalı yayıncıların, belirli bir dereceye kadar bir Hollanda kamu kuruluşunun teknik kaynaklarını kullanmalarının yasayla zorunlu kılınmalarını

19 Diğer ikisi kamu güvenliği ve ihtiyat tedbirleridir.

20 Dava No COMP/M.5932 *News Corp/BSkyB*, 21 Aralık 2010: bkz. paragraf 304-309. NewsCorp telefon dinleme skandalı kopunca Birleşik Krallık Rekabet Komisyonu'na iletilen bu teklifini geri çekmiştir.

21 Dava C-288/89 [1991] ECR I-4007

22 Dava C-353/89 [1991] ECR I-4069

kınadı. Bu koşulun medya çoğulculuğunu koruma amaçlı kültür politikası temelinde gerekçelendirilmeye çalışılması yanıltıcıdır ve Adalet Divanı tarafından kısıtlamanın nesnel olarak haklı gösterilmesi için yeterli bulunmamıştır. Ancak *Gouda* davasında AAD, prensip olarak bu kültürel politikanın serbest dolaşımın kısıtlanmasını haklı gösterebileceğini, çünkü medya çoğulculuğunun temel bir hak olarak ifade özgürülüğü ile bağlantılı olduğunu açıkça belirtmiştir.

Adalet Divanı, yaklaşımını birkaç yıl sonra *TV10* davasında özetledi.[23] Bu davada AAD, Hollanda yayıncılık kurumunun Lüksemburg'da kurulmuş, ancak Hollanda'da Felemenkçe yayın yapan bir kuruluşa, programların çoğulcu ve ticari olmayan bir içerik taşımasını sağlamak üzere tasarlanmış Mediawet yükümlülüklerinin uygulanması bakımından yerli bir yayıncı muamelesi yapma hakkına sahip olduğunu karara bağlamıştır. Bunun AİHS'in 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğü hakkını tehlikeye atacağı savı net bir şekilde reddedilmiştir. Geçmiş kararlarına gönderme yapan AAD şunları belirtmiştir:

"(…) Hollanda yayın politikasının güvence altına almaya çalıştığı çoğulculuğun korunması, fikir çeşitliliğinin ve böylece ifade özgürlüğünün korunmasını amaçlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tam da bu özgürlüğü korumak üzere oluşturulmuştur."

Buna göre, serbest dolaşım üzerindeki kısıtlamalar, medya çoğulculuğunu güvence altına almak üzere oluşturulan tedbirler temelinde haklı gösterilebilir ancak bu gerekçelendirmenin titiz bir şekilde incelenmesi ve gerçekten bu amaç için nesnel olarak gerekli olduğunun saptanması gerekir. Bu açıdan AAD ulusal mahkemelere ayrıntılı biçimde rehberlik etmeye hazırdır. *Familiapress*[24] davasında Almanya'da yayımlanan bir dergi için hizmet tedariği sırasında ücretsiz hediye dağıtımını yasaklayan bir Avusturya yasasının geçerli olup olmadığını sorgulanmıştır. AAD, bu tedbirin Antlaşma'nın serbest dolaşım kuralını ilgilendiren bir ithalat kısıtlamasına eşdeğer etkiye sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak Avusturya hükümeti tüketicilerin bir derginin içeriğinden ziyade dağıtılan hediyeye daha fazla önem verebileceği ve bu durumda küçük yayıncıların hediyelerin değeri açısından büyük yayıncılarla rekabet edemeyebileceği düşüncesiyle yasanın amacının basında çeşitliliği sağlamak olduğunu öne sürmüştür. Hükümet, pazarın %54'ünden fazlasının en büyük basın grubuna ait olduğu Avusturya'da basında yoğunlaşmanın yüksek olduğunu vurgulamıştır.

23 Dava C-23/93 *TV10* [1994] ECR I-4795.

24 Dava C-368/95 *Familiapress/Bauer Verlag* [1997] ECR I-3689.

AAD, ödüllü yarışma içeren yayınların satılmasının kendisinin de ifade özgürlüğü ihlali sayılabileceğini belirtmiştir. Ancak Adalet Divanı AİHM'in *Lentia* kararına[25] gönderme yaparak, basın çeşitliliğini sağlamak için gerekli olduğu ölçüde derogasyona izin verilebileceği önermesini desteklemiştir. Söz konusu davada basın çeşitliliğinin korunması malların serbest dolaşımı üzerindeki kısıtlamanın haklı gösterilebileceği bir amaç olarak kabul edilmişti. Ne var ki orantılılık kriterinin yerine getirilmesi gerekir. AAD aşağıdaki biçimde devam etmiştir:

28. Bu nedenle öncelikle oyun, bulmaca ya da yarışmalarda ödül kazanma şansı sunan gazetelerin eşdeğer ödüller veremeyecek durumda oldukları anlaşılan ve itiraz edilen mevzuatın korumayı amaçladığı küçük gazete yayıncılarıyla rekabet halinde olup olmadıkları ve ikinci olarak da bu ödülleri kazanma olasılığının gazeteyi satın almak için bir teşvik sayılıp talepte bir değişikliğe yol açıp açmayacağının saptanması gerekir.

29. Avusturya basın piyasasının incelenmesinden yola çıkarak bu koşulların yerine gelip gelmediğini saptamak ulusal mahkemenin işidir.

30. Bu incelemeyi yaparken söz konusu ürünün piyasasının tanımlanması ve bu piyasada yayıncıların ya da basın gruplarının pazar paylarının ve ilgili eğilimlerin dikkate alınması gerekecektir.

31. Ayrıca ulusal mahkemenin, birinci sayfada ödül kazanma şansının ilan edilmesi, kazanma olasılığı, ödülün değeri ya da kazanma olanağının hüner, beceri ya da bilgiye dayalı olması gibi satın alma kararını etkileyecek her tür durumu dikkate alarak, tüketici açısından söz konusu ürünün ödül sunmayan gazeteler tarafından ikâme edilebilme derecesini de değerlendirmesi gerekecektir."

AAD bir adım daha ileri giderek dergide, Avusturya'daki okurların ödülü kazanma şansı olmadığının belirtilmesi gibi bir ifade basılması türünde daha kısıtlayıcı tedbirlerin mümkün olabileceği yolunda geçici bir görüş de bildirmiştir.

Familiapress davasında AAD, uygulanan tedbirin medya çoğulcuğu temelinde gerekçelendirilmesini bir miktar şüpheyle karşılasa da radyo-televizyon yayıncılığı alanında yerel kanallara kabloda yer verilmesini gerektiren taşıma yükümlülüklerinin uygulanmasında çoğulculuğu ilgili kriterlerden biri olarak duraksamadan kabul etmiştir. *United Pan- Europe Communications* dava-

25 *Informationsverein Lentia/Avusturya* (1994) 17 EHRR 93. 417.

sında[26] altı kablolu televizyon sağlayıcısı Brüksel'in iki dilli bölgesinde yerel kanalları taşıma zorunluluğu getiren Belçika yasasına itiraz etmiştir. Bu sağlayıcılar kamu yayın kuruluşunun ve belirli ticari yayıncıların programlarını yayınlamak zorunda bırakılmıştır. AAD, bu yasanın, Belçikalı olmayan bir yayıncının taşıma zorunluluğundan yararlanma statüsünü almasının daha zor olması nedeniyle, üye devletler arasında hizmet teminini engelleme olasılığının bulunduğunu belirtmiştir. Ancak AAD, yasanın amacının TV ağlarındaki yayınların çoğulculuğunu ve kültürel çeşitliliğini güvence altına almak olması nedeniyle ve özellikle iki dilli bölgede yaşayan vatandaşların yerel ve ulusal haberlere ve kendi kültürlerine erişim haklarından yoksun kalmamalarını sağlaması bakımından genel yarara yönelik bir amaç güttüğünü, bu nedenle haklı görülmesi gerektiğini kararlaştırmıştır. Dahası, AAD açısından bu politika, taşıma zorunluluğundan yararlanma statüsü, nesnel ve ayrımcılık içermeyen kriterlerin uygulandığı şeffaf bir prosedürle verildiği sürece orantısız görünmememiştir.

Bu yaklaşım, AB Evrensel Hizmet Direktifi'nin "taşıma zorunluluğu" hükmünü yorumlamasını da biçimlendirmiştir.[27] Direktif 31(1) maddesinde, üye devletlerin "net bir şekilde tanımlanmış genel yarara yönelik amaçlara ulaşılması için gerekli oldukları ve orantılı ve şeffaf oldukları sürece" belirli TV ve radyo kanallarının yayını için bu tür yükümlülükler getirmelerine izin verir. Ancak "genel yarara yönelik amaçların" ne olduğu tanımlanmamıştır. *Kabel Deutschland Vertrieb und Service* davasında[28] analog kablo ağlarında hizmet çeşitliliğini teşvik etmeye yönelik hükümler içeren Aşağı Saksonya Eyaleti'nin medya yasasının bu amaçları yerine getirip getirmediği sorusu gündeme gelmiştir. AAD, çoğulculuğun sağlanması AİHS Madde 10 tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağlantılı olduğundan, kültür politikasının bir parçası olarak televizyon yayınlarının çoğulcu doğasını korumayı amaçlayan ulusal mevzuatın genel yarara yönelik bir amaç güder sayılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, Adalet Divanı kablo ağında yeterli sayıda kanal bulunmadığı durumlarda bölgesel yayıncılık kurumunun başvurucunun o ağdaki hizmet çeşitliliğine katkısı temelinde bir tahsisat öncelik sırası oluşturmasını öngören yasa hükmünün kültürel amaca ulaşmak için uygun bir yöntem olduğunu belirtmiştir: yayınıclık kurumu kararını tümüyle ticari kaygılarla değil, hizmet çeşitliliğini ve halkın bilgi gereksinimini gözeterek verecektir.

26 Dava C-250/06, *United Pan-Europe Communications/Belçika,* [2007] ECR I-11135.

27 Direktif 2002/22, OJ 2002 L108/51. Bu direktif o dönemde henüz yürürlülüğe girmediği için *Pan-Europe* davasında uygulanmamıştır.

28 Dava C-336/07 [2008] ECR I-10889.

Sonuç

AB hukuk enstrümanlarında medya çoğulculuğuna yapılan gönderme kısmen önleyici niteliktedir ve AB rejiminin, üye devletlerin kamu yayıncılığını ve medya çoğulculuğunu koruma kabiliyeti üzerinde kısıtlayıcı bir etki yapmamasını sağlamak amacıyla tasarlanmıştır. AAD kararları ifade özgürlüğünü, diğer temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasını haklı gösterebilecek temel bir hak olarak uygular ve medya çoğulculuğunu genel yarara hizmet eden net bir amaç olarak tanımlar. AAD kararları doğrudan AİHS'in 10. maddesini kaynak olarak gösterse de AİHM'in medya çoğulculuğuna yaptığı az sayıda gönderme, normalde ifade özgürlüğü üzerinde kısıtlama olarak görülecek bir olgunun meşru kabul edilmesi bağlamında gerçekleşmiştir: medya çoğulculuğu yargı açısından hemen hemen Madde 10(2)'de belirtilenlere ek bir gerekçelendirme olarak tanınmıştır.

Ancak Şart'ta, medya çoğulculuğu açık bir biçimde kendi içinde ifade özgürlüğü kapsamının bir parçası olan bir temel hak olarak dile getirilmiştir. Buna, AAD'nin Hollanda medya yasası davalarında da ses bulan bir sunum farkı olarak bakılabilir. Ne var ki Şart'ın 11(2). maddesi medya çoğulculuğunun yalnızca devletin göz önünde bulundurması gereken bir düşünce değil, bağlı kalmaya yükümlü olduğu bir ilke olduğunu belirtir. Fiiliyatta bunun ne anlama geldiği belirsizdir, özellikle de birçok ülkede halkın medya sahipliğindeki yoğunlaşmadan gitgide daha fazla kaygı duyduğu bir dönemde. Şart'ta yer alan diğer birçok konuda olduğu gibi, bu konuda da AB hukukunun tam önemi ancak önümüzdeki yıllarda anlaşılacaktır.

"Bilgi uçuranlar" (whistleblowers) toplumun yeni bekçileri mi?

Anna Austin[1]

"Zorbalığın kök salması için gereken tek şey vicdan sahibi insanların sessiz kalmasıdır."[2]

Amerika'daki dev tütün şirketi Brown & Williamson'da bir zamanlar araştırma-geliştirmenin başında olan Jeffrey Wigand tütün endüstrisinde "bilgi uçuran" (whistleblower) en üst düzey yöneticilerden biri olmuştu. Wigand 1995 yılında Mississippi ve 49 eyalette sigaraya bağlı hastalıklar için yapılan masrafların tazmin edilmesi istemiyle tütün endüstrisine karşı açılan davalarda olağanüstü tanık olarak yeminli ifade verdi ve şirketin sigaranın ne kadar ölümcül olduğunu bildiğini, bağımlılığı en yüksek düzeye çıkarmak amacıyla çalışmalar yaptığını teyit etti. Sonrasında dava milyarlarca dolar karşılığında uzlaşma ile sonuçlandı. CBS kanalı bile, Wigand'ın şirketle arasındaki gizlilik anlaşması nedeniyle "haksız müdahale" suçundan aleyhine milyonlarca dolarlık davalar açılmasından korkarak Wigand ile daha önce yapmış olduğu bir röportajı yayınlamaktan vazgeçmişti. Şimdi meşhur olan o röportajı CBS "60 Minutes" programında ancak Wigand'ın Mississippi'de verdiği ifade Wall Street Journal'da çıktıktan sonra yayınladı. Wigand'ın bilgi uçurma süreci kendisi için hiç de kolay olmadı: Dev boyutlu davalar ve yıpratıcı karalama kampanyaları arasında itibarından ve özel hayatından çok şey kaybetti. Michael Mann'in yönettiği 1999 tarihli "Köstebek" filmi bir şekilde Wigand'ın inanılırlığını iade etti belki ama aynı zamanda bilgi uçuranların, kanunların bilgi uçurmayı (whistleblowing) hoşgörmekle kalmayıp aynı zamanda desteklediği Amerika Birleşik Devletleri'nde bile, ne kadar savunmasız olduklarını göstermiş oldu.

"Derin gırtlaklar"ın çalıştıkları şirketlerle ilgili uygunsuz faaliyetleri ifşa etmesi yeni bir olgu olmasa da[3], geçtiğimiz on yılda üst düzey yöneticiler arasında bilgi uçuran sayısında muazzam bir artış yaşandı. Bilgi uçuranlar Amerika Birleşik Devletleri'nde tarihsel olarak güçlü yasalarla korunurken, Avrupa'da Avrupa Konseyi'nin ve daha yakınlarda AİHM'in içtihatlarının

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yazı İşleri Müdürlüğü, Bölüm Başkanı. Burada ifade edilen fikirler yazarın kendisine aittir, Mahkeme'yi bağlamaz.

2 Thomas Jefferson, Amerika Birleşik Devletleri Bağımsızlık Bildirgesi'nin baş yazarı (1776) ve ABD'nin üçüncü başkanı.

3 "Derin Gırtlak" Washington Post'taki gazetecilerin ana kaynağıydı. Gazeteciler 1972'de Watergate binasına yasadışı olarak girildiğinden Adalet Bakanlığının, FBI, CIA ve Beyaz Saray'ın haberdar olduğunu ve bunu örtbas etmeye giriştiklerini ileri süren bir haber yaptılar. Daha sonra 2005 yılında "Derin Gırtlak"ın FBI'ın eski Müdür Yardımcılarından biri olduğu ortaya çıktı.

desteğiyle bu konu yeni yeni gelişmekte. Bu kısa makale, "bilgi uçurma", Avrupa'da koruma altına alınacak bir şirket ve hükümet denetimi biçimi haline gelmeli midir sorusunu inceleyecektir.

Ancak öncesinde, "bilgi uçuran" nasıl tanımlanmalı? Bu terimin evrensel çapta kabul gören bir tanımı yok; Mahkeme de konu hakkındaki ilk kararında (*Guja/Moldova*[4]) bir tanım önermedi; bu konuya daha sonra döneceğim. Bu makalenin amaçları açısından, "bilgi uçuran", işverenin usulsüz davranışını kamu yararı uğruna kurum içinde ya da dışında, ismini açıklayarak ya da gizli tutarak ve bir ketumiyet, gizlilik ya da sır saklama anlaşmasını ihlal ederek ifşa eden kamu ya da özel sektör çalışanı olarak tanımlanabilir.[5]

Günümüzde yüksek mevkilerde bilgi uçuranların sayısının artmasının nedeni kısmen son yıllarda dünya pazarlarını derinden etkileyen bir dizi finansal krizin yaşanmasıdır. 2001 yılında Enron skandalının ortaya çıkışı genellikle Enron'un Şirket Gelişiminden Sorumlu Müdür Yardımcısı Sheron Watkins'e atfedilir.[6] Worldcom'da da eski İç Denetleme Müdür Yardımcısı Cynthia Cooper, şirketindeki (o dönemde Amerika Birleşik Devletleri tarihinin en ciddisi olan) muhasebe yolsuzluğunu ortaya çıkardı. FBI'dan Coleen Rowley[7] ile birlikte bu üç kadın 2002 yılında *Time* dergisinin seçtiği Yılın İnsanları arasına girerek "Bilgi Uçuranlar" altbaşlığı ile derginin kapağında yer aldılar.

Amerika Birleşik Devletleri'nin "terörle savaş"ta başvurduğu aşırı yöntemler ve yapılan hataların ihbar edilmesi bu olguya katkı sağladı. Coleen Rowley gibi, Frederic Whitehurst de FBI çalışanıydı, FBI'ın en iyi patlayıcı kimyagerlerindendi ve Dünya Ticaret Merkezi'ne atılan ilk bombanın ve Oklahoma City'deki bombanın analizindeki ciddi teknik yetersizlikleri açıklayarak FBI'da yeni dönem bilgi uçuran kişilerden ilki oldu.

WikiLeaks, gizli bilgilerin kamu yararına açığa çıkarılması hareketinin bir parçası olduğunu iddia etmekle beraber aynı zamanda, modern teknolojinin bu faaliyetler için ne çok fırsat yarattığını ve etkilerini güçlendirdiğini de ikna

4 *Guja/Moldova*, [BD], no. 14277/04, ECHR 2008.

5 Önerilen tanımlarla ilgili olarak bkz. Bowers ve Lewis, "*Whistleblowing: Freedom of Expression in the Workplace*" *[Bilgi uçurmak: İş Yerinde İfade Özgürlüğü]*, (1996) EHRLR, s. 637-648; ve Vickers, "*Freedom of Speech and Employment*" *[İfade Özgürlüğü ve İstihdam]*, OUP, Oxford 2002, s. 260.

6 Watkins, Enron Yönetim Kurulu Başkanına hesaplarda usulsüzlük yapıldığına ilişkin şüphelerini bildiren bir not yazar. Bir yandan, böyle yaparak Başkan'ın bu konudan hiç haberdar olmadığını ima etmiş olur (Başkan'ın savunmasında kullanabileceği bir malzeme), Fakat bu bir yandan da, dışarıya bilgi ifşası yerine meşru biçimde kurum içi iletişime öncelik verilen bir durumdur.

7 Rowley FBI Başkanı'na 11 Eylül saldırılarından önce Washington D.C.'de FBI merkezindeki personelin ihmal nedeniyle tedbir almadığını belgeleyen bir yazı hazırlamıştı.

edici bir biçimde göstermiştir. WikiLeaks kurucusu Julian Assange bilgi uçuran teriminin yukarıdaki tanımına uymayabilir, ancak Assange'ın kaynakları bu tanıma girmektedir. Bağdat'taki Amerikan ordusunun istihbarat analisti er Bradley Manning Temmuz 2010 tarihinde Amerikan ordusu tarafından Amerikan tarihinin en büyük gizli askeri bilgi sızdırma olayına ilişkin olarak suçlandı. Manning'in Irak ve Afganistan'daki çarpışmalar hakkında yaklaşık yarım milyon adet raporu indirip WikiLeaks'e gönderdiği iddia ediliyor. Belgeler arasında bir Amerikan helikopterinin Iraklı sivillerin üzerine ateş açtığını gösterdiği söylenen ve WikiLeaks tarafından "İkincil Cinayet" başlığıyla verilen bir video ile birlikte 150'den fazla ülkeden gelen yüzbinlerce diplomatik telgraf bulunmaktaydı. Telgraflar 2010 yılı sonunda WikiLeaks'te yayımlanınca (ki bu olay sonradan "Cablegate"/"Telgraf-gate" olarak anılmaya başladı) en azından ciddi bir diplomatik mahçubiyet oluştu.

Giriş kısmında birkaç noktaya daha değinmekte fayda var. Bilgi uçuranlar ve kullandıkları araçlar çok çeşitlilik göstermekte. Süreç, kamu hizmeti düzenlemeleri olduğu kadar istihdam kanunlarını, veri koruması ve mahremiyet gibi meseleleri de içermekte. Bilgi ifşası sonucunda ortaya çıkan zarar da çeşitlilik göstermekte ve zararın çapı çok geniş olabilmektedir. Bu şartlar altında, kamu yararını gözeterek bir hizmeti fedakârca yerine getiren gerçek "bilgi uçuranlar" ile sadece kendi çıkarını düşünerek ortalığı karıştıran tehlikeli tipleri birbirinden nasıl ayırabiliriz? İlk tür bilgi uçuranlar korunmayı ve hatta teşvik edilmeyi hak ederken, ikinci tür bilgi uçuran, meşru bir kamusal ya da ticari çıkarı tehlikeye attığı için engellenmeyi ve belki de cezalandırılmayı hak ediyor. Özellikle de kamu sektöründe gizlilik ve sır saklama yükümlülüğü ile açıklama hakkını nasıl birarada düşünebiliriz?

Yasal çerçeveler: ABD'de gelenek, Avrupa'da yenilik

ABD'de bilgi uçuranlar bugüne kadar hep şirket ya da devlet denetiminin bir parçası oldular, ABD de onları korumak için yasalar yapma konusunda en uzun geleneğe sahip ülke. Bu yaklaşım vatandaş ve devlet arasında, vatandaşın devletin çıkarlarına aykırı hareket edenlere karşı harekete geçmeye teşvik edildiği, ABD'ye özgü bir sözleşme kavramı üzerinde temelleniyor. Bu yasanın bir başka özelliği geniş ölçüde pragmatizm içermesi, örneğin, bilgi uçuranlar için finansal teşvikler yaratması.[8] Bu, özellikle kurum içi ihbarın olayın etkili bir biçimde önlenmesini ya da kovuşturulmasını sağlayacağı ve kamu yararının kritik derecede önemli olduğu (mali yolsuzluk, bankacılık ya

8 Bilgi uçuranlara dair ilk yasa 1863'te Amerikan İç Savaşı sırasında Birlik Ordusu'na sattıkları malzemeler için fazla para isteyerek yolsuzluk yapan savunma müteahhitlerini cezalandırmak için çıkarılan Yanlış Beyanları Önleme Yasasıydı. Yasa sıradan vatandaşlara egemen güç adına (*qui tam*) dava açma ve ödül olarak zararın bir kısmını ellerinde tutma hakkını vermiştir. 1986'da revize edilen yasa, haksız yere işten çıkarılmaya karşı korunan bilgi uçuranların milyonlarca dolar kazanmasını sağlamıştır.

da şirket yolsuzluğu, sağlık hizmetleri, çevre, tüketici koruma ve ulaştırma emniyeti kanunlarının ihlali gibi) durumları hedeflemekte.[9] Enron ve WorldCom skandallarının etkisi o kadar büyük oldu ki sonrasında ABD en sıkı federal bilgi uçuranları koruma yasalarından birini çıkardı: Sarbanes-Oxley Yasası 2002 ("SOX"). SOX özellikle de menkul kıymetler kuralları ihlallerine ilişkin bilgi veren çalışanların korunması için yeni bir federal yasal gerekçe sağlamakta. İlginçtir ki, SOX kamu şirketlerinden, çalışanlarının yolsuzluğu ve etik olmayan davranışları rapor edebilmelerini mümkün kılan bir düzenek oluşturmalarını isteyerek[10] aynı zamanda bilgi ifşasını teşvik etmekte. SOX'un getirmiş olduğu bilgi uçurma koruma yükümlülükleri ABD borsalarında işlem gören Amerikan ya da yabancı tüm şirketler için geçerli olduğundan SOX ayrıca yurt dışına da uygulanmakta.[11]

Bilgi uçurmanın korunması Avrupa'da yaygınlaşmaya başladı, ancak bu konuda yavaş ilerleme kaydediliyor. Avrupa standartlarıyla karşılaştırıldığında, bilgi uçuranları koruma amacıyla kapsamlı bir yasa benimseyen Birleşik Krallık bu konuda bir istisna oluşturuyor. İngiltere'de 1998'de çıkarılan Kamu Yararına Açıklama Yasasının öncesinde bilgi uçuranların işten çıkarılma karşısında hiçbir korumaları yoktu. Kendilerine açılan sözleşme ihlali davasında kamu yararı savunması yapabilseler de, taciz, terfi edememe ve işten çıkarılma gibi başka baskı biçimlerine maruz kalmaya devam edebiliyorlardı. 1998'de çıkarılan yasa[12] 1996 İstihdam Hakları Yasasını değiştirerek korumalı ifşanın yasal bir tanımını yaptı ve ifşacılığın korunabilmesi için iş mahkemesinde dava açılabilmesinin de dahil olduğu bir çerçeve sundu. Kimi Avrupa devletleri şirketler bağlamında SOX'un yurt dışı uygulamaları nedeniyle mecbur kaldıkları için bazı yasalar çıkarmaya başlamış olsalar da, kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bilgi uçuranların korunmasına yönelik yasalar oldukça yavaş gelişiyor.

Bu nedenle Avrupa Konseyi etkin biçimde devletleri kapsamlı koruma sistemleri geliştirmeye teşvik etmektedir. İlk başta şirket ve devlet yolsuzluklarına karşı kullanılabilecek mükemmel bir araç olarak görülen[13] "Bilgi Uçu-

9 Avrupa Konseyi Parlementerler Meclisi ("AKPM")'nin "*Bilgi Uçuranların Korunması*"na *(The Protection of Whistleblowers)* ilişkin Kararı 1729 (2010), karardakine benzer bir koruma yasasının ABD'de uzun yıllardır yürürlükte olduğunu ve "evrensel çapta tatmin edici sonuçlar" elde ettiğini belirtti.

10 Aşağıda görüleceği üzere, AİHM içtihadı ve AKPM 1729 (2010) sayılı Kararı kurum içi rapor etme mekanizmalarının yapılandırılmasını teşvik etmektedir.

11 2010 yılında çıkarılan Dodd-Frank Wall Street Reformu ve Tüketici Yasası menkul kıymetler konusunda bilgi uçuranlar için yeni teşvikler getirdi.

12 AKPM 1729 (2010) sayılı Kararı, 1998 tarihli yasayı "ileri görüşlü" olarak betimledi.

13 Council of Europe: Civil law Convention on Corruption [Avrupa Konseyi: Yolsuzlukla Mücadele Medeni Hukuk Sözleşmesi], 1999; ve 7th Activity Report of GRECO [7. GRECO Faaliyet Raporu], 2007. Ayrıca bkz. Article 33 of the UN Convention on Corruption [BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, 33. madde], 2003.

ranların Korunması" başlıklı Avrupa Konseyi Parlementerler Meclisi (AKPM) Kararı[14], "insanları riske atan yanlış davranışları durdurmak için alarma basan endişeli bireyler" olarak tanımladığı bilgi uçuranlara daha geniş bir rol verir. AKPM bazı ulusal kanunların bilgi uçurmanın (iş ve ceza yargılamaları, medya düzenlemeleri ve yolsuzlukla mücadele tedbirleri gibi) bazı yönlerini ele aldığını kabul etmiştir. Ancak, AKPM'ye göre doğası ve önemi gereği bilgi uçurma, etkin bir biçimde ancak özel ve kapsamlı bir koruma rejimi tarafından korunabilir, Avrupa Konseyi üye ülkeleri de bu korumanın sağlanması için gerekli yasama faaliyetini gerçekleştirmelidir.

AİHM bilgi uçuranın rolünü kabul ediyor: Guja/Moldova[15]

Ancak, bilgi uçuranların daha iyi korunabilmesini güvence altına alabilmek için ihtiyaç duyulan ivmeyi yakın tarihte 10. madde çerçevesindeki AİHM içtihadı vermiştir. Komisyon, eski birkaç kararında kendilerini "bilgi uçuran" olarak tanımlayan başvuruculara yönelik oluşturduğu korumada oldukça çekingen davranmıştır.[16] Mahkeme'nin *Guja/Moldova* davasından önceki içtihadında söz konusu bilgi ifşası yanlış bir davranışın kamu yararı gözetilerek yapıldığını ne ölçüde ortaya koyuyorsa, o ölçüde koruma sağlanacağını gösteriyordu.[17] Ancak, *Guja/Moldova*[18] davasında ilk kez Mahkeme'den bilgi uçurana sunulacak korumayı doğrudan ele alması istendi; bunun sonucunda Büyük Daire'nin oybirliğiyle aldığı karar ise Avrupa'da son yıllarda bilgi uçuranların rolünün önemini ve korunmaları gerektiği gerçeğini tanımaya yönelik atılan en önemli adımlardan biriydi. Bu nedenle bu dava üzerinde biraz durmakta fayda var.

Bay Iacob Guja bir gazeteye Meclis Başkan Yardımcısı'nın Başsavcılık Ofisi'ne yazdığı gizli bir mektubun kopyalarını verdiğinde Başsavcılık Ofisi'nde Basın Departmanı müdürüydü. Mektup, gözaltında bulunan kişilere kötü muamele nedeniyle suçlanan dört polis hakkında açılan ceza soruşturmasının sonucunu etkileme girişimi olarak görülebilirdi. Gazete yolsuzluğu ve nüfuz suistimalini kınayan bir makale yayımladı. Sayın Guja işten çıkarıldı ve kendini eziyet görmüş bir bilgi uçuran olarak göstererek Mahkeme'ye 10.

14 AKPM Kararı 1729 (2010).

15 No. 14277/04, ECHR 2008.

16 No. 10293/83, *B./Birleşik Krallık*, Komisyon kararı 12 Aralık 1985; No 11389/85, *Morrissens/Belçika*, Komisyon kararı 3 Mayıs 1988; ve *Haseldine/Birleşik Krallık*, no. 18957/91, Komisyon kararı 13 Mayıs 1992.

17 Örneğin, *Fuentes Bobo/İspanya*, no. 39293/98, paragraf 48, 29 Şubat 2000; *Marônek/Slovakya*, no. 32686/96, paragraf 56, ECHR 2001-III; ve *Boldea/Romanya*, no. 19997/02, paragraf 57, 15 Şubat 2007.

18 *Guja/Moldova* davası hakkında mükemmel bir yorum yazısı için bkz. "*La liberté d'expression du whistleblower: CEDH Guja v. Moldova*", Junod, Revue Trimestrielle des droits de l'homme, 20 année, no. 77, s. 227-260 (1/1/2009).

madde çerçevesinde şikâyette bulundu. Mahkeme bilgi uçurmanın tanımını yapma girişiminde bulunmadı,[19] fakat yaptığı değerlendirmeye ölçülü, ancak bilgi uçuranı kamu çalışanı olsa bile açıkça destekleyen bir ifade ile başladı:

> "(...) bir kamu çalışanı, işini yapmaktayken gizli bir bilgi de dahil olmak üzere, açığa çıkması ya da yayımlanması güçlü bir şekilde kamunun yararına olacak kurum içi bir bilginin farkına varabilir. Bu nedenle Mahkeme bazı durumlarda kamu sektöründe yasal olmayan ya da iş yerinde görevin kötüye kullanımına işaret eden bir çalışanın ya da kamu görevlisinin korunması gerektiğine karar vermiştir. Buna çalışanın ya da kamu görevlisinin iş yerinde olan bitenden haberdar olan tek kişi ya da az sayıda insandan biri olduğu ve dolayısıyla işvereni ya da geniş anlamda kamuyu uyarmanın kamunun en fazla yararına olan davranış olduğu durumlarda gerek duyulur (...)"

Mahkeme kamu görevlisinin sadakat ve ketumiyet yükümlülüğü ile yolsuzlukla mücadeleye katkıda bulunmak amacıyla bilginin açıklanmasının kamuya sağladığı yarar arasında var olan keskin çatışmayı kabul etti ve hangi çıkarın öncelik taşıdığına karar verilirken başvurulacak altı kriter belirledi[20] ve sonra da Sayın Guja'nın işten çıkarılmasının 10. maddenin ihlali olduğuna karar verdi.

İlk kriter, ancak kurum içinde raporlama yapılmasının "açıkça olanaksız" olduğu durumlarda kurum dışına açıklama yapılmasının kabul edilebilir olması. Yukarıda belirtildiği üzere, bilgi uçaran bir kişiden, dışarıya yaptığı açıklama nedeniyle koruma talep etmeden önce kurum içi raporlama seçeneklerini "tüketmesi"nin istenmesi yaygındır. Sayın Guja'nın durumunda, üstlerinin durumdan (mektuptan) haberdar olup hiçbir şey yapmamaları iç raporlama yolundan muaf tutulması için yeterliydi. Ancak Sayın Guja'dan bilgileri dışarıya ihbar etme yolu olarak neden basını seçmiş olduğu konusunda gerekçelendirme istenmedi.

İkinci olarak, kamu yararı, bir çalışanın yasal gizlilik mecburiyetine daha ağır basabilir[21]; bu bilgi uçuranların temel ikilemidir. *Guja/Moldova* davasının kamu yararına olan birçok önemli konuya (güçlerin ayrılığı, yüksek mevkideki bir siyasetçinin uygunsuz davranışı ve polis zorbalığına hükümetin

19 Mahkeme "bilgi uçuran" sözcüğünü tarafların önermelerini betimlerken ilk kez kullanmıştır, ancak kendi hukuki değerlendirmesinde kullanmamıştır. Aşağıda ele alınan *Guja* davasından sonraki davalarda, Mahkeme sözcüğü serbestçe kullanmış ancak yine tanımını yapmamıştır.

20 Birçoğu yukarıda incelenen 2010 yılı tarihli AKPM kararında da yansıtılmıştır.

21 *Fressoz ve Roire/Fransa* [BD], no. 29183/95, ECHR 1999 I; ve *Radio Twist, A.S./Slovakya*, no. 62202/00, ECHR 2006.

tavrı) ilişkin olduğu açıktı. Bu kriter cömertçe uygulandı: mektupta kullanılan dil, Başsavcılık Ofisi'ne baskı yapıldığı iddiaları açısından bakıldığında oldukça muğlaktı. Ayrıca, Mahkeme öteki bağlamlarda yaptığının tersine Sayın Guja'dan açıklamasının kamu tartışmalarına gerçekten katkı yaptığını ispatlamasını istemedi[22]: bu, ifşa ettiği bilginin sonradan nasıl kullanıldığını her zaman kontrol etmeyen bilgi uçuranlar için önemlidir. Ancak gariptir ki, "kamu yararı" yol gösterici altı kriterden biri olarak ifade edilmektedir, oysa bu aslen bilgi uçurmanın var oluş nedeni olmalıdır: kamu yararına hizmet etme amaçlanmadığı sürece bilgi uçurmanın pek bir anlamı yoktur ve eğer kamu yararı yeterince güçlüyse diğer bazı kriterlerin önemlerini ciddi biçimde kaybetmeleri gerekir.

Üçüncü olarak, bir bilgi uçuran, açıklanan bilginin doğru ve güvenilir olduğunu dikkatle ve makul surette doğruladığı an, gerçeğe uygunluğunu garanti etmek zorunda değildir. Eğer bilginin sonradan doğru olmadığı anlaşılırsa, bilgi uçuran korunmaya devam eder. Ortaya çıkarılan notun gerçeğe uygunluğu hiçbir zaman tartışma konusu olmadığı için bu nokta Sayın Guja için bir sorun teşkil etmedi.

Dördüncü kriter, açıklamanın işverene verdiği zararın dikkate alınması gerektiğidir. *Guja* davası bu kriterin muhtemel sonuçlarını test etmedi: yüksek mevkilerde yolsuzlukla mücadelenin sağladığı güçlü kamu yararı, kamunun savcılık yetkililerine duyduğu güvene verildiği var sayılan zarara ağır bastı. Bu konuda birçok soru sorulabilir: Bilgi uçuran karşısında finansal zararın hiç önemi yok mudur? Ulusal güvenliğe gelebilecek zarar, yeterli derecede ciddi bir görev suistimali karşısında önemsiz görülebilir mi[23]? Bazı "zarar"lar terazinin kefesini bilgi uçurma aleyhine değiştirebilir mi?

Beşinci olarak, bilgi uçuran için oldukça meşakkatli ve üç parçalı bir iyi niyet yükümlülüğü getirilmiştir. Bilgi uçuran, bilginin gerçeğe uygun olduğu, bilgiyi ortaya çıkarmada kamu yararı olduğu ve yanlış davranışa başka uygun bir yolla çare bulunamayacağı konularında iyi niyete sahip olmalıdır. Aynı şekilde, *Guja* davasının olguları bu faktörü test etmemiştir. Yalnız Mahkeme ilk bakışta mantıklı gelebilecek bir noktaya dikkat çekti: kişisel kin ya da düşmanlıkla, ya da "parasal kazançlar da dahil olmak üzere kişisel çıkar sağlamak" amacıyla hareket eden bir kişiye "pek güçlü düzeyde bir koruma sağlanmayacaktır". Ancak, ortaya çıkarılan bilgi kamu için gerçekten çok önemli olan bir konuya hizmet ettiyse, bilgi uçuran kişinin kibirli ve düş-

22 Örneğin, *Stoll/İsviçre* [BD], no. 69698/01, paragraf 121 ve 152, ECHR 2007 V.

23 Güvenlik ve istihbarat çalışanları 1998 Yasasının sağladığı korumadan faydalanamazlar (1998 Yasasının 11. bölümü). Yasanın bu bölümü eleştirilmiştir. (Bkz. örneğin "*Secrets, Spies and Whistleblowers: Freedom of Expression in the UK" [Sırlar, Ajanlar ve Bilgi Uçuranlar: Birleşik Krallık'ta İfade Özgürlüğü]*, 19. madde ve Özgürlük, Kasım 2000.

manca davranışları onun korunmadan mahrum bırakılmasına neden olmalı mıdır? Peki kamu yararının yeterince güçlü olması durumunda mali teşvik sağlayarak ifşayı destekleyen (şimdilik sadece ABD'de mevcut olan) yasalar? Görevin kötüye kullanılmasının etkili bir biçimde engellenip yargıya taşınabilmesini sağlayabilecek yegâne kişiler kurum içi çalışanlarsa ve bu çalışanlar mali bir güvenceleri olmadığı takdirde kendilerini ve geçimlerini anlaşılır bir şekilde riske atmak istemiyorsa, bu tür teşviklerden vaz mı geçilmelidir?

Altıncı olarak, Mahkeme Sayın Guja'ya getirilen yaptırımların (işten çıkarma) ağırlığı hakkında yorumda bulundu. Diğer beş kriterin hepsi yerine getirilmiş olduğu için yaptırım uygulanması uygun değilken ve Mahkeme önceki 10. madde davalarında bu şekilde karar vermişken[24], bu davanın sonucunda böyle bir karar vermemeyi seçmiştir.

O halde *Guja* davasının etkisi nedir? Bu dava Sözleşme'nin bilgi uçuranlara sağladığı koruma açısından atılmış önemli bir adımdı. Mahkeme'nin Büyük Dairesi böylelikle bilgi uçuranı tanımış oldu. Bilgi uçuranın görevin kötüye kullanımının ortaya çıkarılması konusunda üstlendiği "bekçi" rolüne belirli bir önem bahşetti ve koruma parametrelerini belirledi. Bu parametrelerin cömert bir biçimde uygulanıyor olması Mahkeme'nin samimi endişeleri olan vatandaşın yanında yer aldığını gösteriyor. Ancak, bu davanın art niyet ve hile barındırmadığı aşikârdı, altı kriterin tümü çok kolay yerine getirilmişti. Burada önemli bir nokta şudur: bu altı kriter arasında açıkça dile getirilen ya da farkedilebilecek bir hiyerarşi oluşturulmamıştı. Sonuç olarak, *Guja* davasından sonra Mahkeme'nin bu kadar aşikâr olmayan, örneğin bilginin açıklanmasındaki kamu yararının güçlü olduğu fakat bilgi uçuranın kişisel düşmanlık hisleriyle hareket ettiği ve/veya işverene gelebilecek olası zararın şiddetli olacağı bir davada nasıl bir tavır sergileyeceği nispeten bilinmemektedir.

Guja sonrası davalar meseleye açıklık getirdi mi?

Mahkeme *Guja/Moldova* davasından sonra da çeşitli davalarda bilgi uçurmayla ilgili kararlar vermiştir, ancak çeşitli nedenlerden ötürü bu kararlar meseleye daha fazla bir açıklık getirmemişlerdir.

Bazı davaların sonuçta çalışanların eski üstlerine karşı kişisel kinlerini şeffaf bir biçimde açığa vurdukları, kamu yararının hiç olmadığı davalar olduğu

24 *Jersild/Danimarka*, 23 Eylül 1994, paragraf 35, A Serisi no. 298; *Dammann/İsviçre*, no. 77551/01, paragraf 57, 25 Nisan 2006; *Colaço Mestre ve SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A./Portekiz*, no. 11182/03 ve 11319/03, paragraf 31, 26 Nisan 2007; *Dupuis ve diğerleri/Fransa*, no. 1914/02, paragraf 48, 7 Haziran 2007; ve *a/s Diena ve Ozoliņš/Letonya*, no. 16657/03, paragraf 87, 12 Temmuz 2007.

ortaya çıkmış[25], dolayısıyla hukuk açısından da pek faydaları olmamıştır.

Kudeshkina/Rusya davası[26] *Guja* davasından muhtemelen daha belirsiz bir davaydı ve bu nedenle de potansiyel olarak daha ilginçti. Ancak, Mahkeme, analizinde bu bilgi uçuranın daha az önem arz eden özellikleri üzerinde pek durmadı ve böylece Sözleşme'nin bilgi uçuranların korunması hakkında ortaya koyduğu kapsamı netleştirme fırsatı kaçırılmış oldu. Başvurucu olan yargıç yargısal görevlerini parlemonto seçimlerinde aday olabilmek için askıya almıştır. Seçim kampanyası sırasında yargıda yolsuzluğu eleştirerek, büyük çaplı bir yolsuzluk davasında mahkeme Başkanı'nın kendisini davayı örtbas etmek amacıyla görevden almış olduğunu anlatır. Seçimlerde kaybeder ve sonrasında bu olay hakkında disiplin şikâyetinde bulunur. Ancak başarısız olur ve yaptığı açıklamanın bir yargıcın konumuyla uyuşmadığı gerekçesiyle işten çıkarılır. Mahkeme'deki davada, Daire (3'e karşı 4 oyla) 10. maddenin ihlal edildiğine karar verdi. Alınan kararda, olay yargının otoritesini sarstığı için yargıcın itidal gösterme yükümlülüğü olduğunu kabul etti[27], ancak Mahkeme ifşanın ceza mahkemesinde devam etmekte olan son derece hassas yolsuzluk davasına olan olumsuz etkisini dikkate almadı[28]. *Guja* davasında belirlenmiş olan "üçlü" iyi niyet testinin[29] ilk iki kısmını üstünkörü bir şekilde incelemiş, üçüncü kısmı, yani yargıcın raporlama için tercihini yaparken (kurum içi raporlama ya da dışarıya daha ihtiyatlı biçimde açıklama yapma yoluna gitmek) iyi niyetli olup olmadığını atlamıştır. Mahkeme yargıcın bu ciddi olayı şikâyet etmede gecikmiş olmasını söz konusu etmemiştir, ki bu gecikme yargıcın iyi niyetine epey gölge düşürmüştür. Gerçekten de, Mahkeme'nin kararı görevini icra etmekte olan bir yargıca sadece bilgi uçurma hakkını vermekle kalmamış, bu hakkı "belirli bir derecede bir abartı ve genelleme yaparak" kullanabileceğini de ortaya koymuştur. Karardan çıkan genel sonuç (ihlal) doğru olabilir, ancak bu davada Mahkeme *Guja* davasındaki herbir kriteri açıklığa kavuşturma fırsatını kaçırmıştır. Muhtemelen yolsuzlukla mücadeledeki kamu yararı o kadar güçlüydü ki *Guja* davasında herbir kriterin karşılanıp karşılanmadığına bakılmaması (yani bilgi uçuranın iyi niyetinin ve uyguladığı yöntemin dikkate alınmaması) çok da büyük bir zarar getirmeyecekti.

Daha sonraki bir dava olan *Marchenko/Ukrayna* davasına[30] da kısaca değinmekte fayda var; çünkü bilgi uçuranın *Guja* kriterlerinden birisini yerine

25 *Marin/Romanya*, no. 30699/02, 3 Şubat 2009; ve *Stanciulescu/Moldova*, No. 14621/06, (kabul edilebilirlik hakkında karar) 22 Kasım 2011.

26 No. 29492/05, 26 Şubat 2009.

27 *Wille/Liechtenstein* [BD], no. 28396/95, paragraf 64, ECHR 1999 VII.

28 *Prager ve Oberschlick/Avusturya*, 26 Nisan 1995, paragraf 34, seri A no. 313.

29 Mahkeme olay hakkındaki bilginin "gerçekten yoksun olmadığına" ve dolayısıyla kamu yararına olan bir konu hakkında haklı bir yorum içerdiğine karar verdi.

30 No. 4063/04, 19 Şubat 2009.

getiremediği (sorunu halka açıklamadan çözebilmek için kullanabileceği başka yöntemler vardı) nadir örneklerden biridir. Ancak bilgi uçuran yine de, kendisine verilmiş olan cezanın (ertelenmiş 1 yıllık hapis cezası) aşırılığı açık olduğu için başarıya ulaşabilmiştir.

Son olarak, *Heinisch/Almanya* davasında[31], Mahkeme bir özel sektör çalışanına bilgi uçuran koruması sağlamıştır. Bayan Heinisch geriatri hemşiresi olarak yaşlı bakımevi işleten bir şirkette çalışmaktaydı. Yıllarca kurum içinde şikâyetlerini dile getirmesine rağmen dikkate alınmayınca, kronik personel yetersizliğinin hastalar için ortaya çıkardığı riske ilişkin bir suç duyurusunda bulundu. Bu davada Mahkeme özel hukukun geçerli olduğu işçi-işveren ilişkisinde de bilgi uçurma konusundaki korumanın uygulanabilir olduğunu teyit etti. Burada devletin yetkisi ifade özgürlüğünü korumaya dair sahip olduğu pozitif yükümlülükten ileri gelmekteydi[32]. Özel sektör çalışanları için ketumiyet yükümlülüğü daha hafif olsa da, bazı kilit sektörlere (çevre, temizlik ve sağlık, yemek hijyeni, tıp ve bankacılık/finans) dair bilgileri gereği ciddi sorunları halka açıkladıklarında mantıken güçlü düzeyde koruma gerekecektir. Mahkeme'nin kararı gerekçelendirirken ortaya koyduğu iki konuya daha değinilmelidir. Mahkeme belirli bir kurum içi bilgi uçurma mekanizmasının bulunmamasını bilgiyi dışarıya, halka açıklamak için temel bir gerekçe olarak kabul etti. Bu, bu konuda yasama yapacak olan devletler için önemli bir göstergedir, ve AKPM'nin 1729 (2010) sayılı kararında devletlere yaptığı kurum içi raporlama mekanizmaları kurmaları çağrısıyla uyumludur. Buna göre, kurum içi raporlama, görevin kötüye kullanıldığı durumları ortaya çıkarıp, bilgi uçuranların zarar görmeyeceği, işverenin de mümkün olan en az zararı göreceği bir şekilde gidermenin tercih edilen yoludur. İkinci olarak, Mahkeme başvurucunun hastalara bakımda yaşanan sorunu açıklamamanın kendisi için ceza soruşturması riskini doğuracak olmasına dair kaygısını da dikkate aldı. Bu şu soruyu getiriyor beraberinde: 3. ve 8. maddeler, devletlerin kamu ya da özel sektörde çalışanlarına tanık oldukları ciddi kötü muameleleri açıklama yükümlülüğü getirmek için yasalar çıkarmalarını ne derecede talep edebilir? Bunun dışında, bu dava ne *Guja* kriterlerinden potansiyelini test etti ne de önemlerine bir açıklık getirdi.

Sonuçta, yukarıda da belirtildiği gibi, Mahkeme'nin somut bir davada bir bilgi uçuranı korumak için ne kadar ileri gidebileceği şu ana kadar gizemini korumakta.

Ya bilgi uçuran isminin gizli kalmasını isterse?

Tabii ki Sözleşme bilgi uçuranlar için *Guja/Moldova* davasında olduğun-

31 No. 28274/08, ECHR 2011 (alıntılanan kesitler).

32 Yukarıda bahsedilen *Fuentes Bobo/İspanya*, paragraf 38.

dan daha güvenli olabilecek başka bir koruma biçimi sağlamakta. Bilgi uçuran kişi, bir gazeteciye açıklama yaparken ismini saklı tutmak isterse bu isteği yerine getirilecektir; çünkü ismin anonim kalması basının kamu bekçisi rolünü sürdürmesinin sağladığı köklü ve hayati yararı temel alır[33]. Mahkeme'nin bu konudaki içtihadı baştan beri katı olmuştur: bir gazeteciyi kaynaklarını açıklamaya zorlamak gazetecinin 10. madde ile güvence altına alınmış haklarına gerekçelendirilmesi mümkün olmayan bir müdahaledir[34]. Gazetecilere gizli bilgileri veren kaynaklarının kimliklerini öğrenmek için gazetecilerin evlerinin/işyerlerinn aranması 10. maddenin ihlalidir[35], aynı şekilde gazetecilere dolaylı olarak kaynakların kimliklerinin belirlenmesine yol açacak açıklama emirlerinin verilmesi de öyle[36]. Kaynağın bilgiyi yasal olmayan yollardan temin ettiği ve özellikle sır tutma ya da gizlilik gibi mesleki yükümlülüklerin ihlali ve hatta soruşturmanın gizliliğinin (*le secret de l'instruction*) ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda bile koruma geçerlidir[37].

Daha yakın tarihli bir dava olan *Financial Times Ltd. ve diğerleri/Birleşik Krallık* davası[38], Mahkeme'nin gazetecilerin kaynakları için uyguladığı koruma aracılığıyla anonim bilgi uçuranlara sağladığı korumanın gücünü göstermesi açısından güzel bir örnektir. Bir bira işletmesinin kimliği açıklanmayan bir çalışanı, şirketin rakip bir firma tarafından satın alınması olasılığı olduğu bilgisini bir gazeteciyle paylaşır. Bundan sonra gazetelerde çıkan haberler bira işletmesine çok pahalıya mal olur ve işletme gelecekteki ifşaları önlemek için çalışanın kimliğini tespit etmek ve sızdırılan haber yüzünden yapmış olduğu masrafları tazmin etmek amacıyla sızdırılan belgelerin orijinallerinin açıklanması için bir mahkeme emri çıkarttırır. Gazeteler de AİHM'e şikâyette bulunurlar. Mahkeme bu durumda kaynağın iyi ya da kötü niyetinin tespit edilmesinin zor olduğunu, açıklanan bilginin doğruluğunun kanıtlanmasının olanaksız ve ifşa edilen bilginin işveren bira işletmesine getirdiği masrafın bir hayli yüklü olduğunu, işletmenin haklı olarak gelecekteki olası ifşalardan çekindiğini kabul etti. Açıklanan bilginin daha genel kamu yararına hizmet ettiği belirtilmedi bile. Ancak Mahkeme yerel mahkemenin vermiş olduğu açıklama emrinin başvurucu gazetelerin 10. madde ile korunan haklarının ihlali olduğuna (oybirliğiyle) karar verdi. Bir gazetecinin isimsiz kaynağına sunulan bu koruma ile karşılaştırıldığında *Guja* davasında kimliği bilinen bir

33 *Goodwin/Birleşik Krallık*, 27 Mart 1996, paragraf 45, Raporlar 1996 II. Gazetecilerin kaynaklarını açıklamama hakları konusunda ayrıca bkz. Bakanlar Komitesi Tavsiyesi No. R(2000)7.

34 Yukarıda bahsedilen *Goodwin/Birleşik Krallık*.

35 *Roemen ve Schmit/Luksemburg*, no. 51772/99, paragraf 47, ECHR 2003 IV; *Ernst ve diğerleri/Belçika*, no. 33400/96, paragraf 94, 15 Temmuz 2003; ve *Tillack/Belçika*, no. 20477/05, paragraf 56, 27 Kasım 2007.

36 *Sanoma Uitgevers B.V./Hollanda* [BD], no. 38224/03, 14 Eylül 2010.

37 Yukarıda bahsedilen *Dupuis/Fransa*, paragraf 46; ve yukarıda bahsedilen *Tillack/Belçika*, paragraf 65.

38 No. 821/03, paragraf 56, 15 Aralık 2009.

ifşacının korunmasının gerekçelendirmesi için daha sıkı şartların getirilmiş olması ilginçtir.

Bu nedenle bir gazeteciye bilgi ifşa ederken ismini gizli tutmak daha güvenli bir yol olarak görünebilir, ancak yine de bu noktada bir uyarı yerinde olabilir. Mahkeme'nin içtihadı açıkça gösteriyor ki bir işveren gazeteciden bağımsız olarak sızıntının kaynağını araştırabilir[39]. Eğer bilgi kaynağının kimliği bu yolla belirlenirse, bu kişinin korunup korunmayacağına karar verilmesi için *Guja* kriterleri devreye girer. Bu durumda, *Financial Times* davasındaki çalışanın *Guja* kriterlerini ne derecede yerine getirebileceğini değerlendirmek güç.

Sonuç

Mahkeme bilgi uçuranların bekçilik rolü üstlendiğini kabul etmiştir, ancak Mahkeme'nin ne kadar kadar korumacı olacağının öngörülmesi güçtür. Bilginin açıklanması ve gizlilik açısından güçlü bir kamu yararının söz konusu olduğu, ancak bu ikisinin birbiriyle çatıştığı durumlarda Sözleşme'nin nasıl tepki vereceğini tahmin etmek güçtür. 10. maddenin bir devletin bilgi uçurulmasını, örneğin mali teşvik yoluyla, desteklemesini savunup savunmayacağını ya da Sözleşme'nin ulusal yasaların şiddetli derecede zarar verici davranışların ihbar edilmesini talep etmesini bekleyip beklemeyeceğini öngörmek güçtür. Bu sorular çağdaş toplumları ilgilendiren sorulardır: yasadışı ve zararlı davranışların bazı biçimleri o kadar karmaşık ve gizli bir hal almıştır ki bu davranışların etkili bir biçimde engellenmesi ve yargı önüne getirilmesi için bilgi uçuranlar tek gerçek fırsatı sağlamaktadır, kamuoyu da iş yaşamında ve kamuda gittikçe daha fazla şeffaflık talep etmektedir, özellikle de kriz zamanlarında. Bu nedenle, birey haklarını ve toplumun geleceğini zehirleyen yasa dışı, zararlı, gizli davranışlara karşı verilen mücadeleye kişisel birtakım riskleri göze alarak omuz veren hakiki bilgi uçuranlara Sözleşme'nin güvenli bir sığınak sağlamaya devam etmesi umulmaktadır.

> *"İnsanı yozlaştıran güç değil, korkudur. Gücü kaybetme korkusu onu elinde bulunduranları; gücün kamçısından korkmak da güce tâbi olanları doğru yoldan saptırır."*[40]

39 Yukarıda bahsedilen *Dammann/İsviçre*, paragraf 55; ve *Financial Times Ltd ve diğerleri /Birleşik Krallık*, paragraf 69.

40 Aung San Suu Kyi, "*Freedom from Fear and other writings*" *[Korkudan bağımsız olmak ve öteki yazılar]*, Penguin Books, 1991.

Orta ve Doğu Avrupa'da Mahkeme'nin içtihadının önemi

Nuala Mole[1]

Soğuk Savaş'ın sonunun tam olarak ne zaman başladığına dair pek çok teori vardır. Avrupa'daki insan hakları üzerindeki ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerindeki etkisi açısından başlangıç noktası olarak Finlandiya alınabilir. 2. Dünya Savaşı sonrasında Sözleşme'nin doğup geliştiği yıllarda Finlandiya'nın Avrupa'da talihsiz bir şekilde tanımlanmış bir konumu vardı. Teknik olarak tarafsız olsa da doğuyla batı arasında uzanan bir ülkeydi – liberal bir batı ekonomisi ve demokrasi olmanın yanı sıra, Sovyetler Birliği ile 1948'de imzaladığı bir Dostluk, İşbirliği ve Karşılıklı Yardım Antlaşması vardı. Finlandiya ne NATO ne de Varşova Paktı'nın bir üyesiydi, fakat Sovyetler Birliği ile sahip olduğu uzun kara sınırları nedeniyle her zaman bu dev ve güçlü komşunun gölgesini üzerinde hissediyordu. Bu yüzden 1975 yılında Finlandiya, o dönemde Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Komisyonu olarak bilinen kurumun nezdinde, Helsinki Nihai Senedi'nin VII. Bölümü'nde bir insan hakları taahhüdü getiren Helsinki Anlaşmaları'nın imzalanması için mükemmel bir yerdi. Senet (Arnavutluk dışında) Demir Perde'nin her iki tarafından yer alan bütün ülkeler tarafından imzalandı. Ancak Finlandiya'nın Avrupa Konseyi'ne üye olması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması için uygun siyasi ortam ancak 1989'da oluşacaktı.

Finlandiya, "yeni" Avrupa Konseyi üyeleri arasında daha sonra diğer birçok devlette tekrarlanacak olan işlemi örnek bir titizlikle gerçekleştiren ilk ülke oldu. Sözleşme'yi imzalamadan ya da onaylamadan önce mevcut yasalarını tarayarak AİHS'e uygunluklarını gözden geçirdi - "eski" üye devletler bu işlemi gerekli bulmamıştı. Finlandiya'dan sonra Sözleşme'ye taraf olmak isteyen bütün devletler için bu model kullanıldı. Daha sonra da görüleceği gibi, son 20 yıl içinde yürütülen uyumluluk incelemeleri hakaret davalarında cezai yaptırıma başvurulması konusunda yeterince eleştirel olmamış ve bu nedenle ilgili devletler yasalarında hızlı reformlar yapmamışlardır.

1989'da Finlandiya AİHS'e taraf olduğunda Berlin Duvarı ve onunla birlikte Doğu Bloku yıkılmaya başlıyordu. Michael O'Boyle'un 1993'te yazdığı gibi:

"karşıt grupların ifade ve toplanma hakkını kullanmaya başlamaları doğu ve orta Avrupa'da değişimin başlamasında önemli bir rol oynamıştır.

1 AIRE merkezinin 1993'ten beri Kurucusu ve Direktörü olan Nuala Mole, bugün Merkez'in Kıdemli Avukatıdır. AIRE merkezinden Biljana Braithwaite, Catharina Harby, Amelie Lepinard ve Emma Fenelon'a bu makalenin hazırlanması sırasında yardımları için teşekkürler.

1989'dan bu yana yaşanan olaylar net bir şekilde basın ve siyasi tartışma özgürlüğünün demokratik toplumun temel taşları olduğunu göstermektedir (…) ifade ve toplanma özgürlükleri bu girişimin başarılı olması için birer önkoşul, sağlıklı bir demokrasinin de göstergesidir."[2]

1989 ile 2007 arasında 25 devlet AİHS'e taraf oldu. Ancak bu ülkelerde eski devlet kontrolü kavramı varlığını sürdürdü ve ifade özgürlüğüne ya doğrudan müdahale ya da otosansür aracılığıyla ket vurdu. Hakaret davalarında hapis cezaları da dahil olmak üzere (bunlar infaz edilsin, edilmesin) cezai yaptırımlara başvurulması yaygın bir uygulamaydı.[3] Kaçınılmaz olarak bu konuları incelemesi gereken ulusal hakimlerin yargı görevlerini daha iyi yapabilmeleri için tutumlarında gerekli değişikliği gerçekleştirmeleri ve belki de daha elzem olarak, Sözleşme'yi ulusal hukukta uygulayabilmek için ilgili konuya dair AİHM içtihadını öğrenmeleri zaman alacaktı. Birçoğumuz bu ilk dönemde ulusal hakimlerin artık uygulamak zorunda oldukları yeni AİHM yargılama düzenini öğrenmeleri için Avrupa Konseyi'nin yürüttüğü programlara katıldık. Ancak bu programlar bütünlüklü değildi ve yavaş yürüyordu, aynı şey kendi dilinden başka belki bir tek Rusça bilen yerel yargı mensupları için Mahkeme'nin içtihadının ana unsurlarının yerel dillere çevrilmesi çalışmaları için de geçerliydi.[4] Avrupa Konseyi yakın zamanda Mahkeme'nin kararlarının mümkün olduğu kadar çok orta ve doğu Avrupa dilinde yayılabilmesi için büyük memnuniyetle karşılanan yeni bir proje başlatmıştır.

Polonya, Sözleşme'ye 1991'de taraf oldu. Bir yıl geçmeden, 1992'de yaşanan bazı olaylar, önce artık feshedilmiş olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, oradan da Mahkeme'de Büyük Daire'nin önüne gelen *Janowski*[5] davasıyla sonuçlandı. Bu, yeni üye devletlerden Büyük Daire'nin önüne gelen ilk ifade özgürlüğü davasıydı. İki önemli konu inceleme altına alındı: kamu görevlilerinin hoşgörüyle karşılamasının beklenebileceği eleştiri düzeyi ve küçük hakaretlerin cezalandırılmasının uygunluğu.

---

2 M. O'Boyle, "*Right to Speak and Associate under Strasbourg Case-Law with Reference to Eastern and Central Europe" ["Doğu ve Orta Avrupa'ya İlişkin AİHM İçtihadında Konuşma ve Örgütlenme Hakkı"]*, Conn. J. Int'l L., Cilt 8, 1993, s. 282.

3 Bu makalede konu Mahkeme önüne gelen "yeni" üye devletler açısından ele alınmaktadır. Ne yazık ki "eski" üye devletlerin de bu konuda ihlallelerde bulunduğu saptanmıştır.

4 Yaklaşık on yıldır AIRE merkezi Sırbistan, Karadağ ve Hırvatistan'da dağıtılan bir Bülten yayımlamaktadır. Bültende Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin en son kararlarının özetleri yer almakta, özellikle eski Yugoslavya cumhuriyetlerindeki durumu en fazla ilgilendiren davalara odaklanılmaktadır. Eski sayılara Sırpça/Karadağca ve İngilizce olarak şu adresten ulaşılabilir: http://www.airecentre.org/ pages/aire-centre-human-rights-legal-bulletin.html.

5 *Janowski/Polonya*, başvuru no. 25716/94, 21 Ocak 1994.

Janowski[6] davasında gazeteci olan başvurucu iki polis memuruna kaba sözler[7] sarf etmişti. Olay anında başvurucu, polis memurlarını sokak satıcılarını yasal yetkileri olmadan kovdukları için eleştirmekteydi. Savcı, başvurucuyu, görev esnasında belediye zabıtalarına hakaret etme ve ceza kanunda bulunan bir suç olan yasal düzeni alenen aşağılama suçları ile itham etti ve hakkında ceza davası açtı. Bu suçun ceza kanununun 5(1) maddesi uyarınca holiganlık[8] olduğuna karar verildi ve başvurucu iki belediye görevlisini sözlü olarak taciz etmekten hüküm giydi. Kendisine verilen sekiz aylık hapis cezası iki yıl askıya alındı, para cezasına çevirildi ve başvurucunun bir yardım kuruluşuna ödeme yapması ve mahkeme harçlarını ödemesi istendi. Bölge mahkemesi holiganlık suçundan verilen mahkumiyeti bozdu, ancak cezaları azaltsa da diğer mahkumiyetleri onadı.

Büyük Daire 10. maddenin ihlal edilmediğini tespit etti. Bazı yargıçlar karşı görüş bildirdi. Özenli bir şekilde gerekçelendirdiği karşı görüşünde Yargıç Bratza (Yargıç Rozakis ile birlikte) ihlal olduğu kararına varmıştır. Özellikle geçerli iç hukukun "resmi görevini yerine getiren bir memura hakaret edildiğini saptayan bir ulusal mahkemeye, davalıyı mahkum etmekten başka bir seçenek vermediğini" belirtmiştir. "Özellikle mahkemenin hakaret teşkil eden sözlerin kullanıldığı koşulları, bu sözlerin haklı yere kullanılıp kullanılmadığını, ya da ilgili memurun davranışının bu sözleri kışkırtıp kışkırtmadığını ya da bu sözlerin kullanılmasının memurun resmi görevini yerine getirmesini engelleyip engellemediğini incelemek zorunda olmadığı ve bu özgürlüğünün de bulunmadığı anlaşılmaktadır." Karşı görüş bildiren yargıçlar, ulusal yargıçların, Sözleşme kapsamında sorunlu olabilecek iç hukuk hükümlerini uygularken takdir yetkilerinin bulunmadığını (ya da bulunmadığını hissettiklerini) düşünmüşlerdir. Ayrıca yaşanan olayın (medeni kanun yerine) ceza kanunu kapsamında cezalandırılmasına gerek olmadığını da dikkate almışlardır.[9]

Mahkeme'nin Finlandiya'dan gelen önemli bir ifade özgürlüğü davasını, *Nikula/Finlandiya*'yı, karara bağlaması bundan ancak beş yıl sonra gerekti.[10]

6 A.g.k.

7 "ćwoki" ve "głupki" sözcükleri kararda "budala" ve "salak" olarak çevrilmiştir.

8 *Janowsk*i davasında kararın İngilizce metni başvurucunun "holiganlık" ile suçlandığını belirtmektedir. Fransızca metinde de "holiganlık" denmesi işi zorlaştırmıştır. Rusça "huligan" sözcüğü Sovyet döneminde genellikle İngilizce "holigan" olarak anlatılan amaçsız suç işleyen başıboş, gürültücü serseri anlamında değil, uyumsuz, siyasi muhalifleri – yani belki tam da Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü korumak istediği kişileri, anlatırken kullanılırdı. Benim Lehçem "chuliganskim" sözcüğünün Polonya'da 1990'larda nasıl bir anlam taşıdığını bilemeyecek kadar kıt, ancak Rusçayla benzer çağrışımları olabileceği düşünülebilir.

9 Krş. *X ve Y/Hollanda*, başvuru no. 8978/80, 26 Mart 1985. Bu davada mahkeme yaşanan ihlal için gerekli yasal çözümün yalnızca ceza kanunundan gelebileceğine karar vermiştir.

10 *Nikula/Finlandiya*, başvuru no. 31611/96, 21 Mart 2002.

Bu davada da bir memura hakaret ettiği iddia edilen başvurucuya uygulanan cezai yaptırımın uygun olup olmadığı ele alınıyordu. Bu kez bir ceza duruşmasında davalıyı temsil eden savunma avukatının savcının davayı yürütüş biçimi hakkında eleştirel yorumlarda bulunurken geniş bir ifade özgürlüğünden yararlanabilmesi hakkı vurgulandı. Mahkeme *Janowski* davasında Büyük Daire'nin benimsediği yaklaşımı değerlendirdi ve bu davada çoğunluk aksi sonuca vardı. Mahkeme, memurların siyasetçilerle aynı eleştiri düzeyini müsamaha etmelerinin beklenemeyeceğini, ancak savcının davayı yürütüş biçimine dair getirilen mahkeme salonuyla sınırlı eleştirilerin koruma kapsamında ifade sayılacağını ve cezai yaptırıma tâbi tutulmamaları gerektiğini belirtti.

Çok yakın zamanda, Finlandiya'dan gelen bir başka davada, *Lahtonen/Finlandiya*[11] davasında Mahkeme, bir bireyin mahremiyetini ihlal eden bir gazete haberi için verilen cezayı ele aldı. Söz konusu haber, gazetecinin, ciddi akıl sağlığı sorunları olan polis mağdura karşı açılan ceza davasının halka açık mahkeme kayıtlarından aldığı bilgilere dayalı olarak hazırlanmıştı. Mahkeme, cezanın dayalı olduğu iç hukuk hükmünün, diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacına yönelik olduğunu saptadı. Mahkeme, bir bireyin mahremiyetini ihlal ettiği tespit edilen gazete haberleri yayımlayan medya çalışanlarının cezalandırılması için cezai yaptırımlara başvurulmasının Sözleşme'nin 10. maddesiyle uyumsuz olmadığını, ancak istisnai durumlarda bu cezai yaptırımların haklı bulunabileceğini belirtti. *Lahtonen* davasında bu istisnai durumlar söz konusu değildi.

Araştırmacı gazeteciler, hapis cezası alma ya da meslekten reddedilme riski karşısında, genel kamu yararına olabilecek, bazı şirketlere kamu ihalelerinin verilmesi gibi, konularda haber yapmaktan çekinebilirler. Bunlar bireylerin haysiyetine yönelik haksız saldırılarda verilen standart cezalardır.

Sırbistan ve Karadağ'daki son kararlar bu davalarda hâlâ yaygın biçimde cezai yaptırımlara başvurulduğunu göstermektedir. 2011'de Mahkeme *Sabanovic/Montenegro*[12] davasıyla ilgili karar aldı. Karar, bir bölgedeki suyun kirlenmiş olduğunu saptayan Baş Su Müfettişi'nin talebi üzerine hazırlanan bir rapordan yola çıkan bir gazete makalesiye ilgiliydi. Sayın Sabanovic devlet su şirketinin başkanıydı. Bir basın toplantısı düzenleyerek raporun asılsız olduğunu söyledi ve bu raporu Baş Su Müfettişi'nin diğer iki su şirketiyle ve koalisyon hükümetinde bulunan iktidardaki partiyle bağlantılı olmasıyla ilişkilendirdi. Hakkında dava açıldı ve hakaret suçundan hapis cezası aldı, ancak

11 *Lahtonen/Finlandiya*, başvuru no. 29576/09, 17 Ocak 2012.

12 *Sabanovic/Karadağ*, başvuru no. 5829/04, 31 Mayıs 2011.

cezası infaz edilmedi. *Lepojic/Sırbistan*[13], *Filipovic/Sırbistan*[14] ve *Bodrozic/Sırbistan*[15] davalarında hakaret suçuna karşı benzer cezai yaptırımlar uygulanmıştır. Aynı konuyla ilgili olan *Bodrozic ve Vujin/Sırbistan*[16] davasında davaya konu olan davranış, bir makalede tanınmış bir avukatın "sarışın" bir kadına benzetilmesiydi. Sırbistan mahkemeleri bir erkeği kadınsı göstermenin hakaret olduğuna ve "sarışınlarla ilgili esprilerin hiç de övünülecek bir şey olmadığına" karar verdi. Bu olayla ilişkili olarak ceza davası açıldı. Başvurucular hakaret suçundan hüküm giydiler ve hükümleri onandı. Tahmin edileceği üzere, dava Strazburg'a geldiğinde AİHM, verilen cezayı "tümüyle orantısız" buldu ve kamusal tartışmalarla ilgili konularda gazetecilerin hakaret suçuyla yargılandıkları durumlarda verilen cezalar ancak bireyin haklarına karşı çok ciddi saldırıların yapıldığı istisnai durumlarda orantılı sayılmalıdır, görüşünü tekrar etti.

2004'te Büyük Daire bir kez daha, Romanya Sözleşme'ye taraf olduktan bir yıl sonra, 1994'te yaşanan iftira ve olaylara ilişkin verilen cezai yaptırımlarla ilgili bir davayı gördü. *Cumpănă ve Mazăre/Romanya*[17] davası, aralarında o dönemde özel ihalelerin değerlendirilmesinde hakem olarak görev yapan bir kişi de bulunan belediye meclisi üyelerini eleştiren bir gazete makalesi ve bir karikatür ile ilgiliydi. Karikatürde hakem olan kadın elinde torbayla para taşıyan bir adaman koluna oturur vaziyette resmedilmişti ve açıkça rüşvet aldığı ima ediliyordu. Bu konuyu Mahkeme gerekçelendirilmeyen bir iddia olarak kabul etti ve yazar ve çizerin cezalandırılmasının "acil bir toplumsal ihtiyacı" karşıladığını kabul etti. Ancak Mahkeme, bütün medeni haklardan mahrum bırakılmayı öngören bir hapis cezası verildiği için Romanya'nın 10. maddeyi ihlal ettiğini tespit etti. Gerçekte caydırıcı etki yerine geldiği için özgürlüğe herhangi bir kısıtlama getirilmemiş olsa da, verilen cezanın orantılı olmadığına karar verildi. Mahkeme ayrıca başvurucuların gazeteci olarak çalışmaktan men edilmelerinin basının kamu bekçisi görevini yerine getirmek zorunda olduğu ilkesiyle ters düştüğüne karar verdi.

Azerbaycan AİHS'e 2001 yılında taraf oldu. 2010 yılında karara bağlanan *Fatullayev/Azerbaycan* davası[18] başvurucunun gazetesinde 2006 ve 2007 yıllarında yayımladığı çeşitli makalelere uygulanan cezai yaptırımlarla ilgiliydi. Başvurucu ünlü ve fikirlerini dile getirmekten çekinmeyen bir hükümet muhalifiydi. Yayımlanan makalelerde 1992'de Hocalı'da gerçekleşen katliamlarda ölümlerde hem Azerbaycan hem de Ermeni askerlerinin payı olduğu öne

13 *Lepojic/Sırbistan*, başvuru no. 13909/05, 6 Kasım 2007.

14 *Bodrozic/Sırbistan*, başvuru no. 32550/05, 23 Haziran 2009.

15 *Bodrozic/Sırbistan*, başvuru no. 32550/05, 23 Haziran 2009.

16 *Bodrozic and Vujin/Sırbistan*, başvuru no. 38435/05, 23 Haziran 2009.

17 *Cumpănă ve Mazăre/Romanya*, başvuru no. 33348/96, 17 Aralık 2004.

18 *Fatullayev/Azerbaycan*, başvuru no. 40984/07, 22 Nisan 2010.

sürülüyordu. Başvurucu hakaret ve bir kişiye ağır suç işlediği iddiasıyla iftira atmak suçuyla hüküm giymiş ve iki buçuk yıl hapis cezasına çarptırılmıştı. Bu makalede ele alınan diğer davaların tersine, mahkumiyet infaz edildi ve başvurucu cezaevinde yattı. Daha sonra 2007'de yayımlanan ve başvurucunun Azerbaycan, İran ve ABD arasındaki ilişkileri içeren siyasi stratejilerin tehlikelerini ele aldığı bir diğer makale için tekrar hüküm giydi. Bu davada mahkumiyet verilen suçlar arasında terörizm tehdidi de yer alıyordu. AİHM, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin (AKPM) Azerbaycan'a hakareti suç olmaktan çıkarması ve daha da önemlisi "hakaret davalarının gazetecilere göz dağı vermekte kullanımına son verilmesi için siyasi bir moratoryum ilan edilmesi" çağrısında bulunan 2008 tarihli, 161419 sayılı kararını[19] hatırlattı.

Fatullayev davasında Mahkeme, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin,[20] 2007 yılında gerçekleştirdiği ziyaret sırasında yedi gazetecinin cezaevinde bulunduğunu ve bunlardan dördünün iftira ya da hakaret suçundan hüküm giydiğini ve yüksek mevkili görevlilerin ya da diğer nüfuz sahibi kişilerin aleyhine olabilecek haberlerin dağılmasını önlemenin bir yolu olarak gazetecilere karşı ceza davaları açıldığını belirttiğini hatırlattı. Mahkeme yalnızca ceza verilmesini değil, toplam sekizbuçuk yıl hapis cezası gibi ağır cezaların verilmesini de özellikle eleştiriyor, bunu "ağır bir orantısızlık" olarak nitelendiriyordu.

AIRE Merkezi İnsan Hakları Bülteni'nde yakın zamanda yayımlanan bir makalede[21] İngiltere'nin en deneyimli ifade özgürlüğü hakimlerinden biri şöyle yazmıştır: "belirli bir durumda yasaların ceza kanuna mı medeni kanuna mı göre ceza vereceği, söz konusu devletin tarihsel bağlamının bir sonucu olabilir. Muhtemelen cezai yaptırımlar, en azından bazı davalarda, tedbirin amacı kamu düzenini ve yargının otoritesini, ya da devlete ait sırları ya da kişisel verileri korumaksa, gerekli olacaktır. Eğer verilecek cezanın amacı bir kişinin itibarını korumak gibi hakların korunması ise cezai yaptırımlar uygun olmayabilir ve mahkemeler ihtiyati tedbir ya da tazminat, ya da diğer bazı özel kanun çarelerine başvurmakla sınırlı olan az sayıda seçenekle karşı karşıya kalabilir." Hakim Tugendhat, yazısında İngiltere'de iftira suçunun itibarı korumak için mi yoksa kamu düzenini korumak için mi var olduğu konusunda bir karışıklık olduğunu ancak bunun kısa bir süre önce değiştirilerek, ceza gerektiren suçların ancak amacın suç ve kargaşanın önlenmesi olduğu durumlarda kabul edilebileceğini belirtmektedir. Hakim Tugenghat, geçmişte Fransa'da yalnızca tek bir iftira kanunu olduğunu da hatırlatmaktadır. Bu, ceza kanununda yer alıyordu ancak özel şahıslar da tazminat talep

19 1614 (2008) sayılı karar, AKMP, 24 Haziran 2008.

20 CommDH(2008) 2/20 Şubat 2008.

21 Şubat 2012 bülteni.

etmek üzere davaya katılabiliyordu. Bugün fiiliyatta bir suç olarak kalsa da, yapılan tek yargılama müdahil olan özel şahısların katıldığı yargılama oluyor ve iftiranın artık ceza kanunu kapsamında ele alınmadığının net bir şekilde vurgulanmasına dikkat ediliyor.

Ekim 2007'de Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik 1577 (2007)[22] sayılı kararı benimsedi ve kararda hakaret suçu karşılığında hâlâ hapis cezası öngören devletlere, bu cezayı uygulamıyor olsalar bile, vakit geçirmeden hapis cezasını kaldırmaları çağrısında bulundu. İnsan Hakları Komiseri de bunu tekrar vurgulamıştır.[23] Sırbistan'ın yükümlülük ve taahhütlerini yerine getirmesine ilişkin Aralık 2011 tarihli AKPM kararında da 1577 sayılı karara uyulması gereği tekrar edildi.

Henüz 1993 yılında devletlerin yeni yükümlülüklerini ciddiye almaları ve bunları sadece teorik ve hayali[24] düşünceler değil, fiili ve etkili uygulamalar haline getirmeleri ihtiyacı gayet iyi anlaşılmıştı.[25] Bunun mümkün olabilmesi için yargıda eğitim ve bu eğitimin etkili olduğunun takibi büyük önem taşımaya devam etmektedir.[26] AİHM'in kararlarının ulusal yargı mensupları tarafından anlaşılabilecek dillere çevrilmesi ve bunların gerektiği gibi dağıtılması da hayati öneme sahiptir.

Son olarak da ilginç bir çelişkiye dikkat çekmek gerekir. Daha önce de görüldüğü gibi, devlet makamları genellikle nüfuzlu kişiler hakkında hakaretamiz ifadelerde bulunan gazetecileri yargılamaya ve hakareti ceza kanunu kapsamında cezalandırmaya istekli görünmektedir, bu da ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olmaktadır. Ne var ki bizim gibi, Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerde AİHS'in 6. maddesiyle ilgili yargı eğitimi konusunda çalışmalar yürüten kişiler açısından medya ile ceza hukuku arasındaki ilişkide bir türlü aşılamayan başka bir sorun daha vardır. Teoride hangi kısıtlamalar söz konusu olursa olsun, pratikte "medya yargılaması" sık rastlanan bir uygulamadır. Zanlılar ve sanıklar sık sık medyada hükümlü olarak gösterilir ve duruşmalar, halka orantısız biçimde yansıtılan olumsuz ve uygunsuz bir havayla kuşatılır. Bu soruna çözüm üretmesi gereken hakimler

22 1577 (2007) sayılı karar, AKPM, 4 Ekim 2007.

23 Bkz. yukarıda söz edilen *Fatullayev/Azerbaycan* davası.

24 *Artico/İtalya*, başvuru no. 6694/74, 13 Mayıs 1980.

25 A.g.k. 2

26 AIRE merkezi on yılı aşkın bir süredir Sırbistan Yargı Akademisi ve Karadağ'daki Yargı Eğitimi Merkezi'nde yürüttüğü müfredat geliştirilmesi etkinlikleriyle bağlantılı olarak Sıbristan ve Karadağ'da yargıda eğitim programları yürütmekte (ve bunların etkili olup olmadığını takip etmekte) ve ayrıca Avrupa Konseyi'nin düzenlediği eğitimlere katılmaktadır.

ellerinde yeterince yetki olmadığını düşündükleri, ya da mevcut yetkilerini kullanmadıkları için yargı öncesi haberlere bir kısıtlama getirmez ve AİHS'in 6. maddesinin güvence altına aldığı masumiyet karinesinin korunması için gerekli sınırları çizmezler. Birçok üye devletin yargı sisteminde yargı heyetinde hakimlerle birlikte sıradan halk da yer alır ve oylarıyla hakimleri devre dışı bırakabilirler. Bu jüri üyelerinin dışarıdan gelen etkilere daha açık olabilecekleri düşünülmektedir.

10 Temmuz 2003'te Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi medyanın ceza davalarıyla ilgili bilgi sunmasına ilişkin Rec (2003)1327[27] sayılı Tavsiye Kararını benimsedi. Tavsiye Kararına eklenen 1, 2 ve 8 numaralı ilkelerde şunlar belirtilmiştir:

"Halk medyadan yargı makamlarının ve emniyet hizmetlerinin faaliyetleriyle ilgili bilgi alabilmelidir. Bu nedenle gazeteciler ceza adaleti sisteminin işleyişiyle ilgili yalnızca aşağıdaki ilkelerce temin edilen sınırlar içinde özgür biçimde haber verebilmeli ve yorumda bulunabilmelidir."

Masumiyet karinesi hakkına saygı adil yargılama hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Buna göre devam etmekte olan ceza davalarına ilişkin görüşler ve bilgiler ancak zanlının ya da sanığın masumiyet karinesine halel getirmiyorsa halka medya aracılığıyla iletilmeli ya da yayılmalıdır.

Zanlılar, sanıklar ya da mahkumlar ya da ceza davalarının diğer tarafları hakkında bilgi aktarımı, AİHS'in 8. maddesine göre bu kişilerin özel yaşamın gizliliğinin korunması hakkına saygı gösterilerek yapılmalıdır. Özellikle reşit olmayan kişilere ya da hassas konumda bulunan diğer kesimlere, mağdurlara, tanıklar ve zanlı, sanık ya da mahkumların ailelerine özel koruma sağlanmalıdır. Bütün davalarda özellikle kimliklerinin teşhis edilmesine yol açacak bilgilerin açıklanmasının bu ilkede belirtilen kişiler üzerinde neden olacağı olumsuz etkiye dikkat edilmelidir."

Yukarıda ele alınan *Fatullayev* davasında başvurucu ayrıca Başsavcı'nın basına hakkında derdest olan ceza davasıyla ilgili olarak "bu bilgi bir terörizm tehdididir" demiş olmasının sonucunda ortaya çıktığını iddia ettiği 6(2). maddenin ihlaliyle ilgili şikâyette de bulundu. Başsavcı'nın sözleri basında geniş yer buldu. Bu ifade, soruşturma aşamasında, henüz başvurucuya suç isnat edilmeden önce sarfedilmişti. Mahkeme, bir kişi belli bir suçtan yargılanıp hüküm giymeden önce devlet görevlilerinin onlarla ilgili ifadelerinde sözcük seçimine dikkat etmelerinin önemini tekrarladı.[28] Mahkeme, bu sözlerin "yet-

27 Rec (2003)13 sayılı Tavsiye Kararı, 10 Temmuz 2003.

28 Bkz. örn. *Khuzhin/Rusya*, başvuru no. 13470/02, 23 Ekim 2008.

kili yargı makamları olguları değerlendirmeden önce bir sonuca vardığını ve kaçınılmaz biçimde yasalar önünde başvurucunun suçluluğu kanıtlanmadan halkı onun suçlu olduğuna inanmaya teşvik ettiğini" belirtti. Bunun sonucunda Mahkeme 6(2). maddenin ihlal edildiğine karar verdi.

Bütün bu konuların çözüme kavuşturulması için ilerleme kaydedilmeye devam etmektedir, ancak bu ilerleme çok yavaştır. Avrupa Konseyi'nin üye devletlerinin iç sorunlarını halletme yönünde gerçek bir taahhüt vermekten kaçınmaları, bir tarafta ifade özgürlüğü ile bunun üzerindeki gerekli ve uygun sınırlamalar, diğer tarafta ise sınır çiğnendiği zaman uygun cezaların verilmesi arasındaki dengenin sağlanmasını engellemektedir.

Olağanüstü Hal ve Silahlı Çatışma Durumlarında İfade Özgürlüğü

Françoise J. Hampson[1]

1. Giriş

Olağanüstü hal durumlarında insan haklarının korunmasıyla ilgili yapılan incelemeler genellikle derogasyon hükümleri ve özellikle iki hak üzerine odaklanmıştır: yaşama hakkının korunması ve keyfi gözaltıların yasaklanması. Bu konulara odaklanılmasının çeşitli nedenleri, ya da en azından açıklamaları olsa da bu, söz konusu durumlarda diğer hakların korunmasının ihmal edildiği anlamına gelmez.[2] Bu kısa tartışmada üç konunun ele alınması amaçlanmaktadır: bir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin genelde siyasi görüşlerin ifade edilmesini nasıl korumaya çalıştığı; iki, ülke içi olağanüstü hal durumlarında gündeme gelen ve henüz gelmeyen meseleler ve üç, silahlı çatışma yasasının (LOAC) uygulanabilir olduğu bir silahlı çatışma sürecinde ortaya çıkan sorunlar. Sonuç olarak da henüz yanıtlanamamış bazı sorular gündeme getirilecektir.

2. Siyasi ifadenin korunması

Bu kısımda bundan sonra gelen kısımla ilgili bir temel oluşturulacaktır. İfade özgürlüğü iki değil üç taraf barındırdığı için sıradışı bir haktır, ancak bu açıdan benzersiz değildir.[3] Çoğu hak prensipte bireyi ve devleti ilgilendirir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü ele alan 10. maddesi gazetecileri ve medyayı da kapsamaktadır.[4] Bu madde aşağıdakileri içermektedir,

> "(1) Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları

1 Essex Üniversitesi Hukuk Bölümü & İnsan Hakları Merkezi. Profesor Kevin Boyle hayatta olsaydı Sir Nicholas Bratza'ya ithafen hazırlanmış bir yayına muhakkak katkıda bulunmak isterdi. Ayrıca bu makalenin konusu (ifade özgürlüğü) eski Avrupa Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu nezdinde davacı olarak yakından ilişkili olduğu bir konuydu. Eşi Joan'un içten desteği ile hazırlanan bu makale ikimiz adına da yazılmış sayılmalıdır. Ancak bu, kendisinin makalenin içeriğine tümüyle katılacağı anlamına gelmez.

2 Keyfi gözaltına almanın yasaklanması genellikle en sık derogasyona uğrayan haktır ve hem bu hakkın kendisi hem de hakkın korunması, insan hakları hukuku ve aynı zamanda uluslararası insani hukuk olarak da bilinen silahlı çatışma hukuku arasındaki ilişkiyi ele alan uzmanlar tarafından en sık mercek altına alınan iki insan hakları unsurudur.

3 Bir diğer örnek hem sendikaların hem de sendika üyelerinin haklarını ele alan 11. maddedir.

4 Genel olarak bkz. Harris, O'Boyle & Warbrick, *European Convention on Human Rights [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi]*, 2. Baskı, Oxford University Press, 2009, içtihadın tartışılmasını özellikle iyi bir biçimde organize eden 11. Bölüm.

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

İfade özgürlüğü dar anlamda bir medeni haklar konusu olarak görülemez. Sözleşme kurumları her zaman bu hakla demokrasi arasındaki ilişkiyi vurgulamıştır.[5] Demokrasi, fikirlerin mümkün olan en özgür şekilde tartışılmasını gerektirir. Siyasi ifadenin bileşenleri genellikle net bir şekilde anlaşılsa da siyasi ve ahlaki meselelerin örtüştüğü alanlar olabilir.[6] Bu makalede siyasi ifade, siyasetçilerin konuşmaları ya da siyasi süreçle ilgili ifadelerle sınırlı tutulmayacak, devletin örgütlenmesini ve kamuyu ilgilendiren benzer konuların tartışılmasını da kapsayacaktır.[7]

Genelde belirli gruplara ayrıcalıklı bir statü tanımaktan kaçınan Mahkeme, bu ifadelerin kamu tartışmalarında oynadıkları rol nedeniyle seçilmiş temsilciler ve gazetecilerin ifade özgürlüğünden yararlanmasının özel önemini kabul etmektedir.[8] Öte yandan Mahkeme sıradan vatandaşların siyasi ifade özgürlüğünün korunmasında da aktif olmuştur.[9] Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin getirdiği en güçlü savunmalar siyasi partiler aleyhine alınan tedbirin bağlamında ortaya çıkmıştır. Örneğin *Stankov ve United Macedonian Organization Ilinden/Bulgaristan* davasında Mahkeme şunları belirtmiştir:

> "Demokrasinin esası sorunları açık tartışmayla çözme kapasitesidir. Şiddete teşvik ya da demokratik ilkelerin reddi gibi du-

5 *Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika* A 113 (1987); 10 AİHS 1 para.47; *Lingens/Avusturya* A 103 (1986) 8 AİHS 407 para. 41-2.

6 Örneğin bazı ülkelerde kürtaj hem ahlaki hem de siyasi bir konu olabilir.

7 Harris, O'Boyle & Warbrick, not 4, tarafından uygulanan sınıflandırma uyarınca burada kullanılan siyasi ifade kavramına hem siyasi ifade hem de sivil ifadenin büyük bir kısmı dahildir.

8 *Lombardo/Malta,* HUDOC (2007) para.53. Mahkeme'nin, ifadenin sahibinden ziyade sarfedilen ifadenin türüne özel koruma sunduğunu vurguladığını belirtmek gerekir.

9 Örn. *Bowman/Birleşik Krallık*, 1998-I; 19 EHRR 179

> rumların dışında toplanma ve ifade özgürlüğünü - bazı görüşler ya da kullanılan sözcükler yetkililere ne derece şoke edici ve kabul edilemez görünse de, getirilen talepler ne derece gayrimeşru olsa da - bastırmaya yönelik toptan koruyucu tedbirler demokrasiye yarar sağlamadığı gibi tehlikeye dahi atabilir."[10]

Mahkeme gazetecilik işlevinin yürütülmesinin korunmasıyla ilgili benzer bir tutum benimsemiştir. Bu gazeteleri, editörleri ve gazetecileri de kapsar.[11] İfade özgürlüğünün, devletin gazeteler ve gazeteciler açısından özel önemi olan hakların kullanılmasını temini konusunda olumlu yükümlülüğe sahip olduğu ilkesini de içerdiği kabul edilmiştir.[12] Olumlu yükümlülüğün kapsamı söz konusu ifadenin türüne bağlıdır. Siyasi ifadeye verilen önem düşünüldüğünde devlet bu konuda muhtemelen olumlu yükümlülüklere sahip olacaktır.

Mahkemenin en fazla karar vermek zorunda kaldığı bağlam, bir bireyin talebi üzerine devlet emriyle mahkemeleri aracılığıyla ya da devletin kendisi tarafından bir kısıtlama ya da cezalandırma uygulanmasıdır. Bu, Mahkeme'nin siyasi ifadelerde takdir yetkisini dar yorumlayarak ifade özgürlüğüne mümkün olan en geniş korumayı sunması anlamına gelir.[13] Mahkeme bunu iki temel biçimde yapmıştır. Bunlardan birincisi, analizinde rehber olarak benimsediği "caydırıcı etki" doktrini ya da "daha az kısıtlayıcı bir alternatifin" mevcudiyeti gibi kavram ya da araçlar geliştirmesidir.[14] Olası bir caydırıcı etkinin somut örneği yayınlara yönelik önleyici kısıtlamalardır. *The Observer ve the Guardian/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme'nin çoğunluk kararında bu tür kısıtlamaların özellikle yakın incelemeye tâbi tutulmaları gerektiği belirtiliyordu.[15] İfade özgürlüğünün farklı türlerine ilişkin farklı yorum araçları kullanıldığının da vurgulanması gerekir. Takdir yetkisini 10. maddenin bütünü içinde anlamlı olarak tartışmak mümkün değildir. Mahkeme'nin başvurduğu

10 2001-IX, para. 97; ayrıca bkz. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, 1998-I para. 57. Mahkeme'nin bu konudaki sicili oldukça karışık; bkz. *Refah Partisi /Türkiye* 2003-II; Macklem P., *"Militant Democracy, Legal Pluralism and the paradox of Self-Determination"* [*"Militan Demokrasi, Hukuki Çoğulculuk ve Self-Determinasyon paradoksu"*], 4 International Journal of Constitutional Law 488 (2006) ve Boyle K., *"Human Rights, Religion and Democracy: the Refah Party Case"["İnsan Hakları, Din ve Demokrasi: Refah Partisi Davası"]*, Essex Human Rights Review Cilt 1, No.1, 2004.

11 Örn. *Sunday Times/Birleşik Krallık* A 30 (1979) 2 EHRR 245. Bir devletin derogasyona başvurabileceği durumlara örnek olarak bir sonraki kısma bakın.

12 Örn. *Özgür Gündem /Türkiye* 2000-III; 31 EHRR 1082, bir sonraki kısımda ele alınacaktır.

13 Bkz. genel olarak Harris, O'Boyle & Warbrick, not 4, s. 11-14.

14 Örn. *Incal/Türkiye* 1998-IV, 49 EHRR 449.

15 A 216 (1991); 14 EHRR 153; derogasyon durumları dışında önceden getirilen kısıtlamaların meşruiyeti konusunda altı yargıç karşı görüş bildirmiştir. Ayrıca bkz., *Mosley/Birleşik Krallık* 48009/08, 10 Mayıs 2011, para.117.

ikinci yol ise her davanın içeriğini ayrıntılı olarak göz önünde bulundurmasıdır. Yapılan yayının biçimi (televizyon ya da matbu basın), yayının zamanlaması, görüşlerin ifade edildiği siyasi bağlam hep birlikte dikkate alınmaktadır. Bu Mahkeme'nin kararlarında "ince ayar" yapılması için önemli bir alan sunmaktadır. Bu iki araç bir dereceye kadar çelişkili görülmektedir. Birincisi genel kavramlara, ikincisi ise somut gerçeklere dayanır. Bu da Mahkeme'ye azami esneklik sağlamakta ve sonuçların önceden öngörülebilmesini sorunlu hale getirmektedir.

Mahkeme özellikle iki tür davayı ele alırken zorlukla karşılaşmıştır. Bunlardan birincisi olağanüstü durumlarla, ikincisi ise olağanüstü durumlarla bağlantılı bağlamlarla ilişkilidir. İlk tür zorluk bir devletin demokrasiyi korumak adına demokratik olmadığı öne sürülebilecek tedbirler aldığı durumlarda ortaya çıkmıştır.[16]

Bu, 9 Eylül sonrasında bazı devletlerin geliştirdiği tedbirlerde görülen bir özellik olmuştur. İkinci sorun, görüşleri bazıları tarafından antidemokratik olarak nitelenen grupların neden olduğu sonuçlara verilmesi gereken yanıttır. Devlet, bu aşamada iki ayrı seçeneğin cazibesine maruz kalabilir.[17] Öncelikle bu tür görüşlerin ifade edilmesini yasaklamak isteyebilirler. Daha önce de gösterildiği gibi Mahkeme siyasi ifade üzerine getirilen kısıtlamaların meşruiyetini büyük bir özenle incelemektedir. İkinci olarak da Devlet bir başka grubu koruyabilmek için bir grubun ifade özgürlüğüne kısıtlamalar getirebilir.[18]

Eğer "normal" durumlarda hal buysa olağanüstü durumlarda ne olur? Devletler belki bu durumlarda siyasi ifade özgürlüğünü kısıtlama yolundaki eğilimlerini arttırabilirler. Bağlamın değişmesi Mahkeme'nin tutumunu ne ölçüde etkileyebilir?

3. Olağanüstü durumlarda ifade özgürlüğünün korunması

"Olağanüstü durum" bir devletin derogasyon uygulayabileceği durumları tanımlamakta kullanılır; bu tanımda derogasyonun gerçekten uygulanıp uygulanmadığına bakılmaz. Olağanüstü hal kavramına deprem ya da sel gibi doğal afetler de dahil olsa da bugüne kadar hiçbir devlet bu tür acil hallerde derogasyon uygulama yoluna gitmemiştir. Derogasyona daha çok

16 Bkz. bir sonraki kısımdaki *Brind/Birleşik Krallık*, 18714/91, 77-A DR 42 (1994) ve *Purcell/İrlanda* 15404/89, 70 DR 262 tartışması.

17 Ortaya çıkan gerilimlerin getirdiği güçlüklerle ilgili bkz. Macklem, not 10.

18 Örn. Danimarka Özgür Basın Derneği Başkanı Lars Hedegaard'ın yargılanmasının esasını teşkil eden konu http://www.legal-project.org/blog/2012/04/ danish-supreme-court-acquits-hedegaard.

örgütlü suç içeren, siyasi nitelikli olağanüstü durumlarda başvurulur. Ayrıca bu derogasyon ancak kendi topraklarında hareket eden devletler tarafından kullanılmıştır. Bugüne kadar hiçbir devlet, yardım etmekte olduğu bir diğer Avrupa Konseyi üyesi devletin topraklarında o devletin uyguladığı bir derogasyonu kullanmaya yeltenmemiştir. Keza hiçbir devlet, ulusal sınırları dışında ya da Sözleşme kapsamına aldığı bir toprakta yaşanan bir duruma ilişkin derogasyon uygulama yoluna gitmemiştir.[19] Bu tür durumlarda silahlı çatışma hukuku, özellikle de Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi uygulanabilir.[20] Bu konu bu kısımda daha fazla ele alınmayacaktır.

Sözleşme'nin 10. maddesine derogasyon getirilmesi bugüne kadar yalnızca bir devlet tarafından uygulanmıştır. *Yunanistan Davası'*nda davalı devlet anayasasının hangi hükümlerini askıya aldığını Avrupa Konseyi'ne bildirmekle yetinmiştir.[21] Askıya alınan maddeler arasında Yunanistan'da genel anlamda 10. maddenin muadili sayılabilecek 14. madde de yer almaktaydı. Yunanistan derogasyon uyguladığı Sözleşme maddelerinin hangileri olduğunu belirtmemiş, Komisyon'un bunu kendisinin belirlemesi gerekmiştir.

Ancak bir devletin derogasyon uyguladığı tek durum bu değildir. Hem Birleşik Krallık hem de Türkiye Kuzey İrlanda ve Güneydoğu Türkiye'deki durumlarla ilgili olarak 5. maddeye derogasyon uygulamıştır. Her iki devlet aleyhine olağanüstü hal durumundan kaynaklanan ve 10. maddenin ihlali olduğu iddia edilen davalar açılmıştır. Türkiye örneğinde yapılan başvurular normal yasal hükümlerin olağanüstü hal durumunda uygulanmasını içermekteydi. Birleşik Krallık örneğinde ise başvuru özellikle Kuzey İrlanda ile bağlantılı olarak benimsenen tedbirlerle ilgilidir. Bu iki devletin 10. maddeye derogasyon uygulamayı mı düşündükleri ya da maddenin kendilerine tanıdığı esneklik nedeniyle buna ihtiyaç olmadığını mı varsaydıkları net olarak anlaşılmamaktadır. Diğer bir deyişle, derogasyona gerek kalmadan eylemlerini gerekçelendirebileceklerini düşünmüş olabilirler.

19 *Bankovic & diğerleri/Belçika ve 16 diğer Sözleşme Devleti* 2001- XII; 44 EHRR davasında davalı devletler kendi topraklarının dışındaki durumlarla ilgili derogasyon uygulaması yapılamamasının Sözleşme'nin sınır dışında uygulanabilir olmadığının kanıtı olduğunu öne sürmüşlerdir. 38. paragrafta Mahkeme bu gerekçeyi kabul eder görünmektedir. Bundan çıkarım yapılarak başka açıklamalar da önerilebilir.

20 Ortak 3. maddenin uygulanabileceği şiddet eşiğinin ne olduğu net değildir; aynı belirsizlik bir devletin insan hakları hukukuna göre derogasyona gidebileceği eşik için de geçerlidir; bkz. İnsan Hakları Komitesi Olağanüstü Hal Durumlarıyla İlgili Genel Yorum 29(4. madde), CCPR/C/21/ Rev.1/Add.11, 31 Ağustos 2001. Bu maddenin 3. paragrafının derogasyonun genellikle ancak silahlı çatışma hukukunun da geçerli olduğu durumlarda mümkün olabileceğini öngördüğü anlaşılmaktadır.

21 *Danimarka, İsveç, Norveç & Hollanda/Yunanistan* 3321/67, 3322/67, 3323/67, 5 Kasım 1969 tarihli rapor; bkz. özellikle S.131-138. Komisyon Yunanistan'ın Sözleşme'de derogasyon uygulamakta haklı olmadığını ve basın üzerinde açıkça sansür uygulanmasını da içeren tedbirlerin 10. maddeyi ihlal ettiğini saptamıştır.

Konuyla ilgili akademik materyalin ne kadar çok olduğuna bakılacak olursa olağanüstü durumlarda en önemli insan hakları meselesinin bazen bir derogasyonla gerekli değişikliklerin yapılmasıyla uygulanan keyfi gözaltıların yasaklanması (AİHS'in 5. maddesi) olduğu varsayılabilir. Aslında bu tür durumlarda derogasyona gidilmeyen hakları içeren pek çok soru gündeme gelmektedir. 8. madde kapsamında birçok konuyla bağlantılı olan aramalar, olağanüstü hal durumlarında çok daha müdahaleci olabilir ve halkın daha büyük bir kesimini etkileyebilir. Toplanma özgürlüğünün kullanımı muhtemelen özellikle sorun teşkil edebilir. İfade özgürlüğü ile demokrasi arasındaki yakın ilişki nedeniyle siyasi kriz durumlarında bu hakkın kullanımının ciddi baskıya maruz kalması beklenebilir.

Siyasi olağanüstü hal durumları amaçsız şiddete örnek sayılmaz. Bir devlet bunu terörist faaliyet olarak tanımlamayı tercih etse de ya da daha nötr bir terim kullansa da olağanüstü hal durumlarında görülen şiddetin belirleyici özelliği örgütlü olmasıdır. Bu, bu tarz şiddet olaylarına rastgele şiddet eylemlerinden daha olumsuz bir nitelik yüklemektedir. İkinci olarak şiddetin ya siyasi bir hedefi vardır ya da siyasi kurumların siyasi taleplere cevap verememesinin neden olduğu öfkeden kaynaklanır. Bazılarının şiddete başvurmaları yürütülmek istenen siyasi tartışmanın sona erdiği anlamına gelmez. İkisi bir arada var olabilir. Bu nedenle örneğin Türkiye'de PKK şiddeti, siyasi değişikliğe gidilmesi ve belli bir ölçüde özerklik elde edilmesi ve/veya Kürtlerin kültürel haklarının tanınması yolunda barışçıl çabalara paralel olarak görülmüştür. Şiddete başvuranlar aynı zamanda siyasi tartışmaya katılmak da isteyebilir. Siyasi şiddet genellikle yerleşik devlet kurumlarını hedef alır. Diğer bir deyişle devlet altta yatan ihtilafın taraflarından biridir.[22] Ayrıca fikir paylaşımı için canlı bir ortam yaratmak ve Sözleşme kapsamında ifade özgürlüğünü korumak da devlete düşer. Kısacası devletin elindeki güçleri kötüye kullanma eğilimine girmesi çok da şaşırtıcı bir durum değildir.

Bu iki durumun oluşturduğu içtihat aşağıda incelenecektir. Önce siyasi partilerin ifade özgürlüğünün korunması ele alınacak, bunun arkasından Mahkeme'nin bu hak üzerinde uygulanmasına izin verilebilecek kısıtlamalara dair çizdiği sınırlar tartışılacaktır. Son olarak da gazetecilik işlevinin yerine getirilmesinin korunmasından oluşan olumlu yükümlülüğün sonuçlarına değinilecektir.

22 Devletin şiddete son veremeyecek kadar zayıf olduğu koşullarda ihtilafın iki devletdışı güç tarafından üretildiği durumlar düşünülebilir. Avrupa'nın yakın tarihinde bu tür durumlar yaşanmış olsa da bu genellikle alışılmadık bir durumdur ve Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında herhangi bir konuyu gündeme getirdiği söylenemez.

Siyasi partilerin ifade özgürlüğü

Eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu iki davada bir siyasi partinin medyaya erişimi üzerine getirilen kısıtlamaları ele almak durumunda kalmıştır. *Brind/Birleşik Krallık* davası Kuzey İrlanda ile ilgiliydi.[23] *Purcell/İrlanda* davası ise İrlanda Cumhuriyeti ile ilgiliydi. Her iki davanın da konusu iki devlet tarafından IRA'nın sözcüsü olarak kabul edilen yasal bir parti olan Sinn Fein'in medyaya erişimiydi.[24] İki devletin davalarda benimsediği mantık birbirinden biraz farklıydı. Birleşik Krallık konuyu ulusal güvenlikle ilgili görürken İrlanda Cumhuriyeti terör örgütleriyle bağlantılı olduğu iddia edilen kişilerin halkı suça teşvik ya da tahrik etmesinin önlenmesi üzerine odaklandığı anlaşılıyordu. Komisyon bu iki uç tutum arasında bölünmüş olmalıdır. Sözleşme kurumları siyasi ifadenin savunulması açısından çok güçlüdür ancak siyasi ifade üzerine getirilen kısıtlamalar arasında en kolay gerekçelendirilebilecek olanlar ulusal güvenlik ve suçun önlenmesine bağlı olanlardır. Kısıtlamaların uygulanma biçimi oldukça garipti. Birinci davada Birleşik Krallık seçim dönemleri dışında yasaklı örgütleri temsil eden ya da destekleyen kişilerle yapılan röportajların yayınlanmasını yasaklamıştı. Ancak söz konusu kişilerin sözleri bir aktör tarafından okunabiliyordu. Okuyan iyi bir aktörse söylediklerinin en az siyasetçinin kendisi kadar ikna edici olduğu düşünülebilir. İkinci davada İrlanda Cumhuriyeti basın toplantılarının canlı yayınlanmasına ve toplantı sonrasında basın bültenlerinin okunmasına genel bir yasak getirmişti. Bu iki dava, özellikle de *Brind,* bir paradoksu ortaya koymaktaydı. İngiltere hükümeti muhtemelen 10. maddeyi ihlal etmekten kusurlu bulunma riskini ortadan kaldırmak için kısıtlamaları mümkün olduğunca dar tutmuşa benziyor. Söz konusu siyasi parti yasal olduğu için seçim döneminde söylenen ifadelere kısıtlama uygulanamıyordu. Daha önce de belirtildiği gibi sözlerin yayınlanması mümkündü ancak asıl konuşmacının sesinini duyulmaması gerekiyordu. İlginçtir ki kısıtlamaların aşırı sıkı olması onların saçma ve bu nedenle de gereksiz olarak algılanmasına neden oluyordu. Yine de Komisyon her iki başvuruyu da alenen mesnetsiz oldukları için kabul edilemez buldu.[25] Harris, O'Boyle ve Warbrick'in vardığı sonuca katılmamak olanaksız:

> "(...) medyanın halkı aşırı uçlarda bulunan siyasi hareketler ve bunların liderleriyle ilgili olarak bilgilendirme konusundaki hayati rolüne yeterince önem verilmemiştir. Demokrasiyi terörist şiddetten korumak gibi makul bir gerekçeyle alınmış gibi görü-

23 18714/91, 77-A DR 42 (1994).

24 15404/89, 70 DR 262 (1991).

25 Kevin Boyle *Purcell* davasında başvurucunun hukuki vekiliydi. Komisyonun bu başvurunun *alenen* mesnetsiz olduğu kararını alması altı saat sürdü. Kevin Boyle, müvekkillerine bunun davanın sağlam bir temeli olmadığı ve mahkeme önüne getirilmemesi gerektiği anlamına gelmediğini anlatmakta epey zorlanmıştı.

> nen bu kararlar, ulusal takdir yetkisinde gerekli ayarlamalar yapılmadığı ve sıkı bir denetim uygulanmadan alınmış oldukları için gölgelenmiştir."[26]

Mahkeme'nin ulusal güvenliğe ilişkin durumlarda sergilediği tutum bu iki davada göründüğünden çok daha karışıktır. Mahkeme ulusal güvenlik gerekçe gösterilerek yapılan müdahaleleri, müdahalenin fazla kapsamlı olduğu ortamlarda sıkı incelemeye tâbi tutmuştur.[27] Ulusal güvenliğe ilişkin oldukça şüpheli göndermeler yapılan durumlarda bile siyasi ifadeye öncelik vermiştir.[28]Bu, bu tür davaların sonucunu tahmin etmenin zorluğunu göstermektedir. Kısıtlama ne kadar kapsamlıysa inceleme o kadar sıkı olmaktadır - bu da yukarıda bahsedilen paradoksa yol açmaktadır. Belki de yüzeyde tutarsız görünen içtihat, ancak her bir davanın somut olgularının etkileşimine bakılarak açıklanabilir.

İfade özgürlüğü üzerinde izin verilebilecek kısıtlamala

Türkiye'de genel ve kökeni eskilere dayanan ifade özgürlüğü sorunu, olağanüstü hal durumunun en yoğun dönemi olan 1990'larda daha somut bazı sorunlara yol açmıştır. Üzerinde anlaşmaya varılamayan bir dizi mesele vardı: Kürtlerin kendi dillerini kullanabilme arzusu, federalizm yoluyla daha fazla özerklik elde edilmesinden bağımsızlığa kadar uzanan konularda anayasal düzenlemelerde değişikliğe gidilmesi için duyulan yaygın istek, devlet güvenlik güçleriyle PKK arasındaki çatışmaların hem normal, hem de partizan basın tarafından halka aktarılması ve PKK ve/veya lideri Öcalan'a destek ifade edilmesi bunların arasında yer alıyordu. Büyük Daire bu tür davaların bir kısmını bir araya topladı ve aynı gün çok sayıda davaya ilişkin kararını açıkladı. Bu sayede Marhkeme'nin her davada olgulardan yola çıkarak karar vermek yerine temel bir prensibi ortaya koyması mümkün oldu. Buna rağmen bu prensip her davanın olgularına kolay bir şekilde uygulanamayabilir. Mahkeme ifade edilen fikirlerin anayasaya aykırı olduğu gerçeğinden etkilenmemiş görünmektedir. Anayasa mevcut sınırları içinde Türk devletinin bütünlüğünü korur. Bu nedenle Kürt bölgesinin bağımsızlığını savunmak anayasaya aykırıdır. Bu tür siyasi ifadeler 10. maddenin koruması altındadır.

Davalardan hiçbirinde Mahkeme, ifade özgürlüğünün ortaya konulmasının 10. maddenin koruması altında olmadığını belirtmemiştir. Diğer bir deyişle, davaların hepsi bu maddenin ikinci paragrafı uyarınca verilen cezanın gerekçelendirilmesiyle ilgiliydi. Mahkeme açısından ayırt edici sınır, şiddeti

26 Not 4, s. 477

27 Örn. *Arslan/Türkiye* hudoc (1999); 31 EHRR 264

28 *Piermont/Fransa* A 314 (1995); 20 EHRR 301.

kışkırtan yayınlardır.[29] Mahkeme'nin kışkırtma konusunda ceza kanununa göre çok daha geniş bir bakış açısı benimsediği anlaşılmaktadır. Bazı davalarda, yayının kendisinde şiddetin savunulmadığı ya da teşvik edilmediği, ancak söz konusu yayının okunmasının mevcut şiddeti arttıracağı ya da kışkırtacağı durumlarda cezai yaptırımların uygulanmasını meşrulaştıracak noktaya gelmiştir.[30] Mahkeme'nin, şiddetin alenen savunulduğu durumlara göre şiddetin öngörülebilir bir sonuç olduğu bir davaya daha sıkı inceleme uyguluyor olması mümkündür. *Sürek (No. 1)* davasının olgularına şiddeti kışırtma testini uyguladığımızda bu sorunu görebiliriz. Başvurucu bir derginin sahibidir. Dergide yayımlanan iki mektup şiddet içerikli, heyecan yansıtan bir dille yazılmıştır. Örneğin faşist Türk ordusundan ve devlet güvenlik güçleri tarafından Kürtlere karşı uygulanan katliamlardan bahsetmektedirler. Bu mektuplarda şiddete başvurulması savunulmamakla beraber, Mahkeme'de çoğunluk mektupların "nefret hisleri uyandırıp ölümle sonuçlanan şiddet olaylarına yol açan bazı sabitleşmiş önyargıları daha da güçlendirmek yoluyla kanlı bir intikam çağrısı teşkil ettiği" görüşüne varmıştır.[31] Bu da aynı sözlerin, okurların yazarların önyargılarını paylaşmadığı bir durumda ve/veya olağanüstü halin başında, henüz şiddet yaygınlaşmadan önce yayımlanmış olsalardı şiddeti kışkırtma sayılmayacakları anlamına gelmektedir. Salt içeriğin okurları şiddete teşvik etmesi olasılığı bulunduğu için korkunç gerçeklerin ateşli ifadelerle dile getirilmesinin kışkırtma olarak ele alınabileceği gibi arzu edilmeyen bir ihtimali de gündeme getirmektedir. Ayrıca başvurucunun ifade edilen görüşlere ortak olduğunu belirtmediği, ancak mektupların dergide yayımlanmasından sorumlu olduğunu da vurgulamak gerekir. Başvurucuya verilen görece hafif ceza da 10. madde ihlali tespit edilmeyişinin nedenini kısmen açıklayabilir. Davaların çoğunda ifadelerin içeriğine ve düşmanca tonuna karşın ifade özgürlüğünün korunmuş olması ilginçtir. Bu da *Sürek (No. 1)* davasında ifade edilen görüşlerin korunmuş olmamasını daha da ilginç kılmaktadır.

Davanın olgularına ilişkin unsurlar dikkate alınmaya devam edilmektedir. Örneğin ünlü bir kişi tarafından yapılan bir konuşma muhtemelen halk üzerinde tanınmayan bir yazarın sözlerinden daha fazla etkiye sahip olacaktır.[32] Bu, şiddetin ortaya çıkması olasılığının belirlenmesini etkileyebilir. Buradaki tehlike, siyasetçilerin ifade özgürlüğünün sıradan vatandaşlara göre

29 Örn. *Sürek (No.1)/Türkiye* 1999-IV; krş. *Sürek ve Özdemir/Türkiye*, HUDOC (1999).

30 Örn. *Incal/Türkiye* 1998-IV; 49 EHRR 449. Ayrıca bu bakımdan bkz. bu kitapta yer alan G. Bonello, "İfade Özgürlüğü ve Şiddete Teşvik ", s.321-329.

31 A.g.k., para. 62

32 Krş. *Zana/Türkiye* 1997-VII; 27 EHRR 667 ve *Sürek ve Özdemir/Türkiye*, HUDOC (1999). Ünlü kişiler tarafından dile getirilen ifadelerin ne zaman daha ikna edici olduğu ve bu nedenle daha fazla kısıtlamaya tâbi tutulduğu, ne zaman haber değerleri yüksek olduğu için sunulan korumayı arttırdığı net olarak bilinmemektedir.

daha fazla kısıtlama altında kalmasıdır. Bu, siyasetçilerin dile getirdiği siyasi ifadeye sunulan özel korumayla çelişkili görünmektedir.

Gazetecilik işlevinin yerine getirilmesinin korunmasına dair olumlu yükümlülük

Güneydoğu Türkiye'deki olağanüstü hal döneminde Kürt bakış açısını destekleyen gazeteler ve sahipleri, editörleri, dağıtıcıları ve gazeteciler ölüm tehlikesiyle karşı karşıyaydı.[33] O dönemde tehditlerin kaynağı Türkiye'de "derin devlet" olarak bilinen olguyla ilişkili bazı unsurlardı. Bu davaların hiçbirinde "dumanı üzerinde bir silah" bulmak mümkün olmamıştır. Eğer devletin hesap vermesinin istenmesi için tek gerekçe ortaya çıkan zararda devletin sorumluluğunun belirlenmesi olsaydı davalarda ihlal tespit edilmezdi. Bu, Mahkeme'nin 10. (ve 2.) maddenin olumlu bir yükümlülük içerdiği konusunda istekli olmasının önemini göstermektedir. Devlet ayrıca gazetecilik işlevinin yerine getirilmesinde de koruma sağlamak yükümlülüğüne sahiptir. Bir gazetecinin hukuk dışı biçimde ödürülmesi davasında başvurucu hem 2., hem de 10. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. 2. maddenin ihlalini tespit eden Mahkeme ise 10. maddenin de ihlal edilip edilmediğini değerlendirmeyi gereksiz bulmuştur.[34] Bu endişe verici iki konuyu gündeme getirmektedir; bunlardan biri diğerinin daha dar bir yorumudur. Öldürülmeden önce Sayın Kılıç tehditler almıştır ve izlendiğini düşünmektedir. Başvurusunu o aşamada yapmış olsaydı AİHM'e başvurabilecek miydi ve başvurusunun gerekçesi ne olacaktı? *Osman/Birleşik Krallık*[35] davası, yaşamın gerçek bir risk altında olduğu ve koruma amaçlı tedbir alınmadığı durumlarda 2. maddeye ilişkin başvuru yapılabilmesi gerektiğini ortaya koyarken *İlhan/Türkiye* davası bunu net olarak gündeme getirmez.[36]

Sayın *İlhan* Türk güvenlik güçleriyle etrafı sarılı olarak yerde yatar haldeyken tüfek dipçikleri ile başından darbeler almıştı. Bunun için jandarmaların silahlarını ters çevirmeleri gerekiyordu. Kendisine verilen zararın kasıtlı olmadığını söylemek tahayyül bile edilemeyecek bir iddiaydı. Beyin hasarıyla bağlantılı kısmi felç geçirdi. Mahkeme Komisyon'un kararını tersine çevirerek davanın 2. madde değil yalnızca 3. madde kapsamında bir ihlale yol açtığını saptadı. Kasıtlı olarak yaşamı tehdit eden davranışlarda bulunmak yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün ihlali değildir. Bu hak yalnızca kişinin öldüğü ya da cinayet teşebbüsünün hedefi olduğu durumlarda ihlal edilir. Bu durumda bir gazeteci bu davada olduğu gibi, gerçek ölüm tehdidine maruz kaldığı, ancak çalışmaya devam ettiği bir durumda neye göre dava açabilir?

33 *Özgür Gündem/Türkiye* 2000-III, 31 EHRR 1082 (gazete, sahibi ve yazı işleri müdürü); *Yasa / Türkiye* 1998-VI; 28 EHRR 408 (dağıtıcı); *Kılıç/Türkiye* 2000-III; 33 EHRR 1357.

34 *Kılıç/Türkiye* 2000-III; 33 EHRR 1357; bkz. ayrıca *Yasa/Türkiye*, not 33.

35 1998-VIII; 29 EHRR 245 (1998)

36 2000-VII; 34 EHRR 869.

Söz konusu olan ifade özgürlüğünü icra ederken bir müdahaleye maruz kalmak mıdır, yoksa kişi tehditlere rağmen çalışmaya devam ediyorsa bu müdahaleden şikâyetçi olamaz mı?

Bu sorun çok daha geniş bir konuyu gündeme getirmektedir. Bir devletin şiddet eylemlerini tahrik edeceği gerekçesiyle ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahale etmek *istediği* durumlar daha önce ele alınmıştır. Peki ya medyanın belli bir gruba karşı şiddeti kışkırtmakta kullanıldığı ve devletin bu kışkırtmanın önüne geçmek için herhangi bir şey yapmadığı durumlar? Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, devletlerin yasayla savaş propagandasını ve ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddeti tahrik edecek ulusal, ırkçı ya da dini nefretin savunulmasını yasaklamasını şart koşan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 20. maddesine denk gelen bir madde yoktur. Buna hedef olan gruplar, içlerinden bir kişinin öldürülmesini mi beklemek zorundadırlar, yoksa ellerinde devleti kimse ölmeden tedbir almaya zorunlu tutmak için herhangi bir araç var mıdır? Madde, ifade özgürlüğünün kullanılmasının beraberinde görev ve sorumluluklar getirdiği olgusuna gönderme yapmaktadır. Bunlar yalnızca gazetecilerin görevleriyle mi ilgilidir, yoksa devletin de sorumlulukları var mıdır? Şiddete teşviki önlemek adına ifade özgürlüğüne gayrimeşru bazı müdahaleler yapılması riski olduğu açıktır.[37] Eğer bir devlet şiddetin kışkırtılmasına engel olamıyorsa bireylere zarar gelme riski gerçekten vardır. Antlaşmalar hukukuna göre devletler soykırım ve savaş suçlarına azmettirilmesini önleme yükümlülüğüne sahiptir.[38] İnsanlık karşıtı suçlara azmettirilmesini önleme *yükümlülüğüne* sahip olup olmadıkları ise net değildir. Uluslararası suç teşkil etmeyen şiddet içerikli suçlara azmettirmeyi önleme yükümlülüğü altında olup olmadıkları ise daha da belirsizdir. Eğer devletler şiddeti kışkırtmaya son verme görevine sahiplerse, kışkırtma dar bir şekilde mi tanımlanır (örn. şiddeti savunmak) yoksa yukarıda tartışıldığı gibi daha geniş (örn. şiddete yol açma etkisine sahip olacakları öngörülen sözler ya da görüntüler) olarak mı? İfade ile şiddet arasındaki neden sonuç ilişkisi çıkarsama yoluyla belirlenebilir mi, yoksa bu yapıldığı takdirde ifade özgürlüğü haksız yere mi kısıtlanabilir?[39] İfade özgürlüğü ile muhtemel bir

37 *Jersild/Danimarka* A 298 (1994); 19 EHRR 1 davasında Danimarka şiddete tahrik eden bir gazeteciye cezai yaptırım uyguladığı için Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nden takdir almış, ancak bu arada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 10. maddeyi ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum edilmiştir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesinin ifade özgürlüğüne gayrimeşru biçimde getirilen kısıtlamaları gerekçelendirmekte kullanılabileceğinden endişe duyan bazı devletler sözleşmeyi onaylarken 20. maddeye çekince koymuştur. Bu çekincelerden bazıları geri alınmıştır.

38 Soykırım Sözleşmesi ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli 1 no'lu Protokole.

39 Örn. John F. Burns, *"A Killer's tale – a Special Report; a Serbian Fighter's Path of Brutality ["Bir Katilin masalı – Özel Bir Rapor; Bir Sırp Savaşçıyı Zulüme Götüren Yol"]*, New York Times, 27 Kasım 1992, http://www.nytimes. com/1992/11/27/world/a-killer-s-tale-a-special-report-a-serbian-fighter-s- path-of-brutality.html?pagewanted=all&src=pm.

şiddeti kışkırtmaya son verme yükümlülüğü arasında olası bir ihtilaf durumunda Mahkeme bu bağlamda kışkırtmayı daha dar tanımlama seçeneğini tercih edebilir. Bu da ihtiyacı karşılamayabilir. Eski Yugoslavya'yı oluşturan devletlerde ve daha az derecede de olsa, Türkiye'de, yakın geçmişte yaşanan deneyimler devletin belirli kişi ya da gruplara karşı şiddetin kışkırtılmasının önüne geçemediği durumlarda tehlikeli bir durumun oluşmasına izin verilmesi riskinin ortaya çıktığını göstermektedir.[40]Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu soruna nasıl bir çözüm getireceği belirsizdir.

4. Çatışma durumlarında ifade özgürlüğü

Avrupa Konseyi'ne üye devletler kendi topraklarında ya da Avrupa Konseyi'nin diğer üyelerinin topraklarında çeşitli silahlı çatışmalara taraf olmuştur. Yukarıda tartışılan iki konuya ek olarak Çeçenistan'da da devam etmekte olan bir ihtilaf vardır. Bu ihtilafların hepsinde söz konusu devlet silahlı çatışma hukukunun uygulanabilirliğini reddetmiş, ya hiç derogasyon uygulamamış, ya da 10. maddeden derogasyona gitmemiştir.[41] Davranışları, en azından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, yalnızca insan hakları hukuku açısından yargılanmıştır.[42] Tarafların silahlı çatışma hukukunun uy-

40 Francoise J. Hampson, *Incitement and the media: Responsibility of and for the media in the conflicts in the former Yugoslavia,* Papers in the Theory and Practice of Human Rights, No.3, Human Rights Centre, University of Essex *[Tahrik ve medya: eski Yugoslavya'daki anlaşmazlıklarda medyanın sorumluluğu ve medyaya karşı* sorumluluk, İnsan Hakları Kuram ve Uygulaması Hakkında Makaleler, No.3, İnsan Hakları Merkezi, Essex Üniversitesi]. Bu iki gerilimin getirdiği güçlükler konusunda bkz. Macklem, not 10.

41 İhtilaflar uluslararası nitelikte değildi, ya da halen değildir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin 3. ortak maddesi "Milletlerarası mahiyette olmayan bir silâhlı anlaşmazlığın Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması" durumunda geçerlidir. "3. maddeyi geliştiren ve tamamlayan" 1977 tarihli 2 no'lu Protokol "12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına ilişkin Protokolün (1 no'lu Protokol) 1. maddesince kapsanmayan ve bir Yüksek Akit tarafın ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler ya da sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına olanak tanıyacak şekilde bu Yüksek Akit tarafın ülkesine ait bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmalarda uygulanır." Türkiye Protokolü onaylamamıştır. Birleşik Krallık ise Protokolü ancak Kuzey İrlanda'daki olağanüstü hal durumunun sonuna doğru onaylamıştır. Rusya Anayasa Mahkemesi ilk Çeçen savaşını sadece ortak 3. madde değil, 2 no'lu Protokol kapsamına da girecek biçimde nitelemiştir. Mahkeme aynı zamanda Rusya Federasyonu'nun 2 no'lu Protokolün uygulanmasını mümkün kılacak iç mevzuatı benimsemediğini belirtmiştir. Bkz. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin 31 Temmuz 1995 tarihli, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ve Federasyon'un Çeçenistan'daki durumlar ilgili aldığı kararların anayasaya uygunluğuna dair kararı, Avrupa Konseyi Hukuk Aracılığıyla Demokrasi Komisyonu CDL-INF (96) 1. Rus hükümeti silahlı çatışma hukukunun ikinci Çeçenistan savaşına uygulanabilirliğini reddetmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden derogasyona gitme girişiminde bulunmuştur.

42 Bu metin, silahlı çatışma hukuku ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin silahlı çatışma

gulanabilirliğini reddedemedikleri iki durum olmuştur. Türkiye'nin Kıbrıs'ı istilası ve bunun ardından adanın bir kısmını işgal etmesi aşikâr biçimde bir uluslararası silahlı çatışma durumu yaratıyordu, aynı şey Gürcistan ile Rusya arasındaki anlaşmazlıkta da geçerliydi. Bu ikinci anlaşmazlık eş zamanlı olarak hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan bir ihtilaf sayılabilir. Gürcistan silahlı kuvvetleriyle Güney Oset milisler arasındaki anlaşmazlık ise milislerin Rus kontrolüne Rusya'nın sorumluluğunda sayılacak kadar girmedikleri sürece muhtemelen uluslararası niteliği olmayan bir ihtilaftı. Buna ek olarak bazı üye devletler, Avrupa Konseyi'ne üye olmayan devletlerle, hem kendi topraklarında[43] hem de ihtilafın yaşandığı topraklarda ihlallere yol açabilecek silahlı çatışmalara girmiştir.[44] Yazarın bildiği kadarıyla son dört durumda 10. maddenin gündeme geldiği tek örnek NATO'nun Sırbistan ile Kosova ihtilafı sırasında Belgrat'ta bir televizyon istasyonuna yapılan saldırı olmuştur, bu da *Bankovic ve diğerleri* davasıyla sonuçlanmıştır.[45]

Mahkeme henüz silahlı çatışma hukukunun uygulanabilir olduğu ve kullanıldığı bir durumda 10. maddenin uygulanmasına dair bir değerlendirme yapmak zorunda kalmamış olsa da böyle bir durumun ortaya çıkabileceği aşikârdır. *Bankovic* davası esasla ilgili olmayan nedenlerden ötürü kabul edilemez bulunduğu için Mahkeme bunu yapmak zorunluluğundan kurtulmuştur. Başvurucular davayı esasla ilgili olarak açmış, davalı devlet ise yalnızca kabul edilebilirlik üzerinden savunma vermiştir. Böyle bir durumda temel mesele muhtemelen medya tesislerinin ve gazetecilerin hangi koşullar altında saldırıya uğrayabileceğinin ortaya koyulmasıdır.

---

hukukunu ele alış biçiminin nasıl olması gerektiği ya da nasıl olabileceği arasındaki ilişkiyi incelemez. Bu konu Mahkeme tarafından *Gürcistan/Rusya (No.2)* 38263/08 davasının esası incelenirken ele alınacaktır, 13 Aralık 2011 tarihli kabul edilebilirlik kararı. Bu metin, insan hakları hukuku kapsamında standart korumanın daha yüksek olduğu varsayımında bulunmaktadır. Eğer devlet silahlı çatışma hukukunun uygulanabilirliğini reddediyorsa insan hakları hukukunun uygulanabilirliğini reddedemez. Yazar Kuzey İrlanda, Türkiye ya da Çeçenistan'daki ihtilaflardan kaynaklanan ve Sözleşme'nin 10. maddesine gönderme yapan davalar arasında silahlı çatışma hukukunun uygulanmasının herhangi bir fark yaratabileceği bir davanın mevcudiyetini bilmemektedir.

43 Bir devlet kendi toprakları dışında silahlı çatışmaya taraf olduğu durumlarda bile kendi topraklarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ihâllere yol açabilecek tedbirler alma yoluna gidebilir. Örneğin Birleşik Krallık 1990-91 Körfez Savaşı sırasında bazı Iraklıları savaş tutsağı olarak gözaltına aldı ve bazı Iraklı sivilleri enterne etti. Söz konusu kişiler Birleşik Krallık'ta mukimdi ve burada gözaltına alındılar. Bkz. genel olarak, Hampson F.J., *'The Geneva Conventions and the Detention of Civilians and Alleged Prisoners of War'*, Public Law *['Cenevre Sözleşmeleri ve Vatandaşların ve Sözde Savaş Tutsaklarının Gözaltında Tutulması']*, 1991, s. 507-522.

44 Bu, insan hakları hukukunun başka ülke topraklarında uygulanabilirliğinin kapsamını gündeme getirmektedir; bu konu *Bankovic* davasının, not 18, kabul edilemez bulunmasının esasını teşkil etmektedir.

45 A.g.k.

Gazetecilerin durumu ise en azından teoride daha kolay anlaşılır görünmektedir. Muhtemelen hem uluslararası hem de uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalarda örf ve adet hukuku olan 1977 tarihli 1 no'lu Protokolün 79. maddesi gazetecilerin konumunu ele almaktadır.[46] Gazeteciler de sivil konumlarını olumsuz etkileyecek bir eylemde bulunmadıkları sürece sivil halk arasında sayılmalıdır. Yani "muhasamatta doğrudan yer almadıkları sürece" saldırılara hedef olmaktan korunurlar.[47] Bu bağlamda, taraflar ihtilafın niteliğini nasıl görürse görsün, gazetecilik işlevinin yerine getirilmesinin kendi içinde muhasamatta doğrudan yer almak sayılmadığını belirtmek yeterli olacaktır. Elbette bir grup savaşçıya eşlik eden bir gazeteci hedef alınabilecek kişilere yakın mesafede olmanın getirdiği yüksek bir risk altındadır ancak kendisi kasten saldırı hedefi haline getirilemez. Yine aşikâr olarak görülmektedir ki, eğer bu tür bir görevde bulunan bir gazeteci eline silah alırsa, ya da başka biçimlerde muhasamat sayılacak bir eyleme katılırsa sivil olarak kendisine sağlanan korumayı kaybetmiş olur ve hedef alınabilir. Bu durum onun gazeteci olmasıyla değil, savaşa katılmasıyla ilgilidir.

Silahlı çatışma hukukunun tek açık hükmü yukarıda tartışılan hükümdür. Radyo ve televizyon istasyonları ve gazetecilik teçhizatı gibi medya altyapısına ilişkin özel hükümler yoktur. Bu binalar ve teçhizat, saldırıya uğrayabilecek askeri hedefleri tanımlayan genel bir hükmün kapsamındadır. Maddede izin verilen hedeflere ilişkin kategoriler bulunmamakla birlikte her olası hedefe tek tek ugulanması gereken bir formül verilmektedir. 1977 tarihli 1 no'lu Protokolün örf ve adet sayılan 52.2 maddesinde şu ifade yer alır:

> "(…) askeri hedefler, doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi durumunda, mevcut koşullar altında, kesin bir askeri avantaj sağlayan objelerle sınırlıdır."

Mantıken, başlangıç noktası olarak medya altyapısının sivil nitelikli olduğu öngörülmektedir.[48] Eğer gazeteciler sivilse, gazetecilik işlevinin yerine getirilmesi de sivil olmalıdır. Bu durumda bu işlevin yerine getirilmesi için gerekli bina ve teçhizatın da aksi kanıtlanmadıkça sivil kabul edilmesi gerekir.

---

46 Gazetecilerle silahlı kuvvetlere akredite olan ve gözaltına alındıklarında özel bir statüye sahip olan savaş muhabirleri arasında ayrım gözetilmelidir; 1977 tarihli 1 no'lu Protokolün 79.2 maddesi.

47 1977 tarihli 1 no'lu Protokolün 51.3 maddesi. Bu ifade hatırı sayılır güçlüklere yol açmıştır; bkz. Melzer N., *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities [Muhasamatta Doğrudan Yer Alma Kavramına İlişkin Yorumlama Rehberi]*, ICRC, 2009. Bu belge de farklı nedenlerden ötürü çok tartışmalıdır.

48 Askeri hedef olmayan her şey sivil nesnedir ve saldırıda hedef alınamaz; 1977 tarihli 1 no'lu Protokolün 52.1 maddesi.

Elbette bu tür altyapıların korumalarını kaybettikleri çeşitli durumlar vardır. Bunlardan birincisi matbu ya da televizyon-radyo yayınlarının içeriğinin, bu içerik ister açıkça askeri nitelikli olsun, ister gizli mesajlardan oluşsun, askeri eylemlere etkin katkıda bulunduğu durumlardır.[49] İkinci Dünya Savaşı sırasında ihtilafa konu olan devletlerden birini destekleyici propaganda yayını yapmak tek başına kanun dışı olarak nitelenmemiştir. Durum, propagandanın içeriğinin saldırgan savaş çağrısı yaptığı durumlarda farklı olacaktır. Nazi Almanyası'nda Halkı Aydınlatma ve Propaganda Bakanlığı Radyo Biriminin başı ve Ulusal Basın Birimi Direktörü olan Fritsche, Nuremberg'de barışa karşı suç işlediği gerekçesiyle yargılanmıştır. Mahkeme, Almanları mezalime kışkırtmaktan ziyade "… amacın Hitler'e ve Almanya'nın savaş girişimlerine halkın desteğini kazanmak" olduğu sonucuna varmıştır.[50] Şunu da vurgulamak gerekir ki mahkeme neyin yasal bir saldırı hedefi olabileceğini tanımlamaya çalışmıyordu. Yine de bu soruya cevap verebilmek için propagandanın niteliğinin ne olduğu analiz edilebilir. Korumanın kaybedildiği bir diğer durum da askeri amaçlarla kullanılan binalara ilişkindir. Binalar aktif olarak askeri amaçla kullanılabilir, örneğin askeri personelin toplantısına ev sahipliği yapabilir, ya da pasif kullanım söz konusu olabilir. Pasif kullanıma örnek, askeri iletişimde kullanılan fiberoptik kabloların binadan geçirilmesi olabilir.

Son yıllarda yaşanan silahlı çatışmalardaki uygulamalar NATO devletlerinin aksi kanıtlanmadıkça gazetecilik işlevinin sivil niteliğini kabul edip etmediğine dair soru işaretleri uyandırmaktadır. 1999'da Kosova anlaşmazlığı sırasında Belgrat televizyon istasyonu kasten hedef alınmıştı. 2001'de Afganistan'da, hem Al Jazeera, hem de BBC silahlı saldırıya uğradı. Birinci örnekte televizyon istasyonunun kasten hedef alındığı ortaya çıktı. İkinci örnekte ise hata yapıldığı iddia edildi. Irak'ta 2003'te devlet televizyon istasyonu kasıtlı olduğu anlaşılır biçimde hedef alındı ve Al Jazeera bir kez daha vuruldu; bunun nedeni anlaşılamamıştır. 2006'da Lübnan'da İsrail, Hizbullah'la yakın bağlantılı olan Al-Manar televizyon istasyonunu kasten hedef aldı. 2011'de NATO şiddeti körüklediğini iddia ederek Libya Devlet Televizyonu'nu vurdu. Kasten hedef alınan medya tesisleriyle ilgili olarak gerçekleştirilen saldırının nedeni genellikle açıklanmamaktadır.

Konu Mahkeme'nin önüne gelirse, sağlanan korumadan özellikle vazgeçildiğini gösteren somut nedenler olmadığı takdirde, Mahkeme'nin hem medya çalışanlarının hem de medya altyapısının sivil niteliğini başlangıç noktası olarak benimseyeceği umut edilmektedir. Gazetecileri Koruma Komitesi'nin

49 Örn. BBC'nin 2. Dünya Savaşı sırasında kıta Avrupa'sındaki farklı direniş hareketlerine yönelik yayınladığı mesajlar.

50 *Judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg [Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Hükmü]*, 41 AJIL (1947), s.172, s.328; bkz. genel olarak Hampson, not 40.

açıkladığı sayılara göre, 1992 ile 2011 arasında 882 gazeteci öldürülmüştür.[51] Türkiye ve Rusya gazeteci ölümlerinin sık yaşandığı ülkeler listesinde yer almaktadır. Mahkeme, olağanüstü hal durumlarında devletin gazetecileri korumakta olumlu bir yükümlülüğe sahip olduğunu belirtmiştir. En azından gazetecilerin silahlı çatışmalarda öncelikli olarak saldırıdan korunmaları gerektiğini kabul etmelidir.

5. Sonuç

Mahkeme Sözleşme'de yer alan diğer bazı haklara göre ifade özgürlüğüne, özellikle siyasi ifadeye daha sıkı koruma sağlamıştır. Tekrar tekrar demokratik tartışma hakkının ve siyasi tartışmanın teşvik edilmesi için önde gelen bir araç olarak medyanın önemini vurgulamıştır. Bununla birlikte, yorum araçlarıyla her bir davanın somut olgularının önemi arasındaki etkileşim, Mahkeme'nin kararlarının önceden tahmin edilmesini zorlaştırmaktadır.

Mahkeme'nin henüz ele almadığı üç mesele vardır. Bunlardan birincisi, devletin yaşamı tehdit eden bir kışkırtmaya son vermemesinin, en azından bazı ölümler gerçekleşmeden, Mahkeme tarafından ele alınabilmesinin yoludur. Bununla ilgili olan ikinci mesele devletin gazetecilik işlevinin korunmasının bir bölümü olarak gazetecileri koruması olumlu yükümlülüğünün kapsamına ilişkindir. Üçüncü mesele ise Mahkeme'nin, aksi kanıtlanmadığı sürece, medyanın ve medya altyapılarının sivil niteliğini kabul edip etmediğidir. Bu konuların hepsi Mahkeme'nin normal durumlarda ve olağanüstü hal durumlarında ele aldığı endişelerin mantıksal uzantısıdır. Mahkeme'nin siyasi ifade özgürlüğünün kullanılması konusunda sergilediği sıkı tutumu bu meseleleri ele alırken de göstereceği umut edilmektedir.

51 http://www.guardian.co.uk/news/datablog/2010/jan/11/journalists-killed-list-data. Gazetecilerin tümü öldükleri ülkelerde o ülkenin devlet görevlileri eliyle öldürülmemişti.

Terörle mücadele tedbirlerinin caydırıcı etkisi: Avrupa ve ABD'deki elektronik takip yasalarının karşılaştırmalı bir analizi

Elisabet Fura ve Mark Klamberg[1] [2]

1. Giriş

Elektronik takip, güvenlik güçleri için önemli bir araçtır ve terörle mücadele çabalarına katkıda bulunabilir. Video kameralar, telefon dinleme ve böcekler gibi tedbirler suçun tespit edilmesi, önlenmesi ve soruşturulması için kullanılabilir.

Toplumumuzda yaşanan dört temel değişim, hem elektronik takip araçlarında, hem de ülke mevzuatında reform yapma ihtiyacını doğurdu:

1) Teknoloji. Bakır kablo, uydu ve mikrodalga röle bağlantısı yoluyla aktarılan mesaj sayısı azalırken fiber optik kablolar yoluyla aktarılan mesaj sayısı artıyor. Uydu ve mikrodalga röle bağlantıları bir anten yoluyla bile oldukça erişilebilir oldukları için iletişimlerin kolayca sızdırılmasına yol açarken, fiber optik kablo kullanılarak gerçekleştirilen bir iletişimin denetlenmesi daha güçtür. Bunun için, normal koşullarda, iletişim servis sağlayıcısının (İSS) bilgisi ve izniyle, iletişimin geçtiği belli noktalarda kabloya erişmek gereklidir.[3]

2) Tehdit algısı. Berlin Duvarı'nın yıkılışı ve Sovyet Bloğu'nun dağılışıyla birlikte algılanan tehditler değişti ve askeri tehditler yerine teröristler ve suç şebekeleri gibi devlet dışı aktörlerden *gelen tehditlere* odaklanılmaya başlandı. Bu durum, terörizm gibi tehditlere karşı daha proaktif, önleyici tedbirlere, başka bir deyişle önalıcı istihbarata geçişi beraberinde getirdi.[4]

---

1 İsveç Baş Parlamento Ombudsmanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski Yargıcı.

2 Hukuk Doktoru, Uluslararası Kamu Hukuku öğretim görevlisi, Stockholm Üniversitesi.

3 Johnson, Loch K. (2009) Introduction [Giriş]. Johnson, Loch K. (der.), *Handbook of Intelligence Studies [İstihbarat Çalışmaları Elkitabı]*, s. 1-14, Routledge, Londra ve New York, 2009, s. 6; Richelson, Jeffrey T. (2009) *Technical Collection in the Post-September 11 World [11 Eylül Sonrası Dünyada Teknik Toplama]*. Treverton, Gregory F. ve Agrell, Wilhelm (der.), *National Intelligence Systems [Ulusal İstihbarat Sistemleri]*, s. 147-175. Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 163.

4 Flyghed, Janne (2005). *Crime-Control in the Post-Wall Era: The Menace of Security [Berlin Duvarı Sonrası Dönemde Suç Kontrolü: Güvenlik Tehdidi]*. Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention, cilt 6, s. 165-182, s. 166-168, 178-179; Omand, David (2009) *The Limits of Avowal: Secret Intelligence in an Age of Public Scrutiny [Açıkça Beyan Etmenin Sınırları: Kamu Denetimi Çağında Gizli İstihbarat]*. Treverton, Gregory F. ve Agrell, Wilhelm (der.), National Intelligence Systems [Ulusal İstihbarat Sistemleri] (s. 235-264). Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 238 ve 241; Signalspaningskommitténs rapport "*Uppföljning av signalspaningslagen*", SOU 2011:13 , s. 41.

3) İnsan haklarının yorumlanma biçimi. İnsan Haklarının korunmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi, tüm münferit takip tedbirlerinin yasalarda öngörülmüş titiz koşullara ve usullere uygun olmasını gerektirir. ABD Anayasasının 4. Ek maddesindeki anayasal korumanın modern iletişim yolları için de geçerli olduğu yorumu getirilmiştir.

4) Telekomünikasyon sistemlerinin mülkiyeti. Devlet tekelinin geçerli olduğu geçmiş dönemlerde Devlet gizli emirlerle İSS'lerinden belli iletişimleri kendisine teslim etmesini isteyebiliyordu. Özel İSS'ler, kendilerini buna zorlayan bir yasal düzenleme olmadığı sürece bunu yapmak konusunda daha az istekli olabilirler.

Eskiden gizli tutulan takip, artık kamusal tartışmanın bir parçasıdır. Suç kontrolü gibi meşru amaçlar için geliştirilmiş araçların daha fazla ya da total sosyal kontrol için de kullanılmasından da korkulmaktadır. Amaçlar her türlü aracın kullanılması için haklı gerekçe oluşturur mu? Devlet total sosyal kontrolü amaçlamasa ve mevcut takip meşru olsa bile, kitlesel takibin mümkün olması bile otosansüre ve içe kapanmaya yol açabilir.[5] Bu makalede, karşılaştırmalı bir gizlilik perspektifinden bakılarak, büyük miktarlarda verinin ve/veya iletişimin tutulmasını ve/veya bunlara erişimi mümkün kılan elektronik takip sistemleri incelenmektedir. Buna trafik verilerinin saklanması ve sinyal istihbaratı da dahildir. Sinyal istihbaratı bazen kitlesel takip ya da stratejik izleme olarak da adlandırılmaktadır.

2. Gizlilik Söyleminin Sosyolojik ve Teknolojik Yönleri

2.1 Panoptikon'dan Panspektron'a

Takip konusundaki sosyolojik söylemde sık sık İngiliz filozof Jeremy Bentham'ın tasarladığı cezaevi modeline atıfta bulunulur. Tasarımda gardiyanın tüm (*pan*-) mahpusları gözetleyebilmesi (-*opticon*), fakat mahpusların belli bir zamanda takip altında olup olmadıklarını bilmemeleri amaçlanmıştı. Bu durum, gardiyanın her şeyi bildiği (sonsuz bir bilgiye sahip olduğu) duygusunu yaratacaktı. Bu cezaevi dairesel bir binadır ve her hücre dışarıya doğru bakar. Ayrıca, her hücrenin binanın merkezine bakan bir iç penceresi de vardır. Cezaevinin merkezinde bir nöbet kulesi bulunur. Burada bulunan gardiyan mahpuslar tarafından görülmeksizin onları gözetleyebilir. Bu şekilde gardiyan nöbet kulesinde olmadığı zamanlarda bile mahpuslar üzerinde bir kontrol uygulayabilecektir. Jeremy Bentham, Panoptikon'u "aklın akıl üzerinde güç elde etmesinin yeni bir biçimi ve bunu daha önce örneği

5 Solove, Daniel J. (2006). *A Taxonomy of Privacy [Bir Gizlilik Taksonomisi].* University of Pennsylvania Law Review, cilt 154, s. 477-560, s. 493.

olmayan ölçüde sağlamasının yolu" olarak betimlemiştir.[6] Filozof, yazar ve sosyolog Michel Foucault, *Surveiller et Punir*'de *[Cezaevinin Doğuşu]* (1975), Panoptikon'u modern toplumun vatandaşları üzerinde disiplin ve kontrolü nasıl sağladığı konusunda kuramsal bir metafor olarak kullanmıştır. Amerikalı sosyolog Gary Marx, Bentham ve Foucault'dan esinlenerek bu toplum düzenini *maksimum güvenlik toplumu* olarak adlandırır.[7] Böyle bir toplumda hiçbir kamusal-özel ayrımı yoktur ve teknoloji vatandaşların gündelik hayatlarını etkilemek ve programlamak için kullanılır.[8] Veri tabanları sadece suçları ve suçluları açığa çıkaracak bilgi parçaları arasında bağlantı kurmak için değil, önleme ve caydırma amacıyla da kullanılabilir. Tarama rutinleşebilir, genişletilebilir ve derinleştirilebilir.[9] Kontrol, birincil olarak fiziksel baskıya değil, «gözlemleme, takip ve teftiş»e dayanır.[10]

Devletin istihbarat çalışmalarının başlıca amaçlarından biri, tehditlerin önünü almak, onları önlemek ve onlarla mücadele etmektir. Bunlar arasında suç, terörizm ve hasım devletlerin siyasi ya da askeri amaçları gibi tehditler bulunabilir.[11] Aynı şekilde, veri madenciliği, davranışları önceden tahmin etmeyi amaçlar ve gelecekteki eylemlerimizi önceden bilmeye çalışır. Belli profillere ya da örüntülere uyan kişilerin benzer faaliyetlerde bulunmalarının olası olduğu düşünülür.[12] Gelecekteki insan davranışlarını mutlak bir kesinlikle önceden bilmenin olanaksız bir görev olduğu öne sürülebilir.[13] Gelecek en iyi olasılıkla bir belirsizlik payı içerisinde tahmin edilebilir. Bireylerin suç davranışlarını ya da başka devletlerin gizli niyetlerini tahmin etmeyi ve bu

6 Bentham, Jeremy, Panopticon (Preface) [Panoptikon (Önsöz)]. Miran Bozovic (der.), The Panopticon Writings [Panoptikon Yazıları], Londra: Verso, 1995, s. 29-95.

7 Marx, Gary T., *La société de sécurité maximale [Maksimum Güvenlik Toplumu],* Déviance et société [Sapma ve Toplum], cilt 12, 2, 1998, s. 147-166.

8 *A.g.k.*, s. 150; ayrıca bkz. De Hert, Paul, *Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of the Court's case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11 [Avrupa insan hakları çerçevesinde güvenlik ile özgürlük arasında denge kurmak. 11 Eylül sonrası takip ve ceza yasalarının icrası stratejileri bağlamında Mahkeme'nin içtihatları için eleştirel bir okuma],* Utrecht Law Review, cilt 1, 1, 2005, s. 69.

9 Marx, Gary T. & Reichman, Nancy, *Routinizing the Discovery of Secrets: Computers as Informants [Sırların Keşfedilmesini Rutin Haline Getirmek: Muhbir Olarak Bilgisayarlar],* American Behavioral Scientist, cilt 27, 4, 1984, s. 423-452, s. 425, 427 ve 433.

10 A.g.k., s. 444.

11 National Research Council, *Protecting Individual Privacy in the Struggle Against Terrorists: A Framework for Program Assessment [Teröristlerle Mücadelede Bireysel Gizliliğin Korunması: Bir Program Değerlendirme Çerçevesi],* National Academies Press, Washington, DC, 2008, s. 3; Öneri 2006/07:63 "En anpassad försvarsunderrättelseverksamhet", s. 17.

12 Solove, Daniel J., *I've Got Nothing to Hide and Other Misunderstandings of Privacy [Saklayacak Hiçbir Şeyim Yok ve Gizlilik Konusundaki Diğer Yanlış Anlamalar],* San Diego Law Review, cilt 44, 4, 2007, s. 745-772, s. 766.

13 National Research Council, 2008, s. 2.

bilgilere dayanarak hareket etmeyi geleneksel hukukun üstünlüğü ilkeleriyle uzlaştırmak güçtür. Yine de, devletler istihbarat kuruluşlarını tehditlerin önünü almak, onları önlemek ve onlarla mücadele etmekle görevlendirir. Bazı devletler bunu yasal yollarla düzenlemeye çalışır ve bu makalede bu tür girişimler ele alınacak.

George Orwell'ın 1949'da yayımlanan distopyası *1984*'te, 1984 yılında totaliter bir rejimin propagandayı nasıl kullandığı ve vatandaşları üzerinde nasıl gaddarca bir kontrol uyguladığı anlatılır. Bu kontrolün başlıca aracı bir teleekran, yani televizyon ve güvenlik kamerası özelliklerini bir araya getiren bir cihaz yoluyla optik takiptir.

Panoptikon ve teleekran metaforlarının, takibin sadece görünür spektrumdaki ışığı algılayan optik sensörler yoluyla yapıldığını varsaymaları açısından, günümüzdeki takibi açıklamakta yetersiz kaldığı öne sürülmektedir. Manuel DeLanda, istihbarat kuruluşlarının nasıl yeni takip sistemi türleri inşa ettiklerini açıklar ve bunlara Panspektrik sistemler adını verir. Panoptikon'dan farklı olarak Panspektron sadece görünür ışığı değil, radyo, radar ve mikrodalga ışınlarını da kaydeder. DeLanda bunu şöyle açıklar:[14]

> Panoptikon ile NSA'de inşa edilmekte olan Panspektron sistemleri arasında pek çok farklılık vardır. Bu sistemlerde merkezi bir sensörün etrafına insan bedenleri yerleştirmek yerine tüm bedenlerin çevresine çok çeşitli sensörler konuşlandırılır; sistemin anten çiftlikleri, casus uyduları ve kablo trafiği denetlemeleri, toplanabilecek her tür bilgiyi toplayıp bilgisayarlara gönderir. Bu bilgiler daha sonra bir dizi «filtre» ya da anahtar sözcük izleme listesi yoluyla işlenir. Panspektron belli bedenleri ve bunlarla ilgili belli (görsel) verileri seçmekle yetinmez ve aynı zamanda bilgisayarlarını takip görevleriyle ilgili veri segmentlerini seçmek için kullanarak herkes hakkında bilgi toplar.

Bu durum, modern liberal demokrasilerin total sosyal kontrol altındaki toplumlar haline gelmelerinin kaçınılmaz olduğu anlamına gelmiyor. İlk olarak, takibin amacı ve bilgilerin nasıl kullanıldığı değerlendirilmelidir. İkinci olarak, sanayi öncesi çağlarda sosyal kontrolün bugün olduğundan daha güçlü olduğu öne sürülebilir. Bizim hayatlarımızın tüm parçaları çeşitli veri tabanlarına kayıtlı olabilir, ama atalarımız da sürekli olarak ailelerinin ve komşularının takibi altındaydı. Normların dışına çıkan davranışlar çoğu zaman hemen bastırılıyordu. Seyahat olanaklarının artması ve kentleşmenin sonucu olarak modern toplum daha fazla anonimlik ve bireysellik olanağı sunuyor.

14 DeLanda, Manuel *War in the Age of Intelligent Machines [Akıllı Makineler Çağında Savaş]*, Swerwe Editions, New York, 1991, s. 205-206.

Elektronik takip, insan ilişkilerindeki geleneksel sosyal kontrol yollarının kaybına karşı geliştirilmiş bir araç olarak görülebilir. Günümüzde elektronik takip ve sosyal kontrol için herhangi bir teknik sınır kalmadığına göre şimdi asıl sorulması gereken soru, Devletin bu konudaki yetkilerinin yasal sınırının nerede olacağıdır.[15]

2.2 İçerik ve Trafik Verileri

Elektronik iletişimin takibi denince çoğu zaman polisin telefon konuşmalarını dinlemesi anlaşılır. Fakat bu tür bir takip ancak belli sınırlar içinde yapılabilir. Modern telefon ve internet iletişimlerinde şifreleme giderek daha sık kullanılmakta ve mesajların hacmi giderek artmaktadır. Güvenlik güçlerinin ve istihbarat kuruluşlarının tüm mesajları depolaması ve bunların içeriklerini analiz etmesi mümkün değildir. Bu gelişme, günümüzde güvenlik güçlerinin ve istihbarat kuruluşlarının neden geleneksel telefon dinlemeye daha az ve trafik verilerinin saklanmasına ve iletişim örüntülerinin trafik analizine daha çok ağırlık verdiklerini anlamakta temel önemdedir.

Trafik verileri, mesajın içeriğinden farklı olarak, iletişim ağı tarafından mesajı kullanıcıya iletmek ya da ondan almak için kullanılan bilgilerdir. Bir telefon ağı söz konusu olduğunda trafik verileri, aranan numarayı ("kime"), çağrının yapıldığı numarayı ("kimden"), çağrının ne zaman yapıldığını ve ne kadar sürdüğünü içerir. İnternet bağlamında trafik verileri, benzer şekilde, e-postaların hangi adresten hangi adrese ve anlık mesajların hangi hesaptan hangi hesaba gittiğini ve iletim sürecinde bilgisayarların ürettikleri diğer yönetim bilgilerini gösterir.[16] Bu metinde, «içerik verileri» ve «trafik verileri» terimleri kullanılacaktır.[17] Neyin içerik ve neyin trafik verisi olduğunu tespit etmek çoğu zaman kolaydır. Bununla birlikte, bazı durumlarda, örneğin web sitelerinin Tekdüzen Kaynak Tanımlayıcıları (URL) söz konusu olduğunda bunu yapmak güçleşir. Solove, belli bir bilginin internetteki konumuna işaret ettiği için bir URL'nin insanların görüntülemekte oldukları bir web sitesinin

15 Flaherty, David H., *Controlling Surveillance: Can Privacy Protection be Made Effective? [Takibin Kontrol Edilmesi: Gizlilik Koruması Etkin Hale Getirilebilir mi?]*, Agre, Philip E. ve Rotenberg, Marc (der.), Technology and Privacy: The New Landscape [Teknoloji ve Gizlilik: Yeni Görünüm], 167-191, The MIT Press, Cambridge, 1998, s. 187.

16 Kerr, Orin S., *Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach [Dördüncü Ek Maddeyi İnternete Uygulamak: Genel Bir Yaklaşım]*, Stanford Law Review, cilt 62, 4, 2010, s. 1005-1050, cilt 62, 4, s. 1019-1020.

17 Başka benzer terimler de kullanılmaktadır. Orin Kerr, "içerik" ve "zarf" bilgiler arasında ayrım yapar, *a.g.k.*, s. 21. Ayrıca, bazı kaynaklarda «metaveriler» (veriler hakkındaki veriler) terimi de kullanılmaktadır. Bu terim de, bu bağlamda, içerik dışındaki veriler ya da «zarf bilgiler» anlamına gelir. Öneri 2006/07:63 «En anpassad försvarsunderrättelseverksamhet», s. 72.

içeriğini gösterebileceği gözleminde bulunmuştur.[18]

Mesajın içeriğinin şifrelenmesi, trafik verilerinin trafik analizine karşı koruma sağlamayacaktır.[19] Bu şekilde, güvenlik birimleri suç örgütlerinin iletişim örüntülerini ve ağlarını tespit edebilir. İstihbarat kuruluşları, herhangi bir mesajlarını okumadan ya da dinlemeden bile, yabancı devletlerle iletişim içindeki ajanları tespit edebilir. Trafik analizi, askeri istihbarat tarafından da, emir-komuta zincirlerini, daha yüksek kurmay görevlerini, tümenleri, tugayları ve diğer birlikleri tespit etmek için kullanılır.[20] Trafik verileri kullanılarak bir kişinin internette hangi içerikleri görüntülediği, grup üyelikleri ve ağlar tespit edilebildiği için, bu tür verilerin bazı bağlamlarda içerik verileri kadar hassas olabileceği öne sürülmektedir. Burada önem taşıyan soru, yasalarda bireylere trafik verileri için de içerik verileri için olduğu kadar büyük bir korumanın sağlanmasının gerekip gerekmediğidir.

AB Veri Saklama Direktifi, İSS'lerin trafik verilerini toplamalarını ve saklamalarını şart koşar.[21] Bu verilere güvenlik birimlerinin de erişebilecekleri açıktır.[22] Sinyal istihbaratının da önemli boyutlarda bir trafik verileri toplama ve saklama faaliyeti içerdiği daha az bilinir. Aradaki fark, sinyal istihbaratı söz konusu olduğunda verileri büyük veri tabanları halinde saklayanın Devlet olmasıdır.[23] Bu durum, gizlilikle ilgili kaygılar yaratır.

---

18 Solove, Daniel J. (2003-2004). *Reconstructing Electronic Surveillance Law [Elektronik Takip Yasasının Yeniden Düzenlenmesi].* Geo. Wash. L. Rev., cilt 72, s. 1264-1305, s. 1287; ayrıca bkz. Kerr, 2009, s. 23.

19 SOU 2007:76 *Lagring av trafikuppgifter för brottsbekämpning, Betänkande av Trafikuppgiftsutredningen*, Stokholm 2007, s. 132; Wirtz, James J (2009) The American Approach to intelligence studies [İstihbarat Çalışmalarına Amerikan Yaklaşımı]. Johnson, Loch K. (der.), Handbook of Intelligence Studies [İstihbarat Çalışmaları Elkitabı] (s. 28-38). Routledge, Londra ve New York, 2009, s. 36.

20 Agrell, Wilhelm (1998) *Konsten att gissa rätt – Underättelsevetenskapens grunder*, Studentlitteratur, Lund, s. 97, 120 ve 121; Wirtz, 2009, s. 36.

21 Direktif 2002/58/EC'ye değişiklik getiren 15 Mart 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyi Direktifi 2006/24/EC, madde 5-6. Bu direktif halkın erişimine açık elektronik iletişim hizmetleriyle ya da iletişim ağlarıyla bağlantılı olarak üretilen ya da işlenen verilerin saklanmasını konu alır.

22 Ülke yetkili makamlarının verilere erişimi ülke mevzuatlarıyla düzenlenecektir. A.g.k., madde 4.

23 Bu durum ilk olarak medya tarafından ortaya çıkarıldı: Struwe, Filip Sveriges Television (Publ.) *FRA lagrar svenska telesamtal och mejl, 16 Haziran 2008* "http://svt.se/2.22620/1.1175152/utskriftsvanligt_format" (30 Eylül 2011), daha sonra Devlet soruşturmalarında teyit edildi: Signalspaningskommittén, SOU 2011:13, s. 16, 32, 63-64, 66-68. Yasanın metninde olmasa da ön çalışmalarında bu konuda bazı göstergeler mevcuttur: Öneri 2006/07:46 «Personuppgiftsbehandling hos Försvarsmakten och Försvarets radioanstalt», s. 29 trafik analizi (trafik-bearbetning) üzerine; Öneri 2006/07:63, s. 72 «metaveriler» üzerine. Şu kaynakta bu durum yorumlanır: Klamberg, Mark, *FRA and the European Convention on Human Rights – A Paradigm Shift in Swedish Electronic Surveillance*

3. Avrupa'da ve ABD'de Gizliliğin Korunması

Bir sonraki altbölümde AİHS'in 8. maddesi ve ABD Anayasasının 4. Ek maddesi çerçevesindeki korumaların kısa bir karşılaştırması yapılacak ve özellikle içerik/içerik dışı bilgi ayrımına odaklanılacak.

3.1 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS'in 8. maddesi, bireyin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkını korur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), elektronik takiple ilgili çeşitli şikâyetleri ele aldı. Bunlar arasında sinyal istihbaratı ya da uluslararası iletişime yönelik "stratejik izleme" ile ilgili olan *Weber ve Saravia/Almanya*, *Liberty ve diğerleri/Birleşik Krallık* ve *Kennedy/Birleşik Krallık* davaları özellikle önemlidir.[24] Stratejik izleme, AİHM'in incelemesinden önce Almanya Federal Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmişti. Federal Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin belli hükümlerinin Temel Yasada (anayasada) belirtilen ilkelerle uyumlu olmadığı ya da ancak kısmen uyumlu olduğu hükmüne vardı.[25] Yasada değişiklikler yapıldı ve AİHM değerlendirmesini yasanın Federal Anayasa Mahkemesi'nin yorumladığı ve değiştirdiği biçimi üzerinde yaptı.[26]

Bu korumanın kapsamı nedir? AİHM içtihatlarında telefon, faks ve e-posta yoluyla iletişimin «özel hayat» ve «haberleşme» kavramlarının kapsamına girdiği belirlenmiştir.[27] Ayrıca, meslek ya da iş niteliğindeki faaliyetler de «özel hayat» kavramına dahil edilir.[28]

Law [FRA ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İsveç Elektronik Takip Yasasında bir Paradigma Değişikliği], Schartum, Dag Wiese (der.), Overvåking i en rettstat, 96-134, Fagforlaget, Bergen, 2010. Ayrıca bkz. USA Today, *NSA has massive database of Americans' phone calls [NSA'in elinde Amerikalıların telefon görüşmelerinden oluşan muazzam bir veri tabanı mevcut]*, 11 Mayıs 2006 ve Newsweek, *Now We Know What the Battle Was About [Savaşın Neyle İlgili Olduğunu Artık Biliyoruz]*, 13 Aralık 2008.

24 Kabul edilebilirlik hakkında karar no. 54934/00, *Gabriele Weber ve Cesar Richard Saravia/Almanya,* AİHM, 29 Haziran 2006; *Liberty ve diğerleri/Birleşik Krallık*, (başvuru no. 58243/00), Karar, 1 Temmuz 2008; *Kennedy/Birleşik Krallık*, (başvuru no. 26839/05), AİHM, Karar, 18 Mayıs 2010.

25 BVerfG, 1 BvR 2226/94, 07/14/1999, paragraf no. (1 – 308).

26 *Weber ve Saravia/Almanya, AİHM,* 29 Haziran 2006, paragraf 12 ve 63.

27 *Klass ve diğerleri/Almanya, AİHM, (başvuru no. 5029/71), Karar,* 6 Eylül 1978, paragraf 41; *Malone/Birleşik Krallık*, (başvuru no. 8691/79), Karar, 2 Ağustos 1984, paragraf 64; *Kruslin/Fransa*, (başvuru no. 11801/85), Karar, 24 Nisan 1990, paragraf 26; *Kopp/İsviçre*, (13/1997/797/1000), Karar, 25 Mart 1998, paragraf 50; *Amann/İsviçre*, (başvuru no. 27798/95), AİHM, Karar, 16 Şubat 2000, paragraf 44; *Weber ve Saravia/Almanya, AİHM, 29 Haziran 2006,* paragraf 77; *Liberty ve diğerleri*, paragraf 56.

28 *Niemietz/Almanya*, (başvuru no. 13710/88), Karar, 16 Aralık 1992, paragraf 28-33; *Kopp*, Karar, 25 Mart 1998, paragraf 50; *Amann/İsviçre*, AİHM, 16 Şubat 2000, paragraf 65; *Rotaru/*

3.1.1 Müdahaleyi Tanımlamak

Hangi eylemler Madde 8(1)'de düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkına müdahale olarak kabul edilebilir? *Klass ve diğerleri/Almanya* davası devletin yetkili makamlarının postaları açıp incelemek, telgraf mesajlarını okumak ve telefon konuşmalarını izleyip kaydetmek yoluyla yürüttüğü gizli takiple ilgiliydi. Mahkeme, başvuruculaların «mağduriyet»leri açısından söz konusu takip tedbirlerinin başvurucularla ilgili olarak emredilmiş ya da uygulanmış olup olmamasının önemli olmadığı değerlendirmesini yaptı. Posta ve telekomünikasyon hizmetleri yoluyla özgür iletişimi kısıtlama konusundaki bir takip tehdidi, başlı başına, tüm kullanıcılar ya da potansiyel kullanıcılar açısından 8. maddeyle güvence altına alınan hakka doğrudan müdahale anlamına geliyordu. Mahkeme, başvuruculaların her birinin, başvurusuna destek olarak somut bir takip tedbirine maruz kaldığını ortaya koyamasa bile, bir Sözleşme ihlalinin mağduru olma iddiasında bulunabileceklerine hükmetti.[29]

AİHM, içerik ve trafik verileri arasında ayrım yapar, ancak her iki bilgi kategorisi de 8. maddenin koruması altındadır.[30] Bununla birlikte, ölçme ve çevrilen telefon numaralarının kaydedilmesi (trafik verileri), telefon şirketi tarafından faturalama amacıyla yapılıyorsa başlı başına 8. maddeyi ihlal etmez.[31] Verilerin saklanması ve sinyal istihbaratı için büyük miktarlarda trafik verisinin saklanması gereklidir. Bu tür veriler kişisel veri kavramına dahil edilir.[32] *S. ve Marper/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme şu açıklamayı yaptı:

Romanya, (başvuru no. 28341/95), Karar, 4 Mayıs 2000, paragraf 43.

29 *Klass ve diğerleri/Almanya*, paragraf 37-38, 41. Ayrıca bkz. *Weber ve Saravia/Almanya*, paragraf 78; *Liberty ve diğerleri*, paragraf 56; *Kennedy/Birleşik Krallık*, AİHM, 18 Mayıs 2010, paragraf 120-129.

30 *Malone/Birleşik Krallık* davası, paragraf 84: «Ölçme, doğası itibariyle (...), haklı gerekçeleri olmadığı takdirde bir demokratik toplumda istenmeyen ve meşru olmayan bir eylem olan iletişimlerin denetlenmesinden ayrılmalıdır. Bununla birlikte, Mahkeme, ölçmeden elde edilen verilerin kullanılmasının, koşullar ve amaçlar ne olursa olsun, 8. madde kapsamında bir sorun yaratamayacağı görüşünü kabul etmemektedir. Ölçmenin kayıtları, telefonla gerçekleştirilen iletişimlerin ayrılmaz bir parçası olan aranan numaralar başta olmak üzere belli bilgiler içerir. Bunun sonucunda, bu bilgilerin abonenin rızası olmadan polise açıklanması da, Mahkeme'nin görüşüne göre, 8. maddede güvence altına alınan bir hakka müdahale anlamına gelir». Ayrıca bkz. *P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, (başvuru no. 44787/98), Karar, 25 Eylül 2001*, bilgilerin depolanması ve imha edilmesine ilişkin paragraf 44-48. Şu kararda belirtilen asgari gereklilikler bu kararın yerine geçmiştir: *Weber ve Saravia/Almanya*, AİHM, 29 Haziran 2006, paragraf 95; *Liberty ve diğerleri*, paragraf 62; ayrıca bkz. Lagerwall, Anders (Sonbahar 2008). Privacy and Secret Surveillance from a European Convention Perspective [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Perspektifinden Gizlilik ve Gizli Takip]. *Stockholm University*, s. 27, paragraf 157.

31 *P.G. ve J.H./Birleşik Krallık*, 25 Eylül 2001, paragraf 42.

32 Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımıyla İlgili Olarak Bireylerin Korunmasına İlişkin 95/46/EC Sayılı

«Kişisel verilerin sadece resmi makamlar tarafından saklanması ve depolanması bile, bu veriler her ne şekilde elde edilmiş olursa olsun ve bu verilerin daha sonra ne şekilde kullanıldığından bağımsız olarak, ilgili bireyin özel hayat çıkarına doğrudan etkide bulunan bir eylem olarak kabul edilmelidir.»[33]

3.1.2 Meşru Müdahale

8. madde kapsamındaki bir müdahale ne zaman meşru olur? Müdahaleye, ancak, tedbir 1) «yasalara uygunsa»; 2) belli çıkarları amaçlıyorsa; ve 3) «demokratik bir toplumda gerekliyse» izin verilebilir.[34]

İlk olarak, müdahale «yasalara uygun olmalıdır», yani ülke hukukunda tedbirin belli bir dayanağı olmalıdır. Burada söz konusu yasal düzenlemenin niteliğine da atıfta bulunulur ve bu düzenlemenin 1) söz konusu kişi için ulaşılabilir olması, 2) bu kişinin kendisi açısından sonuçları öngörebilmesine olanak tanıması, ve 3) hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması şart koşulur.[35]

Yasanın yayımlanması, erişilebilir olması gerekliliğini sağlamanın bir yoludur.[36] *Liberty ve diğerleri* davasında Mahkeme, 1985 tarihli Birleşik Krallık yasasında, denetlenecek materyallerin seçilmesinde, incelenmesinde, paylaşılmasında, depolanmasında ve imha edilmesinde hangi usullerin izleneceğinin halkın erişebileceği bir şekilde belirtilmediği hükmüne vardı. Bu nedenle yasa, «yasalara uygunluk» gerekliliğini karşılamıyordu.[37]

Madde 8(2) kapsamındaki ikinci gereklilikte, müdahalenin meşru olabilmesi için listelenen şu çıkarları amaçlaması gerektiği öngörülür: ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin

Direktif], madde 2(a); "Integritet, Offentlighet, Informationsteknik" SOU 1997:39, s. 113 ve 341.

33 *S. ve Marper/Birleşik Krallık,* başvuru no. 30562/04 ve 30566/04, Karar, 4 Aralık 2008, paragraf 121.

34 European convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms adopted 4 November 1950 as amended by Protocol No. 11 [11 no'lu Protokolün 8(2) no'lu maddesiyle değiştirilmiş şekliyle, 4 Kasım 1950'de kabul edilmiş olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi].

35 *Sunday Times/Birleşik Krallık*, (başvuru no. 6538/74), Karar, 26 Nisan 1979, paragraf 49; *Malone/Birleşik Krallık*, paragraf 66; *Kruslin*, paragraf 27; *Kopp, Karar, 25 Mart 1998*, paragraf 55; *Amann/İsviçre, AİHM, 16 Şubat 2000,* paragraf 50; *Leander/İsveç,* (başvuru no. 9248/81), *Karar, 26 Mart 1987*, paragraf 50; *Rotaru*, paragraf 52; *Foxley/Birleşik Krallık, (başvuru no. 33274/96), Karar, 20 Haziran 2000*, paragraf 34; *Segerstedt-Wiberg ve diğerleri/İsveç,* (başvuru no. 62332/00), AİHM, Karar, 6 Haziran 2006, paragraf 76; *Weber ve Saravia/Almanya,* AİHM, 29 Haziran 2006, paragraf 84; *Liberty ve diğerleri,* paragraf 59; *Kennedy/Birleşik Krallık*, AİHM, 18 Mayıs 2010, paragraf 151.

36 *Rotaru*, paragraf 54; *Leander/İsveç, AİHM, 26 Mart 1987,* paragraf 52-53.

37 *A.g.k.,* paragraf 27, 48-51, 66 ve 69.

korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.[38] Mahkeme, devletlerin belirttikleri amaca nadiren itiraz eder.[39] İhtilaflar daha çok tedbirin yasal bir dayanağa sahip olup olmaması ve/veya «demokratik bir toplumda gerekli» olup olmasıyla ilgilidir.

Son olarak, bir müdahalenin meşru bir amaç için «demokratik bir toplumda gerekli» olarak kabul edilmesi için, bir «acil toplumsal gereksinim»e yanıt vermesi, özellikle de, hedeflenen meşru amaçla orantılı olması ve ulusal yetkili makamların gerekçe olarak sundukları nedenlerin «konuyla yerinde ve yeterli» olması gereklidir.[40] Tüm bu açılardan ilk değerlendirmeleri yapmak ulusal yetkili makamların görevi olsa da, müdahalenin gerekli olup olmadığı konusundaki nihai değerlendirme, Mahkeme'nin Sözleşme'nin gerekliliklerine uygunluk incelemesine tabidir.[41] Bu değerlendirmede yetkili ulusal makamlara da bir takdir payı bırakılmaktadır. Bu payın genişliği değişir ve söz konusu Sözleşme hakkının niteliği, kişi açısından önemi, müdahalenin niteliği ve müdahaleyle hedeflenen amaç gibi bir dizi etkene bağlıdır. Söz konusu hakkın kişinin özel ya da temel haklarını etkin bir şekilde kullanması açısından çok önemli olduğu durumlarda pay daha dar olma eğilimindedir.[42] Ulusal Güvenlik, Devletlere geniş bir payın tanındığı alanlardan biridir.[43] Bununla birlikte, Mahkeme, terörizmle ve casuslukla mücadele etme ve ulusal güvenliği koruma amacıyla bir gizli takip sisteminin kurulmasının demokrasiyi savunma görünümü altında ona zarar verme, hatta onu yıkma riskini

38 AİHS, madde 8(2).

39 *Klass ve diğerleri/Almanya*, paragraf 46; *Leander/İsveç, AİHM, 26 Mart 1987*, paragraf 49; *Weber ve Saravia/Almanya,* AİHM, 29 Haziran 2006, paragraf 103-104; ayrıca bkz. Lagerwall, 2008, s. 17.

40 *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık,* başvuru no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Karar, 25 Mart 1983, paragraf 97; Mahkeme'nin orantılı olmayan bir tedbir tespit etmesine bir örnek olarak: *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, paragraf 125-126. Mahkeme, suç işlediğinden şüphelenilen fakat hüküm giymemiş kişilerin parmak izlerini, hücre örneklerini ve DNA profillerini saklama yetkilerinin toptan ve ayrım gözetmeyen niteliğinin, söz konusu başvurucuların durumunda geçerli olduğu şekliyle, birbiriyle rekabet halinde olan kamusal ve özel çıkarlar arasında adil bir denge kuramadığı hükmüne vardı. Sonuç olarak, Birleşik Krallık kabul edilebilir takdir payının dışına çıkmıştı ve bunun sonucunda tedbir 8. maddeyi ihlal ediyordu; Ovey, Clare ve White, Robin C.A. (2006) *The European Convention on Human Rights [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi]*, Oxford University Press, Oxford, s. 232.

41 *Coster/Birleşik Krallık,* başvuru no. 24876/94, Karar, 18 Ocak 2001, paragraf 104; *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, paragraf 101.

42 *Klass ve diğerleri/Almanya*, paragraf 49; *Leander/İsveç, AİHM, 26 Mart 1987*, paragraf 59 ve 67; *Weber ve Saravia/Almanya, AİHM, 29 Haziran 2006,* paragraf 106; *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, paragraf 102; Clare ve White 2006, s. 233.

43 *Klass ve diğerleri/Almanya*, paragraf 48; *Leander/İsveç, AİHM, 26 Mart 1987*, paragraf 59; *Segerstedt-Wiberg ve diğerleri/İsveç*, (başvuru no. 62332/00), AİHM, Karar, 6 Haziran 2006, paragraf 88 Clare ve White 2006, s. 237.

beraberinde getirdiğini belirtmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelerin mevcut olduğu konusunda tatmin olması gereklidir.[44]

3.1.3 Yazılı Hukuk – İsveç Örneği

Suçların soruşturulması bağlamında gizli telefon dinleme (içerik verileri) ve gizli tele-takip (trafik verileri) konusundaki kuralların büyük bölümü, muhakeme usulleri yasası Rättegångsbalken'in 27. bölümünde yer almaktadır. Bu bölüme göre, gizli telefon dinleme ve gizli tele-takip sadece bir kişinin ceza gerektiren bir suç işlediğinden makul bir şekilde şüphelenildiğinde ve alınacak tedbir soruşturma açısından istisnai bir öneme sahip olduğunda yürütülebilir.[45] Gizli telefon dinleme ve gizli tele-takiple ilgili 7 konu savcının talebi üzerine mahkeme tarafından belirlenir; yani, bu tür bir takibin gerçekleştirilmesinden önce bir mahkeme müzekkeresi gereklidir.[46] İsveç sınırlarını aşan iletişimleri hedefleyen istihbarat için ayrı bir kurallar bütünü vardır. Bu tür bilgiler, signalspaningslagen (Sinyal İstihbaratı Yasası) uyarınca Försvarets Radioanstalt – FRA (İsveç Ulusal Savunma Radyo Kurumu) tarafından toplanabilir.[47] Bu tür bir takip, belli amaçlarla sınırlıdır ve, başka öğelerin yanı sıra, uluslararası terörizmi ve uluslararası organize suçu izlemek için kullanılabilir.[48] Rättegångsbalken'den farklı olarak, sinyal istihbaratı ceza gerektiren bir suç işlediğinden şüphelenilen kişilerle sınırlandırılmaz. Takip, trafik verilerinin yanı sıra içerik verilerinin toplanmasını da içerebilir. Trafik verilerinin toplanması ve saklanması için, uluslararası terörizm, uluslararası organize suç ya da başka tehditler gibi amaçlarla herhangi bir bağlantının varlığı gerekmez.[49] AİHM, FRA'nın sinyal istihbaratına ilişkin bir şikâyet almıştır. Bu şikâyet başka konuların yanı sıra FRA'nın trafik verilerini kitlesel olarak saklaması sorununu da ortaya çıkardı.[50]

3.2 ABD Anayasasının 4. Ek Maddesi Kapsamındaki Koruma

4. Ek madde şöyledir:

---

44 *Klass ve diğerleri/Almanya*, paragraf 49-50; *Leander/İsveç, AİHM, 26 Mart 1987,* paragraf 60; *Weber ve Saravia/Almanya,* AİHM, 29 Haziran 2006, paragraf 106 ve 116-118.

45 Rättegångsbalken [Muhakeme usulleri yasası], bölüm 27, altbölüm 20.

46 A.g.k., bölüm 27, altbölüm 21.

47 Lag (2008:717) om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet.

48 A.g.k., altbölüm 1(2).

49 A.g.k., altbölüm 1(3); Datainspektionens redovisning av regeringsuppdraget Fö2009/355/SUND, 26 Aralık 2010, s. 4 ve 23; Klamberg, 2010, s. 117-128.

50 *Centrum för Rättvisa/İsveç*, (Başvuru 35252/08), AİHM, başvuru 14 Temmuz 2008'de yapıldı, s. 14, paragraf 36.

> Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının makul olmayan bir şekilde aranmasına ve bunlara el konulmasına karşı güvende olma hakları ihlal edilemeyecektir; ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek, ve aranacak yeri, tutuklanacak kişiyi ya da el konacak eşyaları açık bir şekilde belirtecektir.

AİHS'in 8. maddesiyle karşılaştırıldığında, 4. Ek madde arama ve el koymaları düzenlemekte ve özel hayatın gizliliğine değinmemektedir. Bununla birlikte, her iki çerçeve de elektronik takibe uygulanabileceği için bunları karşılaştırmak mümkündür. 4. Ek madde ne bir aramanın ya da el koymanın yol açtığı müdahalenin yasalara uygun olması gerektiği yönünde herhangi bir açık gereklilik, ne de müdahalenin hangi amaçlarla meşru olabileceğini açıklayan herhangi bir liste içermektedir. Bu durum, bu konuların ilgisiz olduğu anlamına gelmez.

3.2.1 Aramanın Tanımlanması ve Makul Gizlilik Beklentisi

Bir takip tedbirinin 4. Ek maddeye göre düzenlenip düzenlenmediğini ve bu maddenin arama müzekkereleriyle ilgili gerekliliği karşılayıp karşılamadığını belirlemek için "arama" kavramını tanımlamak önemlidir.

Katz/ABD davasında Yüksek Mahkeme, 4. Ek maddenin bir kişinin "makul gizlilik beklentisi"ni içerdiği ve telefon konuşmalarının da bu kapsama girdiği hükmüne vardı.[51] Makul gizlilik beklentisi testi 4. Ek maddenin kapsamına giren tedbirleri bu maddeyle düzenlenmeyen tedbirlerden ayırmanın bir yoludur. Kerr, devletin davranışının bir makul gizlilik beklentisini ihlal etmesi durumunda bu davranışın bir "arama" olduğu ve ancak bir arama müzekkeresiyle ya da rıza ya da zorlayıcı koşullar gibi müzekkere gerekliliğinin belirli bir istisnasıyla gerekçelendiriliyorsa yasal olacağı açıklamasını yapar. Diğer taraftan, devletin eylemi makul gizlilik beklentisiyle ilgili değilse, 4. Ek madde bu eylemi düzenlemiyordur ve soruşturma yürütenler bir 4. Ek madde sınırlaması olmaksızın herhangi bir zamanda bu adımı atabilirler.[52] Bununla birlikte, neyin bir gizlilik beklentisini anayasal olarak «makul» hale getirdiğini bilmek çoğu zaman güçtür ve 4. Ek madde koruması için bir kılavuz olarak kullanılabilecek farklı modeller mevcuttur.[53] Başka bir deyişle, hiçbir makul gizlilik beklentisi mevcut değilse, bir arama ve 4. Ek madde kapsamında bir koruma da mevcut değildir.

51 *Katz/ABD*, 389 U.S. 347 (1967).

52 Kerr, Orin S., *Four Models of Fourth Amendment Protection [Dördüncü Ek Madde Koruması İçin Dört Model]*, Stanford Law Review, cilt 60, 2, 2007, s. 503-551, s. 507-508.

53 A.g.k., s. 504 ve 532.

ABD/ABD Bölge Mahkemesi davasında Yüksek Mahkeme, 4. Ek madde uyarınca hükümetin ülke içindeki ceza soruşturmalarında elektronik takip faaliyetlerinde bulunmak için bir müzekkerenin gerekli olduğunu, fakat ülke içi güvenlik amaçlı takip faaliyetlerinin adi suçlara yönelik takip faaliyetlerinden farklı politikalara ve pratik değerlendirmelere tâbi olabileceğini bildirdi. Yüksek Mahkeme, ayrıca, müzekkeresiz takibin ülke içi güvenlik konularında yasak olmakla birlikte, yabancı güçlerin söz konusu olduğu durumlarda anayasal olabileceğini de belirtti.[54] Şimdi genel olarak kayıtlara ve özel olarak trafik verilerine erişim konusunda özellikle önem taşıyan davalara da göz atalım. *ABD/Miller* davasında federal güvenlik yetkilileri, iki bankaya bir müşterilerinin mali kayıtlarını ibraz etme emrini vermişti.[55] Yüksek Mahkeme, müşterinin bankası tarafından tutulan mali kayıtlarla ilgili olarak makul bir gizlilik beklentisinin olamayacağı sonucuna ulaştı. Mahkemeye göre, «4. Ek madde, bir üçüncü şahsa açıklanan ve onun tarafından Devletin yetkili makamlarına iletilen bilgilerin elde edilmesini yasaklamaz."[56] Başka bir deyişle, kişi bir banka ya da İSS gibi bir üçüncü şahsa bilgilerini ifşa ederek, bir veri tabanında ya da bir bilgi ağında saklanan veriler de dahil olmak üzere, bu bilgilerle ilgili olarak tüm 4. Ek madde haklarından vazgeçmiş olur.[57]

AİHM'in *Malone* davasında «zarf» bilgilerinin (trafik verilerinin) 8. maddenin koruması altında olduğu yönündeki kararı, ABD mahkemelerinin tercih ettikleri yaklaşımla tezat içinde olabilir. Yüksek Mahkeme *Ex parte Jackson* kararında 4. Ek maddenin bir posta paketinin dış kısmını korumadığı hükmüne vardı.[58] Benzer şekilde, Yüksek Mahkeme, *Smith/Maryland* davasında bir telefondan aranan numaraların değil, telefon görüşmelerinin içeriğinin 4. Ek maddenin koruması altında olduğuna hükmetti. Karara göre, aranan numaraları kaydeden bir cihazın kurulması ve kullanılması bir "arama" değildi ve dolayısıyla herhangi bir müzekkere gerektirmiyordu.[59] *Miller* ve *Smith* «üçüncü şahıs doktrini» olarak bilinmeye başlanan konuda başlıca davalardır.[60] *ABD/Forrester* davasında Temyiz Mahkemesi'nin 9. Dairesi, hükümetin bir hedefin İnternet Servis Sağlayıcısına İnternet Protokolü (IP) adresini, e-postaların atıldığı ve alındığı adresleri ve hesaptan gönderilen hacmi kay-

54 *ABD/ABD Bölge Mahkemesi*, 407 U.S. 297 (1972), s. 322-324. Ayrıca bkz. Barnum, David G., *Warrantless electronic surveillance in national security cases: lessons from America [Ulusal güvenlikle ilgili durumlarda müzekkeresiz elektronik takip: Amerika'dan alınacak dersler]*, European Human Rights Law Review, cilt 2006, 5, s. 514-540, s. 523-525.

55 *ABD/Miller*, 425 U.S. 435 (1976), s. 7.

56 A.g.k., s. 443.

57 Kerr, Orin S., *The Case for the Third-Party Doctrine [Üçüncü Şahıs Doktrininin Savunusu]*, Michigan Law Review, cilt 107, 4, 2009, s. 561-601, s. 563.

58 *Ex parte* Jackson, 96 U.S. 727 (1877)

59 *Smith/Maryland*, 442 U.S. 735 (1979), a.g.k.

60 Solove, Daniel J., *A Taxonomy of Privacy [Bir Gizlilik Taksonomisi]*, University of Pennsylvania Law Review, cilt 154, 2006, s. 477-560, s. 526.

deden bir izleme cihazı taktırmasını emrederek 4. Ek maddeyi ihlal etmediği kararını verdi. Hakim Fisher'ın kaleme aldığı bir mütalaada 9. Daire'nin bu tür içerik dışı verilerin takibinin Yüksek Mahkeme'nin gördüğü *Smith/Maryland* davasında aranan numaraları kaydeden cihazın kullanılmasına eşdeğer olduğu ve 4. Ek maddede kastedilen anlamda bir arama teşkil etmediği sonucuna ulaştığı belirtildi.[61] Dolayısıyla, bu tür verilerin denetlenmesi için herhangi bir müzekkere gerekli değildi. Yukarıda değinilen davalara uygun olarak, Kerr, çevrimiçi iletişimlerin içeriklerinin normal koşullarda 4. Ek madde korumasından yararlanması gerektiğini, fakat içerik dışı bilgilerin korunmasının gerekmediğini öne sürer.[62] Solove'ye göre, aranan numarayı kaydeden cihazlar, e-posta, IP adresleri ve URL'ler için böyle bir ayrım yapılabileceği şüphelidir. Solove, belli bir bilginin internetteki konumuna işaret eden bir URL'nin insanların görüntülemekte oldukları bir web sitesinin içeriğini ortaya çıkarabileceğini açıklar.[63] 4. Ek maddedeki "muhtemel neden" ve "müzekkere" gereklilikleri, ABD bağlamında güçlüklere yol açıyor gibi görünmektedir. Aynı zamanda, trafik verileri toplanırken muhtemel nedeni göstermenin güç olabileceği kabul edilmelidir; çünkü başlangıçtaki takip bazen tüm hedeflerin gerçek kimliği bilinmeksizin yürütülür. Her durumda bu tür veriler için yasal koruma gereklidir.

Son olarak, rıza ve «açık görünüm» doktrinlerinin ortaya koyduğu gibi, bir eylemin arama ya da el koyma sınıfına girmesi tek başına Devletin bir müzekkereye ihtiyaç duyduğu anlamına gelmez. Rıza yoluyla 4. Ek madde korumasından feragat edilebilir.[64] Açık görünüm doktrini, geçerli bir arama sırasında, örneğin Federal Hükümet Polisleri havalimanında insanları ararken, suç teşkil etme nitelikleri ilk bakışta açık olan delillere el konmasına izin verir.[65] Bu, birbiriyle rekabet halinde olan kamu güvenliğini koruma ve devlet gücünü kötüye kullanmayı önleme kaygıları arasında denge kuran bir doktrindir.[66] Elektronik iletişim söz konusu olduğunda, polisin belli bir suç şüphesiyle bir bilgisayarı aramak üzere bir müzekkere alması ve bilgisayardaki bilgileri aradığında tamamen farklı bir suçu keşfetmesi mümkün bir senaryodur.

61 *United States/Forrester*, 495 F.3d 1041; Kerr, 2010, s. 1027.

62 Kerr, 2010, s. 1007-1008.

63 Solove, Daniel J., *Reconstructing Electronic Surveillance Law [Elektronik Takip Yasasının Yeniden Düzenlenmesi]*, Geo. Wash. L. Rev., cilt 72, 2003-2004, s. 1264-1305; s. 1286-1288.

64 *Illinois/Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990).

65 *Horton/California*, 496 U.S. 128 (1990).

66 Kerr, Orin S., *Searches and Seizures in a Digital World [Dijital Dünyada Arama ve El Koymalar]*, Harvard Law Review, cilt 119, 2, 2005, s. 531. Kerr, ayrıca, bağımsız bilgisayarlar bağlamında, İnternet aramaları için açık görünüm istisnasının kaldırılması gerektiğini öne sürdü. Bilgisayar verilerinde yapılan aramalar çok kapsamlı olduğu için, Kerr'e göre mahkemeler bir İnternet müzekkeresi uyarınca yapılan bir aramada bulunan suç delillerini ancak bu deliller müzekkere kapsamına giriyorsa kabul etmelidir, a.g.k., s. 582-584 ve Kerr, 2010, s. 1048.

3.2.2 Yazılı Hukuk

ABD'deki elektronik takip mevzuatı, büyük ölçüde iki yasa rejiminden oluşur: (1) ülke içi takibi düzenlemek üzere tasarlanan Electronic Communications Privacy Act (ECPA) [Elektronik İletişimlerin Gizliliği Yasası][67]; ve (2) dış istihbarat toplama faaliyetlerini düzenlemek üzere tasarlanan 1978 tarihli Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) [Dış İstihbarat Takip Yasası][68].

ECPA'nın 1. Bölümü olan Telefon Dinleme Yasası, hükümetin iletişimleri denetleme izni almak için yüksek standartları karşılamasını gerektirir. Yasa çerçevesinde çıkarılan mahkeme emirleri, sıradan bir 4. Ek madde arama müzekkeresine göre daha fazla koruma sağlar. Müzekkere için muhtemel nedene ek olarak iletişimin hangi noktada denetleneceği, iletişimin türü ve denetlemenin süresi konusunda özel bir açıklama da gereklidir.[69]

FISA'nın kabul edilmesiyle birlikte, hükümetin ulusal güvenlikle ilgili vakalarda takibi kullanmaya izin veren emirler talep etmesi için Dış İstihbarat Takip Mahkemesi (Foreign Intelligence Surveillance Court – FISC) adıyla özel bir mahkeme kuruldu. FISA'nın birincil amacı, "bir yabancı gücün ajanı" olarak sınıflandırılan herhangi bir kişiye karşı elektronik takibin kullanılmasına izin vermektir ve buna uluslararası terörizme karışan kişiler de dahildir.[70] FISA'nın takibe karşı korumaları, ECPA'daki korumalardan çok daha gevşektir.[71] ECPA ve 4. Ek madde uyarınca takibe sadece takibin suç faaliyetlerinin delillerini ortaya çıkaracağı konusunda muhtemel nedeni göstermek şartıyla izin verilir; FISA uyarınca ise, takip edilenlerin bir "yabancı güç" ya da "bir yabancı gücün ajanı" olduğuna inanmak için muhtemel neden varsa istenen emirler verilmektedir.[72] FISA'dan sonra bile, dış güvenlik vakalarında bazı elektronik takip faaliyetleri 4. Ek maddenin "müzekkere gerekliliği"nden muaf tutulmaya devam etti.

4. Ek madde trafik verilerini korumuyor olsa da, bu sorun yasaların korumasıyla halledilebilir. Aranan Numarayı Kaydetme Yasası[73] ve Depolanan İletişimler Yasası[74] bunlar arasındadır. 4. Ek madde koruması olmasa bile bu yasalar hükümetin bir İSS'ye izleme çalışması yürütme emri verebilmesi için

67 Electronic Communications Privacy Act ("ECPA") [Elektronik İletişimlerin Gizliliği Yasası] 18 U.S.C. paragraf 2510.

68 Foreign Intelligence Surveillance Act ("FISA") [Dış İstihbarat Takip Yasası] 50 U.S.C paragraf 1801-1811.

69 ECPA, paragraf 2518.

70 FISA, 1801(b).

71 Solove, 2003-2004; s. 1290.

72 FISA, paragraf 1805(a).

73 18 U.S.C. paragraf 3121-27.

74 18 U.S.C. paragraf 2701-11.

bir yasal mahkeme emri almasını şart koşar.[75]

Pratikteki duruma bakacak olursak, New York Times, Aralık 2005'te Başkan Bush'un Ulusal Güvenlik Kurumu'na (NSA) ABD'ye giren ya da ABD'den çıkan iletişimleri, bu iletişimler ABD'de bulunan bir kişiyle ilgili bile olsa, önceden bir müzekkere almaksızın denetleme yetkisi verdiğini ortaya çıkardı.[76] Bu programın yasal olup olmadığı konusunda farklı görüşler vardır. ABD Adalet Bakanlığı programın şu şekilde birçok haklı gerekçeye dayandığını savundu: i) Başkan, ulusal güvenliğe yönelik dış tehditlere karşı müzekkeresiz elektronik takip emri vermek konusunda «doğal bir anayasal yetki»ye sahiptir,[77] ii) 11 Eylül saldırılarından sonra Kongre'den geçen Authorisation for Use of Military Force (AUMF) [Askeri Güç Kullanma İzni] Başkan'ın ülkeyi korumak konusundaki bu doğal anayasal yetkisini teyit etmekte ve tamamlamaktadır,[78] iii) NSA'in müzekkeresiz iletişim denetleme yetkisi FISA'ya da uygundur; çünkü bu yasada sonradan çıkarılacak bir düzenlemeyle (AUMF) izin verildiği takdirde bu tür takipler için istisnaya izin verilmektedir,[79] iv) 4. Ek maddedeki müzekkere gerekliliği, rutin güvenlik sağlama çalışmalarının ötesine geçen ve "özel gereksinimlerin" söz konusu olduğu durumlarda geçersizdir.[80] Buna karşı öne sürülen başlıca karşı sav, Başkan'ın ülkeyi korumak konusunda doğal bir anayasal yetkisi olsa bile, Kongre'nin FISA'yı kabul ederek Başkan'ın dış istihbarat toplama yetkisini düzenlemenin ötesinde bunu kapsamlı bir şekilde yapma niyetini de ortaya koyduğu şeklindedir. Karşı düşüncedekiler Kongre'nin AUMF'i kabul ederek Amerikan vatandaşlarının ve ABD'deki başka kişilerin müzekkeresiz elektronik takibine örtük olarak izin verdiği görüşüne karşı çıkarlar.[81]

İkinci örnek olarak, Mayıs 2006'da NSA'in, bir terörizmle mücadele veri madenciliği programının amaçları çerçevesinde «on milyonlarca» sıradan Amerikan vatandaşının telefon konuşması kayıtlarını içeren bir veri tabanı oluşturduğunun ortaya çıkması gösterilebilir.[82] Sonradan NSA'in e-postaların

75 18 U.S.C. paragraf 3121 (gerçek zamanlı olarak içerik dışı bilgilere erişim); 18 U.S.C. paragraf 2703(c) (depolanan materyallere erişim elde etme emri). Kerr'in bu konudaki yorumu için: Kerr, 2010, s. 1033.

76 Risen, James ve Lichtblau, Eric, *Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts [Bush ABD'nin Mahkeme Kararı Olmadan Telefon Dinlemesine İzin Verdi], 16 Aralık 2005,* New York Times; Barnum, 2006, s. 514.

77 US Department of Justice [ABD Adalet Bakanlığı], Legal Authorities Supporting the Activities of the National Security Agency Described by the President [Hukuk Mercileri, Ulusal Güvenlik Kurumu'nun Başkan Tarafından Belirlenen Faaliyetlerine Destek Verdi], 19 Ocak 2006 (Beyaz Kitap), s. 6-8.

78 A.g.k., s. 10.

79 A.g.k., s. 20-24.

80 A.g.k., s. 37.

81 Barnum, 2006, s. 531-539.

82 NSA has massive database of Americans' phone calls [NSA'in elinde Amerikalıların

konu satırları, gönderilme tarihleri ve gönderici ve alıcı adresleri gibi metaverileri de topladığı ve depoladığı ortaya çıktı.[83] Kerr, ikinci programın sadece içerik dışı verilerin takibini içermesi açısından *Smith/Maryland* kararındaki yorum çerçevesinde muhtemelen 4. Ek maddeyi ihlal etmeyeceğini öne sürdü.[84] Bununla birlikte, muhtemelen Depolanan İletişimler Yasasının bir ihlali söz konusuydu.[85] Trafik verilerinin toplanması ve bu verilerde veri madenciliği çalışması yapılması 4. Ek maddenin koruması dışındaysa, bu yöntemler hangi yasalarla düzenleniyor? Elektronik İletişimlerin Gizliliği Yasasının I. Bölümü'ndeki görece yüksek standartla mı,[86] yoksa FISA'daki daha zayıf standartla mı? Bu sorunun yanıtı açık değildir.[87]

4. Karşılaştırmalı Analiz ve Sonuçlar

Arama ve el koymaların muhtemel neden ve müzekkere gerektirmesi açısından 4. Ek madde, AİHS'in 8. maddesine göre daha büyük bir koruma sağlar. Bu durum tedbirin "arama" ya da "el koyma" kavramlarının kapsamına girmesini gerektirir. Müzekkeresiz olarak takip faaliyetleri yürüten güvenlik güçlerinin "arama" ya da "el koyma" kavramlarını daha dar bir şekilde tanımlama eğiliminde olmalarının nedeni bu olabilir. Bu durumun içerik verileri/içerik dışı veriler ayrımı açısından bazı sonuçları vardır. 4. Ek madde kapsamındaki anayasal koruma "ya hep ya hiç" niteliğindedir. Buna karşılık, AİHS'in 8. maddesi muhtemel neden ve müzekkere gerektirmez, ancak daha geniş bir kapsama sahiptir. Dolayısıyla, 8. maddenin kapsam ve korumasını içeriğin yanı sıra trafik verilerini de içerecek şekilde genişletmekte bir sakınca yoktur.

---

telefon görüşmelerinden oluşan muazzam bir veri tabanı mevcut], 11 Mayıs 2006; Bignami, Francesca, *European versus American Liberty: A comparative privacy analysis of antiterrorism data mining [Avrupa ve Amerika Özgürlük Anlayışlarının Karşılaştırılması: Terörizmle mücadele veri madenciliğinin gizlilik açısından karşılaştırmalı analizi]*, Boston College Law Review, cilt 48, 3, 2007, s. 609-698, s. 610; National Research Council, *Protecting Individual Privacy in the Struggle Against Terrorists: A Framework for Program Assessment [Teröristlerle Mücadelede Bireysel Gizliliğin Korunması: Bir Program Değerlendirme Çerçevesi]*, National Academies Press, Washington, DC, 2008, s. 297

83 Newsweek, *Now We Know What the Battle Was About [Savaşın Neyle İlgili Olduğunu Artık Biliyoruz]*, 13 Aralık 2008.

84 Kerr, Orin S. *Thoughts on the Legality of the Latest NSA Surveillance Program [Son NSA Takip Programının Yasallığı Üzerine Düşünceler], 11 Mayıs 2006*. "http://www.orinkerr.com/2006/05/11/thoughts-on-the-legality-of-the-latest-nsa-surveillance-program/" (29 Eylül 2009).

85 Kerr, Orin S. *More Thoughts on the Legality of the NSA Call Records Program [NSA Arama Kaydetme Programının Yasallığı Üzerine Başka Düşünceler], 12 Mayıs 2006*. "http://www.orinkerr.com/2006/05/12/more-thoughts-on-the-legality-of-the-nsa-call-records-program/" (29 Eylül 2009).

86 ECPA.

87 National Research Council, 2008, s. 162-163.

Yukarıda, trafik verilerinin bazı bağlamlarda içerik verileri kadar hassas olabileceği açıklanmıştı. Ayrıca, trafik verilerinin kitlesel olarak saklanmasını içeren programların liberal demokrasilerin önemli değerlerine ters düştüğü konusunda da bir kaygı vardır.

Bignami, NSA veri tabanının ABD mevzuatı çerçevesinde yasal olduğunu iddia etmenin son derece mümkün olduğunu, ancak böyle bir veri tabanının Avrupa mevzuatına açıkça aykırı olacağını öne sürer.[88] Bu, tartışmalı bir görüştür. ABD Anayasasının, anayasa ek maddelerinin ve diğer yasaların bir hukuk sistemi oluşturduğu, Avrupa'daki çerçevede ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ülkelerin hukuk sistemleri arasında bazı farklılıklar bulunduğu göz önünde bulundurulmalıdır. ABD'deki sistemi sadece Anayasaya ve ek maddelerine bakarak ve yazılı hukuku oluşturan diğer yasaları göz ardı ederek analiz etmek mümkün değildir. 4. Ek madde trafik verileri için koruma sağlamıyor olsa da, Aranan Numarayı Kaydetme Yasası ve Depolanan İletişimler Yasası gibi yasalarda bu korumalar mevcuttur. Hem ABD sistemi hem de AİHS hukuku, elektronik takip tedbirlerinin pozitif hukukta bazı dayanaklara sahip olmasını gerektirir. Devletin hiçbir yasaklama olmadığını iddia etmesi yeterli değildir. Bu nedenle, AİHM'in i) trafik verilerinin saklanması ve ii) sinyal istihbaratı yoluyla bu tür verilerin toplanması durumlarında nasıl hüküm vereceğini henüz bilmiyoruz.

88 Bignami, 2007, s. 609, 635 ve 641.

Sınıftan yükselen sesler: ifade özgürlüğü ve eğitim hizmeti

Jim Murdoch[1]

Giriş

İfade özgürlüğü demokrasinin oksijenidir. Siyasetçilerden ve devlet adamlarından hesap sorulur; yargı idaresi de dolaylı olarak kamusal addedilir. İfade özgürlüğü bilimsel buluşlar, sosyal gelişim ve demokrasi açısından bir araçtır. Bireysel açıdan da ulvi amaçlara hizmet eder: Bilgi ihtiyacını besler ve böylelikle kişinin kendini gerçekleştirmesine yardımcı olur. Düşünce, vicdan ve din açısından, herkesin kişiliğini, değer sistemini, (varsa) Yüce bir Varlıkla olan ilişkisini belirlemesine yardımcı olmak açısından olmazsa olmaz bir önkoşuldur. Ancak ifade özgürlüğü birtakım sorumluluklar da içerir. Bu özgürlüğün kullanımı başkalarının haklarına zarar veriyorsa kısıtlama gerektirir; düşünceler tahkiki mümkün olgulara dayanmalıdır ve kimi ifade biçimleri çoğulculuk ile açık fikirliliğin gelişip serpilmesi gereken sağlıklı bir toplum açısından korunamayacak denli melun addedilir. Eğitim yoluyla, gelecek nesiller ifade özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılması için gereken bilgi, beceri, yaklaşım ve değerlerle donatılmaktadır. Okullarda öğrencilerin ifade özgürlüğü –bu özgürlüğün haklı temelleri, etkin kullanımı, beraberinde getirdiği sorumluluklar ve sınırları– hakkında bilgi edinmesine yardımcı olunması gerektiği yönündeki talepler, iletişim becerileri ve eleştirel yetiler bakımından sağlanacak gelişimin, eğitim açısından hayati bir unsur oluşturması gerektiği varsayımına dayanmaktadır.

Peki ama sınıfta ifade özgürlüğü *gerçekten* mümkün olabilir mi? Bu fikir bir açıdan saçma görünmektedir. Okul bir diyalog ortamı değil, yetişkinler tarafından seçilmiş bir konunun titizlikle formüle edilmiş hedef öğrenme çıktıları üzerinden dayatıldığı ve bu hedefe ulaşma kriterinin başarının derinliğini niceliksel olarak saptayan değerlendirme yöntemleriyle ölçüldüğü bir forumdur. Henüz, "ifade özgürlüğünü" kullanması nedeniyle aldığı cezanın haksız bir müdahale teşkil ettiği ya da öğretmenin ağzından çıkanlarla örtüşmeyen fikirleri savunamıyor olması nedeniyle ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlandırmanın söz konusu olduğu iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne dava açan bir talebe olmamıştır. Üniversitelerde ifade özgürlüğünü konu alan tek tük davalar[2] (ya da kıyafet ya da semboller yoluyla

1 Glasgow Üniversitesi Hukuk Profesörü.

2 Örn. *İrfan Temel ve diğerleri/Türkiye* (3 Mart 2009), paragraf 38-47 (Seçmeli Kürtçe dersi talebiyle dilekçe veren üniversite öğrencilerinin okuldan uzaklaştırılması: Söz konusu talep kutuplaşmaya yol açabilecek aşırılıkta görüşler içermediğinden ya da öğrenciler şiddete başvurmuş olmadığından, okuldan uzaklaştırma eğitim hakkına yönelik açıkça orantısız bir müdahale oluşturmaktaydı).

inancını açığa vurmak gibi ifadeye benzer hususları içeren başvurular[3]) olmasına karşın, okul talebeleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında karşımıza çıkmakla birlikte, henüz taraf olarak dinlenmiş değildir.

İlk bakışta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında eğitim konusundaki içtihatlarda açık ya da zımni olarak benimsenen görüş biraz can sıkıcı olsa da kaçınılmazdır: Kapıları açan eğitim hakkı kafaları her zaman açamaz. 1 no'lu Protokolün 2. maddesinin açılış cümlesi ("Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz") elbette ki eğitim düzenlemelerinde ebeveynlerin felsefi inançlarının dikkate alınması hakkından ağır basmaktadır.[4] Peki ama "eğitim hakkı" denince tam olarak ne kastedilmektedir?

Bu madde ihtiyatlı bir şekilde yorumlanmakta olup, sağladığı güvence esasen, hakkın özüne dokunulmadığı sürece[5] makul sayılan kısıtlamalara

3 Bkz. özellikle *Leyla Şahin/Türkiye* [BD] 2005-XI, paragraf 104-162, 109 (ve 9. madde kapsamındaki başvuru reddedilirken uygulanan gerekçe kıyas yoluyla kullanılarak, derslere ve sınavlara girilmesine izin verilmemesi bakımından 1 No'lu Protokolün 2. maddesine yönelik bir ihlal tespit edilmemiştir). Ayrıca bkz. *Doğru/Fransa*, 4 Aralık 2008 tarihli karar, paragraf 47-78 (kız öğrencilerin beden eğitimi ve spor dersleri sırasında dini kıyafetlerini çıkartmayı reddetmeleri nedeniyle devlet okullarından ihraç edilmesi: ihlal tespit edilmemiştir); ve *Aktas/Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar) (30 Haziran 2009) (ders sırasında çeşitli dini sembolleri –Müslümanlarda başörtüsü ve Sihlerde sarık ya da türban– çıkartmayı kabul etmedikleri için okuldan ihraç edilmek: Söz konusu müdahale başkalarının hak ve özgürlüklerinin ve kamu düzeninin korunması yönündeki meşru amaç ile orantılı sayılabileceği, ihraç kararı dini itikatlara yönelik bir itiraza dayandırılmış olmadığı ve söz konusu yasak anayasadaki laiklik prensibini korumayı da amaçlıyor olduğundan, AİHM'in ve 9. madde içtihatlarının temelinde yatan değerlere uygun bir amaç taşıdığı için başvuru kabul edilemez bulunmuştur). Ayrıca bkz. Nathwany, "Islamic Headscarves and Human Rights: A Critical Analysis of the Relevant Case Law of the European Court of Human Rights" [Başörtüsü ve İnsan Hakları: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bu Konudaki İçtihadına Eleştirel bir Bakış], (2007) 25 NQHR 221.

4 *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık* (1982) A 48, paragraf 36. Ayrıca bkz. *Martins Casimiro ve Cerveira Ferreira/Lüksemburg* (kabul edilebilirlik hakkında karar) (27 Nisan 1999) (Yedinci Gün Adventist kilisesine mensup olan başvurucuların oğullarına dini nedenlerden ötürü Cumartesi günleri okula devam etme zorunluluğu bakımından genel bir muafiyet tanınmaması inancın açıklanmasına yönelik bir müdahale sayılabilir, ancak ebeveynlerin dini inançlarının dikkate alınması hakkından ağır basan çocuğun eğitim hakkını olumsuz biçimde etkileyecek genel bir muafiyet izni verilemez: Başvuru kabul edilemez bulunmuştur); ve *Konrad/Almanya* (kabul edilebilirlik kararı) 2006-XIII (Hıristiyan ebeveynlere evde eğitim hakkı tanınmaması: Ebeveynler kendi inançları nedeniyle çocuklarının eğitim hakkını engelleyemeyeceği için, başvuru kabul edilemez bulunmuştur).

5 *Belçika Dilbilim davası* (1968) A 6, Esas, paragraf 6. Ayrıca bkz. *Kıbrıs/Türkiye* [BD] 2001-IV, paragraf 277-280, 277 ve 288 (Türk işgalindeki kuzey Kıbrıs'ta kuşatılmış bir bölgede yaşayan Kıbrıslı Rum bir ailenin ilkokuldan sonra Rumca eğitim görmeye devam etmek isteyen çocuklarının adanın güney kesimindeki ortaokullara nakli gerekmekteydi; zira ortaokul eğitimi ya Türkçe ya da İngilizce eğitim veren okullarda mevcut olduğundan katı anlamda bakıldığında bir eğitim hakkı reddi var olmamakla birlikte, uygun nitelikte ortaokullar bulunmadığı için söz konusu seçenekler gerçekçi değildi. Yetkili makamlar ilkokul eğitimi bakımından sorumluluğu üstlenmiş olup "ortaokulda [Rumca] eğitim sağlanmaya

tâbi olarak,[6] belirli herhangi bir tarihte var olan eğitim müesseselerine erişim hakkını[7] içermektedir. Dolayısıyla, belirli pedagojik teorilere uygun bir şekilde eğitim sağlanması bu güvencenin kapsamı dışında kalmakta olup,[8] ilerici eğitim sistemlerini savunanlar dışında sınıf, genel olarak hiçbir açıdan şahsi bir keşif ortamı sayılmamakta ya da sınıfta yürütülen tartışmalar öğrencinin şahsi bir anlam ya da anlayış arayışında kullanabileceği bir araç olarak görülmemektedir. Bir öğretmen ile öğrenciyi mütemadi bir akademik söylem sürecinin eşit katılımcıları olarak gören liberal-hümanist gelenekleri yansıtan ya da gençlerin kendi dünyalarını anlamlandırma arayışına ön ayak olmaya çalışan çocuk odaklı bir keşif dünyası öngören pedagojik teorilerdense, çocuğu talim-terbiye yoluyla doldurulacak "boş dimağlar" olarak gören daha geleneksel bir model tercih edilmektedir. Bilgiyi öğretmenlere has, öğrencileri ise önceden seçilerek belirlenmiş bir içeriğin pasif alıcısı olarak algılayan[9] bu yaygın eğitim anlayışı Mahkeme'nin *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık* kararında ifade bulan şu görüşte özellikle yankı bulmaktadır: "Eğitim [...] herhangi bir toplumda, yetişkinlerin kendi inançlarını, kültürlerini ve diğer değerlerini gençlere aktarma çabasını içeren sürecin tamamıdır." Ebeveynlerin, öğretmenlerin, öğrencilerin ve genel anlamda toplumun çoğunluğu açısından bilgi edinimi temelde bir aktarım ediminden ibarettir ya da Mahkeme'nin deyişiyle "öğretim ya da tedrisat denince özellikle bilgi aktarımına ve düşünsel gelişime gönderme yapılmaktadır."[10] Öte yandan, demokrasinin ve kendi kaderini tayin hakkının teşvikine ve bilgi, düşünce ve fikirlerin edinilmesi, yapılandırılması ve iletilmesine ilişkin 10. madde içtihatlarında saklı daha ulvi meseleler yetişkin dünyasına hasredilmiş konular olarak görülmektedir.

Özgürleştirici nitelik taşıyan alternatif eğitim görüşleri zaten yargıçları değil, eğitim teorisyenlerini ilgilendiren bir konu olmalıdır. Eğitim politikasındaki değişiklikler toplumsal beklentilerdeki derin değişimlere işaret eder;[11] bu da mahkemeler açısından elbette ki birtakım tehlikeler arz etmekte-

(...) devam edilmemesi söz konusu hakkın özünün fiilen reddi sayılmalıdır": 1 No'lu Protokolün 2. maddesine yönelik ihlal tespit edilmiştir).

6 *Köse ve diğerleri/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar) 2006-II (öngörülebilir başörtüsü yasağı anayasal laiklik prensibi ve devletin bilgiyi objektif, eleştirel ve çoğulcu bir biçimde aktarması yükümlülüğü ışığında orantılıydı: Başvuru kabul edilemez bulunmuştur). Sınırlamalar iç hukuka da uygun olmalıdır: *Timishev/Rusya* 2005-XII, paragraf 63-67 (çocukların eğitime erişimi, iç hukuka aykırı bir şekilde, ebeveynlerinin ikamet yerini kaydettirmesi şartına bağlanmıştır: İhlal tespit edilmiştir).

7 Belçika Dilbilim davası (1968) A 6, Esas, paragraf 4.

8 Örn. 9461/81, X ve Y/Birleşik Krallık (1982) DR 31, 210.

9 Ayrıca bkz. Paulo Freire, "The Politics of Education" [Eğitimin Siyaseti], Patricia Murphy ve Bob Moon, der., *Developments in Learning and Assessment* [*Öğrenme ve Değerlendirme Alanındaki Gelişmeler*] içinde (Hodder and Stoughton, Londra) (1989), s. 52.

10 *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık* (1982) A 48, paragraf 33.

11 Malcolm Skilbeck, "A Changing Social and Educational Context" [Değişen Sosyal Ortam ve

dir; zira asgari eğitim standartlarının yakalanması, yeterlik ve kaynak tahsisi sorunları ya da toplumsal hareketliliğin maksimizasyonu gibi sosyal hedeflere ulaşılmasına dair tartışmalar gibi konulara çok fazla girmeleri gerekebilmektedir. ABD'de mahkemelerin taşımalı eğitim konusuyla cebelleşirken edindiği tecrübeler, hele ki tümüyle medeni ve siyasi haklar alanına giren bir konudan ziyade sosyal ve kültürel insan haklarına nüfuz eden bir Sözleşme korumasını ilgilendirdiğinde yargısal aktivizmin sınırları hakkında unutulmaz bir örnek oluşturmaktadır.[12] Ancak 1 no'lu Protokolün 2. maddesine ilişkin içtihat ifade özgürlüğü ile tamamen ilgisiz de değildir; zira Mahkeme, ifade özgürlüğünden yararlanırken sorumluluğunun bilincinde olan çoğulcu ve hoşgörülü seçmenler yaratmaya yardımcı olan, ifade özgürlüğünün kullanımıyla doğrudan bağlantılı birtakım önemli değerlerin sınıflarda yeşerip kök kalması gerektiği prensibinin üzerinde ısrarla durmaktadır.

Müfredat içeriğinin belirlenmesi

Sınıfta verilen eğitimde gerçekten de öğretmenin öğrencilere bilgi aktarıcısı rolüne vurgu yapan bir eğitim metodolojisi egemense, aktarılacak şeyin içeriğinin belirlenmesi bir hayli önem kazanmaktadır. "Eğitim" denilince ister istemez müfredat tercihiyle doğal bir şekilde "aktarılacak" olgu, anlayış ve fikirlerin yanı sıra her bir başlığa ilişkin olarak takınılacak yaklaşım da önceden seçilmiş olmaktadır. Sınıftaki ifadeler fiiliyatta büyük ölçüde tek taraflı didaktik bir ders anlatımından ibaret olmakla birlikte, (örneğin devlet mercilerinden, öğretmenlerden, ebeveynlerden, dini kuruluşlardan ve sivil toplum örgütlerinden) söz konusu öğretimin neler içermesi gerektiğini belirlemeye yardımcı olmak isteyen rakip sesler çıkması muhtemeldir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi müfredatın belirlenmesi ve planlanması işinin ulusal makamların yetki alanına giren konular olduğunu kabul etmektedir;[13] yargının bu alandaki sınırlı yetkinliği nedeniyle böyle bir sonuca varılması zaten kaçınılmazdır. Ancak Mahkeme, müfredat içeriğinin ya da müfredatın aktarılma biçiminin, birçoğu ifade özgürlüğü ile ilgili içtihatlarda karşımıza çıkan başka meşru meselelere dokunuyor olabileceği noktalarda müdahalede bulunmaya istekli olduğunu ortaya koymuş bulunmaktadır. Mahkeme'nin müfredat belirleme tartışmalarına ilişkin tavrı kesinlikle belirgindir.

Çoğu ülkede müfredat muhtemelen sadece bilgi ve anlayışı değil, ilerici ve kucaklayıcı, çağdaş bir Avrupa toplumunun şekillendirilmesi bakımından

Eğitim Ortamı], Bob Moon, Patricia Murphy ve John Raynor, der., *Policies for the Curriculum* [*Müfredat Politikaları*] içinde (Hodder and Stoughton, Londra) (1989), s. 6.

12 Bkz. *Swann/Charlotte-Mecklenburg Eğitim Kurulu* 402 US 1 (1971). Ayrıca bkz. Richard Kluger, *Simple Justice* [*Basit Adalet*] (Knopf, New York) (2004) *passim.*

13 *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka* (1976) A 23, paragraf 53.

elzem sayılan tutum ve değerleri de aktarmaya çalışmaktadır. Devlet eliyle eğitimde muhtemelen dinler ve inançlar, diller ve kültürler, aile yapıları ve bireyin cinselliği bakımından çoğulculuk fikrinin teşviki için gayret edilir. Devletin eğitim mercilerince aydınlatıcı addedilerek seçilen müfredat konuları, bu fikirlerden bazılarına karşı çıkan ya da fikirleri desteklese bile, temelde yatan etik davranışa itiraz eden ebeveynlerin (örneğin dini eğitim yerine seküler ya da toplumsal bir açıklamayı tercih eden veya tedrisatın böyle bir dini temele dayandırılmasını isteyen) tepkileriyle karşılaşabilir.[14] Kısacası, seçilen konular ve tedrisat, ebeveynlerin kaçınmayı ya da alternatif bir tarzla eğilmeyi ya da konu edinmeyi tercih edeceği içerikle ters düşebilir. Bu noktada, çocukların bireysel gelişimini sağlamak ya da istenen ortak hedeflere ulaşmak amacıyla hangi bilgi, tutum ve değerlerin "aktarılması" gerektiği konusunda belirlenen devlet politikasının uygulanmasına dair ebeveynlerin düşüncelerine ne ölçüde saygı gösterilmesi gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır.

İçtihat ilk bakışta ebeveynlerin görüşlerine devletin menfaatleri karşısında açıkça üstünlük tanır gibi görünmektedir; eğitim makamlarının ebeveynlerin inançlarına saygı gösterme yükümlülüğü özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinden başka düşünce, vicdan ve din özgürlüğüyle de yakından ilişkilidir.[15] Yargısal müdahale özellikle çocuk yetiştirme konusunda ebeveynlerin sahip olduğu haklar noktasında son derece hassastır ve Mahkeme, eğitim konularında ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına eğitim açısından saygı gösterilmesi ödevinin, devlet tarafından sağlanan eğitimin, çocuğun ailesi tarafından üstlenilen rolü tamamlayıcı nitelik taşıdığı kabulünden doğduğunu, zira "ebeveynlerin Devlet'ten dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini isteyebilmesinin, çocuklarına karşı üzerlerine düşen doğal vazifenin –çocuklarının 'eğitim ve öğretiminden' aslen ebeveynler sorumludur– yerine getirilmesinin bir parçası" olduğunu, bu hakkın "eğitim hakkının kullanılmasıyla yakından bağlantılı bir sorumluluğa tekabül ettiğini" kabul etmektedir.[16] Ancak ebeveyn inançlarına aşırı saygı gösterilmesi bir çocuğun eğitim "hayatı olanakları"[17] açısından ya da en azından, çocukların birtakım derslerden

14 Bkz. örn. *Appel-Irrgang ve diğerleri/Almanya*, 6 Ekim 2009 tarihli karar (okullarda ebeveynlerin dini inançlarına aykırı seküler nitelik içeren zorunlu ahlak dersleri olması: Devletin takdir yetkisi aşılmamış olduğundan kabul edilemez bulunmuştur).

15 Yukarıdaki *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka*: Eğitim hakkı 8, 9 ve 10. madde ile birlikte yorumlanmak durumundadır. Bkz. ayrıca *Belçika Dilbilim davası* (1968) A 6, paragraf 7: Devletin eğitim alanında aldığı ve 8. madde haklarını haksız bir şekilde, örneğin "ebeveynlerini çocuklarından keyfi bir şekilde ayırarak" etkileyen tedbirler itiraz konusu edilmeye açıktır.

16 *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka* (1976) A 23, paragraf 52.

17 *Konrad/Almanya* (kabul edilebilirlik hakkında karar) 2006-XIII (cinsel eğitim verilmesi, peri masalları anlatılması ve öğrenciler arası şiddet nedeniyle özel okullara ya da devlet okullarına karşı çıkan Hıristiyan ebeveynlere evde eğitim hakkı tanınmaması: Başvuru kabul edilemez bulunmuştur).

muaf tutulmasına yönelik bir dolu talebin karşılanması halinde sürekli bir organizasyon sıkıntısı ortaya çıkacağından, ders planlaması noktasında hayli olumsuz bir etki yaratabilmektedir. Pek az sayıdaki müfredat konusu taraf-girlik algısı suçlamalarının dışında kalabilmekte ve gerçekten objektif bir şekilde sunulabilmektedir.[18] Cinsel eğitim konularının ana ders başlıkları içerisinde sunulmasıyla ilgili olarak ebeveynler tarafından dile getirilen şikâyetler söz konusu olduğunda akla gelebilecek itirazlar olup, ne zaman eğitimden sorumlu mercilere geniş bir "takdir yetkisi" tanınmasına ve ne zaman ebeveynlerin menfaatlerinin korunması amacıyla müdahalede bulunulması gerektiğine karar verilirken ince eleyip sık dokunması gerekmektedir. *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka* davasında ebeveynler çocuklarına cinsel eğitim verilmesine karşı çıkmıştır. Devlet okulları müfredatına cinsel eğitimin zorunlu olarak eklenmesi, istenmeyen hamileliklerin sayısını azaltmak amacıyla ve hekimlerden, eğitimcilerden, avukatlardan, din adamlarından ve resmi uzmanlardan oluşan bir komite tarafından yürütülen titiz bir değerlendirme sonucunda tavsiye edilmiş bulunmaktaydı. "Cinsel dersler" sınıftaki gündelik tartışmalar içerisinde yürütülecek ve "farklı olgunluk derecelerine sahip çocuklara göre uyarlanarak, başka konular içerisinde doğal bir bağlamda, örneğin çocukların yönelttiği sorular bu açıdan uygun bir fırsat sunduğunda öğretilecekti", böylece dersin "hassas ya da spekülatif bir konu haline gelmesine engel olunacağı" düşünülmekteydi.[19] Dolayısıyla cinsel eğitim sınıf içerisinde fırsat doğduğu herhangi bir anda ortaya çıkabilmekteydi. Mahkeme 1 no'lu Protokolün 2. maddesinin "ebeveynlere böyle bir eğitim ya da öğretimin okul müfredatına eklenmesine karşı çıkma izni verecek" şekilde yorumlanamayacağına, okuldaki derslerin çoğunun zaten "birtakım felsefi mahiyet ya da saklı anlamlar" içerdiğine ve "böyle bir durumda kurumsallaştırılmış tüm tedrisatın uygulanamaz hale gelmesi riskinin doğacağına" hükmetmiştir. Mahkeme'nin, doğrudan ya da dolaylı olarak dini ya da felsefi nitelik taşısa dahi bilgi aktarımı ile bir ebeveynin görüşlerine saygı göstermeyen belirli bir değer ya da felsefeyi aşılamaya çalışan tedrisat arasında yaptığı ayrım son derece önemlidir; zira Devlet'in "ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı göstermediği düşünülebilecek bir telkin amacı" gütmesine, yani bu "sınırı aşmasına" müsaade edilmemektedir. Başka bir deyişle, ders ya da talim yoluyla verilen eğitimin bilgiyi "objektif, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde" aktarması okul tarafından sağlanmak durumundadır.[20]

18 Örn. *Wisconsin/Yoder* 406 US 205 (1972) (ebeveynlerin çocuklarını ergenliğe giriş konusunda zorunlu devlet eğitimine göndermeme hakkı onaylanmıştır).

19 *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka* (1976) A 23, paragraf 21.

20 *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka* (1976) A 23, paragraf 53. Ayrıca bkz. 17187/90 *Bernard/Lüksemburg* (1993) DR 75, 57 (herhangi bir telkin iddiasına yer bulunmayan durumlarda ahlaki ve toplumsal eğitime katılma şartı 9. madde haklarına yönelik bir ihlale yol açmamaktaydı).

Bu yaklaşımın gerekçesi 10. madde kapsamında ifade ya da 11. madde kapsamında örgütlenme özgürlüğüne ilişkin içtihatların büyük bir kısmına hakim olan değerlere dayanmaktadır. Bu değerlere 9. madde kapsamında düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ve 8. madde kapsamında özel hayatın gizliliği hakkındaki kararlarda da rastlamaktayız. "[1 no'lu Protokolün] 2. maddesi ikinci cümlesi kısaca, Sözleşme tarafından öngörülen 'demokratik toplum'un muhafazası bakımından temel arz eden çoğulculuk olanağını güvence altına almayı amaçlamaktadır." Bu noktada eğitimin misyonuna dair çok daha ileri ci bir görüş karşımıza çıkmaktadır. Eğitim sadece aktarımdan ibaret değildir: Aynı zamanda dönüştürücü bir özellik de taşımalıdır; zira "modern Devlet'in gücü düşünüldüğünde, bu [çoğulculuğun güvence altına alınması] amacın hayata geçirilmesi her şeyden önce Devlet eğitimi yoluyla sağlanmalıdır".[21] Ardından, *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, "felsefi inançlar" denilince sadece "belirli bir ikna gücüne, ciddiyete, tutarlılığa ve öneme sahip" olmakla kalmayıp, "'demokratik bir toplumda' saygı görmeye değer olan (...) ve insanlık onuruyla bağdaşmaz nitelik taşımayan" inançlarla sınırlı tutulacak görüşlerin kastedildiğini teyit etmiştir.[22] Tıpkı Mills'in ortaya koyduğu siyasi tartışma ortamı açısından olduğu gibi, eğitimin içeriğini belirlemeye çalışan tüm seslere de kulak asılmamakta olup, birtakım "inançlar" değerlendirme dışında bırakılmaktadır.

Bu nedenledir ki, Devlet'in bilgi aktarımı konusunda sahip olduğu ve toplumun temel işleyişi açısından (istenmeyen hamileliklerin önlenmesi için gerekli olan bilgiler gibi) elzem sayılan haklar, söz konusu bilgi objektif ve dengeli bir şekilde sunulduğu sürece, bir gencin bu bilgiyi edinme hakkı çerçevesinde korunmaktadır. *Aksu/Türkiye* davasında konu edildiği üzere, ders kitaplarının içeriği bakımından da muhtemelen benzer prensipler geçerlidir. Adı geçen davada başvurucunun Roman-karşıtı düşünceler yansıtan göndermeler içerdiği kanaatinde olduğu üç devlet yayını (bir tanesi öğrencilere yönelik sözlük), kişinin etnik kimliğinin "özel hayat" kavramına giren fiziksel ve sosyal kimliğin bir yönü sayılabileceği temelinden hareketle 8. madde kapsamında itiraz konusu yapılmıştır. Bu karar açısından mutlaka önem taşıyan bir husus; 8. madde kapsamının, olumsuz rol kalıplarının bireysel kimlik duygusu ve özgüven üzerinde pekâlâ bir etki bırakabilecek olması dolayısıyla öznel öz-saygı algısını da içerecek şekilde genişletilmesidir.[23] Bunun yanı sıra, Mahkeme'nin öğretim materyalleri bakımından özel hayatın etkin

21 *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka* (1976) A 23, paragraf 50.

22 *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık* (1982) A 48, paragraf 36.

23 *Aksu/Türkiye* [BD] (15 Mart 2012). "Mağdur" statüsüne ilişkin bir tartışma için bkz. paragraf 53 "[Roman kökenli olan] başvurucunun şahsen hedef alınmadığı doğru olmakla birlikte; ait olduğu etnik grupla ilgili ifadelerden incinmiş olabilir" ve ulusal mahkemeler iç hukuk yargılamalarında kendisinin dava hakkını kabul etmiştir.

biçimde korunmasını sağlama konusunda devlet makamlarına düşen pozitif yükümlülükler hakkındaki görüşleri de oldukça ilgi çekicidir:

> "İkinci sözlüğün ismi 'Öğrenciler için Türkçe Sözlük'tü. Öğrenciler için hazırlanmış bir sözlükte gündelik dilin bir parçasını oluşturan ancak aşağılayıcı ya da küçük düşürücü olarak da yorumlanabilecek ifadeler tanımlanırken daha fazla titizlik gösterilmesi gerektiği açıktır. Mahkeme'nin görüşüne göre, söz konusu ifadelerin mecazi olduğunu belirtmekle yetinilmesi yerine, 'küçültücü' ya da 'kaba' gibi etiketler kullanılması tercih edilirdi. Bu tarz bir uyarı, Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun (ECRI) 10 no'lu Genel Politika Tavsiyesine de uygun olacaktır; adı geçen tavsiye kararında, Devletlerin öğrencileri eleştirel düşünceye teşvik etmesi ve kullanılan materyallerde yer alan kalıplaşmış rollerin ve hoşgörüsüz öğelerin farkına vararak bunlara tepki göstermeleri için gerekli becerileri onlara kazandırması gerektiği belirtilmektedir."[24]

Ulusal makamların başvurucunun Roman topluluğuna üye olarak özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını korumak için gereken tüm adımları atmış olduğu sonucuna varıldığı için herhangi bir ihlal tespit edilmemiş olmakla birlikte, Mahkeme'nin kendisini yine de eğitim materyallerinin içeriğine dair kaygısını dile getirmek zorunda hissetmiş olması, eğitimin, bu örnekte öğrenciler arasında eleştirel düşünmeyi geliştirerek ve kalıplaşmış rollere tepki verebilmek için gerekli becerileri onlara kazandırarak, çoğulculuğu teşvik etmesini sağlama ihtiyacını göstermektedir.

Yani eğitimin taşıdığı daha ulvi birtakım amaçlar bir kez daha teslim edilmektedir. Gençlerin kafası sadece faydalı bilgilerle doldurulmayacaktır: Gençlik uygun amaçlar doğrultusunda münasip araçlarla şekillendirilecektir. Eğitimin taşıdığı ruh da önemlidir. Örneğin, "disiplin cezası uygulaması, bir okulun kurulma amacını gerçekleştirme çabasının ayrılmaz bir parçası olup, öğrencilerin karakterini ve fikri yetilerini yoğurup geliştirmek de buna dahildir" ve dolayısıyla cismani ceza yolu sadece bir iç idare meselesi olarak görülüp geçilemez.[25] Peki ama çoğulculuk nereye kadar esnetilebilir? Milli "kültür" –özellikle dil, edebiyat ve tarih– eğitimi, bir çocuğun kimlik duygusu açısından, çocuğun kendi ailesi kadar temel bir yer arz etmektedir; fakat gitgide çokkültürlü bir yapı kazanan toplumlarda Devlet'in ortak bir toplumluk ideolojisi hissi aşılanmasındaki menfaatleri ebeveynlerin katı inançlarıyla ya da bir ailenin toplum içerisindeki yerine dair hissiyatıyla veya çocukları-

24 *Aksu/Türkiye* [BD] (15 Mart 2012), paragraf 81-89, 85.

25 *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık* (1982) A 48, paragraf 33-37, 36.

nın "makbul" görüşlere tâbi kılınmaması gerektiğini düşünen ebeveynlerin kanaatleriyle çatışabilmektedir. *Folgerø ve diğerleri/Norveç* davasında Büyük Daire, ilkokullarda din ve felsefe öğretimi için getirilen yeni düzenlemelerin ebeveyn haklarına saygı göstermediğine hükmetmiştir. Yeni müfredat Hıristiyanlık dinine yönelik bilgilere daha çok vurgu yapılmasını şart koşmakla birlikte, ders sırasında diğer inançlar da ele alınacaktı. Mahkeme'nin çoğunluğu, ülkenin tarihi ve geçmişi açısından Hıristiyanlığın sahip olduğu önem ışığında bu dine ait bilgilere vurgu yapılmasını başlı başına itiraz edilebilir bir husus olarak görmemiştir. Ancak müfredatın, evle işbirliği içerisinde olsa da, Hıristiyanlık dinine ve ahlakına uygun bir yetiştirme tarzı sağlamaya yardımcı olma amacı taşıması, Hıristiyanlık ile diğer din ve inançlar arasında öngörülen ayrımların sadece niceliksel değil, niteliksel de olduğu izlenimi yaratmakta ve dolayısıyla mezhepçiliği konu edinerek çoğulculuğu ve anlayışı teşvik etme biçiminde ifade edilen müfredat amaçlarına şüphe düşürmekteydi. Bu nedenle ebeveyn inançlarının yeterli koruma ile güvenceye alınması gerekmekteydi. Eğitimin hangi açılardan kendi inançlarıyla bağdaşmayacağını saptayarak bildirmelerine olanak sağlamak için ders planlarının ebeveynlere önceden sunulması gereği, dersten muaf tutulma taleplerinin makul nedenlere dayandırılması şartı ve okulların çocuğu tümüyle sınıftan değil, sadece söz konusu faaliyetten çıkarma yetkisi bir araya geldiğinde söz konusu düzenlemeleri son derece karmaşık ve ebeveynler açısından muhtemelen caydırıcı kılarken, ebeveynlerin kendi dini ve felsefi inançlarını kabul edilemez bir ölçüde açığa vurmak zorunda kalması riskini de beraberinde getirmekteydi.[26]

Ancak görünen o ki, bariz biçimde müfredatla ilgili olmaktan ziyade milli kimlik duygusu aşılamaya yönelik daha incelikli yollar ebeveynlerin şikâyetlerine göre daha az konu edilmektedir. *Valsamis/Yunanistan* ve *Efstratiou/Yunanistan* davalarında, Yehova Şahidi öğrenciler ülkenin milli bayramının kutlandığı törenlere katılmadıkları için ceza almış, ebeveynlerin, bu tür etkinliklerin sıkı bir şekilde bağlı oldukları pasifizm düşüncesiyle bağdaşmaması nedeniyle, inançları göz önüne alınarak törene katılma zorunluluğundan muafiyet elde etme çabaları sonuca ulaşmamıştır. Mahkeme "öğrencilerin bir resmi bayramda –bir günlüğüne bile olsa– tören yapmak için okul dışında bir yere götürülerek okuldan uzak kalmaya mecbur edilebilmesine" şaşırmakla birlikte, demokrasi ve insan haklarının resmi olarak kutlanmasını içeren bu törenlerin niteliğinde (askeri personelin katılımı göz önüne alındığında dahi) başvurucuların 9. madde açısından pasifist inançlarını incitebile-

26 *Folgerø ve diğerleri/Norveç* [BD] 2007_VIII, paragraf 85-102. Karşıt görüşteki azınlık (Mahkeme 8'e karşı 9 oyla karar almıştır), müfredatın bilgiyi "objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda" aktardığı ve "telkin amacı güttüğünün söylenemeyeceği" kanaatindeydi. Ayrıca bkz. *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye*, 2007-XI, paragraf 58-77 (din kültürü ve ahlak dersinin programı, objektiflik ve çoğulculuk kriterlerini karşılamamakta ve dersten muafiyet olanağını kısıtlamaktaydı: İhlal tespit edilmiştir).

cek hiçbir unsur bulunmadığı kanaatine varmıştır.[27] Bu kararın, çoğu toplum içerisinde kamusal alanda yaygın olarak rastladığımız, din, kraliyet ya da tarih temalı sembolizmin banalliğini ortaya koyduğu söylenebilir. Bir çocuğu tüm bunlardan izole etmeye ya da hatta sınıfı steril bir öğrenme ortamı haline getirmeye çalışmak, eğitimi toplumdan ve kendine özgü toplumsal bağlamından kopartmak anlamına gelecektir. Büyük Daire'nin *Lautsi ve diğerleri/İtalya* davasında altını çizdiği üzere, eğitim ve öğretim alanındaki düzenlemeler gerçekten de tarihsel gelenekleri ve egemen dini bağlılıkları yansıtıyor olabilir. Örneğin sınıflarda çarmıh bulunması şartı, İtalya'daki çoğunluk dinine "üstün bir görünürlük" kazandırmakla birlikte, Mahkeme'nin görüşüne göre tek başına bir telkin aracı oluşturmamaktadır; zira çarmıh özünde, etkisi itibariyle didaktik bir konuşma ya da dini faaliyetlere katılım ile kıyaslanamayacak denli pasif bir simgedir. Bu sonuca varırken özellikle, müfredatta Hıristiyanlık konusunda zorunlu bir eğitim yer almaması ve diğer inançlara ilişkin bir anlayış kazandırma ve başkalarının inançlarına hoşgörü gösterilmesini teşvik etme yönünde açık girişimlerin varlığı dikkate alınmıştır.[28] Sembolizm genellikle bir toplumun ne ve kim olduğuna ilişkin hissiyatını yansıtmaktadır: Bir azınlık tarafından (azınlık gruplarının özgünlüğünü sürekli olarak vurguladığı ölçüde) baskıcı bulunabilirse de, çoğulculuk ve karşılıklı hoşgörü konusunda idrak kazanabilmek için gerekli bir önkoşul olarak kültürel kimliğe dair bir farkındalık oluşturulmasına yardımcı olan unsur, devlet kimliğinin bu kaçınılmaz yönü, yani eğitim yoluyla ve sınıfta aktarılabilen birtakım bilgi, anlayış, farkındalık ve hatta tavırlardır. Çoğulculuk azınlıklardan da beklenen bir şeydir.

Son olarak, sınıf içerisinde hoşgörünün takdiri ve çoğulculuğun kabulü konularına eğitimde ayrımcı düzenlemelere ilişkin davalarda da rastlamak mümkündür. Mahkeme eğitim alanında birtakım azınlıklara fayda sağlayacağı öne sürülen tedbirler gibi gösterilmekle birlikte aslında eşitsizlikleri ve soyutlanmışlık ve aşağılık duygusunu sürdürmeye çalışan tedbirleri de ele almaya çalışmaktadır. *DH ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti* davasında Mahkeme, insan haklarının etkili bir şekilde korunmasını güvence altına almak amacıyla ayrımcılık alanında "daha az katı delil kurallarının" uygulanması gerektiği içindir ki, objektif ve makul bir gerekçenin varlığının kanıtlanmasına ilişkin ispat yükünün davalı devlete geçmesi için (Roman çocukların %50'den fazlasının becerileri daha düşük olan çocuklara yönelik özel okullara yerleştirildiğini, oysa Roman olmayan çocuklar açısından bu oranın %2'den az olduğunu

27 *Valsamis/Yunanistan* 1996-VI, paragraf 26–33, 31; *Efstratiou/Yunanistan* 1996-VI, paragraf 27–34, 32; (aynı şekilde 1 No'lu Protokolün 2. maddesine yönelik ihlal tespit edilmemiştir).

28 *Lautsi/İtalya* [BD] 2011 – 18 Mart 2011 tarihli karar, paragraf 62-77, 71 (1 no'lu Protokolün 2. maddesine yönelik ihlal tespit edilmemiştir ve 9. madde kapsamında ayrı bir mesele doğmamıştır, 1 no'lu Protokolün 2. maddesi bu alanda üst kanundur (*lex specialis*)). Bu kararda Daire tarafından benimsenen yaklaşım (3 Kasım 2009) bozulmuştur.

gösteren) yerleştirmelere ilişkin istatistiksel analizin yeterli olduğu kanaatine varmıştır. Devlet adı geçen davada bu yükü karşılayamamıştır.[29] Mahkeme, *Oršuš ve diğerleri/Hırvatistan* davasında, Roman çocuklara uygulanan testlerin dil performansını değerlendirmek amacıyla tasarlanmadığını ya da bu çocuklara özel dil dersleri verilmiş olmadığını tespit etmiştir. Bu nedenledir ki, Roman çocukların iddia edildiği üzere zayıf Hırvatça bilgilerini düzeltmek amacıyla sadece Romanların yer aldığı sınıflara yerleştirilmesi haklı bir gerekçe olarak görülmemiştir; bilakis, Roman öğrenciler arasında okulu bırakma oranının yüksekliği nedeniyle Romanlar arasında eğitimin önemine dair farkındalığı arttıracak ve okul müfredatını takip etmek için yardıma ihtiyaç duyan Roman çocuklara yardımcı olacak pozitif tedbirlerin uygulamaya geçirilmesi gerekmekteydi.[30] Bu davaların her ikisi açısından önem arz eden bir başka nokta da, sözü geçen şekilde ayrılarak yerleştirilen çocukların ebeveynlerinin, bu yerleştirmelere rıza göstererek, ayrımcılığa uğramama haklarından feragat etmiş olduğu savının "ırk ayrımcılığına uğramama hakkına yönelik hiçbir feragatin, böyle bir şey önemli bir kamu yararına karşı olacağından, geçerli sayılması mümkün değildir" denilerek reddedilmiş olmasıydı.[31] Devlet makamları, bu tür başka yollara başvurarak, yetişkinlerin zımni görüşlerini çocukların öteki gruplara ilişkin algılarına yansıtabilmektedir. Mahkemelerin yetkin olmadıkları yönündeki algılar nedeniyle adım atarken çok dikkatli davranması gereken bir alan olan eğitim tercihi gibi bu tür hassas konularda müdahalelerde bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, eğitimin çoğulculuğa olanak sağlaması gerektiği yönündeki taleplerin net bir şekilde duyulmasını sağlamaktadır.

Öğretmenin ifade özgürlüğü

Bir öğretmenin sınıftaki ifade özgürlüğü ne ölçüde korunmaktadır? Şimdiye kadar, bir çocuğun bilgiye erişimine dair tartışmalar eğitim kurumlarınca müfredat içeriğinin belirlenmesine ve kimi ders konularının sınırlanması

29 *DH ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti* [BD] – 13 Kasım 2007 tarihli karar, paragraf 188-195, 188.

30 *Oršuš ve diğerleri/Hırvatistan* [BD] – 16 Mart 2010 tarihli karar. Ayrıca bkz. paragraf 156-179 (ebeveynlerin bu yerleştirmeleri itiraz etmeden pasif bir tavırla karşılaması, ebeveynlerin kendilerinin de dezavantajlı bir topluluğa mensup ve genellikle eğitimsiz olmasıyla, dolayısıyla da durumu ve verdikleri rızanın sonuçlarını tüm yönleriyle ölçüp biçme becerisinden yoksun bulunmasıyla açıklanabilmekteydi; her halükârda, ırk ayrımcılığına uğramama hakkına yönelik hiçbir feragatin, böyle bir şey önemli bir kamu yararına karşı olacağından, geçerli sayılması mümkün değildir).

31 *DH ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti* [BD] – 13 Kasım 2007 tarihli karar, paragraf 204. *Oršuš ve diğerleri/Hırvatistan* [BD] – 16 Mart 2010 tarihli karar, paragraf 156-179. Krşl. Mahkeme'nin oybirliğiyle ihlal bulunmadığı tespitine varmış olduğu 17 Temmuz 2008 tarihli Daire kararı. Ayrıca bkz. *Sampanis ve diğerleri/Yunanistan* (5 Haziran 2008), paragraf 84-97 (Roman kökenli çocuklara, okulun müştemilatında ayrı bir sınıfa nakledilene dek okula erişim hakkı tanınmamıştır: 1 no'lu Protokolün 2. maddesi ile birlikte ele alındığında 14. maddeye yönelik ihlal tespit edilmiştir).

bakımından ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesine odaklanmış bulunmaktadır. Mahkeme içtihatları çoğulculuğu geliştirme aracı olarak eğitimin önemini vurgulamanın yanı sıra, bir ebeveynin çocuğunu değer-yüklü bir dersten alma hakkı tanınarak çoğulculuğun korunması ve (ebeveynler itiraz etmediğinde dahi) çocukların haklılığı kanıtlanamayan nedenlerle ayrı tutulmasının önlenmesi gereğinin de altını çizmektedir. Ancak gerçek hayatta verilen eğitim üzerinde en çok etki sahibi olan kişi öğretmenin kendisidir ve eğitimcilerin ifade özgürlüğüne (ya da başta 9 ve 11. madde olmak üzere, bağlantılı haklara) yönelik güvenceler hakkındaki kararlar da bir açıdan önem arz etmektedir.

Elbette ki daha ileri bir eğitim düzeyinde, akademik ifade özgürlüğü genelde bilgi ve algı arayışı açısından olmazsa olmaz (*sine qua non*) addedilmektedir.[32] *Lombardi Vallauri/İtalya* ve *Cox/Türkiye* gibi davalar Mahkeme'nin bu tür durumlardaki düşünce biçimine dair bir gösterge oluşturmaktadır. *Lombardi Vallauri* davasında bir üniversite hocasının, belirli bir dini mezhebe bağlı olan bir üniversitedeki öğretim görevlisi pozisyonuna, üniversitedeki hakim dini öğreti ile bağdaşmadığı öne sürülen görüşleri nedeniyle atanmaması, başvurucunun görüşlerinin üniversitenin menfaatlerini ne şekilde etkileyebileceğinin izah edilmemiş olması dolayısıyla 10. maddeye yönelik bir ihlal olarak görülmüştür;[33] keza *Cox/Türkiye* davasında da, verdiği ders sırasında, Türk devletinin Kürtleri "katlettiğinden" bahseden –bu konu Türkiye'de halen hayli ihtilaflı sayılmaktadır– ifadeleri nedeniyle Türk vatandaşı olmayan bir akademisyenin ülkeye tekrar girmesine izin verilmemesi de Sözleşme güvencesini ihlal eder bulunmuş, özellikle "demokratik bir toplumun tartışmalı ifadelere hoşgörüyle ve açık fikirlilikle yaklaşması gerektiği" içindir ki, yetkililerin söz konusu işlemin gerekliliğini haklı temellere dayandıramamış olması nedeniyle, ülkeye girişin reddedilmesi 10. maddeye yönelik bir ihlal sayılmıştır.[34] Bu tür davalar akademik fikirlere koruma sağlamaktadır. Peki ya, akademik tartışmalara katkı sağlamaktan ziyade bilgi ve fikirlerin (ve çoğulculuk gibi "pozitif" değerlerin) "aktarımıyla" ilgilenen okul öğretmenleri söz konusu olduğunda durum nedir? *Lombardi Vallauri* ilk bakışta, Protestan Kilisesi tarafından yönetilen bir okulda çalışan Roman Katolik bir yardımcı kreş öğretmeninin karanlık bir Kuzey Amerika mezhebi üyesi olarak göreviyle bağdaşmaz dini faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle işten çıkartılmasının 9. maddeye yönelik bir ihlale yol açar görülmediği *Siebenhaar/Almanya* davasında benimsenen yaklaşımla tam anlamıyla örtüşmüyor gibi görünmektedir. Söz konusu başvurucunun iş sözleşmesi Kilise'ye sadakat şartı içermekteydi

32 *İfadesizlik* iddiasıyla açılan bir dava: *Petersen/Almanya* (kabul edilebilirlik hakkında karar) 2001-XII (üniversite hocası mesleki vasıflardan yoksun olduğu ve ayrıca yayın yapmadığı gerekçesiyle işten çıkartılmıştır: Başvuru kabul edilemez bulunmuştur).

33 *Lombardi Vallauri/İtalya* 2009, paragraf 43-56.

34 *Cox/Türkiye* (20 Mayıs 2010), paragraf 38-45, 42.

ve ulusal iş mahkemeleri kendisinin ihbarda bulunulmadan işten çıkartılmasını Kilise'nin güvenilirliğini korumak bakımından gerekli bulmuştu. Bu gereklilik başvurucunun işini sürdürme hakkından daha ağır basmaktaydı[35] ve dolayısıyla söz konusu karar, okulun değerler sisteminin kişisel inançtan daha önemli olduğunu vurgular görünmektedir.[36] Bunun aksine, bir okul gazetesinde ırkçı bir yazı yayımlanması nedeniyle bir öğretmenin görevden alınmasıyla ilgili bir şikâyeti konu alan *Seurot/Fransa* davasında, ifade edilen görüşlerin demokratik vatandaşlık eğitiminde kilit bir rol oynaması beklenen bir öğretmenin üzerine düşen vazifelerle bağdaşmadığı gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararı tamamen yerinde görünmektedir.[37] *Vogt/Almanya* kararı da öğretmenin "aktarım" sorumlulukları ile öğretmenin sınıf dışarısındaki siyasi faaliyetlere katılma hakkına gösterilmesi gereken saygı arasında, tabii ortada yakışıksız telkine dair hiçbir işaret bulunmadığı varsayılarak, uygun bir denge gözetmektedir. Söz konusu davada bir öğretmen, siyasi faaliyetlerinin devletin anayasal düzenine siyasi bağlılık ödeviyle bağdaşmaz görülmesi nedeniyle görevden alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu yükümlülüğün getirilmesine yol açan tarihsel olayları kabul etmekle birlikte, söz konusu görevin herhangi bir özel güvenlik riski taşımadığına ya da başvurucunun öğrencilerine fikir aşılamaya çalışmamış veya okul dışında anayasa karşıtı herhangi bir beyanda dahi bulunmamış olduğuna kanaat getirmiştir. Dolayısıyla, başvurucunun görevden alınmasının gerçek nedeninin, seçimlerde aday olması da dahil olmak üzere, Komünist Parti'deki aktif üyeliği olduğu ve devletin öne sürdüğü nedenlerin önem arz etmekle birlikte, başvurucunun "görevden alınmasının demokratik bir toplumda gerekli olduğu konusunda ikna için yeterli" olmadığı sonucuna varılmıştır.[38]

35 *Siebenhaar/Almanya* (3 Şubat 2011), paragraf 36–48. Tartışma için bkz. Cristoph Grabenwarter "Kirkliches Arbeitsrecht und EMKR" in Hohmann-Dennhardt, Masuch ve Villiger (der.) *Festschrift für Renate Jaeger* (Engel, Kehl) (2011), s. 639–652.

36 Ayrıca bkz. (eğitimle ilgili olmayan) *Obst/Almanya* 2010, paragraf 39-53 (başvurucunun kendi sadakatsizliğini itiraf etme kararının ardından Mormon Kilisesi direktörünün görevden alınması kilisenin güvenilirliğini korumaya yönelik gerekli bir tedbir olarak görülebilir; zira direktörün evlilik ilişkisi içerisindeki sadakatinin işvereni açısından iş ilişkisi bakımından taşıdığı önemin ve dolayısıyla söz konusu görevin içerdiği genişletilmiş sadakat yükümlülükleriyle evlilik dışı ilişkinin bağdaşmazlığının farkında olması gerekmekteydi: İhlal tespit edilmemiştir). Ancak krşl. *Schüth/Almanya* 2010, paragraf 53-75 (Bir Roman Katolik kilisesinde org çalan ve koroyu yöneten başvurucu, eşinden ayrılmasının ardından yeni partnerinin hamile olduğu ortaya çıktığında işten çıkartılmıştır. Fiili (*de facto*) aile hayatından hiç bahsedilmemiş ve ulusal mahkemeler (danışmanlık ya da dini eğitim sorumluluğu üstlenmiş çalışanlar açısından geçerli olanın aksine) söz konusu görev bağlamında iş ilişkisinin devamıyla zina davranışının kesinlikle bağdaşmaz nitelikte olmadığını kabul etmekle birlikte, işten çıkartma gerçekleşmeseydi kilisenin güvenilirliğinin zedelenmiş olacağı görüşünü tasdik etmiştir).

37 *Seurot/Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar) (18 Mayıs 2004).

38 *Vogt/Almanya* (1995) A 323 (bir kamu görevlisinin komünist görüşlere sempati beslemesi nedeniyle görevden alınması), *Otto/Almanya*'dan farklılık göstermektedir (kabul edilebilirlik hakkında karar) (24 Kasım 2005) (kamu görevlisinin sağcı siyasi faaliyetleri nedeniyle terfi

Bu kararlar da yine çoğulculuk değerlerini tasdik etmektedir. Benzer bir yaklaşım kıyafet yönetmelikleriyle ilgili sınırlı içtihatta da göze çarpmaktadır. İfade özgürlüğü "bir kişinin giyinme tarzı yoluyla düşüncelerini ifade etme hakkını da içerebilmekle"[39] birlikte, dini kıyafetleri içeren davalar 9. madde bağlamında reddedilirken, eğitimle ilgili diğer kararlarla tamamen örtüşen gerekçeler kullanılmıştır. *Dahlab/İsviçre* davasında Mahkeme, küçük çocuklarla çalışan bir sınıf öğretmeninin İslam inancına uygun biçimde başörtüsü takmasına izin verilmemesini, başörtüsünün temsil ettiği "güçlü dış simge" ışığında haklı görürken, bu kıyafetin (kadınlar açısından toplumsal cinsiyet eşitliği prensibiyle bağdaştırılması güç bir dini kural getiriyor göründüğü için) sadece bir tür din propagandası aracı olarak görülebilmekle kalmayıp, demokratik bir toplumda tüm öğretmenlerin öğrencilerine aktarması gereken hoşgörü, başkalarına saygı ve eşitlik ile ayrımcılık yasağı mesajıyla da bağdaştırılmasının kolay olmadığını dile getirmiştir.[40]

Bilgi ve fikirlere erişimin kısıtlanması

Son tartışma alanı, aile ya da okul dışında başkalarının okul öğrencilerine düşüncelerini aktarma özgürlüğünü kısıtlama teşebbüsleriyle ilgilidir. Müfredat yoluyla "aktarılacak" olgusal bilgilerin içeriğinin belirlenmesi, elbette ki, okul çalışmaları için seçilmeyen bilgilerin sansüre tâbi tutulması gerektiği anlamı içermemektedir. Örneğin, cinsellikle ilgili bilgiler ile müfredat yoluyla verilen cinsel eğitimin içeriği arasında mutlaka bir bağlantı bulunmayabilir ya da devletin çocuklara sunulacak içeriğin objektifliğini sağlama sorumluluğu, çocuklara sınıfta sunulandan daha "çoğulcu" ya da somut ekstra bilgiler verilmesi bakımından geçerli değildir. Gerçek hayatta çocuklar birçok konuda ebeveynleri ya da okula kıyasla başka kaynaklardan daha çok bilgi ve fikir edinmektedir ve internet çağında gençlerin gerçeklere ya da düşüncelere ya da görsel kaynaklara erişimini sınırlama çabaları başarısızlığa mahkumdur. Nitekim *Handyside/Birleşik Krallık* davasına konu olaylardan beri bir ya da iki nesil geçmiş gibi görünmektedir. Adı geçen dava, okul çocukları için hazırlanmış bir Danimarka kitabı olan "Küçük Kırmızı Ders Kitabı"nın İngilizce kopyalarının toplatılmasıyla ilgiliydi. Kitap ilk olarak 1969 yılında Danimarka'da yayımlanmış ve kısa bir süre sonra batı Avrupa ülkelerinin

ettirilmemesi: Başvuru kabul edilemez bulunmuştur, başvurucu daha fazla terfi ettirilmeyerek geçim kaynağını kaybetme tehlikesi altında değildir). Ayrıca bkz. *Glasenapp/Almanya* (1986) A 104 ve *Kosiek/Almanya* (1986) A 105 (deneme süresi içerisindeki kamu görevlilerine aşırı görüşlere sahip bir siyasi parti üyeliği nedeniyle kadro verilmemesi 10. maddeye yönelik bir müdahale sayılmamıştır).

39 11674/85, *Stevens/Birleşik Krallık* (1986) DR 46, 245, paragraf 2.

40 *Dahlab/İsviçre* (kabul edilebilirlik hakkında karar) 2001-V. Ayrıca bkz. *Kurtulmuş/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar) (24 Ocak 2006) (üniversite hocasına başörtüsü takma izni verilmemiştir).

çoğunda (değişiklikler yapılarak) tercümeleri basılmıştı. Kitapta okul otoritesine başkaldırarak yaratılacak "öğrenci gücü" ya da "kağıttan kaplanlar" teşvik edilmeye çalışılmakla birlikte, en çok karşı çıkılan kısım cinsellik ve uyuşturucu ile ilgili içerik olmuş, birçokları gençlere verilen samimi tavsiyeleri ahlaki açıdan tehditkâr bulmuştur. Karar günümüzde, 10. maddenin "yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen bilgi ya da fikirler için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici" olanlar için de geçerli olduğu şeklinde sık sık tekrarlanan **veciz??** sözle ve "çeşitli Sözleşmeci Devletlerin iç hukuklarında tek tip bir Avrupa ahlakı kavramına rastlamak mümkün olmadığı" içindir ki, "takdir yetkisi"nin gerekçelendirilmesine ilişkin değerlendirmesiyle hatırlanmaktadır; ancak bu yazının konusu itibariyle başka iki açıdan ötürü de ilgi arz etmektedir.

Birincisi, kitabın geri kalan kısımlarının gençleri vatandaşlığa hazırlamaya yardımcı olduğu savı başarıya ulaşmamıştır. Yayıncı, "aşırı muhafazakarlar" tarafından siyasi bir gündemle kitaba karşı histeri uyandırıldığını öne sürmeye çalışmış, ancak Mahkeme, yayıncının 10. madde kapsamındaki haklarına yönelik müdahalenin sadece cinsel faaliyetler ve uyuşturucu konulu materyalden kaynaklanmış olduğu, zira "otoriterlik karşıtı kısımların" ulusal yargılamalarda "yalnızca temyiz mahkemesinin, ebeveynlerin, öğretmenlerin, kiliselerin ve gençlik örgütlerinin ılımlılaştırıcı etkisini sarsarak, eserin diğer kısımlarından kaynaklandığı düşünülen 'bozup yoldan çıkarma' eğilimini şiddetlendirdiği kanaatine vardığı kadarıyla" dikkate alınmış olduğu hususunda davalı Hükümet'e katılmıştır.[41] Bu görüş muhtemelen, cinsellik ve uyuşturucu hakkında yürütülen tartışmanın kitabın ana temasıyla ne ölçüde bütünleşmiş olduğunu teslim etmemektedir – yetişkinler tarafından "aktarılmakta" olan egemen yetişkin *adabı* tam da kitapta tasvir edildiği şekilde "gerçeklere" sahip olan gençler tarafından ciddi bir şekilde meydan okunan türden yetişkin-yapımı beyanatlar içermekteydi.

İkincisi, bu karar kitabın toplatılma bağlamını göz ardı ediyor görünmektedir. İngiltere'de müstehcenlik mevzuatı kapsamında yürütülen toplatma işlemi, ancak iş işten geçtikten sonra gerçekleştirilmiştir: İlk yirmi bin baskının %95 kadarının sevkiyatı halihazırda yapılmış bulunuyordu (görünen o ki, çeşitli edebiyat ve eğitim dergilerinde kitabın İngilizce baskısının reklamları yapılmış olduğu için bu sevkiyatın birçoğu kitabı sipariş vermiş olan okullara yapılmıştı) ve (Kuzey İrlanda'da olduğu gibi) eseri sansürleme çabasına ya hiç girişilmemiş, ya da (bu satırların yazarının hayal meyal hatırladığı üzere kitabın temkinli de olsa serbestçe dağıtıldığı İskoçya'da olduğu gibi) bu girişimler başarıya ulaşmamıştır. Ancak, yetkililerin harekete geçmemesi-

41 *Handyside/Birleşik Krallık* (1976) A 24, paragraf 52.

ne dair "ikna edici nedenler" olabileceği içindir ki, kitabın o tarihte Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunun yanı sıra Birleşik Krallık'ta da dağıtılmış olması göz ardı edilebilir bir husustu. Mahkeme'nin bu nedenleri sorgulaması gerekmiyordu ve toplatma işleminin başarıya ulaşmaması, "ulusal makamların takdir yetkisi düşünülürse, [ulusal hukuk] kararının gerçek bir ihtiyaca cevap vermediğine kanıt" oluşturmuyordu. Dahası, gençlere yönelik olarak hazırlanmış olan ve cinsiyetle ilgili konuları ele alan bir esere müdahale "ihtiyacı"nın, seks-shoplardan dışarı sızan, genel anlamda eğlence piyasasına nüfuz etmiş olan ve dergi raflarının üst sıralarına dizilmiş plastik poşetlerden dışarıyı gözetleyen yetişkin ürünlerinin hazır-nazırlığını dikkate alması mümkün değildi. "Ağır pornografiye tahsis edilmiş, entelektüel ya da sanatsal değerden yoksun bir sürü yayının Birleşik Krallık'ta aşırı derecede hoşgörüden yararlanıyor olduğu iddiası" 10. maddeye yönelik müdahale "ihtiyacı"na ilişkin değerlendirme bakımından önem arz etmemekteydi; zira "dosyadaki belgelerden anlaşıldığı kadarıyla, söz konusu yayınlar ve eğlence materyalleri, bunlara hazırda erişimi bulunan çocukları ve ergenleri Ders Kitabıyla aynı ölçüde hedef almamaktadır."[42] Bu gerekçe, Yargıç Mosler'in ayrı görüşünde vurgulandığı üzere, ilk bakışta tatmin edicilikten bir bakıma uzak görünmektedir: Yapılan baskının büyük bir çoğunluğu topluma ulaşmış bulunuyordu; bu topluma ergenler de dahildi; ve yetkililer tarafından fiilen başkaca herhangi bir adım atılmamış olması "gençlerin, meşru takdir yetkisi dahilinde hareket eden yetkili mercilere göre 'bozup yoldan çıkarma' ihtimali taşıyan kitabın yaratacağı tesirlere karşı korunmaması" anlamına gelmekteydi. Bu durum, ülkenin dört bir yanında okul çantaları didik didik aranmak suretiyle öğrencilerin korunması gibi bir pozitif tedbir çağrısından ziyade, aşikâr bir tespit teşkil etmektedir; öncesinde gerçekleştirilmiş yaygın bir yayın söz konusu olduğunda ifadenin kısıtlanması "ihtiyacı" hakkında müteakip içtihatlara dair öngörüde bulunan bir tespit.[43] Peki ama Mahkeme gerçekten toplatma işleminin gerçekleştirildiği toplumsal bağlamın önemini hafife mi almıştır? Okul bahçelerinde elden ele dolaşarak okunmaktan yıpranmış kitap nüshaları hiç şüphe yok ki eserin yetkililerce son derece rahatsız edici addedilmesi yüzünden daha da hırsla tüketilmiştir. Şehvet düşkünlüğü Birleşik Krallık'ta hayatın bir gerçeğiydi, fakat namus bekçiliği de İngiliz mahkemelerini sarmış bir gerçekti. Kararın bu kısmını, aşırı koruma altındaki ergenler ve gençler dışında kalan herkesin yetişkin dünyasıyla sürekli olarak ve kolayca rastlaşma olanağını yok sayar biçimde algılamak tam anlamıyla doğru olmadığı gibi, böyle bir şey "eğitim" ve gençlere "fikirlerin aktarılması" hakkında önemli bir noktayı da gözden kaçırmak anlamına gelecektir. Gençlere hangi fikirlerin ve ideallerin değerli ve üzerinde düşünmeye değer, hangilerininse

42 *A.g.k.*, paragraf 56-59.

43 Bkz. örn. *Observer ve Guardian Gazeteleri/Birleşik Krallık* (1991) A 216, paragraf 62-68; ve benzer biçimde, *Sunday Times/Birleşik Krallık (no 2)* (1991) A 217, paragraf 50-55.

yanlış, değersiz ya da zararlı olduğu konusunda işaretler vermek hem eğitim uğraşısının doğasıyla, hem de Mahkeme içtihatlarında ifade edildiği üzere 10. maddenin temel amacıyla tutarlılık arz etmektedir. "Küçük Kırmızı Ders Kitabı"nın iyi anlaşılmayan yasal işlemlere konu edilmiş olduğunu bilmek, kitabın daha büyük bir iştahla tüketilmesine yol açarken, bir yandan da içeriğine şüphe ve dikkatle yaklaşılması gerektiği düşüncesi yaratmıştır. Gençler için hazırlanmış materyallerin sansürlenmesine yönelik girişimler, eleştirel farkındalığın geliştirilmesine yardımcı olabilir. Başkalarının ifadesiyle faal bir şekilde haşır neşir olma arzusu okulda başlar ve hayat boyu devam eder. Örneğin gazetecilerin ve keza yazarların yaptıkları yorumların doğrulanabilir olgularla desteklenmesini sağlama sorumluluğunu vurgulayan Mahkeme kararlarında bu önemli noktaya değinilmektedir. 10. madde kanıtlanabilir nitelikteki olgularla desteklenen delillerin ve her türlü değer yargısını destekleyen birtakım olgusal dayanakların varlığını kesin olarak aramaktadır. *Chauvy ve diğerleri/Fransa* gibi davalarda tarih konusunda kıymetli addedilen yazarların özellikle ciddi imalarda bulunurken tarih alanındaki temel yöntemsel kurallara riayet etmesi gerektiğini vurgulamaktadır.[44] Yazarların ve yayıncıların bu sorumluluğu, yukarıda ele alınan *Aksu/Türkiye* kararında Büyük Daire tarafından dile getirildiği üzere, en genç okurlara karşı da geçerlidir.[45] Bu noktada Mahkeme'nin, öğrenciler ya da başkaları[46] açısından zararlı olma potansiyeli taşıyan "şoke edici, incitici ya da rahatsız edici" fikirlere erişimi engellemek amacıyla tedbir alan ulusal makamların takdir yetkisini teslim etmesi tümüyle anlaşılabilir bir durumdur.

---

44 *Chauvy ve diğerleri/Fransa* 2004-VI, paragraf 69-80 (Fransız Direnişi liderlerinin ihanette bulunduğunu öne süren bir kitabın yazarı ve yayıncısı, daha sonrasında iftira suçuyla mahkum edilmiştir. Mahkeme, tarihsel gerçek arayışının 10. madde tarafından korunan hakların ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu kabul etmekle birlikte yine de ihlal tespit etmemiştir); ve *Radio France ve diğerleri/Fransa* 2004-II, paragraf 34-41 (bir kişiyi Yahudi tehcirinde aktif rol oynamakla suçlayan gazetecilerin iftira suçuyla mahkum edilmesi ve bu mahkumiyet kararının ayrıntıları hakkında yayın yapılmasının emredilmesi: İhlal tespit edilmemiştir, gazeteciler ülke çapında yayınlanan iddiaların son derece ağır olması nedeniyle aranan en yüksek ihtiyat düzeyini ve ölçülülüğü sergilememiştir). Ayrıca bkz. *Giniewski/Fransa* 2006-I, paragraf 43-56 (bir papalık genelgesi ile Yahudi Soykırımı arasındaki bağlantıları araştırmaya çalışan bir gazete yazısı: 10. madde ihlali, söz konusu yazı güncel bir tartışma konusuna saldırgan olmayan bir üslupla yaklaşmaktaydı).

45 *Aksu/Türkiye* [BD] 15 Mart 2012. Yukarıdaki tartışmaya bakınız.

46 Bkz. örn. *Vejdeland/İsveç* (9 Şubat 2012), paragraf 54-57 (bir örgütün mensupları öğrencisi olmadıkları bir liseye izinsiz girmek ve eşcinsellik hakkında tahrik edici ifadeler içeren broşürler dağıtmaktan ötürü mahkum edilmiştir: Söz konusu mahkumiyet kararları ve cezalar orantısız olmaması ve ulusal mahkemelerin sunduğu gerekçelerin ilgi arz etmesi ve yeterli olması dolayısıyla 10. maddeye yönelik ihlal tespit edilmemiştir. Özellikle 56. paragraf: "Broşürler kolay etkilenebilir ve hassas bir yaşta olan gençlerin dolaplarına bırakılmış olup, gençlerin bu broşürleri almayı reddetme olanağı bulunmamaktaydı. Dahası, broşür dağıtımı başvuruculların hiçbirinin devam etmediği ve serbest erişimleri bulunmayan bir okulda gerçekleşmiştir.")

Sonuç

Çocuğun "eğitim" hakkı ilk bakışta, asgari bir işlevsellik telkin etmek ve seçkin toplumsal değerleri geliştirmek bakımından gerekli görülen önceden belirlenmiş bir bilgi yelpazesine erişim içeriyor gibi algılanmaktadır. Mills'in sunduğu dünya ve ifade yoluyla gerçeği arayan faal vatandaşları kapsayan canlı piyasası, en azından bireyin bu erken fiziksel ve ruhsal gelişim aşamasında çok uzak görünmektedir. Dolayısıyla eğitim bağlamında ifade özgürlüğünün, öğrencilerin bir okulda dogmaların ya da egemen addedilen dini ya da kültürel ideolojinin öğretilmesine etkin bir şekilde karşı çıkmasıyla doğrudan bağlantılı olma ihtimali düşüktür, ancak bunun devlet kurumlarınca verilen eğitim hizmetinde kendi felsefi inançlarına saygı gösterilmesini talep edebilecek ebeveynlerin hakları üzerinden yapılması mümkündür.

Eğitim sistemlerinin çoğu didaktik öğretim yöntemlerine dayandığı içindir ki, çocuk açısından bakıldığında 10. maddenin fiiliyatta, fikir ve bilgilerin başkalarına aktarılmasından ziyade çocuğun bunları *edinme* özgürlüğü ile ilgili olabileceğini öne sürmek abartılı olmayabilir. Ancak bu durumda, devletin münasip değerleri aşılama ve gerekli olgusal bilgileri "aktarma" çabalarına destek veren önemli kararlar da göz ardı edilmiş olacaktır. Mahkeme eğitimin yapısı, müfredat içeriği ve gençlere yönelik eğitimin ruhu ile ilgili ince eleyip sık dokunarak seçilmiş olaylarda müdahaleye istekli olduğunu göstermiş bulunmaktadır. İnsan hakları güvencelerinin eğitim alanında uygulanması bakımından, konuya ilişkin sınırlı yetkinlik nedeniyle, sert bir "takdir yetkisi" ölçüsü gerekmekle birlikte, Sözleşme'nin başka bir maddesindeki temel değerlerin korunması bakımından ne zaman müdahale edilmesi gerektiği konusunda da ince bir ayar lazım gelmektedir.

Müfredat belirleme kaçınılmaz olarak, gelecek nesillere bilgi aktarımı üzerinde kısıtlamalar ya da nitelemeler içermektedir. Müfredat ister istemez seçilmiş bilgiler içerecektir. Ne var ki, temel olarak ortak bir müfredat izlenmesine birtakım durumlarda çoğulculuğun varlığı ve teşviki açısından, yani değer ve kültürlerin bir arada en üst düzeyde yaşatılma gayreti karşısında karşı çıkılabilmektedir.[47] Mahkeme birkaç kilit davada, sadece demokratik toplumlar açısından temel önkoşul olarak değil, aynı zamanda gençler arasında doğru tutum ve değerlerin teşvikine yardımcı olmak açısından da büyük önem taşıdığı için de sınıfta çoğulculuğun teminini sağlamaya çalışmaktadır. Bu davalar 10. maddenin yanı sıra, zaman zaman 14. maddeye atıflarla birlikte 8. ve 9. madde ve 1 no'lu Protokolün 2. maddesiyle ilgilidir.

47 Mile Golby "Curriculum Traditions" [Müfredat Gelenekleri], Bob Moon, Patricia Murphy ve John Raynor (der.), *Policies for the Curriculum* [*Müfredat Politikaları*] içinde (Hodder and Stoughton, Londra) (1989), s. 30.

Bunların her biri birbirinden farklı meseleler arz etmekle birlikte, sınıfta ifade özgürlüğünün önemi konusuyla da ayrılmaz bir şekilde bağlı bulunmaktadır. Günümüz gençliği *etkin* katılımcı demokrasi ("aktif" vatandaşlık diye de tanımlanabilir) için gerekli becerilere ve güvene ihtiyaç duyarken, bir yandan kendi demokratik sorumluluklarını düzgün bir şekilde yerine getirmeleri için gerekli bilgi ve tavırlara da ihtiyaç duymaktadır. İfadenin kullanımı açısından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi metninde özel olarak tanındığı üzere, hakların yanı sıra sorumluluklar da söz konusudur. Bu sorumluluklar arasında başkalarının haklarının korunması (örneğin okul ortamında sanal zorbalık tasvip edilemez bir ifade özgürlüğü kullanımı olarak görülmelidir) yer alabileceği gibi, sadece bireylerin değil, bir açıdan –cinsiyet, ten rengi, dini inanç (ya da inançsızlık)– farklı olan tüm toplulukların haklarına saygı gösterilmesi de sayılabilir. Dolayısıyla, yetişkin dünyasıyla gençlerin dünyası arasında ifade özgürlüğüne has ödevleri vurgulayan bağlantılar kurulması, yetişkin toplumunun kusur ve zaaflarının gençler tarafından fark edilmesine yardımcı olmak bakımından eğitimcilere bir fırsat sunmaktadır. Demokratik toplumda ifadenin işlevselliğine yönelik ayrıntılı analizler erken yaşlar söz konusu olduğunda basitleştirilebilir: İfade özgürlüğü sadece kişisel ya da kolektif "gerçeklik arayışı" için değil, birbirimizle karşılıklı saygı yoluyla nasıl ilişki kurduğumuzu, veya İnsan Hakları Mahkemesi'nin tabiriyle, Avrupa toplumunun çoğulculuk ve karşılıklı hoşgörü değerlerini teşvik etmesini nasıl sağladığımızı idrak etmeye yardımcı olunabilmesi için de gereklidir.

Malta'da iftira ve hakaret - tarihsel bir taslak

Vincent A. De Gaetano[1]

Malta'da iftira ve hakaret davaları açmak, özellikle siyasetin içinde yer alan insanlar için ve hele de seçimlerin yaklaştığı dönemlerde, çok popüler bir hobidir. Dolayısıyla, Malta'nın bireysel başvuru hakkını kabul ettiği[2] tarihten bu yana geçen yıllar içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Malta'yla ilgili olarak verilen ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlalinin tespit edildiği sadece üç kararın mevcut olması şaşırtıcıdır[3]. Maltalıların psikolojik dünyasına[4] ve, bazı açılardan, bu psikolojiyi yansıtan Malta hukuk sistemine aşina olmayan insanların Malta'da görülen iftira ve hakaret davalarını ve bu davalara dayanak oluşturan yasal düzenlemeleri biraz garip bulmaları ise pek şaşırtıcı değildir. Bu kısa makalenin esin kaynağı da Sir Nicolas Bratza'nın yukarıda değinilen üç karardan biri için kaleme aldığı mutabık görüş oldu. *John Anthony Mizzi/Malta* davası, adanın başlıca İngilizce gazetesi olan *The Times*'da yayımlanan ve 1940'ların sonlarında yaşanan bazı olaylara değinen bir mektupla ilgiliydi. O dönemde Malta'nın Başbakanı (sonradan Sir unvanı alan) Dr. Paul Boffa'ydı[5]. Boffa 1962'de öldü. Eski Başbakan'ın oğlu, söz konusu mektupta o dönemde imara açılan bir arazide Başbakan'ın kişisel çıkarlarının bulunduğu ve arazinin bu nedenle imara açıldığı iddia

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı. Yazar, bu kısa makalede atıfta bulunulan davaların ve belgelerin bazıları hakkındaki bilgileri bulmakta kendisine yardımcı olan üç eski öğrencisine yardımları için teşekkür borçludur: Eski savcı ve şimdi özel avukatlık yapan Dr. Stephen Tonna-Lowell; Başsavcı Vekili Dr. Donatella Frendo-Dimech; ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görev yapan bir hukukçu olan Dr. Roberta Muscat. Ancak, uzunluk kısıtlaması nedeniyle toplanan materyallerin ancak küçük bir kısmını makaleye dahil etme olanağı bulabildim.

2 Malta, bireysel başvuru hakkını tanıyan belgeyi ancak 30 Nisan 1987'de, yani İşçi Partisi hükümetinin kaybedip iktidardan düştüğü genel seçimlerden sadece sekiz gün önce kabul etti.

3 *Lombardo ve diğerleri/Malta*, 24 Nisan 2007, *Aquilina ve diğerleri/Malta*, 14 Haziran 2011 ve *John Anthony Mizzi/Malta*, 22 Kasım 2011.

4 Önemli Maltalı tarihçilerden Prof. Henry Frendo, *The Origins of Maltese Statehood [Malta'nın Devlet Haline Gelişinin Kökenleri]* (BDL (Malta), 2000) adlı kitabında 1950'lerdeki "Maltalı bilinci"ni şu sözlerle açıklar: "Maltalı bilinci, dini açıdan tartışmasız bir şekilde Katolik, dilsel açıdan büyük ölçüde Sami, tarihsel açıdan 12. yüzyıldan bu yana Avrupalı, Britanya İmparatorluğu'nun Akdeniz renkleri üzerine fırça darbeleri ve dokunuşlarıyla birlikte hayatta kalmaya öncelik veren ve ekonomik açıdan bağımlı, adalı ve kozmopolit; ama her şeyden önce Maltalı, yani kendine özgü." (s. 19). Bilincin genlerle ilgisi varsa, bu bilincin genetik açıdan da Sicilyalı olduğunu ekleyelim!

5 Paul Boffa, hem bir siyasetçi ve Malta İşçi Partisi'nin lideri, hem de 2. Dünya Savaşı'nda Malta'nın en ağır bombardımana maruz kalan bölgelerinden birinin bölge komiseri ve ARP sağlık sorumlusu olarak üstün hizmetlerinden dolayı 1956 Yeni Yıl Nişanları Listesi çerçevesinde Knight Bachelor ilan edildi. Ayrıca 1941'de İngiliz Kraliyet Nişanı ile onurlandırılmıştı – bkz. Schiavone, M.J., *Dictionary of Maltese Biographies [Maltalı Biyografileri Sözlüğü]* PIN (Malta), 2009, cilt 1, s. 213.

edildiği için, mektubun yazarı olan Sayın Mizzi aleyhinde tazminat talebiyle hukuk davası açtı. Boffa'nın oğluna göre bu iddia, üstlendiği tüm kamusal ve siyasi görevlerde sergilediği dürüstlük ve diğerkâmlıkla bilinen müteveffa babasının anısını karalamaya yönelik bir girişimdi. Hem asliye mahkemesi, hem de Temyiz Mahkemesi davacı lehine karar verdi. Bunun üzerine Sayın Mizzi, başka hükümlerin yanı sıra Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini öne sürerek anayasal hakları için dava açtı. Bu dava hem asliye mahkemesi, hem de temyiz için başvurduğu Anayasa Mahkemesi tarafından reddedildi. AİHM'in 4. Dairesi ise (*ad hoc* yargıcın muhalefet şerhiyle birlikte) farklı bir görüş benimsedi, Hükümet'e hukuk mahkemesinin Mizzi'ye Başbakan'ın oğluna ödemesini emretmiş olduğu 700 euroluk tazminatı geri ödeme emri verdi ve Mizzi'ye ayrıca manevi tazminat ve masrafların da ödenmesine hükmetti. Sir Nicolas, mutabık görüşünde şu noktaya dikkat çekti:

> "Hakaret davası açma hakkının hakaret ettiği öne sürülen ya da hakarete uğradığını öne süren kişinin ölümüyle birlikte sona erdiği bir yargı dairesinden gelen bir hukukçu olarak, ilgili kişinin ölümünden yıllar, hatta onyıllar sonra onun soyundan gelen kişilerin hâlâ hakaret davası açma hakkına sahip olmaları fikrini anlamakta güçlük çektiğimi itiraf etmeliyim. Bununla birlikte, Malta da dahil olmak üzere bazı başka yargı dairelerinde böyle bir dava hakkının mevcut olduğunu ve Mahkeme'nin içtihatlarında bu hakkın mevcut olmasının doğrudan doğruya sorgulanmadığını biliyorum."

Aslında, bu konuda Malta'da da farklı içtihatlar mevcuttur. Hakarete uğrayan bir kişinin soyundan gelen kişilerin Ceza Yasası[6] uyarınca hakaret için ya da Basın Yasası[7] uyarınca iftira için *ceza* davaları açabilmeleri oldukça yerleşmiş bir görüş olmakla birlikte, Basın Yasası uyarınca tazminat talebiyle *hukuk* davası açılıp açılamayacağı konusunda tam bir fikir birliğine ulaşılamamıştır. *Boffa/Mizzi* davasında, iki farklı yargı yetkisi kademesindeki mahkeme de, eski içtihatlara dayanarak, aynı ilkenin hukuk davalarında da geçerli olması gerektiğini öne sürdü. Ne var ki, bu davanın Temyiz Mahkemesi'nde üç hakimden oluşan bir mahkeme heyetinin önüne gelmesiyle hemen hemen aynı zamanda yine Temyiz Mahkemesi'nde bir hakimden oluşan bir mahkeme heyeti başka bir davayı görüyordu[8]. Bu dava "doğrudan Piskopos Frances-

6 Malta Mevzuatı'nın 12. Faslı.

7 Malta Mevzuatı'nın 248. Faslı.

8 Malta Temyiz Mahkemesi, bir hakimden oluşan başka bir Üst Mahkemenin kararlarıyla ilgili temyiz başvurularına bakarken biri Başhakim olmak üzere üç hakimden oluşan bir mahkeme heyeti şeklinde görev yapar. Temyiz başvurusu (tek bir sulh hakiminden oluşan) bir Alt Mahkemenin kararıyla ilgiliyse Temyiz Mahkemesi tek bir hakimden oluşur ve bu kişi Başhakim olmak zorunda değildir.

co Saverio Caruana'nın soyundan gelen" kişiler tarafından bu Mahkeme'deki selefim olan Yargıç Giovanni Bonello'ya karşı açılmıştı. Canon Caruana, Malta'da Fransız işgaline karşı başlayan isyanın liderlerinden biriydi (ve aynı zamanda adanın ortalarında bulunan iki köyün sakinlerinin oluşturduğu taburun lideriydi). Bir süre "Vicar Capitular" unvanıyla görev yaptıktan sonra –biraz da Britanya Yönetimi'nin desteğiyle– Papa tarafından Malta Piskoposluğuna getirildi ve bu görevi 1831 yılından 1847'deki ölümüne kadar sürdürdü. Strazburg'da, daha çok, kaleme aldığı muhalefet şerhlerindeki kendine özgü edebi üslubuyla tanınan Yargıç Bonello, Malta'da Adaların tarihi üzerine kaleme aldığı çok sayıda kitap ve makale nedeniyle de ünlüdür. Bonello, Caruana'nın, pek çok tarihçinin betimlediği gibi, son derece fedakâr ve kendisini tamamen kutsal değerlere ve göreve adamış bir kişi olduğu şeklindeki geleneksel görüşe karşı çıkma cesaretini gösterdi. Kitaplarının birinde[9],

> "Üzerine yazıp yazmama kararını almakta bu kadar zorlandığım çok az konu olmuştur. Karizmatik bir efsanenin ışıltısını donuklaştırmak, ulusal bir kahramanı tahtından indirmek, insana korkunç bir sorumluluk yüklüyor."

şeklinde bir giriş yaptıktan sonra kişisel kütüphanesindeki bir dizi elyazması esere dayanarak piskoposun hayatının bilinmeyen yönlerini anlatmaya girişir. Sulh Mahkemesi'nde görülen davada (kız kardeşi tarafından temsil edilen[10]) davalı, davacıların dava açma haklarının olmadığını öne sürmüştür. İkinci ön savunmada, "bir tarihçinin Neron'un bir zorba, Papa Borgia'nın yolsuzluğa batmış bir kişi, Cromwell'in hunhar ya da Napoleon'un hırsız olduğunu öne sürmesi durumunda, bu kişilerin varislerinin onuncu kuşaktan büyük dedelerinin gördüğü manevi zarar nedeniyle yüklü bir para almaya hakları olduğunu öne sürmek tamamen saçma olacaktır." Mahkeme ve sonrasında Temyiz Mahkemesi de bu görüşe katıldı. Tabii bu işin diğer bir sıkıntılı tarafı da, eğer piskopos Batı Kilisesi'nde din adamları için geçerli en temel kurallardan birini çiğnemediyse, davacıların nasıl olup da "doğrudan onun soyundan geldiklerini" anlamanın mümkün olmamasıdır.

Basın özgürlüğü, ona eşlik eden ifade özgürlüğüyle birlikte, Malta'daki Britanya egemenliğinin ilk yıllarından bu yana hararetli tartışmalara konu olan bir siyasi meseledir. Daha 1810 yılında, *Appeal of the Nobility and People of Malta to the Justice, Public Faith and Policy of the British Government [Malta Soylularından ve Halkından Britanya Hükümeti'nin Adaletine, Kamu İnancına ve Politikasına Çağrı]* metninde "özgür ama ahlaka ve dini değerlere ters düşmeyen bir

9 *Histories of Malta – Deceptions and Perceptions, Cilt 1 [Malta Tarihleri – Yanılgılar ve Algılar, Cilt 1]* Fondazzjoni Patrimonju Malti (Malta), 2000.

10 *Maria Teresa Deguara Caruana Gatto vd./Anna Maria Xuereb nomine*, Sulh Mahkemesi, 12 Mart 2002; Temyiz Mahkemesi, 5 Kasım 2003.

basın" için çağrıda bulunulmuştur[11]. 1839 yılında, "[Basının] Sansürünü ortadan kaldırmak ve yazı yayımlama özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı tedbir almak" amacını güttüğü iddiasıyla IV sayılı Kararname yayımlandı. Bu düzenleme, muhtelif zamanlarda "adanın yönetimiyle ilgili belli sorunları irdelemek" üzere kurulan pek çok Kraliyet Komisyonu'ndan biri tarafından kaleme alınmıştı[12]. Komisyon üyeleri, Açıklama Bildirilerinin notlarından birinde[13], görüşlerini şu şekilde açıklarlar:

> "...Malta'da oluşturulan hiçbir Jüri bir iftira suçlamasını gereken tarafsızlıkla yargılayamayacaktır. Jüriye seçilebilecek sakinlerin son derece küçük bir topluluk oluşturmaları kaçınılmazdır; dolayısıyla, her bir jüri üyesi muhtemelen davalıyı tanıyor ve ona karşı ya dostluk ya da husumet duyuyor olacaktır. Büyük bir ülkede suçlamayla ilgili yargılamayı ülkenin davalının tanınmadığı bir Bölgesinde yaşayan kişilerin oluşturacağı bir jürinin yapması mümkündür; ancak Malta'nın boyutları çok küçük olduğu için, adil bir yargılama sağlamak için önerilen bu çözüm burada uygulanamaz... Maltalı jürilerin cinayet ya da sahtecilik suçlamalarının yargılanmasında gösterdikleri tarafsızlıktan onların iftira suçlamalarının yargılanmasında da tarafsız olacakları çıkarımında bulunulamaz."[14]

Dolayısıyla, iftira suçlamaları muhtemelen "Jüri üyelerinin duygularını harekete geçireceği ya da önyargılarını ortaya çıkaracağı" için, komisyon üyeleri yeni yasa kapsamındaki tüm suçların, üç hakimin bulunduğu ve jürinin bulunmadığı bir Ceza Mahkemesi'nde yargılanmasını önerdiler. Yasa da bu öneriye uygun şekilde çıkarıldı[15].

Bununla birlikte, bu görüş, yani er geç jüri heyetinde yer alacak olan ortalama zekaya sahip bir Maltalı adamın duygusal olarak bir iftira suçlaması için doğru bir yargıda bulunma yetisine sahip olmadığı görüşü, 50 yıl sonra Krali-

11 Bkz. Cremona, J.J., *Selected Papers 1990-2000, Cilt II [Seçilmiş Yazılar 1990-2000, Cilt II]* Publishers Enterprises Group (PEG) Ltd (Malta), 2002, s. 120.

12 Komisyon, John Austin ve (sonradan Sir unvanını alan) Cornwall Lewis'ten oluşuyordu.

13 Bu not, Kraliyet Başsavcısı'nın 1839 tarihli ve IV sayılı Kararnameyi ilga eden ve onun yerine geçen 1889 tarihli ve XVI sayılı Kararname üzerine 24 Temmuz 1889 tarihli Raporunda yeniden basılmıştır. Bu Raporun neredeyse tamamı Malta Hükümeti'nin Resmi Gazetesi'nin 12 Eylül 1889 tarihli sayısında, 687 - 691. sayfalar arasında, Raporun ekleri ise 691 - 696. sayfalar arasında yayımlanmıştır.

14 Karşılaştırmak gerekirse, komisyon üyelerine göre, "(...) Hakimlerin taraflılığı davanın halka açık olarak görülmesi, Hakimlere kararlarının gerekçelerini belirtme yükümlülüğü getirilmesi ve basın özgürlüğünün onların adli tutumlarını tâbi tutacağı araştırmacı eleştirellikle kontrol edilecektir."

15 1839 tarihli ve IV sayılı Kararname, Bölüm I, Fasıl V.

yet Başsavcısı Sir Giuseppe Carbone[16] tarafından 1889 tarihli ve XIV sayılı Kararname için yazılan raporda şu sözlerle revize edildi: "[komisyon üyelerinin] yorumlarının sağlam ve makul olduğu ... hiçbir şekilde düşünülmemektedir ve ... Ceza Yasasının sonuna eklenen yeni bir yasama tasarrufuyla, [basın yasası] çerçevesinde işlenen tüm suçlar için yapılan suçlamaların Hakim ve Jüri tarafından yargılanması öngörülmüştür."[17] Carbone, aynı raporda, 1884'ten sonra "pek çok üzücü ve yasal dayanaktan yoksun beraat kararının birbirini izlediği" ve bu kararların "açık bir şekilde parti ve aile bağlarının etkisiyle alındığı" gözleminde bulundu. Ne var ki –Carbone'nin onaylıyor göründüğü– ve sonuçta 1889 tarihli yasanın bir parçası haline gelen tasarı, "Basın Yasası" adı verilen yasa çerçevesinde açılan davaların bir sulh hakimi ya da söz konusu suç için belirlenen cezaya bağlı olarak ağır suç kapsamında hakim ve jüri tarafından görülmesi şeklindeydi. Yine doğrudan rapordan alıntı yapacak olursak:

> "Hiç şüphesiz, iftira davalarının görülmesinde istisnai bir yolun izlenmesi ve, deyim yerindeyse, mesleklerini icra ederken işledikleri suçlar için diğer vatandaşlardan farklı bir muamele görecek ayrıcalıklı bir vatandaşlar sınıfı oluşturulması için hiçbir neden görülmemektedir. Ceza Yasamızdaki kural, belli cezalara tâbi suçların Adli Kolluk Mahkemesi tarafından ele alınması, daha ağır cezalara tâbi suçların ise, bir Yargıç ve bir Jüriden oluşan Majestelerinin Ceza Mahkemesi'nde yargılanması şeklindedir. Yeni Kararname, bu noktayla ilgili olarak, common law hukuk sistemine uygundur ve basın suçlarını kayıran çirkin istisnayı Ceza Yasamızdan çıkarmaktadır."

İftirayı düzenlemek amacıyla daha sonra yürürlüğe konan iki yasal düzenlemede, yani 1933 tarihli ve V sayılı Kararnamede[18] ve şu anda halen geçerli olan 1974 tarihli ve XL sayılı Yasada da[19] aynı usul rejimine uyuldu. Pratikte bu hüküm, sadece Hükümdar'ı ya da Veliaht'ını öldürmeye teşvik ya da "Majestelerinin hükümeti ile dostça ilişkiler içindeki bir yabancı hükümeti" devirmeye teşvik gibi çok özel basın suçlarının ağır suç olarak yargılanabilmesi; siyasetçilere ya da din adamlarına yönelik onur kırıcı suçlamalar da dahil olmak üzere, tüm "sıradan" iftira davalarının, yani karalayıcı iftiraların Adli Kolluk Mahkemesi'nde görülmesi şeklinde uygulandı[20]. 2006'da yürür-

16 1895'te Başhakimliğe getirildi ve emekli olduğu 1913 yılına kadar bu görevi sürdürdü.

17 Yukarıda dipnot 13'te değinilen raporun 6. paragrafı.

18 1889 tarihli yasayı ilga eden bu Kararname sonradan Malta Mevzuatı'nın 117. Faslı haline geldi.

19 Malta Mevzuatı'nın 248. Faslı.

20 Bu mahkeme, sonradan Sulh Mahkemesi olarak yeniden düzenlendi. Bugün sadece 248. Faslın 4. maddesinde düzenlenen Hükümet Başkanı'nın ya da bir bakanın hayatını ya da özgürlüğünü tehdit etmeye teşvik suçu ağır suç olarak yargılanır ve bu suç için azami do-

lüğe giren bir değişiklikle[21], karalayıcı iftiralar için hapis cezası verilmesi uygulaması nihayet sona erdirildi[22].

Yukarıdaki bilgilerden anlaşılabileceği gibi, Malta'da iftira ve hakaret düzenlemeleri, İngiliz hukukunun yoğun etkisinin görülebildiği alanlardan biridir. Malta hiçbir zaman bir "common law yargı dairesi" olmamıştır, yani İngiliz hukuku (common law) Malta'da hiçbir zaman benimsenmemiştir. 164 yıl süren Britanya egemenliği döneminde Maltalıların önemli ölçüde kendi yasama ve yargı sistemlerini devam ettirmelerine izin verildi, ancak İngiliz hukuku, elbette, her iki sistemin gelişimini de önemli ölçüde etkiledi. Daha sonra kurulan Kraliyet Komisyonları düzenli olarak gerekli reformlar için ivme (ve bazen, yukarıda görüldüğü gibi, doğrudan doğruya yürürlüğe girecek düzenleme metinlerini) sağlamakla birlikte, yasama ve yargı sistemleri olduğu gibi bir "Britanya" sistemiyle "değiştirilmedi", ancak bu sistemlerin kademeli olarak "gelişmesine" izin verildi ve Britanya'nın büyük ölçüde ticari ve askeri olan imparatorluk çıkarları da bu gelişimde etkili oldu[23]. Dolayısıyla, örneğin, Malta'daki kamu hukuku İngiliz kamu hukukuna çok – hatta bazılarına göre körü körüne – benzer şekilde düzenlenir. İngiliz hukuku, ticaret (özellikle şirketler) hukukunun, denizcilik hukukunun ve maliye hukukunun gelişimini de etkilemiştir; ve ceza kovuşturmalarında kanıtlar için geçerli düzenlemeler, yargılamalarda jürinin rolü, askeri hukuk ve yasaların yorumlanması konusundaki genel hukuk gibi pek çok common law ilkesi yazılı hukuk hükümleri olarak düzenlenmiştir. Fakat İngiliz hukukunun etkisi, en çok, iftira davalarında İngiliz içtihatlarına ve hukuki metin yazarlarına yapılan çok sayıda atıfta hissedilir (Gatley, Odgers, Ball, Folkard ve, daha yakın bir zamanda, Carter-Ruck ve daha pek çokları)[24]. Mahkemeler, İngiliz içtihatlarından alınan

kuz yıl hapis cezası söz konusudur. Bununla birlikte, Sulh Mahkemesi'nin yargı yetkisinin artmasıyla birlikte, Başsavcı ile suçlanan kişinin anlaşması durumunda bu suç bile Sulh Mahkemesi'nde yargılanabilmektedir.

21 2006 tarihli ve XVI sayılı Yasanın 31. maddesi.

22 Ama bir dizi basın suçu için bu ceza hâlâ geçerlidir: Cumhurbaşkanı'nın hayatını ya da özgürlüğünü tehdit etmeye teşvik, Cumhurbaşkanı'nın eylemlerine art niyetle suçlama getirmek, ulusal bayrağı aşağılamak, ırk, inanç, renk vb. temelinde bir kişiyi ya da bir grup kişiyi tehdit etmek, tahkir etmek ya da hedef göstermek, mesleki sırları açıklamak ve "kamuoyunda paniğe yol açabilecek, kamu düzenini ya da huzuru bozabilecek ya da kargaşaya yol açabilecek yanlış haberlerin kötü niyetle yayımlanması (...)".

23 Britanyalılar 1933'e kadar Maltalıların mahkemelerde İtalyanca kullanmalarına da izin verdiler. Bu durum, hiç şüphesiz, Britanya egemenliği döneminin tamamı boyunca yargıda Malta dışından gelen görevlilerin sayısının çok az olmasına katkıda bulundu. Bunlar arasında en önemlileri Başhakimlik yapan Waller Rodwell Wright (1819 – 1826) ve Sir John Stoddart'tır (1826 – 1838). Malta'da yargılamada jüri uygulamasını başlatan Stoddart oldu. Stoddart Maltalı liberallerin davasını gizlice desteklediği anlaşılınca Britanya Yönetimi tarafından görevden alındı. Bunu yapmak hiç güç olmadı; çünkü Stoddart Kraliyet İmzalı Atama Belgesinde *quamdiu se bene gesserit* (başarılı olduğu sürece) değil, *durante bene placito Regis* (Hükümdar istediği sürece) görevde kalmak üzere atanmıştı.

24 Bu nokta, 17 Ekim 1949'da kararı açıklanan *The Hon. Mabel Strickland nomine et /Joseph James*

kavramları benimsiyor ve uyarlıyorlardı ve hâlâ bir ölçüde bunu yapıyorlar. Cezai ya da hukuki bir sorumluluk yaratmaksızın yasal olarak söylenebilecek ya da yayımlanabilecek sözlerin oldukça dar bir yorumunu oluşturmak amacıyla kullanılan bu kavramlar arasında "inanarak yapılmış yorum", "gerekçelendirme talebi", "davacının yorumu", "iftiranın açtığı yara", "iyi niyet" ve hakaret niyeti ile bunun için yazılan yazıdaki eğilim arasındaki fark gibi kavramlar sayılabilir. Ancak, 1990'ların başlarında Sözleşme'nin ülke hukukuna dahil edilmesinin etkisiyle[25] mahkemelerin kararlarında daha özgürlükçü bir iftira ve hakaret yaklaşımının izlerine rastlanmaya başlandı[26]. 2007'de üç hakimden oluşan Temyiz Mahkemesi, Lordlar Kamarası'nın *Jameel ve diğerleri/ Wall Street Journal Europe SPRL* davasında[27] ortaya koyduğu ilkeleri uygulayarak, gerçek anlamda kamu yararıyla ilgili bir konuyla ilgilenen sorumlu araştırmacı gazetecilik durumunda, mahkemelerin bir yorumun inanarak yapılıp yapılmadığını belirlerken yazara ya da yayıncıya mümkün olan en geniş payı ve serbestliği tanımak zorunda olduklarını ve ayrıca belli koşulların çakışması durumunda, iddia edilen olguların bir ya da birkaçının sonradan yanlış olduğu anlaşılsa bile, hakaret içeren (karalayıcı?) iftira için sorumluluğun ortaya çıkmayacağını savundu[28].

Elbette her dava döneminin toplumsal, siyasi ve hukuksal ortamına göre değerlendirilmek zorundadır; ve, adil olmak gerekirse, mahkemeler daima konuşma özgürlüğünün ve basın özgürlüğünün önemini tanımıştır (ama eleştirel bakanların, mahkemelerin bu özgürlükler konusunda ikiyüzlü olduklarını iddia ettikleri de belirtilmelidir), fakat siyasetçilerin ve halka malolmuş kişilerin eleştirilmesi konusunda tanınan serbestlik çok küçüktü ve değer yargıları daima bir ölçüde İngiliz hukukundaki "inanarak yapılmış yorum" kuralına tâbi tutuluyor gibi görünüyordu. Örneğin, *Polis Teşkilatı/Joseph James Scorey* davasında[29], Yargıç William Harding[30] düşüncelerini şu şekilde

Scorey davası kararında Ceza Mahkemesi tarafından da vurgulanmıştır. 1967'de Ceza Temyiz Mahkemesi'nin kurulmasından önce, Sulh Mahkemesi'nin ceza davalarıyla ilgili kararları için yapılan temyiz başvuruları Ceza Mahkemesi'nde bir jüri olmaksızın bir hakim tarafından karara bağlanıyordu. 1967'den önce, izin verilmesi durumunda Londra'daki Danışma Meclisi'ne (Privy Council) götürülenler dışında, jüriyle yapılan yargılamalar için temyiz olanağı yoktu.

25 1987 tarihli European Convention Act (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yasası) (319. Fasıl).

26 Örneğin, bkz. *An□lu Fenech proprio et nomine/Carmelo Callus* Temyiz Mahkemesi, 4 Şubat 1994; *Il-Pulizija/L-Onor. Dr Guido Demarco,* Ceza Temyiz Mahkemesi, 27 Temmuz 1994.

27 [2006] UKHL 44; [2006] All ER (D) 132 (Oct).

28 *Joe Galea/Joe Mifsud* Temyiz Mahkemesi, 28 Eylül 2007.

29 Ceza Mahkemesi, 10 Ocak 1949. Kararın Maltaca yerine İngilizce olarak açıklanması, ceza davaları söz konusu olduğunda davalının, hukuk davaları söz konusu olduğundaysa hem davacının hem de davalının anadilinin İngilizce olduğunu gösterir.

30 Bir İngiliz soyadına sahip olmakla birlikte Hakim Harding aslında Maltalıydı. Oğlu Hugh Harding de bir hakimdi ve 1987 yılından emekli olduğu 1990 yılına kadar Başhakim olarak görev yaptı.

ifade etmişti:

> "Davanın görülmesi sırasında, gerekli olduğu gibi, basın özgürlüğünün üzerinde önemle durulmuştur. Davanın başındaki hakim bu ilkenin fevkalade önemli olduğunu çok iyi bilmektedir. Fakat bu ilkenin doğru anlaşılması da gereklidir. Herkes, en azından demokratik ülkelerde, istediğini yazmakta ve yayımlamakta özgürdür, fakat söyledikleri hakaret niteliğindeyse bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır."

Bu davada bir gazetenin (*The Bulletin*) matbaacısı ve sahibi olan davalı, polis tarafından Malta Valisi'ne hakaret etmekle, onu kötülemekle ve ona karşı husumet ya da küçük görme duyguları yaratmaya çalışmakla suçlanmıştı. Vali, o dönemde, görevinin bir parçası olarak, Malta Kraliyet Üniversitesi'nin rektörlüğünü de yürütüyordu. Davalı, gazetesinde Vali'nin başkanlığında kapalı kapılar ardında yapılan bir Üniversite Konseyi toplantısı hakkında bir yazı yayımlamıştı. Yazıda Vali'nin Konsey'de konuşulanların sızdırılmasından dolayı çok öfkelendiği belirtiliyordu. Yazıya göre Vali, "Konsey'in tüm üyelerini tek tek sorgulamıştı" ve suçlu kişi bulunduğunda bu kişinin "ağır bir cezayla karşılaşacağı" tehdidinde bulunmuştu. Suçlanan yazı "Rektör, sözlerinin etkisini arttırmak için tekrar tekrar şiddetle masayı yumruklayarak The Bulletin'in nasıl olup da Konsey toplantısına katılanların (...) ve katılmayanların adlarını yayımlayabildiğini öğrenmek istedi," şeklinde devam ediyordu. "Ancak toplantıda hazır bulunanların hiçbiri bu bilgi talebini karşılayamadı." Yazı, Üniversite özerkliğinin "amacı kararları gizli toplantılarda almak mıydı ve, eğer öyle değilse, Ekselansları Rektör neden Devlet Sırları Kararnamesi'ne tâbi olmayan bir kurumun aldığı kararların açıklanmasından dolayı bu derece öfkelenmiştir?" sorusuyla bitiyordu.

Tüm bunların, en azından bugünün standartlarıyla değerlendirildiğinde, kamuoyunu fazlasıyla ilgilendiren konular olduğu düşünülebilir. Fakat Scorey karalayıcı iftirayla değil, kışkırtıcı iftirayla suçlandığı için, yasada gerekçelendirme talebinden menedilmişti (yani, "kendisi tarafından mağdur tarafa atfedilen olguların doğruluğunu" kanıtlamasına izin verilmeyecekti[31]). Başka savunmalarla, örneğin yazının Vali'ye yönelik bir hakaret, kötüleme ya da küçük düşürme anlamına gelmediğini göstermeye çalışmakla yetinmek zorundaydı. Mahkeme bunların hiçbirini kabul etmedi – bu kararda Vali'nin Hükümdar'ın temsilcisi olarak yüksek bir makamda bulunması temel etkendi. Mahkeme "şikâyetçi olunan sözler serbest bir şekilde yorumlandığı takdirde Vali'ye yönelik bir hakaret ya da kötüleme anlamına gelmese bile, hiç şüphesiz onu küçük düşürmektedir," görüşünü öne sürdü. "Bir kamu göre-

31 117. Faslın 16. maddesi.

vindeki bir kişinin, davanın koşullarında, yazıda açıklandığı şekilde davranmasının alayla karşılanacağı ve dolayısıyla küçük düşürücü olacağı açıktır." Scorey, asliye mahkemesi tarafından sekiz gün hapis cezasına çarptırılmıştı, fakat "tam ve koşulsuz bir şekilde özür dilediği" için hapse girmekten kurtuldu. Bunun yerine 12 sterlin para cezası ödemeye mahkum edildi, matbaacılık lisansı dört günlüğüne aslıya alındı ve The Bulletin'in yayını da dört gün için durduruldu (asliye mahkemesi iki ay yayın durdurma cezası vermişti). On yıl sonra Joseph Micallef Stafrace[32] bu kadar şanslı olmayacaktı. Stafrace o dönemde genç bir davavekili[33] ve gazeteciydi. Tarih 1958'di. O yılın Nisan ayında Malta İşçi Partisi'ni destekleyenler ile polis arasında yaşanan çatışmaların ardından, Vali General Sir Robert Laycock[34] Anayasayı askıya almış ve Adaların yönetimini doğrudan kendisi üstlenmişti[35]. 18 Eylül 1958'de, yayın yönetmenliğini Micallef Stafrace'in yaptığı ve Malta İşçi Partisi'nin yayın organı olan *Is-Sebħ* ("Şafak") gazetesinde Vali'nin sert bir şekilde eleştirildiği bir yazı yayımlandı. Yazının bir bölümünde şöyle deniyordu:

> "Bize göre, General Laycock, Valletta'da işçilere copla müdahale edilmesi emrini verdiği gün Kraliçe'nin temsilcisi olmaktan çıkmıştır. O günden beri Komando Generaline baktığımızda sadece gerçek bir diktatör, bir köle taciri görüyoruz. Süngüler, coplar, göz yaşartıcı gaz ve hapis cezaları yoluyla, rızası olmamasına rağmen bir halkın yönetimini ele geçiren bir kişiye yöneltilen hiçbir eleştiri yeterince ağır olmayacaktır. Maltalı işçilere Roma'daki ve Bağdat'taki köle pazarlarında köle tacirlerinin kölelere gösterdiği muameleyi reva gören bir kişiye yöneltilen hiçbir eleştiri yeterince ağır olmayacaktır. Belli skandallarla ilgili olarak soruşturma açılması emrini vermekten korkan ve, bunun mantıksal sonucu olarak, bu soruşturmaların lağım farelerinin entrikalarını açığa çıkaracağından korktuğu anlaşılan bir kişiye

32 Micallef Stafrace'in adı yine Joseph olan babası, deniz astsubayı olarak HMS Kelly destroyerinde Lord Mountbatten'ın komutasında görev yapmış ve 1941'de batan destroyerden sağ olarak kurtulmuştu. Sonradan sivil memur olarak Kraliyet Hava Kuvvetleri'nde (RAF) görev yaptı. Mountbatten'ın Akdeniz Filosu'nun Başkomutanlığını yaptığı 1952 ile 1954 yılları arasında Baba Joseph, Valetta'daki Amirallik Sarayı'nın idaresiyle görevlendirildi. Daha önce Prens Philip ile Prenses Elizabeth'in Malta'da yaşadığı dönemde bu çiftin kişisel personeli arasında da yer almıştı. Baba Joseph'in diğer bir oğlu RAF'e katıldı ve bu kurumdan Filo Komutanı olarak emekli oldu. Dolayısıyla, ailenin Britanya karşıtı ya da sadakatsiz bir tutuma sahip olduğunu söylemek pek mümkün değil!

33 Noterlik dışında, Malta'da hukukla ilgili olarak yapılabilecek iki iş avukatlık ve davavekilliğidir. Micallef Stafrace sonradan avukatlık unvanını aldı ve, başka hukuk alanlarının yanı sıra, iftira davalarında uzmanlaştı.

34 Laycock, 2. Dünya Savaşı sırasında ilk "komando" birliklerinden birini kurmaktan sorumluydu.

35 Bkz. Pirotta, J.M., *Fortress Colony: The Final Act 1945-1964 [Müstahkem Koloni: Son Perde 1945-1964]* Studia Editions (Malta), 2001, cilt III, s. 22-37.

yöneltilen hiçbir eleştiri yeterince ağır olmayacaktır."[36]

Davacının cezasız kurtulma olasılığı yoktu. Başkanlığını yine William Harding'in yaptığı Mahkeme[37], Micallef Stafrace'in kışkırtıcı iftiradan suçlu olduğuna hükmeden asliye mahkemesinin kararını haklı buldu, ona dört gün hapis ve 35 sterlin para cezası verdi ve gazetenin yayınını da iki ay süreyle durdurdu. Malta İşçi Partisi ertesi gün *Il- Ħelsien* ("Özgürlük")[38] adıyla başka bir gazetenin yayınına başladı.

Şimdi, Sir Nicolas'ın makalenin başında değindiğim tepkisine dönmek istiyorum. "Başmeleğin Kanatları" davası Malta Ceza Temyiz Mahkemesi'nde sona ermek yerine bir şekilde Strazburg'a ulaşabilseydi, AİHM'in ne tepki vereceğini görmek ilginç olurdu[39]. Dava, 1954'te, kardeş ada Gozo'nun başlıca kentinde bulunan iki kilise bölgesi arasındaki küçük çekişmeler bağlamında yaşanan bir olaydan kaynaklanmıştı. O yılın Eylül ayında, Başmelek Mikail yortusunun kutlanacağı günün arifesinde, bir kişi, iki kilise bölgesinden birinin başmelek heykelinin tutulduğu kilisede saklanmış ve gece kilise kapandıktan sonra heykelin kanatlarını söküp götürmüştü. Kilise ertesi gün geçit törenini iptal etmek zorunda kalmış ve bu durum diğer kilisenin bölgesinde yaşayanları çok eğlendirmişti. Tarafsız bir kişinin aracılık yapması sonucunda bir süre sonra kanatlar geri alındı. Bunun üzerine, aracılık yapan bu kişinin kardeşinin kanatların çalınmasına bir şekilde karışmış olduğu söylentisi dolaşmaya başladı ve hırsızlık olayından birkaç ay sonra bu kardeş bir araba tarafından ezilip olay yerinde ölünce bu söylentiler iyice alevlendi. Aradan uzun yıllar geçti ve 1994 yılında, çok saygın bir kilise tarihçisi olan Rahip Dr. Joseph Bezzina, kilise tarihi araştırmalarına ara verip bir efsaneler kitabı yazmaya karar verdi. Bu efsanelerden biri başmeleğin kanatlarının çalınması olayıyla ilgiliydi. Kısa anlatı şu paragrafla bitiyordu:

> "Rivayete göre, kanatların çalınması işini tezgâhlayan kişinin ölümü yine bir kanat yoluyla olmuş. Gozo'da kanat anlamına gelen *ġewnaħ* sözcüğü, uçma organının yanı sıra arabaların çamurlukları için de kullanılır. Kutsal değerlere hakaret eden bu kişi, aşırı sürat yapan bir araba tarafından ezilerek olay yerinde ölmüş."

Ölen kişinin kardeşleri, onun anısına kara çaldığı iddiasıyla Bezzina

36 İngilizceye çeviri yazar tarafından yapılmıştır.

37 *Il-Pulizija/Joseph Micallef Stafrace B.A., L.P.* Ceza Mahkemesi, 8 Ocak 1959.

38 Bkz. Pirotta, J.M. *a.g.k.*, s. 570.

39 *Il-Pulizija/Rahip Dr. Joseph Bezzina ve Joseph Debono* Ceza Temyiz Mahkemesi, 26 Nisan 2002. Matbaacı Debono, asliye hukuk mahkemesindeki davada beraat etti.

hakkında polise şikâyette bulundu ve polis de gerektiği gibi karalayıcı iftira soruşturması başlattı. Sulh Mahkemesi, Bezzina'nın itham edilen suçu işlediğine hükmetti ve ona 466 euro para cezası verdi. Bezzina'nın temyiz başvurusunda bulunması üzerine davaya bakan Ceza Temyiz Mahkemesi olayda gerçekten yayın yoluyla karalama bulunduğu, fakat başvurucunun hiçbir zaman 1954'te ölen genç adamın anısını karalamayı amaçlamadığı (efsaneler kitabının ikinci baskısında dava konusu olan efsanenin çıkarılmış olmasının da bunun kanıtı olduğu) ve iftiranın ölen kişiye karşı özel değil, genel nitelikte suçlamalar içerdiği hükmüne vardı. Bu nedenle verilen para cezası 46 euroya düşürüldü.

Umarız, bu efsane kırk yıl sonra bir kez daha su yüzüne çıkmaz (öğrendiğime göre efsanelerin böyle bir huyu varmış). Zaten böyle bir şey olsa bile, o zaman ülke mahkemelerinin alacağı herhangi bir kararın Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olup olmadığı konusunda ne Sir Nicolas görüş bildirebilecek, ne de ben.

İFADE ÖGÜRLÜĞÜ, "TAKDİR YETKİSİ" VE KANIT VE DELİL MESELELERİ

İfade özgürlüğü bağlamında ikincillik ilkesi ve takdir yetkisi üzerine düşünceler

Matti Pellonpää[1]

1. Giriş

Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık[2] davasındaki olumlu görüşünde Sir Nicolas Bratza, davanın ulusal mahkemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasında hukuki diyaloğa "iyi örnek" teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu davada Büyük Daire, bir başka Daire'nin aldığı kararı, bu karara karşı Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi ve diğerlerinin getirdiği eleştirileri kısmen kabul ederek bozmuştur.

Bu davanın konusu Sözleşme'nin 6. maddesi ve ceza davaları olmakla birlikte, Sir Nicolas'ın görüşünde gönderme yapılan pasaj, Sözleşme sisteminin kalbinde yatanı, yani ulusal mahkemelerle Avrupa mahkemeleri arasındaki etkileşimi başarıyla ortaya koyar. Bu etkileşim, ikincillik ilkesi ile yakından ilgilidir ve bu ilke yine Sir Nicolas'ın sözleriyle, "Strazburg ile ulusal mahkemeler arasında karşılıklı saygıya dayanan bir ilişki kurulmasını ve demokratik süreçlere saygı gösterilmesini kapsayan bir ortak sorumluluk gerektirir"[3].

10. maddenin güvencesi altında olan ifade özgürlüğü, ortak sorumluluk ve karşılıklı saygının esas olduğu bir alandır. Bir yanda, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki temel önemi, Mahkeme'ye teyakkuzda olma görevi yükler. Diğer yanda ise, Avrupa ve ülke mahkemeleri arasındaki etkileşim tek yönlü olamaz. Mahkeme, ülke mahkemelerinin davranışlarını denetlemek ve etkilemekle kalmaz, aynı zamanda ülke düzeyindeki katkılara bağımlıdır. Örneğin Mahkeme, Sözleşme'nin "günümüz koşullarında" yorumlanmasında kullanılacak "ortak Avrupa standartlarını" ararken, ülke hukukları ve ülke mahkemelerindeki gelişmelerden etkilenir.[4]

---

1 Finlandiya Yüksek İdare Mahkemesi Hakimi ve eski Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı Yazar, taslak metinler üzerindeki yorumları nedeniyle Helsinki İdare Mahkemesi hakimi ve eski Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Özel Kalem Müşaviri Monica Gullans'a Helsinki Üniversitesi'nde medya ve iletişim hukuku öğretim üyesi Doç. Dr. Paivi Tiilikka'ya teşekkür eder. Dile getirilen düşünceler yazarın şahsi görüşleridir.

2 *Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık* [BD], no. 26766/05 ve 22228/06, ECHR 2011. Bkz. Yargıç Bratza'nın olumlu görüşü.

3 Sir Nicolas'ın Brighton Konferansı'ndaki konuşması, Nisan 2012.

4 Sözleşme'nin yorumlanmasıyla ilgili olarak örneğin bkz. Matti Pellonpää: "Continuity and Change in the Case-law of the European Court of Human Rights [Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Süreklilik ve Değişim]", *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law - Liber Amicorum Lucius Caflisch [Adalet, İnsan Hakları ve Anlaşmazlık Çözümünün Uluslararası Hukukla Yaygınlaştırılması - Lucius Caflisch Anısına]* (der. Marcel G. Kohen) içinde, 409-420 (Leiden 2007).

Mahkeme çeşitli bağlamlarda, ulusal makamlar ve ulusal mahkemelerin bazı durumlarda, yerel şartların iyi bilinmesini gerektiren konular üzerinde hassas değerlendirmelerde bulunmak için daha iyi konumda olduğunu da kabul etmiştir. İfade özgürlüğü alanında hassas durumlar, söz konusu hakkın Sözleşme'nin 8. maddesi gibi bir maddenin güvencesinde olan başka bir hakla çatışması nedeniyle ortaya çıkabilir. Bu madde, özel hayatının basında yer alış şekillerinden incindiğini öne süren bir kişi tarafından gündeme getirilebilir. Böyle bir durumda ülke mahkemelerinin avantajlarından biri, her iki tarafın da mahkeme huzuruna çıkmasıdır; Avrupa Mahkemesi'nde görülen davalarda ise genellikle taraflardan biri yoktur.

Örneğin *Saaristo/Finlandiya*[5] davasında, söz konusu olaylar meydana gelinceye kadar kamuoyunda tanınmamış olan (bugün de tanınmayan) O.T. isimli bir kişinin, Finlandiya'da 2000 yılındaki cumhurbaşkanlığı seçimlerinde bir adayın iletişim müdürü olarak görev almak üzere izin kullanması ihtilaf konusu olmuştu. Kampanya sırasında bir gazetede, O.T.'nin fotoğrafıyla birlikte, kendisinin tanınmış bir TV sunucusunun eski eşiyle yaşadığı evlilik dışı ilişkiye dair haberler yer aldı. O.T., özel hayatının gizliliğini korumak için yasal işlem başlattı. Savcının haberi yapan muhabir, gazetenin yazı işleri müdürü ve yayıncı şirket hakkında soruşturma açmasını sağladı. İlk iki taraf O.T.'nin özel hayatının gizliliğini ihlalden suçlu bulundu ve para cezasının yanı sıra yayıncı şirketle müştereken tazminat cezasına da çarptırıldı. O.T.'nin özel hayatına sağlanan bu koruma, yayından sorumlu kişilerin ifade özgürlüğüne doğrudan müdahale anlamına geliyordu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Finlandiya mahkemelerinin 10. madde haklarını ihlal ettiğini saptayarak gazeteciler ve yayıncıya koruma sundu ve Finlandiya mahkemelerinin O.T.'ye sağladığı korumayı etkisizleştirerek başvurucuya bu şartlar altında özel hayatının, diğer tarafların haklarından daha az ağırlık taşıdığını söylemiş oldu.

Böylesi bir çatışma, farklı menfaatlerin dengelenmesini gerektirecektir. Bu dengeleme doğal olarak önce ülke mahkemeleri tarafından yapılmalı, göreve çağrılması durumunda Avrupa Mahkemesi daha sonra müdahil olmalıdır. Bu müdahalenin kapsamı, ulusal mahkemenin "takdir yetkisi"ni doğrudan etkiler. Sir Nicolas, Brighton'daki konuşmasında bu fikri "Mahkeme'nin inceleme kapsamını belirlemesine yardımcı olmak için bizzat geliştirdiği değerli bir araç" olarak nitelendirdi. Sir Nicolas bunun "hatasız tespit ile malul olmayan değişken bir kavram" olduğunu da dile getirdi. Fakat "takdir yetkisi" teriminin kullanılması dahi tek bir doğru çözüm olmadığını, iki ya da daha fazla çözümün alanına giren ve yetkinin "dar" mı, "geniş" mi, "ortalama" mı tutulacağına göre değişecek farklı çözümlerin kabul edilebileceğini gösterir.

5 *Saaristo ve diğerleri/Finlandiya*, no. 184/06, 12 Ekim 2010.

Bu makalede, ifade özgürlüğü bağlamında birbiriyle ilişkili olan ikincillik ilkesi ve takdir yetkisi kavramlarına dair bazı düşüncelerimi ortaya koyacağım. Sir Nicolas Bratza'nın *Al-Khawaja ve Tahery* davasındaki olumlu ifadelerini göz önünde tutarak, saygıdeğer bir yargıcı ve eski meslektaşımı bu diyaloğa mütevazı bir katkıda bulunarak onurlandırmak isterim.[6] Kişi muhatabıyla aynı fikirde ise "diyalog" gereksiz olacağından, gerek eski Komisyon, gerekse Mahkeme'de Nick ile tümüyle mutabık olduğum ya da olacağım çok sayıdaki davayı konu almayacağım. Bunun yerine, yukarıda sözünü ettiğim ve hem Sir Nicolas'ın başkanlığını yürüttüğü, hem de son yıllarda Finlandiya aleyhine karar çıkan ender davalardan biri olan, benim kararla tümüyle mutabık olmadığım *Saaristo/Finlandiya* davasını fikir yürütmek için referans noktası olarak kullanacağım. Bu dava aynı zamanda Avrupa Mahkemesi ile ulusal mahkemelerin rollerine çeşitli açılardan temas eden, dolayısıyla konumuza ilişkin veri sağlayan bir davadır. Bu davaya ve diğer içtihatlara 2. Bölüm'de değindikten sonra, 3. Bölüm'de Sir Nicolas Bratza'nın yukarıda alıntıladığım konuşmasını yaptığı Brighton Konferansı'nda ortaya konmuş başka gelişmelere dair değerlendirmeler yapacağım.

2. AİHM içtihadı ışığında, ifade özgürlüğü bağlamında ikincillik ve takdir yetkisi

İkincillik ilkesinin anlamlarından biri, Sözleşme haklarının uygulanmasında birincil sorumluluğun ülke hukuku ve ülke mahkemesinde bulunmasıdır. Fakat Sir Nicolas'ın Brighton'da belirttiği gibi, "ilkenin uygulanması, Sözleşme'nin ülke düzeyinde doğru icra edilmesine bağlıdır ve Mahkeme'nin incelemesinden tümüyle bağımsız değildir" ve koşulsuz muafiyet sağlamaz. Mahkeme'nin yapacağı incelemenin ne yoğunlukta olacağı (Alman doktrininde *Kontrolldichte*)[7] farklı bir ifadeyle, ülke mahkemesine tanınan takdir yet-

6 Burada yer alanların kişisel katkım olduğunu ve Finlandiya yargısının görüşlerini yansıtmadığını vurgulamak isterim. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı olarak aşağıdaki davalara katıldım: *Karhuvaara ve Iltalehti/Finlandiya*, no. 53678/00, ECHR 2004 X (aşağıdaki dn. 23); *Sommerfeld/Almanya*, no. 31871/96, 11 Ekim 2001 (aşağıdaki dn. 36'daki Daire kararı); *Jahn ve diğerleri/Almanya* [BD], no. 46720/99, 72203/01 ve 72552/01, ECHR 2005 VI (aşağıdaki dn. 36).

7 Özellikle takdir yetkisi konusunda pek çok kaynak bulunmaktadır. Burada faydalı katkılar içeren *HRLJ* 1/1998 ("The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Takdir Yetkisi Doktrini: Teoride Meşruiyet ve Uygulama Biçimleri]") özel sayısına atıfta bulunmak gerekir. *EuGRZ* 17-18/2006 özel sayısı (Mahkeme, o zamanki Avrupa Adalet Mahkemesi ve dört anayasa mahkemesinin çalışma toplantısına ilişkin notlardan derlenmiştir) da "Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen" ["Çok Kutuplu Hukuki İlişkilerde Temel Haklar ve İnsan Haklarının Denetim Yoğunluğu"] başlığı altında (bu makalenin yazarı, Christoph Grabenwarter ve Wolfgang Hoffmann-Riem tarafından katkılar içerir) konuyla ilgili tartışmalara yer verir. Bu bağlamda Paul Mahoney tarafından kaleme alınan "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the

kisinin ne kadar dar ya da geniş olacağı şeklinde de sorulabilir. Mahkeme'ye sık yöneltilen eleştiriler bu soruya odaklanır. Mahkeme'nin bu eleştirilere karşılık takdir yetkisinin sınırlarının nasıl çizileceğini gösteren hassas ve öngörülebilir kriterler geliştirmesi gerekecektir.

Başlangıç noktası olarak Sözleşme'nin temel felsefesi, ya da değerler sistemi, esas alınmalıdır. Paul Mahoney'nin belirttiği gibi, "Sözleşme'nin temelini oluşturan siyasi felsefe, temel özgürlüklerin ve insan haklarının saygı görmesi için en iyi yönetim şeklinin siyasi demokrasi olduğunu savunur".[8] Buradan da anlaşılıyor ki, konu siyasi tartışmaların bastırılması ya da kısıtlanması olduğunda, ülkeler arasında büyük farklar olması kabul edilmeyecek, Mahkeme'nin epey yoğun kontrol uygulaması istenecektir. Dolayısıyla ülkelerin takdir yetkisi dar olup zorunlu hallerde dengeleme yapılması gerekiyorsa, ifade özgürlüğünün örneğin incinmiş bir siyasetçinin duyguları karşısında ağır basması muhtemeldir. Siyasi tartışmanın özünden uzaklaşıldığında durum daha karışık hale gelir. Örneğin bu durum, bir eleştirinin hedefinde yer alan siyasetçinin, siyasi görüşleri nedeniyle değil, özel hayatında nasıl davrandığıyla ya da bunun kamuoyuna duyurulma şekliyle eleştiri konusu olmasında ortaya çıkar. Böyle bir durumda demokrasi kavramı farklı çözümlere hoşgörüyle yaklaşacağı için ülke makamlarına daha geniş takdir yetkisi tanınıp Avrupa düzeyindeki kontrol gevşetilebilecektir. Siyaset merkezinden ne kadar uzaklaşılırsa, Mahkeme'nin siyasi demokrasiyi koruma ve geliştirme adına ifade özgürlüğünden yana sıkı kontroller uygulamasına yönelik ihtiyacın azalacağı görülmektedir. Bir noktada siyaset unsuru tamamen ortadan kalkabilir ve bu durumda ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği arasındaki bir çatışmada ifade özgürlüğünün geri planda kalması gerekir, bunun sonucunda da takdir yetkisi tekrar daralır, ama bu kez 8. madde hakları lehine.

Yukarıdaki biraz soyut ve basit bir ifadedir.[9] Benim amacım, değerlendirme ölçeğinin değişken olduğunu ve *Lingens/Avusturya*[10] gibi, bir gazetecinin bir siyasetçiyi son derece siyasi bir bağlamda eleştirmesi nedeniyle cezalan-

Same Coin" ["Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Hukuki Aktivizm ve Hukuki ölçülülük: Bir Paranın İki Yüzü"], *HRLJ* 1990, 5788 makalesini de anmak yerinde olur. Daha yakın tarihli kaynaklar için Jan Kratochvíl: "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights" ["Takdir Yetkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Büyütülmesi"], *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2011, 324-357 incelenebilir.

8 P. Mahoney, "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism" ["Çeşitliliğin Muazzam Zenginliği ya da İnfial Uyandıran Kültürel Görecelilik"], *HRLJ* 1998, 1, 3'te.

9 Bu tartışma, siyasi olan ve olmayan tartışmalar arasındaki ikilik hakkında olsa da, kamuoyunu ilgilendiren başka konularda da benzeri kaygılar oluşabilir.

10 *Lingens/Avusturya*, 8 Temmuz 1986, Seri A no. 103.

dırılması şeklinde cereyan eden çerçevesi net davalardan, siyasi unsurun zayıf olması ve çatışan menfaatlerin ağırlığının artması nedeniyle bulanıklaşan alanlara uzandığını vurgulamaktı. Bu ayrımlar takdir yetkisine yansıtılmalıdır. Buna örnek olarak, arka planı *Lingens* davasındaki gibi bir seçim kampanyası olan *Saaristo* davası gösterilebilir. Bu davada bir gazeteci, *Lingens*'ın Şansölye Kreisky'ye yaptığı gibi, seçim kampanyası sırasında adayın söylediği bir şey nedeniyle onu "ahlaksız" olduğu gerekçesiyle eleştirseydi, bunun takdir yetkisi kapsamında kabul edilebilir bulunmasına dair hiçbir şüphe olmaz fakat Mahkeme'nin sıkı kontrol uygulaması da şart olurdu. Gazetecinin, adayın evliliğindeki sorunlar ya da eşini aldatması gibi bir gerekçeyle özel hayatına müdahale etmesi durumunda olay karmaşıklaşırdı. Adayın özel hayatının gizliliği lehindeki savlar anlam kazansa da, seçmenlerin bir adayın ahlaki duruşunu ve temsil ettiği değerleri yansıttığı iddia edilebilecek konuları öğrenmesinde yarar bulunduğu hâlâ öne sürülebilirdi.[11] Tartıştığımız *Saaristo/Finlandiya* davasında ise siyasi tartışma konusundan o kadar uzağız ki, gazetenin haberine konu olan kişi adayın kendisi değil, kampanya asistanı. Bu durumda dahi, sözü edilen kişi bir başka adayla ilgili siyasi niteliği çok açık ifadelerde bulunmuş olsa, bir gazetecinin kişiye karşı bu ifadeler nedeniyle sert eleştiriler yöneltmiş olması Mahkeme'nin sıkı kontrolünü meşrulaştırır ve takdir yetkisinin daralmasını haklı çıkarırdı. Fakat gazeteci, asistanın siyasi faaliyetleri ve duruşu hakkında değil özel hayatının bir kesimi hakkında yazarsa, olayın genel arka planı bir seçim kampanyası olduğu halde, siyasi tartışma özünden iyice uzaklaşılmış olur. *Saaristo* davasında yaşanan da budur.

Bu olayda, ifade özgürlüğü ile özel hayat hakkının dengelenmesinin gerektiği ve baştan hangisinin üstün geleceğinin kestirilemediği bir durum ortaya çıkmaktadır.

Neyse ki Mahkeme dengelemenin nasıl yapılacağına ilişkin yol göstermiştir. Uygulanacak ilkeler yakın zamanda Büyük Daire tarafından *von Hannover/Almanya* (No. 2)[12] davasında özetlendi. Bu dava *Saaristo*'dan sonra gelse de, Büyük Daire kararının niyetinin yeni bir çığır açmak değil, uygulanacak ilkeleri "kanunlaştırmak" ve yerleşik içtihata göre kısa ve öz bir şekilde sunmak olması nedeniyle bir kriter olarak kullanılabilir.[13]

11 Bkz. *Standard Verlags GmbH/Avusturya* (no. 2), no. 21277/05, 4 Haziran 2009; bu davada (beş yargıcın) çoğunluğu bir gazetenin cumhurbaşkanı ve eşinin evlilik sorunlarına ilişkin söylentiler yaymasının 10. maddeye uygun olduğuna kanaat getirirken, karşı görüş bildiren (ve meslektaşlarından birinin katıldığı) bir yargıç aksi sonuca vararak, "Cumhurbaşkanı'nın evliliğinin durumu, kamuoyunu ilgilendirmeyen bir konu olarak görülemez" vurgusunu yapmıştı.

12 *Von Hannover/Almanya* (no. 2) [BD], no. 40660/08 ve 60641/08, ECHR 2012.

13 Bkz. paragraf 95-100 ve özellikle paragraf 100: "Mevcut uygulamalar, başvuruculaların özel hayatlarına saygı hakkı ile yayıncı şirketin Sözleşme'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü

Monako Prensesi Caroline'in konu olduğu *von Hannover* (No. 2) davasında Mahkeme, 8. madde ile güvence altına alınan haklar ve 10. maddenin koruması altındaki hakların prensipte "eşit saygıyı hak ettiğini" ve başvurunun sonucunun, teoride de olsa, hangi madde kapsamında yapıldığından etkilenmemesi gerektiğini ortaya koydu (paragraf 106). Bu önemlidir; çünkü yurtiçindeki davanın taraflarından biri genellikle Strazburg'daki AİHM duruşmalarına katılmaz.

Ülke makamları, Mahkeme'nin içtihatlarına uygun bir şekilde dengeleme çalışması yapmalıdır. Mahkeme, *von Hannover* (*No. 2*) kararında bu uygulamanın kriterlerinin çerçevesini çizer.[14] Bu çerçevede "temel bir kriter olarak basında yer alan fotoğraf ve yazıların genel ilgi uyandıran bir konudaki tartışmaya yaptığı katkı" (paragraf 109), söz konusu kişinin ne derecede tanınmış olduğu sorusu ve haberin konusu yer alır. Mahkeme, bu bağlamda basının özellikle siyasetçilere karşı üstlendiği fakat kamuoyunu ilgilendiren diğer konuların da bunun dışında olmadığı "kamu bekçisi" rolünü vurgular (paragraf 110). İlgili kişinin önceki davranışları da önem arz eder (paragraf 111), bu durum yayının içeriği, şekli ve sonuçları için de geçerlidir (paragraf 112), fotoğraflar içinse bu görüntülerin çekildiği şartlara bakılır (paragraf 113).

Dengeleme çalışmasının bu kriterlere uygun yapıldığı durumlarda Mahkeme, *von Hannover* (*No. 2*) davasındaki Büyük Daire kararına göre, "kanaatlerinin ülke mahkemesi kanaatine ikame edilmesi için sağlam gerekçelere ihtiyaç duyacaktır" (paragraf 107). Öncelikle Finlandiya Yüksek Mahkemesi'nin böyle bir uygulamada bulunduğunun kabul edilip edilemeyeceğine dair düşüncelerimi aktaracağım.

Bence Yüksek Mahkeme gerçekten de Anayasanın güvencesindeki temel hakların ve Mahkeme'nin Sözleşme yorumunun oynadığı rolleri genel bir tahlilden geçirerek titiz bir dengeleme yürütmüştür. Mahkeme'nin *von Hannover (No. 2)* davasında yaptığı gibi Yüksek Mahkeme de çatışan iki hakkın müşterek önceliği bulunmadığını çıkış noktası olarak alarak Mahkeme'nin içtihatlarında açıklanan ilkeleri irdeler, Finlandiya Anayasasını bu ilkeler ışığında yorumlar, Fransa ve Almanya'nın yüksek mahkemeleri tarafından verilmiş kararlara gönderme yapar ve yargılama konusu davanın temel meselesini, O.T.'nin kamuoyunu ilgilendiren kampanyadaki rolü nedeniyle özel hayatına dair bilgilerin açıklanmasının haklı görülüp görülemeyeceğini belirlemek olarak tespit eder.[15]

hakkı arasında adil bir denge gözetilmesini gerektirir. Mahkeme bu nedenle, söz konusu hükmün uygulanmasıyla ilgili genel ilkeleri tekrarlamakta fayda görmektedir."

14 108. paragrafta Mahkeme, "içtihatta yargılama konusu dava için belirlenmiş kriterler"e gönderme yapar fakat aynı kriterler diğer davalar için de *mutatis mutandis* geçerlidir.

15 4 Temmuz 2005 tarihli Yüksek Mahkeme kararının 8.-16. paragrafları (2005:82).

Yüksek Mahkeme bu meseleye girerken, Mahkeme'nin *von Hannover (No. 2)* davasında gözettiği kriterlerin dengeleme için gerekli olduğunu saptar; bu durum, Avrupa Mahkemesi'nin kararında Yüksek Mahkeme metinlerinden yapılan alıntılarda da görülür.[16] Yüksek Mahkeme, O.T.'nin olaydan önce siyasetçi olarak tanınmamış olduğunu dikkate alır, ücret karşılığı çalışan bir uzman olarak kampanyada yer almasının özel hayatının gizliliğinden feragat anlamına gelmeyeceğini vurgular ve haberin siyasi açıdan önemli bir ilişkiyi değil, bir özel ilişkiyi gündeme getirme maksadıyla yapıldığı izlenimini belirtir. Sonuç, haberin yayımlanması ile O.T.'nin özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğidir.

Fakat AİHM farklı bir sonuca vardı. O.T.'nin iletişim müdürlüğü görevine gelirken kamunun dikkatini üzerine çekeceğini, "koruma altındaki özel hayatının kapsamının biraz daha sınırlı hale geleceğini" "anlamış olması gerektiğini" tespit etti (paragraf 66). O.T.'nin siyasetçi olarak nitelendirilmesi mümkün değilse bile "bütünüyle özel bir şahıs da olmadığını" açıklayan Mahkeme, "O.T.'nin durumuyla ilgili olarak Yüksek Mahkeme çoğunluğunun değerlendirmesine katılmadığını" da beyan etti (*a.g.k.*). Mahkeme'ye göre "çoğunluk, O.T.'nin çalışmalarının siyasi mahiyetine ve bu çalışmaların kamuoyu nezdinde yapılmasına yeterli ağırlık vermemiştir" (*a.g.k.*).

Yapılan alıntılarda görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme'nin kararı oybirliğiyle verilmemişti; beş hakimden biri karşı görüş bildirmişti. Bu da, ülke düzeyinde dahi duruma iki açıdan bakmanın mümkün olduğunu gösterdiğinden, Mahkeme'nin ulusal mahkemeye karşı çıkmasını kolaylaştırmıştır. Bu durumda dahi, ikincillik ile takdir yetkisi ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda ulusal mahkemenin kararına öncelik tanınmalı, prensipte nihai karar, *von Hannover (No. 2)*[17] davasında özetlenen kriterleri karşılaması kaydıyla, ulusal mahkemenin kararı olmalıdır. İki mahkeme kademesinin birbirine göstermesi gereken "karşılıklı saygı" kısmen bunu gerektirir.[18] Mahkeme'nin

16 Mahkeme kararı paragraf 17.

17 Naomi Campbell ve bir yayıncı şirket arasındaki anlaşmazlığı konu alan *MGN Limited/ Birleşik Krallık* (no. 39401/04, 18 Ocak 2011) davasında (*Saarinen*'dekiyle neredeyse aynı yapı içinde) verilen karara bakılırsa, bu ilke Mahkeme tarafından kabul edilmiş görünür. Mahkeme, yayıncı şirkete ünlü mankenin uyuşturucu tedavisi görmesi ile ilgili haber yayımlaması nedeniyle mahkumiyet verilmesinin 10. maddeye uygun olduğunu tespit etti ve Lordlar Kamarası'nda oyçokluğuyla sunulan gerekçeleri yeterli buldu. Mahkeme devamında şunları belirtti (paragraf 150): "Bu arka plana dayanarak Mahkeme, bu bağlamda ülke mahkemelerine tanınan takdir yetkisine atıfla, kendi görüşünü Lordlar Kamarası'nın nihai kararının yerine koymak ya da başvurucunun Mahkeme'den talebi doğrultusunda azınlığın kararını çoğunluk kararına üstün tutmak için kuvvetli gerekçelere sahip olmalıdır."

18 Bkz. yukarıdaki dn. 3 ve öncesindeki metin.

bu davadaki kararı, karşı görüş bildiren hakimin kanaatini tercih etse de[19] Yüksek Mahkeme'nin çoğunluğunun yaptığı dengelemenin neden *von Hannover (No. 2)* davasında (daha doğrusu bu kararın özetlediği içtihat kararlarında) tanımlanmış standartlara uymadığını açıklamadığı izlenimi uyandırır. Mahkeme sanki kendisine Yüksek Mahkeme ile mutabık olup olmadığı sorusunu sormuş, Yüksek Mahkeme kararının takdir yetkisi ile açıklanıp açıklanamayacağını ise sormamıştır. Mahkeme, eski Strazburg jargonuyla konuşacak olursak, *de facto* bir "dördüncü güç" olarak hareket etmiş ve Yüksek Mahkeme'nin görüşünün yerine kendisinini koymuştur.[20] Oysa *von Hannover (No. 2)* davasında özetlenen kriterlerin ana fikri, ulusal mahkemenin uyguladığı dengelemenin Mahkeme içtihatları ışığında yapılmış olması ve başka kuvvetli neden bulunmaması koşuluyla, birden fazla kararın kabul edilebileceği, yani "takdir yetkisi" kapsamına girebileceği yönündedir.

Lingens davasında olduğu gibi siyasi tartışma alanı içinde bulunmak, sıkı kontrol uygulanması için tek başına kuvvetli gerekçedir. Fakat yukarıda açıklandığı gibi *Saaristo* davasında olay *Lingens* benzeri bir durumdan, özel hayatın göreceli ağırlığının arttığı başka bir alana kaymıştır. Mahkeme dahi bunu, O.T.'nin siyasetçi olarak nitelendirilmesi mümkün değilse bile "bütünüyle özel bir şahıs da olmadığını" açıklayarak dolaylı yoldan ikrar etmiştir. Kişinin 8. madde ile 10. madde hakları arasındaki dengeyi ilk bakışta kuramadığı bu gibi karma durumlarda, bir gazete haberindeki mesajın kamuoyunda nasıl algılanacağını, kampanya yetkilisinin rolünün siyasi nitelikte algılanıp algılanmayacağını saptamakta ulusal mahkeme daha elverişli konumda olabilir. Ulusal mahkemenin, her iki tarafın duruşmaya çıkması gibi bir avantajı da vardır. Böyle durumlarda ulusal mahkemenin, en üst ulusal makamın kararına muhalefet eden Mahkeme'den "kuvvetli gerekçeleri" açıklamasını isteme hakkı doğabilir.

Belki Yüksek Mahkeme'nin kararına karşı çıkmanın "kuvvetli gerekçeleri" sonuçlarının mahiyeti ve şiddetinde saptanabilir. Her halükârda Mahkeme, "uygulanan yaptırımın ağırlığını dikkate aldığını" belirtmektedir (paragraf 68). Mahkeme zaten bu soruya da hatırı sayılır derecede önem verir.

19 Önemli bir insan hakları hukukçusu da olan Hakim Lauri Lehtimaja'nın özenle yazılmış karşı görüşüne dayanarak bunu anlamak mümkündür.

20 Mahkeme'nin vardığı "çoğunluk, O.T.'nin çalışmalarının siyasi mahiyetine ve bu çalışmaların kamuoyu nezdinde yapılmasına yeterli ağırlık vermemiştir" sonucu Yüksek Mahkeme'deki muhakemenin bir biçimde kusurlu olduğunu ima etse de, benim açımdan daha yakından bakıldığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gözünden ulusal mahkemenin kararının "nitelik itibariyle" kabul edilemez bulunduğu görülüyor. Dolayısıyla AİHM, O.T.'nin arkadaşının eski eşinin haberin yayınından önce televizyonda seçim tartışma programları yönetmiş olmasını önemli addederken (paragraf 67), Yüksek Mahkeme karşı görüşünde bu gerçeğin O.T.'nin özel hayatına dair bilgi açıklanmasını haklı çıkarmadığını öne sürüyor. Bence iki yaklaşım da mümkündür.

Karşısına ceza ve tazminat kararına karşı temyiz olarak gelen dosyayı görüşen Yüksek Mahkeme, bu durumu doğal olarak dikkate alıp yaptırımların orantısız olmadığına kanaat getirmiştir. Ülkenin en yüksek mahkemesi, başvurucuların on günlük ücret karşılığı para cezasına çarptırdı ve O.T.'ye 5000 eurodan biraz fazla manevi tazminat ödenmesini emrini verdi. Yüksek Mahkeme, (biri muhabir ve biri de yazı işleri müdürü olan) iki bireysel başvurucunun (esastan sorumluluğu reddettikleri halde)[21]bu tutarın uygunluğuna itiraz etmediğini, dolayısıyla da sonuçların orantısız olmadığını belirtti.

Fakat AİHM, Yüksek Mahkeme'nin bu konuda da hatalı olduğuna karar verdi. "Birinci ve ikinci başvurucunun ceza kanunu uyarınca on günlük ücret karşılığı para cezasına çarptırıldığını, bunun da sırasıyla 270 euro ve 650 euroya denk geldiğini" kaydetti (paragraf 68). Mahkeme'nin devamında belirttiği gibi: "başvurucular, başvurucu şirketle birlikte O.T.'ye müşterek ve müteselsil olarak yasal faiziyle birlikte 5046,64 euro tazminatın yanı sıra, yasal faizleriyle birlikte 6500 euro vekalet ücreti ve 2415 euro tanık masrafları ödemeye mahkum edildi" (a.g.k.). Mahkeme'ye göre: "o tarihte ağır şiddet mağdurlarına hükmedilen azami tazminat tutarının yaklaşık 100.000 FIM (17.000 euro) olduğu düşünüldüğünde, hükmedilen tazminatın tutarı ağır bulunmaktadır (...)" (*a.g.k.*)

Ben buna bütünüyle ikna olmuyorum. Uygulanan cezai yaptırım, ceza bareminin en aşağılarında yer alır[22] ve her ne açıdan bakılırsa bakılsın mütevazıdır. Para cezasının hiç uygulanmaması gerektiği öne sürülmüyorsa, bu ölçüde bir cezanın Sözleşme uyarınca kabul edilebilmesi gerekir. Buna sonra döneceğim.

Tazminat, ulusal hukuk ve ulusal mahkemelerin görece geniş takdir yetkisine sahip olmaları gereken bir alandır. Bu konuda genel bir görüş birliğinden söz etmek mümkün değildir ve bildiğim kadarıyla Mahkeme'nin standart dayatma girişimi de olmamıştır. Mahkeme'nin tazminat tutarını ağır şiddet mağdurlarına ödenen tazminatla karşılaştırması, bunun iki tazminat

21 Yüksek Mahkeme kararı paragraf 31: "[O.T.] lehine hükmedilen, 5000 Euro'dan biraz fazla manevi tazminat tutarına HS ve SS tarafından itiraz edilmemiştir. Bu da iki gazetecinin suçlu bulunmaları durumunda tazminat tutarını makul gördüklerini, başka bir deyişle, istenen tazminatın sanıklar gözünde aşırı olmadığını gösterir. 5046 eurotutarındaki tazminatın açıklaması, İlçe Mahkemesinde görülen ilk davada gazetecilerin O.T.'nin 200.000 Fin Markkası (FIM) tutarındaki tazminat talebine itiraz ederek, (elbette suçlarının sabit görülmesi durumunda) "doğru tazminat tutarının" ("oikea korvauksen maara") 30.000 FIM olması gerektiğini, fakat bunun da O.T.'nin sorumluluktaki payı dikkate alınarak 10.000 FIM'e indirilmesi gerektiğini öne sürmelerinde görülebilir." Forssa Mahkemesi'nin 02/46 sayı ve 1 Şubat 2002 tarihli kararı.

22 Barem 1 ile 120 arasındadır.

düzeyi arasında çarpıcı bir orantısızlığa işaret ettiği durumlarda anlamlıdır.[23] Fakat pratikte bu tazminatın ağır şiddet mağdurlarına verilebilecek azami tutarın %30'una denk gelmesi nedeniyle fazla yüksek olduğuna hükmetmek bence mutlak tutarlar makul sınırlarda kaldıkça ülkelerin takdir yetkisine girmesi gereken bir konuya müdahale anlamını taşır. Üstelik bu karşılaştırma Finlandiya'da şiddet mağdurlarına ödenen tazminatın düşüklüğünü gözler önüne sermenin yanında, bence Mahkeme'nin kendi içtihatlarında ortaya çıkan tazminatlara kıyasla 5046 euronun çok yüksek sayılamayacağını da gösterir.[24] Pratikte bu tazminatın başvurucu şirket tarafından ödendiği, şirketin de Finlandiya'nın en büyük, olay zamanında Avrupa'nın sayılı büyük medya kuruluşlarından biri olduğu da unutulmamalıdır. Yasal ücretlerle artmış olsa dahi 5046 euro tazminatın, yayıncı kuruluşu 1577 sayılı Parlamenterler Meclisi Kararını (2007) yazanların üye devletlere "hakaret davalarındaki tazminat ve faizlere, muhatabı medya kuruluşunun hayatiyetini tehlikeye atmayacak makul ve orantılı azami sınırlar getirme"[25] çağrısını yaparken aklından geçenlere yakın bir noktaya dahi getirmediğini gönül rahatlığıyla söyleyebiliriz.

Bu olayda hapis cezası uygulanması ihtimali mevcut değilmiş gibi görünse de, Finlandiya yasaları söz konusu suçun hapisle cezalandırılmasına olanak sağlayan hükümler içermekteydi (hâlâ da içerir). Mahkeme bu meseleye de girerek (paragraf 69) "akit Devletlere tanınan takdir yetkisi bağlamında hakarete karşı cezai yaptırım uygulanması güdülen hedef ile orantısız görülemez" açıklamasını yapmakla birlikte, hemen ardından ceza davası açmanın "hapis cezasına hükmedilme riski taşıdığı" uyarısında da bulunur.

Hapis cezasıyla ilgili kaygıların belirtilmesinin, belki Finlandiya'da yasamayı etkileme amaçlı bir kapsam dışı (*obiter dicta*) görüş mü olduğu yoksa Mahkeme'nin hapis cezası riskini *Saaristo* davasının sonucunu etkileyen bir şey olarak mı gördüğü belli değildir. Fakat hapis cezasıyla ilgili tartışmanın, "bu sonuçlar, O.T.'nin aile hayatının gizliliği hakkına müdahaleye yol açan

23 Mahkeme'nin bu karşılaştırmayı ilk kez yaptığı (yukarıda atıf yapılmış) *Karhuvaara ve Iltalehti* davasında, özel hayatının gizliliği ihlal edilen mağdur, ağır şiddet mağdurlarına verilen azami tazminat olduğu yukarıda belirtilmiş 100.000 FIM ya da 16.819 Euro'dan çok daha yüksek bir tazminat kazanmıştı (175.000 FIM ya da 29.400 Euro).

24 *Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland Limited/İrlanda* davasında (no. 55120/00, ECHR 2005-V (alıntılar)), 380.000 eurotutarında tazminat kabul edilmişti (aşağıdaki dn. 30). Bir siyasetçi tarafından Cumhurbaşkanı'na hakaretin konu olduğu *Pakdemirli/Türkiye* davasında (no. 35839/97, 22 Şubat 2005) 60.000 eurotazminata hükmedilmesi aşırı bulunmuş, Mahkeme hakkaniyet değerlendirmesinde bulunarak başvurucuya 35.000 eurotazminat ödenmesine hükmetmiş, böylece davada kabul edilebilir tazminat tutarının 25.000 euroolduğunu ima etmiştir (paragraf 69). *A./Norveç* davasında (no. 28070/06, 9 Nisan 2009, aşağıdaki dn. 35) Mahkeme, bir cinayet hükümlüsüne hapisten salıverildikten sonra 8. madde haklarının çiğnenmiş olduğu gerekçesiyle 19.000 eurotazminat ödenmesine hükmetti.

25 Karar paragraf 17.8 (*"Hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına doğru"*).

şartlar dahilinde değerlendirildiğinde, bu hakla rekabet halinde olan ifade özgürlüğü hakkı açısından orantısız kalmıştır" (paragraf 70) sonucundan hemen önce geldiği düşünüldüğünde, bir hapis cezası olasılığının, para cezası ve tazminatla birlikte, bu davanın "sonuçlarından" biri olarak görüldüğünü varsaymak gerekir.

Mahkeme'nin davalardan bağımsız soyut hukuk mütaalalarında bulunmak yerine somut davalara karar vermesi yönündeki eski ilkeden vazgeçilmediği takdirde Mahkeme'nin muhakemesini takip etmek benim için güç oluyor. Daha önce belirtildiği gibi, bu davada somut bir hapis cezası riski hiçbir aşamada ortaya çıkmamıştı. İlçe Mahkemesi'ndeki ilk davada savcı, sanıkların genel olarak cezalandırılmasını isterken hapis cezasını kapsam dışı tutmamış, ama özellikle de talep etmemişti. Her halükârda ceza bareminin alt kademelerinden cezalara hükmedildi ve savcı cezaya itiraz etmedi. Dolayısıyla dava Temyiz Mahkemesi'ne, oradan da Yüksek Mahkeme'ye giderken, bir dönem teoride mevcut dahi olsa hapis cezası riski tamamen ortadan kalktı; zira iddia makamı (O.T.) yalnızca tazminat tutarının arttırılması talebinde bulunmuştu. Fiiliyatta verilsin, verilmesin, eğer gerçek bir hapis cezası riski dava süresince gazetecilerin tepesinde Demokles'in Kılıcı gibi asılı dursaydı, ilgili yasanın getirdiği hapis cezası olasılığı, 10. maddenin ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken göz önünde bulundurulması gereken bir unsur olabilirdi. Bu davada başvurucuların böyle bir tehdit altında olmadığı açıktır.[26] Bence sonuçlar teker teker de, hep birlikte de ağır olarak nitelendirilemez.

Mahkeme, söz konusu davranışlara cezai yaptırım uygulanmasının başlı başına Sözleşme ile yasaklanmış olmadığını kabul etse de, Mahkeme'nin bu davada olduğu gibi savcının ceza davası açmasına karşı olumsuz tavır takındığı sezilmektedir.[27] Bunun amacı bu tür yargılamaların Finlandiya hukukundan lağvedilmesinin mümkün olduğu mesajını iletmekse, kişi böyle bir girişimin ifade özgürlüğü ile mahremiyet arasındaki hassas dengeyi kuran sarkacı fazlasıyla ifade özgürlüğüne kaydırıp kaydırmayacağını sormakta haklı olur. Finlandiya'nın mevcut sisteminde davayı savcının resen açabilmesi, özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini düşünen kişilerin gereksiz masraf ve harcamalara girmeden koruma alabilmesini sağlamaktadır. Bu sistemin sadece şikâyet üzerine davalar ve/veya tazminat davasına dayanan bir sistemle de-

26 Finlandiya İstatistik Bürosu'ndan alınan bilgilere göre 1998-2004 döneminde söz konusu suça ertelenmiş dahi olsa hapis cezası uygulanmamıştır. Olayda hem İlçe Mahkemesi hem de Temyiz Mahkemesi 2002 yılında karar vermiştir.

27 "Bununla birlikte, ülke makamlarınca hakaret ya da aşağılama olarak nitelenmiş olsun olmasın bir ifadenin, sahibine savcı tarafından (Finlandiya'daki diğer davalarda olduğu gibi) ceza davası açılmasına neden olması, hapis cezasına hükmedilme riskini de içerir." *Saaristo*, paragraf 69. Cezalar konusunda Mahkeme, birinci ve ikinci başvurucuların ceza kanunu kapsamında hüküm giydiğini dikkate aldı (kararın 68. paragrafı).

ğiştirilmesi, hukuki yardım sisteminde çok kapsamlı (ve mevcut ekonomik şartlarda yakın gelecekte olanaksız) bir reform eşliğinde gerçekleştirilmezse, özel hayatını korumak isteyenlerin savcı desteğinin yokluğunda seçeneklerinin daralacağı anlamına gelir.

Bunun yanı sıra, muhatapların yargılama giderleri ve vekalet ücretlerinin üstlenilme riski, özellikle bu davada muhataplardan birinin önemli kaynakları ve pahalı avukatları bulunduran bir medya kuruluşu olduğu düşünüldüğünde, kişilerin 8. madde haklarının ihlalinden şikâyetçi olması üzerinde caydırıcı etki yaratabilir. Bu caydırıcı etki sadece Mahkeme'nin *Saaristo* davasında haklarının ihlal edilmediğine karar verdiği O.T. gibi kişilere değil, Mahkeme tarafından durumu farklı değerlendirilmiş kişilere de yayılabilecektir. Mahkeme'nin vurguladığı gibi, 8. madde ve 10. madde hakları eşit korumadan yararlanır ve "siyaseten doğru" olmama pahasına iddia edebilirim ki mevcut sistemde bu iki hak prensipte görece dengeli bir şekilde korumadan yararlanmaktadır.[28] Bir tarafta savcılık, mahremiyetlerini korumaya gerçekten ihtiyaç duyanların yüksek masrafları göze almadan buna kavuşabilmesini temin ederken, diğer yanda fiiliyatta bir filtre vazifesi görerek dayanaksız taleplerle gelmiş ve bu nedenle yargılamanın masraflarını üstlenmeleri gerekecek olan davacıların elenmesini de sağlayabilmektedir. Sistemin şikâyet üzerine başvuru ve tazminattan ibaret hale gelmesi durumunda, sağlam dayanakları olan davaların da elekten geçemeyeceğinden korkarım.[29] Sözleşme'nin kısmen ceza hukukuna dayalı böyle bir sistemi, bazı yargı sistemlerinde tazminat davalarının jüri önünde görülmesi gibi, farklı bir sistemin perspektifinden bakıldığında neredeyse akıl almayacak sistemleri hoşgördüğü gibi hoşgörmesi gerektiği bildirilmiştir.[30] Bununla birlikte, Finlandiya'da hapis cezasına

28 ABD merkezli tanınmış sivil toplum kuruluşu Freedom House'a göre bu sistem, basın özgürlüğü üzerinde haksız bir baskıya neden olmamıştır. Kuruluşun düzenlediği son Dünya Basın Özgürlüğü Sıralaması'nda Finlandiya, Norveç ve İsveç ile birlikte 197 ülke arasından birinci sırada bulunmaktadır. Bkz. http://www.freedomhouse.org/report/freedom-press-2012.

29 Cezai sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmanın alternatifi olarak, günümüz iletişim teknolojisinin en ağır hakaretler içeren mesajları, sahibinin tazminat ödeme olanağı bulunmadığı için tazminat tehdidinin caydırıcı bir unsur sayılmadığı şartlarda yayımlamasına olanak sağladığı hatırda tutulmalıdır. Yeni iletişim kanalları, gazetecilerin bağlı olduğu mesleki kontrol mekanizmalarının dışında kalan kişilere de açıktır. Cezai sorumluluğu gazeteciler dışındakilere uygulamak da sorunsuz bir yöntem değildir; çünkü günümüz medya kanallarında bu meslek kategorisiyle diğerleri arasındaki sınır çizgisi tartışmalı olabilir.

30 *Tolstoy Miloslavsky/Birleşik Krallık* davasında (13 Temmuz 1995 tarihli karar, Seri A no. A 316) jürinin hükmettiği tazminat 1,5 milyon sterlindi. Bu tazminatın tutarı Mahkemece aşırı bulunsa da, bunun bir nedeni orantısız hükümlere karşı yeterli tedbirlerin getirilmemiş olmasıydı (paragraf 51). *Independent Media Newspapers Limited* davasında (aşağıdaki dn. 24) Mahkeme, İrlanda'daki jüri yargılamasında yeterli hukuki tedbirlerin bulunduğuna kanaat getirerek, bir siyasetçinin iftira davasında kazandığı 380.000 eurotazminatın, Sözleşme'nin 10. maddesiyle uyumlu olduğuna hükmetti (paragraf 32: "Bu doğrultuda, inceleme ko-

çarptırılma ihtimalini ancak en ağır olaylarla sınırlı tutacak bazı girişimlerden memnuniyet duyuyorum.[31]

Saaristo davasına dönersek, Mahkeme'nin Finlandiya Yüksek Mahkemesi'ni doğru dengeleme yapmamış olmakla değil, "yanlış" sonuca varmakla eleştirdiği hissiyatı oluşmaktadır. Bu bana, eski Mahkeme Başkanlarından ve Sir Nicolas'ın seleflerinden Yargıç Bernhardt'ın akıl dolu sözlerini hatırlatıyor. Bir filmin dine hakaret ettiği gerekçesiyle yasaklanmasını konu alan *Wingrove/Birleşik Krallık* davasında Yargıç Bernhardt, ülke hakiminin ve uluslararası mahkemenin rolleri hakkında şunları söylemişti:

> *"Şahsen 'Visions of Ecstasy' adlı filmin yasaklanması gerektiğine ikna olmadım ... bu hissiyata yol açan nedenlerden biri de filmi izlerken edindiğim izlenimdir. Fakat farklı seçeneklerin mümkün ve mevcut olduğu durumlarda, takdir yetkisinin özü gereği uluslararası yargıç, ancak ve sadece ülke mahkemesinin kararı makul bir şekilde gerekçelendirilemiyorsa müdahale etmelidir."*[32]

Gerek Yüksek Mahkeme'nin kararı, gerekse karşı görüş savunulabilir. Karşı görüşün gerekçesinin hakkını vermekle birlikte, çoğunluk görüşünün de yukarıdaki anlamda "makul bir gerekçelendirmeye dayandığını" kabul etmek durumundayım.

Fakat makul gerekçeleri bulunan iki çözüm varsa, Mahkeme neden kendince daha iyi olanı seçemesin? Bu da bizi takdir yetkisinin neden var olduğu temel sorusuna götürüyor. Amacım takdir yetkisi doktrininin derinlerine girmek değil, birbirine bağlı iki düşünceyi ortaya koymak. Mahkeme "bağımsız" karar verip sıkı *kontrolldichte* ("kontrol yoğunluğu") uygularsa, ki bence söz konusu davada böyle olmuştur, başka bir kurulun benzeri bir davada yine sıkı kontrol uygulayarak farklı bir sonuca varması mümkündür. İçtihat kendi içinde çelişkilere düşüp öngörülebilirliğini yitirdikçe, mahkemenin güvenilirliği tehlikeye girer. Gerçekten de ifade özgürlüğü alanında birbirine yakın davalar arasında tutarsızlık belirtileri ve örnekleri görülmektedir. Sözgelişi, *Saaristo* davasında ihlalin sabit görülmesi ile, bu davaya benzer koşullar al-

---

nusu davanın özel şartlarına, özellikle temyiz korumasının derecesine ve bu bağlamda bir Devlete tanınan takdir yetkisine bakılarak, Mahkeme davada jürinin vereceği orantısız bir karara karşı korumaların yetersiz ya da etkisiz olduğu tespitinde bulunmamaktadır. Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.")

31 Adalet Bakanlığı tarafından kurulan çalışma grubunun yakın zamanda yayımladığı rapora göndermedir (Rapor No. 24/2012).

32 *Wingrove/Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996 tarihli karar, Karar ve Sonuç Raporları ("Raporlar") 1996-V. Yargıç Bernhardt'ın Olumlu Görüşü.

tında bir gazetecinin hüküm giydiği *Tammer/Estonya*[33] davasında ihlal tespit edilmemesi arasında tutarlılık görmekte zorlanıyorum. Tabii iki dava arasında (genellikle görüldüğü gibi) ince ayrıma gidip iki farklı sonucu haklı çıkarmak mümkündür, fakat *Saaristo* davasında bir ihlal varsa, *Tammer* davasında da bir ihlal olduğuna hükmetmeyi neredeyse zorunlu tutacak unsurları saptamak da zor değildir.[34] Finlandiyalı bir yazarın yakın zamandaki makalesinde ortaya koyduğu gibi, başka tutarsızlıklar da bulunabilir.[35] Farklı Dairelerin vardığı çelişkili sonuçlar Mahkeme'nin güvenilirliğini etkilemekle kalmaz, bu alanda farklı sonuçların mümkün olabileceğini, dolayısıyla Mahkeme'nin müdahalesinin asli görevini yerine getirmek için vazgeçilmez olmaktan çok, uzun vadede zarar verebileceğini de gösterir. Mahkeme'nin karşısındaki büyük dava yükü nedeniyle Büyük Daire'nin birörneklik güvencesi vermesini beklemek gerçekçi olmayacağı için[36], gerek ülke mahkemelerinin gerekse

33 *Tammer/Estonya* (no. 41205/98, ECHR 2001-I).

34 Bir yanda, *Tammer* davasında gazetecinin kullandığı ifadelerin hakaret içerdiği, *Saaristo* davasında ise nötr olduğu (bunun da farklı sonuçları haklı çıkardığı) öne sürülebilir. Diğer yanda, *Saaristo*'nun mağduru O.T.'ye kıyasla *Tammer* davasında hakarete uğrayan Bayan Laanaru, siyasetçi kimliği çok daha ağır basan, çok daha tanınmış biriydi ve bazı gizli kayıtların ortaya çıkmasıyla patlak veren büyük bir siyasi skandala karışmıştı (bkz. *Tammer* kararındaki bulgular, paragraf 9). Bu da *Tammer* davasında ifade özgürlüğüne müdahalenin en az *Saaristo*'daki kadar ciddi olduğunu gösterebilir. Aşağıdaki notta gönderme yapılan makaleye de bakınız: Amaç *Tammer* davasında da ihlal bulunması gerektiğini iddia etmek değil, iki davada benimsenen yaklaşımların kolay uyum sağlamadığını göstermektir.

35 Päivi Tiilikka: "Avvagningen mellan yttrandefriheten och skyddet for privatliv i EMD:'spraxis - lotteri eller enhetlig verksamhet?''. *Tidskrift for Kriminalvidenskab* 2012, 43-71. "Piyango mu tutarlı bir çalışma mı?" gibi kışkırtıcı bir başlık seçtiği makalesinde yazar, Mahkeme'nin uygulamasında ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliğinin dengelenmesi konusunda, başka davaların yanı sıra farklı Dairelerin aşağı yukarı aynı tarihlerde karar verdiği *A./Norveç* (yukarıda gönderme yapılmıştır) ve *Eerikainen ve diğerleri/Finlandiya*, no. 3514/02, 10 Şubat 2009 davalarını karşılaştırır. İlk davada, bir cinayet hükümlüsü tahliye edildikten sonra, basında bir cinayet ve tecavüz vakasıyla ilişkilendirilmiş, ardından bu olay nedeniyle başka kişiler hüküm giymişti. Başvurucunun ismi belirtilmemiş olsa da fotoğrafı yayımlanmış ve kimliğini tespit etmeye yardımcı olacak başka bilgiler verilmişti. Başvurucu diğer taraflarla birlikte bir gazeteye karşı küçük düşürme davası açtı fakat Norveç Yüksek Mahkemesi gazete ve ifade özgürlüğü lehine karar verdi. AİHM'de ise Norveç'in başvurucunun 8. madde haklarını ihlal ettiğine ve başvurucuya 19.000 euro manevi tazminat ödemesine hükmedildi. Eerikäinen davasında ise emeklilik maaşında sahtecilik suçlamasıyla yargılanan (ve söz konusu olaydan sonra suçlu bulunan) bir kadın, adını ve fotoğrafını yayımlayan bir gazeteye karşı dava açmıştı. Finlandiya Yüksek Mahkemesi, başvurucunun (gazeteci ve yazı işleri müdürü) kadının özel hayatının gizliliğini ihlal ettiğine ve tazminat ödemelerine hükmetti. Mahkeme, bununla 10. maddenin ihlal edilmiş olduğunu saptadı. İki Mahkeme kararı arasında "iyisi" ya da "doğrusu" ayrımına gitmeden, iki dava arasında tutarlılık bulmanın zor olduğu konusunda Dr. Tiilikka'ya katıldığımı belirtmeliyim.

36 Christoph Grabenwarter: "Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen - aus der Sicht des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes'' ["Çok Kutuplu Hukuki İlişkilerde Temel Haklar ve İnsan Haklarının Denetim Yoğunluğu - *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht"*], *EuGRZ* 2006, 487'nin 490. sayfasında (yukarıdaki dn. 7) belirtildiği gibi, 11 no'lu Protokol uyarınca Büyük

Mahkeme'nin Büyük Daire'nin *Hannover/Almanya (No. 2)* davasında çizdiği yola bağlı kalması faydalıdır. Fakat Büyük Daire'nin tam o gün (7 Şubat 2012) verdiği *Axel Springer AG/Almanya* kararı, Mahkeme'nin bizzat *Von Hannover (No. 2)*[37] davasında hatırlatıp özetlediği ilkeleri ne kadar ciddiye aldığına gölge düşürür.

3. İkincillik, Takdir Yetkisi ve Brighton Konferansı

Nicolas Bratza'nın Nisan 2012'deki Brighton Üst Düzey Konferansı'nda yaptığı konuşmaya daha önce birkaç kez değindim. Bu konferans ve orada kabul edilen Bildirge, 2013 sonu itibariyle tamamlanması planlanan 15 no'lu Protokol doğrultusunda yeni reform çalışmalarının başlangıç noktasına işaret ediyor.

Konferanstan önce, Sözleşme'deki ikincillik ilkesinin ve takdir yetkisi doktrininin bir biçimde "kanunlaştırılmasına" dair bir tartışma vardı. Mah-

Daire'nin kurulmasından bu yana, Mahkeme'nin uygulamasında aynı dava için kullanılan *Kontrolldichte*'nin farklı kurullar arasında bile değişiklik gösterebildiği saptanmaktadır. *Sommerfeld/Almanya* ile *Jahn ve diğerleri/Almanya* (yukarıda belirtilmiştir) davalarındaki Daire kararlarına gönderme yapar. Her iki Büyük Daire kararı da (*Sommerfeld* davasında sadece 8. madde kapsamındaki şikâyetle ilgili Daire'nin bulgularının aksine) ihlal olmadığına hükmederek ülke makamlarına daha geniş takdir yetkisi tanıdı. Büyük Daire kararlarının ülke mahkemelerinin değerlendirmelerine öncelik tanımaya daha yatkın olduğu, yakın tarihte ses getiren başka davalarda da görülmüştür. Ünlü "haç davası" *Lautsi ve diğerleri/İtalya*'da Daire, 4 Kasım 2009 tarihli kararında 1 no'lu Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiğini saptayıp takdir yetkisi kavramından bahis dahi açmazken, Büyük Daire (no. 30814/06, ECHR 2011 (alıntılar)), "bir geleneğin devam ettirilip ettirilmeyeceğine dair bir kararın, davalı Devlet'in takdir yetkisinde kaldığı" (§ 68) ve ihlal bulunmadığı kanaatine vardı. Bir bakıma, söylentiye dayalı kanıtların kabul edilebilirliğine ilişkin (yukarıda belirtilmiş) *Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık* davası da aynı kategoriye girer. Büyük Daire, Al-Khawaja'nın 6. madde haklarının ihlal edilmediği sonucuna varırken, "6. madde kanıtların kabul edilebilirliğine dair herhangi bir kural getirmez, bunu ülke yasalarının düzenlemesine bırakır" ilkesine iki kez atıfta bulundu (§ 126, ayrıca bkz. § 118). İkincillik ilkesinin bir unsuru olarak görülebilecek bu ilke, 6. maddenin ihlal edildiğini saptayan Daire kararında (20 Ocak 2009) yer bulmamıştı. Bununla birlikte davaların hiçbirinin 10. madde kapsamında olmadığı da belirtilmelidir.

37 Bkz. Ansgar Ohly: "Privacy v. Freedom of Expression in ECHR [AİHM'de Özel Hayatın Gizliliğine Karşı İfade Özgürlüğü]'', *JURIST-Forum*, 3 Nisan 2012, http://jurist.org/forum/2012/ansgar-ohly-privacy-rights.php., s. 3. *Axel Springer AG/Almanya [BD]* (no. 39954/08, 7 Şubat 2012) davasında Büyük Daire, bir yayıncı kuruluşun tanınmış bir eski oyuncunun uyuşturucu suçuyla gözaltına alınmasına ilişkin fotoğraflı haber yaptığı gerekçesiyle tazminata mahkum edilmesini, 12'ye karşı 5 oyla ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirdi. Ben de Ohly ile aynı doğrultuda düşünüyorum. Bir taraftan, ifade özgürlüğünün bu durumda neden ağır basması gerektiğini anlayabiliyorum. Diğer taraftan, Almanya kararlarının neden *von Hannover (No. 2)* davasında özetlenen, varlığı nedeniyle Mahkeme'yi ("kuvvetli gerekçe" yoksa) müdahaleden alıkoyan kriterleri karşılamadığını anlamıyorum. Ayrıca bkz. Yargıç López Guerra'nın kaleme aldığı, Yargıçlar Jungwiert, Jaeger, Villiger ve Poalelungi'nin katıldığı karşı görüş.

keme adına söz alan Sir Nicolas, bu düşünceye haklı itirazlarını dile getirdi ve sonuçta bunlara sadece Önsöz'de atıf yapılması kararlaştırıldı. Şahsen bunda bir itiraz konusu görmüyorum.

Bu makalenin alanına giren ve Brighton'da tartışılan bir diğer konu da, Mahkeme ile ulusal mahkemelerin diyaloğunu iyileştirmek için, ulusal mahkemelerin Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin soruları Mahkeme'ye sorarak görüş alması yönünde bir olanak sağlamaktı. Bunun kurumsallaşması için önemli ve ilk dikkat çeken modellerden biri, AB yargı sisteminde mevcut olan Ön Karar prosedürüdür. Hatta Brighton bildirgesi, Bakanlar Komitesi'ne 2013 sonuna kadar Sözleşme'ye görüş talebi olanağı sağlayacak bir ihtiyari Protokol taslağı hazırlamaya çağırmıştır.

Sir Nicolas'ın buna doğrudan itirazının olmadığı, konuşmasındaki şu sözlerinden anlaşılır:

> *"Mahkeme, ulusal yüksek mahkemelerin AİHM'den mütalaa isteyebilmesi fikrini tartıştı ve bir görüş bildirisi dağıttı. Bu prosedüre prensipte karşı değilse de, uygulamaya ilişkin bazı sorular henüz cevapsızdır. "*[38]

Sir Nicolas'ın dikkatle seçtiği sözlerinde sezilen ihtiyat, yerindedir. Bir yandan, AİHM ile ulusal mahkemelerin diyaloğunu iyileştirecek yolların daha baştan kapatılmaması doğru olur. Öte yandan, bir sistemde çok iyi sonuç veren fikirlerin farklı bir mantıkla çalışan bir sisteme uygulanmasından önce çok dikkatli olmak gerekir. Ön karar prosedürü, sözgelişi teknik mahiyetteki AB direktiflerinin birörnek uygulanmasını kolaylaştırır; fakat korkarım bu prosedür (ya da benzeri bir prosedür) sistemin yapısını önemli ölçüde değiştirme riski alınmadan Sözleşme'ye kolaylıkla nakledilemez. Bu sistemin asli unsurlarından biri, her bir üye devletin ulusal sisteminde Sözleşme haklarının korunmasını ikincillik ilkesi uyarınca güvence altına almaktan birinci derecede sorumlu olması, bunun da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kontrolüyle desteklenmesidir. Ulusal mahkemeler, Sözleşme uyarınca İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını dikkate almak zorundadır. Diğer yandan, ulusal yasalar ve ulusal yargı, Mahkeme'nin benimsediği yorumları yine Mahkeme'nin uyguladığı karşılaştırmalı yorumlama yöntemiyle etkilemekte, ayrıca diyalog yoluyla ülke mahkemeleriyle sürekli temas halinde bulunmaktadır. Sonradan kontrole dayalı mevcut sistemin, ön kararlar ya da mütalaalar üzerine kurulu bir sisteme göre samimi diyalog için daha elverişli olduğuna inanıyorum. Bu kitabın konusu olan ifade özgürlüğünü örnek alacak olur-

38 Sir Nicolas'ın sözünü ettiği bildirinin başlığı "Mahkeme'nin Mütalaa Yetkisinin Genişletilmesine İlişkin Görüş Bildirisi" olup metne Mahkeme'nin web sitesinden erişilebilir: http://www.echr.coe.int. Bu belge mahkeme içinde farklı görüşlerin varlığını ortaya koyar.

sak, normalde bir ülke mahkemesinin önündeki en önemli mesele, belli bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını belirleyecek dengeleme çalışmasının nasıl yapılacağıdır. Fakat tam da bu soru, *von Hannover (No. 2)* davasında kanunlaşan ilkeler doğrultusunda, ülke mahkemeleri tarafından takdir yetkisi kapsamında, Mahkeme'nin içtihatlarını dikkate alarak çözülmeli, Mahkeme ancak "kuvvetli gerekçeler" bulunması durumunda doğrudan müdahale etmelidir. Mahkeme'nin ülke mahkemelerince karara bağlanmasını istediği konularda Mahkeme'den görüş sormak çelişki yaratacaktır. Ülke mahkemesi kendi hukuk sistemine ve tabii Mahkeme içtihatlarına dayanan dengeleme çalışmasını yapmadan önce Mahkeme'den görüş istenirse, samimi diyalog kolayca çarpıtılabilir.

İki anlamda isteğe bağlı olacak mütalaa prosedürü,[39] farklı üye devletlerin yüksek mahkemelerinde muhtemelen farklı şekillerde ve derecelerde kullanılacaktır. Kontrol sistemini iki dala ayırmanın sağlam içtihat geliştirmek için elverişli olmayacağından korkarım; zira ikisinin uyumlu birlikteliğini garantilemenin yolu yoktur. Mahkeme ile ülke sistemleri arasında diyalog ve etkileşim, mevcut sistem içinde de, örneğin ilgili tüm devletlerin sistemlerinde kapsamlı etkilere yol açacak Büyük Daire kararlarından haberdar olmaları şeklinde sağlanabilir.[40] Bu çekinceye rağmen, doğru bir şekilde sınırlandırılır ve tanımlanırsa görüş bildirme prosedürünün değerlendirilmesinde yarar olacağını ben de kabul ediyorum.

4. Son Sözler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10. madde içtihatları, üye devletlerin hukuki ve siyasi hayatlarında önemli rol oynar. Mahkeme'nin yorumlarıyla siyasi tartışma özgürlüğüne sağladığı geniş koruma, pek çok yeni üye ülkede hukuk devletinin temellerini sağlamlaştırmıştır. Finlandiya gibi üye ülkelerde içtihatların etkisi açıkça görülmektedir. Dolayısıyla, yukarıda ayrıntılı olarak anlatılan davaya (*Saaristo*) benzer davalarda Mahkeme'nin içtihatlarına başvurulması 1990'larda nadiren görülen, belki hiç görülmeyen

39 Oya sunulacak bir İhtiyari Protokole bağlı olabilir ve kabul eden Devletlerin görüş istemesi mümkün olur.

40 *Sergey Zolotukhin/Rusya* [BD] (no. 14939/03, ECHR 2009) davasında Büyük Daire'nin aynı suçtan bir daha yargılanmama (*ne bis in idem*) kararı yeni yorumuyla iyi bir örnektir. Kendine has, ilk bakışta edinilmiş, hatta önemsiz görünen bulguları nedeniyle bu davanın, sözgelişi, Avusturya'nın trafik kanunuyla ya da İskandinav vergi sistemleriyle bağlantısı karardan önce ortaya çıkmamış olup Devletlerin şimdi bakıldığında faydalı olacağı halde neden o tarihte müdahil olmaya yanaşmadıklarını açıklayabilir. Kararın sonuçları anlaşıldıktan sonra bazı ülkelerin yüksek mahkemeleri endişeli, şüpheci, hatta kısmen hırçın tepkiler verdi. Örnek olarak Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin 2 Temmuz 2009 tarih ve VfGH 2.7.2009, B 559/08 sayılı kararı ile İsveç Yüksek İdare Mahkemesi'nin 17 Eylül 2009 tarihli ve RA 2009 ref. 94 sayılı kararı verilebilir.

bir durumken, bugün bu tür bir davanın Mahkeme'nin Sözleşme yorumunu dikkate almaya yönelik ciddi bir çaba harcamadan sonuçlandırılması çok şaşırtıcı olur.

Mahkeme bugün, hızla artan başvuru sayıları karşısında zaman zaman söylendiği gibi, "kendi başarısının tutsağıdır." Brighton Konferansı'nda ve Sir Nicolas'ın oradaki konuşmasında görüldüğü gibi, muazzam dava yüküyle baş etmek için ciddi çaba gösterilmektedir. İfade özgürlüğüne gelince; ikincillik ilkesine yapılan vurgu, *von Hannover (No. 2)* davasında olduğu gibi, hem ulusal mahkemeler hem Mahkeme tarafından akıllıca uygulanırsa Mahkeme'nin içtihatlarının öngörülebilirliğini ve tutarlığını arttırabileceğini, hem de Mahkeme'nin bu alandaki yükünü (kabul edilmelidir ki Mahkeme'nin içtihatlarının büyük bölümünü oluşturmaz) kısmen azaltabileceğini yansıttı. İkincillik ilkesi, Sir Nicolas'ın Brighton'da isabetle vurguladığı gibi, "hiçbir biçimde koşulsuz muafiyet sağlamaz" ve ulusal mahkemelerle Mahkeme'nin rolleri arasındaki doğru dengeyi bulmak iki tarafın da katılımını gerektirir.

Mahkeme'nin geleceğini güvenceye almak için ifade özgürlüğü davalarında doğru dengeden başka birçok kritere ihtiyaç vardır. Sir Nicolas'ın Mahkeme'yi başarıyla temsil ettiği Brighton Konferansı, sıradaki adımlar için bir yol haritası çizdi. Sir Nicolas bir sonraki aşamaya maalesef Mahkeme içinden katılamayacaksa da, kabiliyeti ve deneyimi kendisinin dışarıdan gözlemci olarak değerli katkılar sunacağının teminatıdır.

Handyside, 35 yıl sonra

Sally Dollé ve Clare Ovey[1]

"Little Red Schoolbook" [*Küçük Kırmızı Ders Kitabı*] *ilk kez 1969 yılında Danimarka'da iki öğretmen tarafından yayımlanmıştır. 9 x 12,5 cm boyutlarındaki bu kitapçığın, Mao Zedong'un ünlü "Little Red Book"u* [*Küçük Kırmızı Kitap*] *gibi "her cebe sığabilecek" bir ebatta olması besbelli ki tesadüf değildi.*

208 sayfalık "Küçük Kırmızı Ders Kitabı" esasen ergenlik dönemindeki gençlere yönelik bilgiler içeriyordu. Beş ana kısma ayrılmıştı; Eğitim, Öğrenim, Öğretmenler, Öğrenciler ve Sistem. "Öğrenciler" kısmı içinde yer alan "Kendin Ol" başlıklı bölümde okur esrar içtiği ya da cinsel ilişkide bulunduğu için suçluluk hissetmemeye teşvik ediliyordu. Ayrıca "Cinsellik" başlıklı 26 sayfalık bölümde de, pornografi, mastürbasyon, orgazm, cinsel ilişki ve sevişme gibi konular ele alınıyordu. Kitap büyük oranda faydalı bilgiler ve tavsiyeler içerirken, baskıcı, ataerkil ebeveyn tutumlarını (1968 sonrası) alaşağı ediyordu. Kitap, birçokları tarafından ciddi ve eğitici bir eser olarak nitelenirken, bazılarına göre yıkıcı ve ahlak dışı bulunmuştur. Dolayısıyla basında hem olumlu, hem olumsuz anlamda geniş yer bulmuştur.

"Küçük Kırmızı Ders Kitabı" Birleşik Krallık'ta ilk baskısı dağıtılmadan önce Danimarka dışında halihazırda Almanya, Belçika, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Norveç ve Yunanistan'da yayımlanmış bulunuyordu. Bu ülkelerin çoğunda muhakkak bir hayli tepki çekmiş olmakla birlikte, nihayetinde hiçbirinde sansürlenmemiş ya da yasaklanmamıştı. Ne var ki Birleşik Krallık'ta kitabın dağıtımdan önceki ilk baskıları Nisan 1971'de sahiplerine gönderildiğinde cinsellikle ilgili bölümlerde yer alan kimi öğeler müstehcen bulunmuş ve bunu müteakiben, satılmamış kitaplara el konulmuş ve yayınevinin sahibi Richard Handyside aleyhinde Müstehcen Yayınlar Yasası kapsamında suçlamalar yöneltilmiştir.

Peki ama neden? Bu soru üzerinden spekülasyonlar yürütmek çok cazip görünse de, bu yazıyı üstlenmesi gereken hukuki görevden uzaklaştıracaktır. Bu yüzden şimdi bu konuyu fazla uzatmadan, diğer dokuz Avrupa ülkesinin aksine Birleşik Krallık'ta ortaya çıkan tepkilerin yargı mekanizmasını harekete geçirmiş olduğunu belirtmekle yetineceğiz. Bu mekanizma Richard Handyside'ı kazanç elde etmek amacıyla müstehcen bir kitap tedarik etme suçundan mahkum etmiştir. Ulusal mahkeme birkaç psikiyatr ve öğretmenin

1 Sally Dollé Daire Yazı İşleri Müdürü ve Clare Ovey Mahkeme Yazı İşleri Daire Şefi. Her ikisi de Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'nde görevli olan Daire Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Stephen Phillips ve Daire Şefi Nico Mol'un yardımlarıyla.

uzman tanıklığına başvurmuş, fakat kitaba destek veren liberallerin tanıklığını fazla radikal, eleştirellikten ve dolayısıyla ikna edicilikten uzak bularak reddetmiştir. Onun yerine, özellikle cinsellik konusu ele alınırken evlilikten hiç bahsedilmemesi, öğretmenler ile öğrenciler arasındaki ilişkiye yıkıcı bir noktadan yaklaşılması ve reşit olmayanlarla cinsel ilişkiye girmenin ve esrar kullanmanın yasadışı olduğunun belirtilmemesi nedeniyle, kitabın ergen okur kitlesinin büyük bir kısmını "bozup yoldan çıkarma" ihtimali bulunduğu kanaatine varmıştır.

Richard Handyside bunun üzerine 15 Kasım 1971 tarihinde, ulusal mahkemeler tarafından eleştirilen kısımları asgari düzeyde metinden çıkartarak gözden geçirilmiş bir baskı yayımlamıştır. Bunun yanı sıra, orijinal kitabın daha önce dağıtımı yapılmış nüshalarına dair kendisine ulaşan geri bildirimlere dayanarak kitabın bazı bölümlerini de geliştirmiştir. Gözden geçirilmiş baskı herhangi bir etkin kovuşturmaya konu olmamıştır. Özündeki otorite karşıtı nitelik muhafaza edilmiştir.

Handyside daha sonrasında "Küçük Kırmızı Ders Kitabı"nın sansürlenmesi nedeniyle Birleşik Krallık aleyhinde başvuruda bulunduğunda, liberaller bu denli ağır bir şekilde uygulanan müstehcenlik yasaları sonucunda önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, ardından da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) huzurunda başvurucunun Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlal tespit edilmemesi karşısında çok şaşırmışlardır.

Peki böylesi hayal kırıklığı yaratan bir dava nasıl olup da Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin simgesel bir karar haline gelmiştir? Birlikte inceleyelim.

Handyside kararı Mahkeme'nin 10. madde kapsamındaki bir şikâyeti ele aldığı ilk dava değildi. 1962 kadar eski bir tarihte, Nazilerle işbirliği yapmak da dahil olmak üzere birtakım suçlardan ötürü mahkum edilmiş ve başka cezaların yanı sıra, yaşam boyu gazeteci ya da editör olarak çalışma yasağına çarptırılmış olan eski bir gazete editörü tarafından açılmış olan *De Becker/Belçika* davası bu bağlamdaki ilk örnektir. Davaya konu edilen incitici Belçika kanununun reforma tâbi tutulmasının ardından söz konusu başvuru geri çekilmiş ve Mahkeme de davayı listeden çıkarmıştır. Haziran 1976'da Mahkeme, *Engel ve diğerleri/Hollanda* davasında askerlere verilen disiplin cezalarıyla ilgili bir karara varmıştır. Başvuruculardan ikisi, gayriresmi bir dergide komutanlardan biri hakkında çıkan eleştirel bir yazı sonrasında disiplin birliğine sevk edilmiştir. Mahkeme, *Engel* kararında aslen 6. ve 5. maddeler kapsamında adil yargılanma ve alıkonma meseleleriyle ilgilendiğinden, 10. madde kapsamındaki şikâyeti son derece kısa bir şekilde ele almıştır. Askerlerin de

ifade özgürlüğünden yararlandığını kabul etmekle birlikte, askeri disiplinin devamının taşıdığı önem dolayısıyla başvurucuların "söz konusu özgürlüğü kendileri açısından kötüye kullanmaları" nedeniyle cezalandırılmasını haklı bulmuştur.

Bu nedenledir ki Mahkeme'nin Aralık 1976'da *Handyside* davasında verdiği karar, ifade özgürlüğünün korunması bakımından kendi rolünü nasıl algıladığını göstermekte ve demokratik bir toplumda yayın konusunda getirilen kısıtlamaların orantılılığını değerlendirmek bakımından önemli gördüğü faktörler konusunda ilk ayrıntılı analizini oluşturmaktaydı. *Handyside* davası ayrıca, Nicolas Bratza diye birinin Mahkeme huzurundaki yargılamalara –adı geçen davada Gordon Slynn'in yardımcısı olarak Hükümet'in ikinci Vekili konumundaydı– ilk kez iştirak etmesi dolayısıyla da önem taşımaktadır.

Bu eski dava açısından ilgi çekici nokta, Mahkeme'nin "hayati bir sorun hakkındaki net görüş ayrılıklarını" nasıl tanımladığı, yani Mahkeme'nin Sözleşme hak ve özgürlüklerini koruma görevini nasıl yürütmesi gerektiği konusuna odaklanmış olmasıydı. Hükümet, Mahkeme'yi, ulusal mahkemelerin makul ve iyi niyetli bir şekilde ve kendi takdir yetkileri dahilinde davranıp davranmadığını değerlendirici sınırlandırılmış bir yaklaşım benimsemeye davet etmiş, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun çoğunluğu tarafından da bu görüş desteklenmiştir. Tartışmanın diğer tarafında ise, Komisyon'un azınlığı, Mahkeme'nin görevinin ulusal mahkemenin kararını gözden geçirmek değil, Ders Kitabını doğrudan ve sadece Sözleşme ışığında incelemek olduğu kanaatindeydi. Bu bağlamda, bazı Komisyon üyeleri 10. maddeye yönelik bir ihlal tespit etmiştir.

Mahkeme *Handyside* kararında iki görüş arasında uzlaşma sağlamıştır. Sözleşme haklarının korunmasını sağlama görevinin öncelikle her bir Sözleşmeci Devlete düştüğü ve bunu yaparken Devlet yetkililerinin –yasa koyucular ve yargıçlar– belirli bir hareket alanına, yani "takdir yetkisi"ne sahip olduğu anlamına gelen ikincillik prensibine atıfta bulunmuştur. Genel ahlakın korunması için ifade özgürlüğüne getirilmesi gereken sınırlamalar değerlendirilirken bu türden bir takdire özellikle ihtiyaç bulunmaktaydı; zira Avrupa Konseyi üye devletlerinde geçerli olan tek tip bir ahlak düşüncesi yoktu. Bu nedenledir ki Mahkeme kendi muhakemesini ulusal makamların muhakemesi yerine geçirmeyecek ve sadece söz konusu makamların kararlarını incelemekle yetinecekti. Ancak ulusal takdir yetkisi de sınırsız değildi; şayet öyle olsaydı Mahkeme'nin Sözleşme sistemi kapsamındaki denetimi tamamen hayali bir işlem olurdu. Mahkeme bir Devletin sahip olduğu takdir yetkisini aşmış olup olmadığına karar verirken ulusal kararları tek başına soyut bir şekilde incelemekle yetinemeyeceği içindir ki, davanın tüm unsurlarını de-

ğerlendirmesi gerekecekti: ulusal makamlar tarafından sunulan gerekçelerin yanı sıra, yayının niteliği ve içeriği, kısıtlamaların ölçüsü, arka plandaki olaylar ve bağlam. Mahkeme, elindeki farklı verilere dayanarak, ulusal makamların başvurucunun haklarına müdahale edilmesini haklı kılan "yerinde ve yeterli" gerekçeler sunup sunmadığına karar vermek durumundaydı.

Handyside, Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün muhafazasına demokrasinin korunmasına yönelik araçlardan biri olarak yüklediği önemi içtihadında ilk kez dile getirdiği, ustalıkla kaleme alınmış[2] şu kilit paragrafından ötürü de son derece önemli bir karardır:

> "Mahkeme'nin denetim fonksiyonu, 'demokratik bir toplumu' niteleyen prensiplere en üst düzeyde önem vermesini gerektirmektedir. İfade özgürlüğü böyle bir toplumun en önemli dayanaklarından, toplumun ilerlemesi ve bireylerin gelişiminin temel koşullarından birini oluşturmaktadır. 10. maddenin 2. paragrafına tâbi olma koşuluyla, bu özgürlük yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen bilgi ya da fikirler için değil, aynı zamanda devlet veya toplumun bir bölümü için incitici, şoke edici ya da rahatsızlık verici 'bilgi' ve 'fikirler' için de geçerlidir. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın 'demokratik top-

2 Mahkeme metinlerinin çoğunun Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğünde çalışanlar tarafından kaleme alındığı pek dile getirilmeyen bir husustur. Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü, çeşitli Sözleşmeci Devletlerden gelen, aldıkları bu paha biçilemez yardımı genelde gayet iyi takdir edebilen yargıçların hizmetinde bağımsız bir şekilde hareket eden son derece yüksek vasıflara sahip hukukçulardan, dilbilimcilerden, idari ve teknik personelden oluşmaktadır. Sözleşme hakkındaki başvuru kitaplarına yaptıkları önemli katkılar, Yazı İşleri Müdürlüğünün bu yüksek uzmanlık düzeyini gözler önüne sermektedir; bunlara örnek olarak, bu yazı kaleme alındığı sırada Mahkeme'de görevli Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Michael O'Boyle'un yazarlarından biri olduğu Harris, O'Boyle ve Warbrick imzalı "*Law of the European Convention of Human Rights*" [*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*], yine Yazı İşleri'nin üst düzey mensuplarından biri olan Karen Reid imzalı "*A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*" [*Uygulayıcılar için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kılavuzu*] ve Yazı İşleri Müdürlüğünde hukukçu olan Clare Ovey'in Francis Jacobs ve Robin White ile birlikte yazdığı "*The European Convention on Human Rights*" [*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*] verilebilir. Bu noktada, Mahkeme'nin Hukuk Danışmanı Vincent Berger tarafından kaleme alınmış ve Fransızca olarak basılmış olan Mahkeme içtihadına dair değerli özet seçkiden de bahsetmek gerekir. Mahkeme'ye çok kıymetli yardımlarda bulunan, fakat isimleri pek anılmayan diğer kişiler ise başvurucu ile hükümet temsilcileridir. Richard Handyside başvurusunu yaparken Cedric Thornberry'den hukuki yardım almıştır. Diğer parlak başvurucu avukatları arasında Anthony Lester, Stephen Grosz ve Ben Emmerson yer almaktadır. Yine son derece nitelikli hükümet avukatları arasında da, *Handyside* davasında Mahkeme huzurunda Gordon Slynn ya da David Pannick ile birlikte savunma yapan Nicolas Bratza ve yine onlara yardımcı olan hükümet görevlisi hukukçular Audrey Glover ile Michael Wood yer almaktadır. Bu isimler hayal güçlerini ve keskin zekalarını kullanarak Mahkeme'yi içtihadını dinamik bir tarzda geliştirmeye ikna etmişlerdir.

> lum' olmaz. Demek oluyor ki, başka şeylerin yanı sıra, bu alanda getirilen her bir 'formalite', 'koşul', 'kısıtlama' ya da 'ceza' güdülen meşru amaçla orantılı olmak durumundadır."

Gerçekten de bir ders niteliğinde. Peki neydi ters giden? *Handyside* davasında neden Sözleşme'nin 10. maddesine yönelik bir ihlal tespit edilmemiştir? "Küçük Kırmızı Ders Kitabı"nın köşe başındaki dükkânda elinizi atsanız ulaşabileceğiniz bir rafta karşınıza çıkan pornografiyle kıyaslanması pek mümkün değildi. Ne var ki Mahkeme, Ders Kitabının 12-18 yaş arası çocukları hedef alıyor olmasını önemsemiştir. Kitap bu yaş grubu içerisinde en küçüklerin bile kolaylıkla anlayabileceği basitlikte bir dil kullanmakta ve okullarda kullanılmak üzere hazırlanmış bir el kitabıymış izlenimi yaratan bir başlık taşımaktaydı. Başvurucu kitabın baskı adedini yüksek, fiyatını ise düşük tutmayı planlamıştı. Kitap büyük oranda tamamen gerçeklere dayanan ve muhtemelen faydalı bilgiler içeriyordu. Ancak "gelişimlerinin kritik bir aşamasında kendileri açısından zararlı olabilecek faaliyetlere çok erken kapılmalarına ya da hatta birtakım cürümler işlemelerine teşvik olarak yorumlanabilecek" materyaller de içermekteydi. Bu faktörleri göz önüne alan Mahkeme, "Birleşik Krallık'ta ahlak kuralları ve eğitim konusundaki görüşlerin çeşitliliğine ve devamlı surette değişimine rağmen", ulusal yargıçların, kitabı okuyacak birçok çocuğun maneviyatına zarar geleceği kanaatine varırken 10. madde kapsamında sahip oldukları takdir yetkisini aşmamış olduğuna karar vermiştir. Ancak Mahkeme'nin, İngiliz gençliğini korumaya yönelik daha hafif yöntemler benimsenmesi yerine Handyside'a karşı suç isnadında bulunulmasının mutlak surette gerekli olup olmadığı sorusunu havada bıraktığını belirtmek gerekir.

Handyside kararının 48-50. paragrafları Mahkeme içtihadının temel taşlarından biri haline gelmiştir. Söz konusu paragraflarda etraflıca dile getirilen prensipler 10. maddenin yanı sıra başka Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında da Mahkeme'nin yaklaşımına bugüne dek yol göstermiş bulunmaktadır. Mahkeme'nin *Handyside* kararında döşediği temeller üzerine nasıl hareket ettiği bu seçkide yer alan çok daha ilmi ve ayrıntılı yazılara konu edilmiş olduğundan, burada sadece kısaca değinilecektir.

Öncelikle, 10. maddenin sağladığı korumanın sessiz çoğunluğu inciten, şoke eden ya da rahatsızlık uyandıran fikir ve görüşleri de kapsadığı yönünde *Handyside* kararında dile getirilen prensip artık Mahkeme içtihadında sağlam bir yer edinmiş durumdadır. Dolayısıyla, örneğin dini hassasiyetlere dokunan sanatsal bir ifade 10. madde kapsamına girmektedir.[3] "Açıkça sal-

3 Bkz. örneğin *Otto-Preminger Institut/Avusturya*, 20 Eylül 1994; *Wingrove/Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996; *Wabl/Avusturya*, başvuru no. 24773/94, 21 Mart 2000; ve *Jersild/Danimarka*, 23 Eylül 1994.

dırgan" siyasi hakaretler ve nefret ifadeleri açısından da aynı şey geçerlidir.[4] Mahkeme'nin, ifade konusu fikirlerin demokrasiyi ya da başkalarının haklarını tahrip amacı taşıması nedeniyle 17. maddenin geçerli olması ve başvurucunun 10. madde korumasından mahrum bırakılması gerektiği kanaatine vardığı kararlar çok enderdir.

İfade özgürlüğü ve demokrasi ile çoğulculuğun ve "fikirler piyasasının" korunması gereği arasındaki bağlantı da Mahkeme açısından önem taşımaktadır. İfade özgürlüğünün "demokratik bir toplumun temel dayanaklarından ve toplumun ilerlemesinin temel koşullarından birini" oluşturduğu düşüncesi, basına siyasi şahsiyetleri ve halka mal olmuş diğer kişileri eleştirme konusunda geniş fırsat tanınması gereği hakkındaki simgesel *Lingens/Avusturya*[5] kararının gerekçesine temel oluşturmuştur. Bu düşünce Türkiye'deki siyasi partilerin kapatılmasıyla ilgili bir dizi davada 11. madde bağlamında daha da geliştirilmiş olup, Mahkeme örneğin, çoğulculuk olmadan demokrasinin mümkün olamayacağını ve demokrasinin en temel özelliklerinden birinin, bir ülkenin sorunlarını şiddet yoluyla değil diyalogla çözme olanağı sunmak olduğunu vurgulamıştır.[6] Mahkeme, demokrasinin gereğince işlemesi bakımından fikir ve ifadelerde çoğulculuğu o denli elzem görmektedir ki, Devletlerin topluma geniş bir düşünce yelpazesi sunulmasını sağlamak yönünde pozitif yükümlülükleri olduğuna hükmetmiştir. "10. madde kapsamında korunan hakkın önemi ışığında, Devletin çoğulculuğun nihai garantörü olması gerektiğini" vurgulamaktadır.[7]

Buna karşın, *Handyside* davasında olduğu gibi, genel ahlakın korunması amacıyla ifade özgürlüğüne kısıtlamalar getirilmesi söz konusu olduğunda Mahkeme daima Devletlere daha geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. *Handyside* kararında bu geniş takdir yetkisi, Avrupa'da tek tip bir ahlak düşüncesi olmadığı biçimindeki gözlemle izah edilerek, bu nedenle genel ahlakın korunması için alınması gereken tedbirlerin Avrupa Mahkemesi tarafından değil, ulusal düzeyde değerlendirilmesinin prensip olarak daha uygun olacağı dile getirilmiştir. Mahkeme halen, ahlaki ve toplumsal konularda ulusal hukuk ve uygulamanın orantılılığını değerlendirirken bu yaklaşımı kullanmaktadır. Ahlaki bir meselenin ne şekilde ele alınması gerektiğine dair tek tip bir yaklaşım ya da hiç değilse belirmekte olan bir görüş birliği bulunmadığında, Devletlere daha geniş bir hareket alanı sunulmaktadır.

---

4 Bkz. örneğin *Wabl/Avusturya*, başvuru no. 24773/94, 21 Mart 2000 ve *Jersild/Danimarka*, 23 Eylül 1994.

5 *Lingens/Avusturya*, 8 Temmuz 1986.

6 Bkz. *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 30 Ocak 1998 ve *Sosyalist Parti ve diğerleri/Türkiye*, 25 Mayıs 1998.

7 Bkz. *Manole ve diğerleri/Moldova*, başvuru no. 13936/02, 17 Kasım 2009.

Ancak yakın tarihli davalarda Mahkeme, ya Yazı İşleri Müdürlüğünün yetenekli Araştırma Dairesi tarafından yargılamaların amacı doğrultusunda derlenmiş, ya üçüncü şahıs konumundaki müdahiller tarafından hazırlanmış ya da başka kaynaklardan elde edilmiş olan derin karşılaştırmalı hukuk çalışmalarından yararlanarak üye devletler arasında ortak bir yaklaşım bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir. Örneğin Büyük Daire, *Evans/Birleşik Krallık*[8] ve *S.H. ve diğerleri/Avusturya*[9] davalarında Birleşik Krallık ve Avusturya'da yardımla üreme alanında geçerli hukuki düzenlemeleri değerlendirirken, Avrupa Konseyi Biyoetik Yürütme Komitesi tarafından gerçekleştirilen ve iddia konusu tedbirlerin söz konusu tarihte istisnai olmadığını gösteren bir araştırmaya atıfta bulunabilmiştir. Mahkeme'nin transseksüeller hakkındaki içtihadı da neredeyse ulusal hukuk sistemlerinin incelenmesine ilişkin bir çalışma olarak tanımlanabilir. Örneğin Mahkeme Temmuz 2002 tarihli *Christine Goodwin* kararına dek, Birleşik Krallık'ın başvurucunun cinsiyet değişikliğini yasal olarak tanımamasının takdir yetkisini aşan bir uygulama olarak görülebilmesi için gerekli toplumsal ve hukuki koşullara yeterli sayıda Sözleşmeci Devlet açısından ulaşılmış olduğu kanaatine varamamıştır.

Mahkeme kararlarında karşılaştırmalı hukuk materyallerinin ortaya serilip analiz edildiğini görmeye alışkın günümüz okuru açısından, *Handyside* kararının bu konuda görüş birliği eksikliğini dile getirmesi hayli kaba ve kestirme görünecektir. Gerçekten de, Ders Kitabının farklı dillere tercüme edilmiş ve karar tarihi itibariyle Sözleşme'yi onaylamış bulunan 18 Devletten 11'inde olaysız bir şekilde yayımlanmış olduğunu gösteren dava delilleri bile bu beyanı desteklememekteydi.

Handyside'ın mirasına, daha doğrusu hâlâ taşıdığı öneme dair son bir çarpıcı nokta olarak, adı geçen davada ikincillik ile Mahkeme'nin yaptığı incelemenin niteliği konusunda yürütülen temel tartışmanın bugün itibariyle halen ateşli bir tartışma konusu olduğuna değinmek gerekir. Örneğin Nisan 2012'de Brighton'da yapılan Üst Düzey Konferans'ta ele alınan konulardan biri, Sözleşme'nin 35. maddesinde, bir başvurunun halihazırda bir ulusal mahkeme tarafından esastan incelenmiş olması ve ulusal mahkemenin Sözleşme haklarının yorumunda ya da uygulanmasında "açık bir hata" yapmış olmaması halinde Mahkeme tarafından kabul edilemez ilan edilmesini şart koşacak bir değişiklik gerekip gerekmediğiydi. Sözü geçen konferansta Sözleşmeci Devletlerin çoğunluğu kabul edilebilirlik kriterine yönelik bu değişiklik önerisini gerekli ya da uygun görmemiştir.

Yine, *Handyside* kararının bu meseleye Mahkeme açısından kati bir çözüm getirmediği de açıktır. Yakın tarihte, basın özgürlüğü ile özel hayatın

8 *Evans/Birleşik Krallık*, 10 Nisan 2007.

9 *S.H. ve diğerleri/Avusturya*, 3 Kasım 2011.

gizliliği hakkı arasındaki dengeye ilişkin verilen iki Daire kararı, söz konusu edilen mesele bir ulusal mahkeme tarafından halihazırda incelenmiş olduğunda Mahkeme'nin üstlenmesi gereken inceleme görevinin düzeyine dair Mahkeme'nin farklı yaklaşımlarını gözler önüne sermektedir.

Von Hannover/Almanya[10] davasında başvurucu Monako Prensesi Caroline, kendisinin ve çocuklarının paparazziler tarafından çekilmiş fotoğraflarının Alman basınında yayımlanması da dahil olmak üzere özel hayatına izinsiz biçimde girilmesiyle ilgili olarak Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında şikâyette bulunmuştur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu meseleleri son derece ayrıntılı bir şekilde incelemiş ve simgesel bir karar vermiş bulunmaktaydı; Mahkeme'nin hükmünde de bu karardan uzun bir alıntı yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun çocuklarının üç fotoğrafı dışında, tüm fotoğrafların kamusal alanlarda çekilmiş olduğunu tespit etmiştir. Başvurucu halka mal olmuş bir kişiydi ve resmi görevleri dışında nasıl hareket ettiğinin bilinmesinde bir kamu yararı mevcuttu. Anayasa Mahkemesi, halkı bilgilendirmek ve kanaat uyandırmak bakımından magazin basını bile olsa basının oynadığı rolün önemini vurgulamış ve bunun, başvurucunun özel hayatının gizliliği hakkından ağır bastığına kanaat getirmiştir. Bu nedenle de yayının durdurulması yönünde tedbir talebini reddetmiştir.

Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Prenses Caroline'in başvurusu hakkında farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Halkın belirli bir kesimi buna ilgi gösterecek olsa da, fotoğrafların yayımlanmasında gerçek bir kamu yararı görmemiş ve dolayısıyla başvurucunun özel hayatının gizliliği hakkının, basının ve halkın fotoğrafların yayımlanması açısından sahip olduğu menfaatlerden ağır bastığına hükmetmiştir. Bu kararda dikkat çeken nokta, Mahkeme'nin bu dengeyi yeni baştan (*de novo*) kurmasıdır. Olaylar özetlenirken Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararından alıntılar yapılmakla birlikte, Avrupa Mahkemesi ulusal mahkemeler de dahil olmak üzere iç makamların tedbire hükmedilmemesi konusunda "yerinde ve yeterli" nedenler gösterip göstermediğine dair bir inceleme yürütmemiştir. Mahkeme'nin kendi rolünü, *Handyside* davasında Komisyon'un azınlığı tarafından savunulduğu şekilde gördüğü açıktır: Yayını "yalnızca ve yalnızca doğrudan Sözleşme ışığında" incelemek.

Bu tavır *MGN Limited/Birleşik Krallık* davasında[11] benimsenen yaklaşımla kıyaslanabilir. Adı geçen davada başvurucu, model Naomi Campbell'in fotoğraflarıyla birlikte, bu resimlerin Adsız Uyuşturucu Müptelaları toplantısından çıkarken çekilmiş olduğunu iddia eden bir yazı yayımlayan bir bul-

10 *Von Hannover/Almanya*, 24 Haziran 2004.

11 *MGN Limited/Birleşik Krallık*, 18 Ocak 2011.

var gazetesinin yayıncısıdır. Campbell gizlilik ihlali nedeniyle uğradığı zararlardan ötürü ulusal mahkemelerde tazminat davası açmıştır. Nihayetinde Lordlar Kamarası huzurunda temyize götürülmüş olan davada, Kamara'nın beş hukukçu üyesi birden 8. ve 10. maddeler kapsamında birbiriyle çekişen menfaatler arasında titiz ve tamamen gerekçelendirilmiş bir denge kurarak, Campbell'in özel hayatına bu şekilde girilmesinin haklı bir nedene dayanmadığını saptamış ve gizliliğin ihlali nedeniyle kendisine yüksek bir tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

Yayıncı AİHM'e yaptığı başvuruda bu kararın ve tazminatın 10. madde kapsamında sahip olduğu hakları ihlal ettiğinden yakınmıştır. Mahkeme, söz konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda" gerekli olup olmadığına ilişkin değerlendirmesine, ilk kez *Handyside* kararında geliştirilmiş olan kriterden yola çıkan 2007 tarihli bir Büyük Daire kararından alıntı yaparak başlamıştır:

> "Mahkeme'nin denetim yetkisini kullanırken görevi, yetkili ulusal mahkemelerin yerine geçmek değil, bu mahkemelerin kendi takdir yetkileri uyarınca verdikleri kararları 10. madde kapsamında incelemektir. Bu demek değildir ki söz konusu denetim davalı Devlet'in takdir yetkisini makul, dikkatli ve iyi niyetli bir şekilde kullanıp kullanmadığını saptamakla sınırlıdır; Mahkeme şikâyet konusu yapılan müdahaleyi bir bütün olarak tüm dosya ışığında incelemek ve ulusal makamların müdahaleyi haklı kılmak amacıyla sunduğu gerekçelerin 'yerinde ve yeterli' olup olmadığını ve 'güdülen meşru amaçla orantılı' olup olmadığını tespit etmek durumundadır. Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların 10. maddede şekillendirilmiş prensiplere uygun standartlar uyguladığına ve dahası, ilgi arz eden olaylara dair kabul edilebilir bir değerlendirmeye dayandığına kanaat getirmelidir."

Mahkeme bu yaklaşımı uygularken, davayı üç ayrı mahkeme aşamasında incelemiş bulunan her bir ulusal yargıcın ilgili Sözleşme prensipleri ve içtihadının uygulanması gerektiğini kabul etmiş olduğunu gözlemlemiştir. Ulusal düzeyde yargıçlar arasında ortaya çıkan farklar, birbiriyle çekişen bu iki önemli hak arasındaki denge noktasının neresi olduğuna dair "takdir" farkıdır. İkincillik prensibinin altını çizen Mahkeme, söz konusu olaylar ışığında ve bu bağlamda ulusal mahkeme kararlarına tanınan takdir yetkisi doğrultusunda, Lordlar Kamarası'nın nihai kararı yerine kendi görüşünü ikame etmek için çok kuvvetli nedenlere ihtiyaç duyacağını vurgulamıştır.

Mahkeme'nin *MGN* davasında vardığı sonuç yine *Handyside* kararının lafzını yansıtmaktadır. Lordlar Kamarası'nın çoğunlukla vardığı gerekçelerin önemi ve yeterliliği karşısında, kendi görüşünü bunların yerine geçirmek ya da 10. maddeye yönelik bir ihlal tespit etmek için, kuvvetli olmak şöyle dursun, hiçbir neden bulunmadığına kanaat getirmiştir.

Sonuç

Handyside eski Mahkeme'nin ilk kararlarından biriydi. Ancak önemi gitgide artmıştır. Mahkeme'nin ulusal parlamentolarla ilişkisine dair son zamanlarda yürütülen polemiklere ve Sözleşmeci Taraflar arasında Sözleşme'nin sadece takdir yetkisini değil, Mahkeme'nin, belirlenmiş koşullar çerçevesinde, halihazırda ulusal yüksek mahkemeler tarafından incelenmiş bulunan şikâyetleri kabul edilemez ilan ederek reddetmesini gerektiren yeni bir kabul edilebilirlik kriteri de içerecek şekilde değiştirilmesi yönünde sürdürülen tartışmalara da bir zemin sağlamıştır. Bu uzayıp giden ve sonuçta Sözleşme'nin Giriş kısmına takdir yetkisine ilişkin bir atıf eklenmesi kararıyla sonuçlanan tartışmaların tamamına "Küçük Kırmızı Ders Kitabı"nın gölgesi nüfuz etmiştir. Kaderin cilvesine bakınız ki, Handyside davasında Hükümet'in hukuk ekibi içerisinde yer alan Nicolas Bratza, bu kez Mahkeme Başkanı sıfatıyla, takdir yetkisinin Sözleşme metnine eklenmesi çabası karşısında direnmiştir. Tartışmanın sonunda Sözleşmeci Taraflar bir mutabakata varamamış olup, söz konusu kavramın bu şekilde kurumsallaştırılmasının arzu edilirliğine dair kendi "takdir yetkilerini" Mahkeme'ye bırakmışlardır. Yani Mao Zedong ve onun "Küçük Kırmızı Ders Kitabı", Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin canlılığını ve bütünlüğünü sürdürmenin yanı sıra Avrupa'daki karmaşık ahlak örgülerini tektipleştirme baskısından korumak konusunda da beklenmedik bir rol oynamıştır. Bu da hukuk camiasının peri masalı. Üstelik tartışmalar da nihayete ermekten çok uzak. Ders Kitabı'nın bu kadar uzun ömürlü olacağını kim tahmin edebilirdi ki?

10. madde: hakkaniyet, kanıt ve delil meseleleri

Lawrence Early[1]

Giriş

Kanıt ve delil meseleleri –ve bunlara eşlik eden, kişinin iddiasını savunabileceği adil bir yargılama usulü hakkı– Mahkeme'nin 10. madde içtihadında tekrarlayan temalardır. İfade özgürlüklerinin çiğnendiğini iddia eden başvurucular Mahkeme önünde sıklıkla, iftira niteliği taşıdığı öne sürülen beyanların doğruluğunu ispatlama külfetinin ulusal yargılamalarda haksız bir şekilde kendilerine yüklendiğini ya da iç hukukun aleyhlerindeki bir davada savunma yapmalarına olanak tanımadığını, bu yüzden de şikâyet konusu bir beyanın doğruluğunu kanıtlamalarına ya da söz konusu beyanda bulunmalarını haklı kılan gerekçeleri sunmalarına engel olunduğunu öne sürmektedir. Bu meselelerin birçoğu olgusal yargılar ile değer yargıları arasında yapılan ayrım bağlamında ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Mahkeme'nin başvuruculara ifade özgürlüğünü kullanmalarının ardından kendilerine karşı başlatılan işlemlere yanıt vermek konusunda etkili usul yolları sağlanıp sağlanmadığını da incelemesi gerekmektedir.

Şikâyetler 10. maddeyle ilgili olmakla birlikte, bunlar karara bağlanırken 6. maddenin taşıdığı önem de aşikârdır.

6. ve 10. madde arasındaki etkileşim

Mahkeme *Steel ve Morris/Birleşik Krallık* kararında[2] başvurucuların ifade özgürlüğünün, büyük bir şirketin kendilerine karşı açtığı hakaret davalarına nüfuz eden usuli adaletsizlik nedeniyle ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiştir. Adli yardım olanağı tanınmayan ve davacının tuttuğu bir avukatlar ordusuyla karşı karşıya kalan başvurucular, çok uzun süren yargılama süreci boyunca, davacıya yöneltmiş oldukları maddi olgulara dayanan ciddi suçlamaların doğruluğunu kanıtlama çabaları sırasında muazzam güçlükler yaşamışlardır. "Girişilen bu işin muazzamlığı ve zorluğu göz önüne alındığında", Mahkeme rekabet halindeki menfaatler arasında adil bir denge gözetilmiş olduğunun söylenemeyeceği sonucuna varmıştır. Şurası ilginçtir ki, Mahkeme'nin ihlal tespiti, aynı başvuruda, davacı ile (yargılamaların büyük bir kısmı boyunca) avukat tarafından temsil edilmemiş olan başvurucular arasında silahların çarpıcı bir ölçüde eşitsiz olması dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesine ilişkin ayrı bir ihlal tespitinin ardından gelmiştir.

1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dördüncü Daire Yazı İşleri Müdürü.

2 Başvuru no. 68416/01, ECHR 2002-III.

Mahkeme tarafından daha önce hükme bağlanan *McVicar/Birleşik Krallık*[3] davasında, *Steer ve Morris*'den farklı olarak gazeteci olan başvurucu, hakaret davasında savunmaya adli yardım olanağı sunulmamasının, 6. maddeyle çelişen bir usuli adaletsizliğe; 10. madde bakımından ise, ünlü bir atlet olan davacının kazandığı zaferleri düzenli olarak performans arttırıcı ilaçlar almasına borçlu olduğu yönünde sarf ettiği beyanın doğruluğunu ispatlaması konusunda iç hukukun başvurucuya yüklediği külfeti yerine getirme çabalarında Devlet tarafından yalnız bırakılmasına yol açtığını öne sürmüştür. 6. maddeye yönelik bir ihlal tespit etmeyen Mahkeme, "iyi eğitimli" diye nitelediği başvurucunun "etkili bir savunma" –aralıklı olarak ücretsiz hukuki yardım alarak– yapabilmiş olmasını ve davayı görmekte olan yargıcın, takdir yetkisini kullanarak, şikâyet konusu beyanları destekleyecek iki tanık çağırmasına izin vermemiş olmasında başvurucunun da bir miktar kabahati bulunmasını özellikle dikkate almıştır. Mahkeme 10. madde açısından ise, izlenen usulün adilliğine ilişkin tespitlerini yinelememiş olup, varılan sonuca bakılarak, başvurucunun yaşadığı güçlüklerin, ortaya atmış olduğu çok ciddi iddiaların maddi gerçekliğini ispatlama yükümlülüğüne karşı orantısız bir engel oluşturmadığı sonucuna vardığı anlaşılmaktadır.

6. madde hakları ile 10. madde tarafından korunan menfaatler arasındaki etkileşimi açıkça gözler önüne seren bu iki karar, Mahkeme'nin bugüne kadar bu konuda dile getirdiği en net ifadeyi temsil etmektedir.[4] Başvuruculaların Mahkeme huzurunda ifade haklarına yönelik müdahalelerin hukuka uygunluğu konusunda hem 6. madde, hem de 10. madde kapsamında itirazda bulunması olağandır. Nihayetinde 10. madde haklarının kullanımına ilişkin olarak getirilen yaptırımlar, ister hukuk, ister ceza davası, ister ihtiyati tedbir, isterse de basın suçlarına, hakaret, karalama, gizlilik içerisinde elde edilen bilgilerin ifşası vb. gibi suçlara ilişkin ceza kovuşturması söz konusu olsun, her zaman çekişmeli yargılamalar sonucunda ortaya çıkmaktadır. Başvuruculaların 6. madde anlamı dahilinde adaletsizlik iddiasında bulunduğu konular, yaptırımın temsil ettiği müdahalenin orantılılığına itiraz etmek için 10. madde kapsamında da aynı ölçüde kullanılmaktadır. Mahkeme'nin yaklaşımı, Sözleşme kapsamında öne sürülen daha ağır ihlal iddiasına yanıt vermek ve diğer iddiayı ele almayı gerekli görmemek biçiminde olabilmektedir. Ya da, *Steel ve Morris* ile *McVicar* davalarında olduğu gibi her iki Sözleşme iddiasını da birbiriyle bağlantıları ışığında ayrı ayrı esastan incelemek gerektiğine de kanaat getirebilmektedir. 10. madde mi, yoksa 6. madde kapsamındaki şikâyetin mi temel odak noktasını oluşturması gerektiğine Mahkeme karar verecektir.

3 Başvuru no. 46311/99, ECHR 2002-III.

4 Ayrıca bkz. *Stoll/İsviçre*, başvuru no. 69698/01, [BD], ECHR 2007, paragraf 137 ("Ancak, 10. madde haklarının kullanımına yönelik bir müdahale incelenirken yargılamaların adilliğine ilişkin mülahazaların da dikkate alınması gerekebilir (...)").

6. ve 10. madde: farklı düşünceler sahnede

6. madde kapsamındaki adil yargılama usulü gerekliliği ile 10. madde hakları arasındaki karşılıklı ilişki de kendine has güçlükler içermektedir. Yargıç Conforti'nin *Perna/İtalya*[5] kararındaki karşıt görüşünde işaret ettiği üzere: "(...) 6. maddede dile getirilen adil yargılama kurallarına göre hukuki usul açısından normalde hoşgörüyle karşılanabilecek bir şey, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin 'demokratik bir toplumda gerekli' olup olmadığını doğrulamak bakımından kabul edilebilir olmayabilir." Bu doğru olsa gerektir. 6. ve 10. maddeler kapsamında geliştirilen içtihatlar, Mahkeme'nin ele alınmakta olan hükme bağlı olarak temelde farklı sorgulama süreçleri yürüttüğünü göstermektedir. 6. madde söz konusu olduğunda Mahkeme, huzuruna taşınmış bir davada olguların tespiti ve delillerin değerlendirilmesi konularına hiç "girmemektedir". Sanığa dair birtakım önyargılara yol açmış olabilecek usuli ihmal ya da icrai hataların varlığına itibar etmeyerek, yargılamaların bir bütün olarak adil olup olmadığı hususuna odaklanmaktadır. Hükmedilen ceza ya da tazminat hesaplama konularında Mahkeme'nin temel yaklaşımı iç hukuktaki soruşturma merciine gereken saygıyı göstermek yönündedir.

Diğer yandan, 10. madde içtihadı farklı bir analiz yansıtmakta ve örneğin hakaret içeren bir beyanda bulunduğu iddiasıyla bir kişiye isnat edilen suçlama ya da üçüncü bir şahsın itibar hakkına saygı gösterme yönündeki özel hukuk yükümlülüğü hakkında karara varırken kullanılan usul adaleti değerlendirmelerinin ötesine geçmektedir. Aynı mesele 10. maddenin alanına girdiğinde farklı prensipler geçerli olmaktadır. Bu prensiplerin altında, kamusal ve özel yetkilerin kullanımının denetlenmesi ve özellikle toplumu ilgilendiren konularda halkın bilgilenme hakkı konusunda Mahkeme'nin demokratik bir toplumda özgür basına atfettiği önem yatmaktadır. Mahkeme'den, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin haklı olup olmadığını değerlendirirken, ulusal makamın olaya dair kabul edilebilir bir değerlendirmeye dayanıp dayanmadığı, Sözleşme ile uyumlu standartlar uygulayıp uygulamadığı, vardığı hükme dair "yerinde ve yeterli gerekçeler" sunup sunmadığı, huzurundaki çekişen hususlar arasında adil bir denge gözetip gözetmediği ve, getirilen yaptırımın niteliği ve ağırlığı ile ilgili de olmak üzere, genel olarak yaklaşımında orantılılık prensibine uyup uymadığı hakkında karar vermesi beklenmektedir.[6] 10. madde bağlamında yürütülen inceleme somut olgular üzerinden ve şikâyet konusu müdahalenin olası "caydırıcı etkisi" de göz önünde tutularak gerçekleştirilmektedir.

5 Başvuru no. 48898/99, [BD], ECHR-2003-V.

6 Bununla ilgili genel prensipler, bağlantılı emsal kararlarla birlikte, yakın bir tarihte *Axel Springer/Almanya*, başvuru no. 39954/08, [BD], ECHR 2012, paragraf 78 ve devamında yeniden dile getirilmiştir.

Mahkeme'nin temel kaygılarından biri, görsel ya da yazılı basında bir şeyler yayımladığı için ulusal düzeyde yaptırıma çarptırılmış olan sözgelimi gazeteci konumundaki medya çalışanı başvurucunun haklı bir savunma gerekçesi bulunup bulunmadığı, yani gazetecilik etiği doğrultusunda kamu yararı içeren bir konuda doğru ve güvenilir bilgi sunmak amacıyla iyi niyetle hareket ettiğini kanıtlamış olup olmadığı hususunu tespit etmektir. Bu tür sorulara yanıt bulabilmek için bir dizi farklı faktörün değerlendirmeye alınması gerekmektedir: iddia konusu beyanın niteliği, tonu, içeriği ve statüsü; şikâyet sahibinin/davacının statüsü; bilginin doğrulanması için atılmış olan adımlar ve bilginin elde edilmesinde kullanılan kaynakların güvenilirliği; bilginin yayınlanmasının aciliyet arz edip etmediği; bilginin yayınlanması öncesinde davacıdan ya da müştekiden görüş talep edilip edilmediği.[7] Bu liste uzayıp gitmektedir. Ancak şurası açıktır ki, usuli adalet ve özellikle de hakaret içerdiği öne sürülen bir beyanın doğruluğu gibi konularda delil sunulmasına dair etkili bir olanak tanınması, ya da doğru olmadığı ortaya çıkan hakaret içeren bir beyanın yayınında kamu yararı bulunduğunun ispatlanması, 10. madde kapsamındaki incelemenin hayati bir unsuru haline gelmektedir. Nitekim, davacı ya da müşteki hakkındaki iddialar ne kadar ciddiyse, ortaya konulması gereken maddi ispatların derecesi de o denli artmaktadır.[8]

10. madde bağlamında ispat yükü ve kanıt standardı

Article 19 ve Açık Toplum Adalet Girişimi adlı sivil toplum kuruluşları, yakın tarihli denebilecek *Kasabova/Bulgaristan*[9] davasında üçüncü kişi sıfatıyla dışarıdan sundukları dilekçelerinde, ceza hukuku kapsamında yürütülen bir hakaret davasında hakaret içeren olgusal beyanların doğruluğunu ya da cezai sorumluluğun diğer temel unsurlarını kanıtlama yükümlülüğünü sanığa yüklemenin, medya ve diğer toplumsal aktörlerin canlı bir demokratik tartışma ortamına katkı sunabilme becerisine zarar verdiğini savunmuşlardır. Mahkeme tek başına ele alındığında söz konusu yükümlülüğü 10. maddeyle bağdaşmaz görmediği içindir ki, yukarıda dile getirilen yaklaşımı bugüne dek benimsemiş değildir. Örneğin (yine yakın tarihli) *Wall Street Journal Europe Sprl ve diğerleri/Birleşik Krallık*[10] davasında başvurucuların 10. maddeye dayalı savlarının temelinde yatan ilke, hakaret konusunda iç hukukun bir asılsızlık varsayımından hareket etmesi, bunun da haklarında açılan davada yapacakları savunmayı, yani şikâyet konusu bilgileri kamu yararı için

7 Bkz. örneğin *Kasabova/Bulgaristan*, başvuru no. 22385/03, paragraf 63 vd., 19 Nisan 2011 tarihli kararda başvurucunun sorumlu bir gazeteci olarak hareket edip etmediği konusunda Mahkeme'nin değerlendirmesi; ve *Bladet Tromso/Norveç*, başvuru no. 21980/93, [BD], ECHR 1999-III, paragraf 61 vd.

8 *Kasabova/Bulgaristan*, yukarıdaki dn. 7, paragraf 65.

9 Yukarıdaki dn. 7.

10 (Kabul edilebilirlik hakkında karar), başvuru no. 28577/05, 10 Şubat 2009.

yayımlamış ve bunu yaparken sorumlu bir şekilde hareket etmiş oldukları yönündeki savunmayı zayıflatıyor olmasıydı. Asılsızlık varsayımının adil olmadığı iddiası, yukarıda sözü geçen *McVicar* davası da dahil olmak üzere, başvurucular tarafından birçok kez öne sürülmüş ve Mahkeme tarafından da reddedilmiş bulunmaktadır. Mahkeme asılsızlık varsayımının ya da başvurucunun beyanlarının haklılığını kanıtlaması şartının basın üzerinde "caydırıcı etki" yaratma potansiyeli olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, ilk kez *Pfeifer/Avusturya*[11] kararında özel hayat kapsamına girdiğini ve dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunduğunu açıkça ifade ettiği kişinin itibarını koruma hakkına da gereken saygının gösterilmesi gerektiğini de dile getirmektedir. Ancak basının demokrasilerdeki üstün rolü ışığında –ki Mahkeme'nin özgür ifade konularına yaklaşımında bunun varlığı her zaman hissedilmektedir– bir başvurucuya yüklenen külfetin orantısız olmaması ve sözgelimi hakaret içerdiği iddia edilen bir beyanın mağduruna ait haklar ile basının halkı kamu yararı içeren konularda bilgilendirme rolü arasında adil bir denge gözetecek şekilde işletilmesi gerekmektedir.

Sözleşme'nin 6. maddesi 2. paragrafı açısından bakıldığında, Mahkeme'nin ispat yükü meselesine yaklaşımının, bir sanığın maddi ya da hukuki karineden kaynaklanan bir suç karinesini çürütmesini gerektiren bir iç hukuk hükmünün, söz konusu suç karinesinin "makul sınırlar içerisinde" kalması kaydıyla, masumiyet karinesiyle bağdaştığına dair *Salabiaku/Fransa*[12] kararında kendi dile getirdiği beyanı yansıttığı sonucu çıkartılabilir.

Ancak, Mahkeme'nin masumiyet karinesine ilişkin olarak Sözleşme'nin 6. maddesi 2. paragrafından doğan prensipleri, örneğin hakaret konulu bir ceza davasının sonunda bir medya çalışanının mahkum edildiği 10. madde bağlamına otomatik olarak yansıtması, özgür ifadenin korunması bakımından tehlikelerle doludur. Yukarıda dile getirildiği üzere, bu bağlamda ispat ve kanıt meseleleri söz konusu olduğunda farklı bir analize ihtiyaç duyulmaktadır ve Mahkeme, –ister hukuk, ister ceza davası olsun– ispat yükünün medya çalışanına yüklenmesi kararının demokratik bir toplumda basının temel işlevine zarar verecek şekilde işletilmemesini sağlama gereğinin farkındadır.

11 Başvuru no. 12556/03, 15 Kasım 2007 tarihli karar, paragraf 35 ("Mahkeme, bir kişinin itibarının, söz konusu kişi bir toplumsal tartışma ortamında eleştiriliyor olsa dahi, o kişinin şahsi kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçasını oluşturduğu ve dolayısıyla 'özel yaşamı' kapsamına girdiği kanaatindedir. Bu nedenledir ki 8. madde geçerli olmaktadır").

12 7 Ekim 1988 tarihli karar, Seri A, no. 141, paragraf 28 ("Maddi ya da hukuki karineler her hukuk sisteminde yer almaktadır. Sözleşme'nin bu karineleri prensip olarak yasaklamadığı açıktır. Ancak, Sözleşmeci Devletlerin ceza hukuku açısından bu konuda belirli sınırlar içerisinde kalmasını şart koşmaktadır. Bu nedenledir ki, 6. maddenin 2. paragrafı ceza hukukunda öngörülen maddi ya da hukuki karinelere de kayıtsız kalmamaktadır. Devletlerin bu karineleri söz konusu edilen hakkın önemini göz önüne alan ve sanığın haklarını koruyan makul sınırlar içerisinde tutmasını gerektirmektedir").

Kanıt standardına gelince; Mahkeme bir hakaret davasında sanığın, dile getirdiği iddiaların esasen doğru olduğunu makul bir standart ölçüsünde kanıtlaması gereğinin, bu haliyle, Sözleşme'ye aykırılık taşımadığını kabul etmiş bulunmaktadır. Mahkeme "makul bir standart" ibaresini ceza yargılamaları bağlamında başkaca bir nitelendirmede bulunmaksızın kullanmıştır.[13] Hakaret konulu özel hukuk davalarında ise olasılıklar dengesi kriterinden bahsetmektedir.[14] Demek oluyor ki, çıtayı yüksek bir noktaya çekmeyi kabul etmemekte ve, ileride görüleceği üzere sürekli olarak, sanığa birincisi, asılsızlık varsayımı işletilmek suretiyle aranan ispat yükünü karşılaması, ve ikincisi de şikâyet konusu yapılan değer yargıları söz konusu olduğunda ispat şartında değişiklik yapabilmesi için etkili bir olanak sağlanması gereğinin altını çizmektedir.

10. madde ve ulusal hukukta savunma eksikliği

Mahkeme, iç hukukta başvurucuya kendisi aleyhinde yöneltilen suçlamalara itiraz etme olanağı tanıyan bir hüküm bulunmadığında 10. maddeye dair bir ihlal tespit etmekte pek sıkıntı yaşamamaktadır. Mahkeme'nin *Castells/İspanya*[15] ve *Colombani ve diğerleri/Fransa*[16] kararları, şikâyet konusu beyanda bulunan kişinin aleyhine açılmış olan davaya yanıt verme konusunda aşılmaz güçlüklerle karşı karşıya bırakılmamasının sağlanmasına ilişkin Mahkeme'nin duyduğu endişeleri net biçimde gözler önüne sermektedir.

Castells/İspanya davasında, milletvekili olan başvurucu, davalı hükümetin 1977'den beri Bask Ülkesi'ndeki saldırıların faillerinin cezasız kalmasına göz yumduğunu ve bu kişilere dokunulmazlık sağladığını ifşa eden beyanların yayımlanmasından ötürü Ceza Kanunu kapsamında mahkum edilmişti. Başvurucunun söz konusu beyanlarının doğruluğuna ya da hatta kendi iyi niyetine dair delil sunmasına izin verilmemişti. Ulusal yargılamaları yürüten yüksek mahkemeye göre, milli kurumları karalamakla suçlanan bir kişinin gerçeği ispat hakkı bulunmamaktaydı. Mahkeme, hiç de şaşırtıcı olmayarak, başvurucu hakkındaki mahkumiyet kararının 10. maddeyi ihlal ettiğini saptamıştır. Başvurucu tarafından ileri sürülen olgusal iddiaların birçoğu gerçek olup olmadıklarına dair atılacak bir adımla ortaya çıkartılabilirdi ve başvurucu makul bir çerçevede iyi niyetini ortaya koymaya da çalışabilirdi. Oysa ki bu olanakların hiçbiri kendisine tanınmamıştı.[17]

13 Bkz. *Rumyana Ivanova/Bulgaristan*, başvuru no. 36207/03, 14 Şubat 2008, paragraf 39.

14 Bkz. örneğin *McVicar/Birleşik Krallık*, yukarıda atıf yapılmaktadır, paragraf 87; ve *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, yukarıda atıf yapılmaktadır, paragraf 93.

15 Seri A, başvuru no. 136, 23 Nisan 1992 tarihli karar.

16 Başvuru no. 51279/99, ECHR-2002-V.

17 Kararın 48. paragrafı.

Colombani/Fransa davasında gazeteci olan başvurucular, başta Fas Kralı olmak üzere Faslı yetkililerin Fas kaynaklı esrar kaçakçılığında gözlenen artışla mücadele konusunda dile getirdikleri kararlılığın gerçekliğini sorgulamak suretiyle bir Devlet başkanını –Fas Kralı– tahkir etmek suçundan ötürü 1981 tarihli Basın Özgürlüğü Yasasının 36. maddesi uyarınca mahkum edilmişti. Hakaret suçunu düzenleyen olağan hukuk kurallarının kapsamındaki durumun aksine, başvuruculara iddialarını gerekçelendirecek bir savunma yapma olanağı verilmemişti. Oysa ki, başvurucular aslında resmi bir rapora dayanmaktaydı ve iyi niyetli oldukları şüphesizdi. Mahkeme, başvuruculara gerekçelerini sunacakları bir savunma ve resmi rapor gibi hususlara dayanma olanağı tanınmamasının, kişinin haklarının ve itibarının korunması ihtiyacı karşısında –söz konusu kişi bir devlet ya da hükümet başkanı olsa dahi– orantısız bir yanıt teşkil ettiğine kanaat getirmiştir.[18]

Her iki dava da sadece 6. madde kapsamında (örneğin, esasa müteallik iç hukukun başvuruculara çekişmeli bir yargılama usulünden mahrum bırakmış ya da masumiyet karinesi haklarının yukarıdaki anılan *Salabiaku* prensiplerine aykırı bir şekilde çiğnenmiş olduğu iddiasıyla) açılmış olsaydı Mahkeme'nin yanıtının ne olacağına ilişkin değerlendirmeler elbette ki tamamen spekülatif olacaktır. Ancak, Mahkeme'nin 10. madde kapsamındaki adillik yaklaşımının başvuruculara şikâyetlerine yönelik daha korumacı bir çözüm sunduğu açıktır.

Değer yargıları ve kanıt dostu yaklaşım

Mahkeme içtihadı, başta fikir özgürlüğü olmak üzere, ifade özgürlüğü alanında değer yargılarının özel niteliğini dikkate almak amacıyla delil şartlarının nasıl başvurucular lehine yumuşatıldığına dair örneklerle doludur. Mahkeme'nin 10. madde bağlamında kanıt ve ispat meselelerine yönelik yaklaşımının 6. madde açısından adillik değerlendirmesinde kullandığı yaklaşımdan çok farklı olduğu aşikârdır.

Mahkeme olgusal yargılar ile değer yargıları arasındaki ayrıma ve Sözleşme şartları doğrultusunda çıkartılması gereken sonuca ilişkin yaklaşımında tutarlı davranmaktadır. Olgusal bir beyanın doğruluğunun tespiti mümkündür ve yukarıda belirtildiği üzere, bir hakaret davası sanığına beyanının doğruluğunu ya da esasen doğru olduğunu ispat külfeti yüklenmesi 10. madde haklarıyla bağdaşmamaktadır. Öte yandan, fikir, kanı ya da vicdani kanaat meselelerinden oluşan değer yargıları tabiatı gereği ispata açık hususlar değildir. Ne var ki, değer yargısında bulunan bir kişinin, kanunlar çerçevesinde,

18 Kararın 66. paragrafı.

bu yargının içeriğine dair olgusal bir dayanak sunması gerekebilmektedir.[19] Mahkeme, bir beyanın olgusal bir yargı mı, yoksa değer yargısı olarak mı sınıflandırılması gerektiği konusundaki sıkıntıları teslim etmektedir. Ancak kanıt ve ispat meseleleri bakımından ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün kullanımı açısından bu ayrım önem taşımaktadır.

Mahkeme bazen, ulusal mahkemelerin başvurucuya yüklenen ispat yükünü yorumlama ve uygulama biçimine ilişkin yaklaşımını eleştirmektedir. Bundan dolayıdır ki, *Feldek/Slovakya*[20] kararında Mahkeme, temyiz mahkemesinin başvurucunun davasındaki tutumuna katılmadığını ifade etmiştir. Söz konusu başvurucu, bir yayında "faşist geçmişi"nden bahsettiği bir siyasetçi tarafından açılan davayı kaybetmiştir. Ulusal yargılamalarda yaptığı savunmada, beyanının bir değer yargısı oluşturduğunu dile getirmiştir. Ancak temyiz mahkemesi, bir beyanın bu niteliğe sahip olabilmesi için dayandığı olguların da beraberinde sunulması gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, hiç de şaşırtıcı olmayarak, başvurucunun halihazırda kamuoyu tarafından bilinen bilgilere dayandığını tespit ederek bu önermeyi reddetmiştir.[21] Demek oluyor ki, başvurucunun görüşünün aslında bir dayanağı bulunmaktaydı ve değer yargısının doğruluğu ispata açık olmadığından, bu görüşün doğruluğunu destekleyen somut deliller sunulması şartı orantısız bir karşılık oluşturmaktaydı. Benzer biçimde, *Lingens/Avusturya* davasında da gazeteci olan başvurucu, Şansölyeyi basında "en alçak oportünizm"le ve "ahlaksız ve şerefsiz" davranmakla suçlamak suretiyle yönelttiği ağır eleştiriden ötürü mahkum edilmiştir. Ulusal yargılamalarda başvurucudan bu beyanlarının doğruluğunu kanıtlaması istenmiş ve başvurucu bunu başaramamıştır. Mahkeme'ye göre, Avusturya Ceza Kanunu çerçevesinde değer yargılarına ilişkin aşırı yüksek bir ispat yükü öngörülmüş bulunmaktaydı. Başvurucunun bu değer yargısının dayandığı olguların varlığını ortaya koyması yeterliydi.[22]

Yükün hafifletilmesi

Yukarıda sözü geçen *Castells* ve *Colombani ve diğerleri* kararları, Mahkeme'nin şikâyet konusu bir beyanın sahibine aleyhine açılmış olan davada savunma yapma –örneğin beyanın içeriğinin doğru olduğuna ya da beyanda bulunan kişinin söz konusu beyanı yayımlarken sorumlu bir gazeteci olarak hareket etmiş olduğuna dair– güvencesi sağlama gereğinde ısrar ettiğini net biçimde gözler önüne sermektedir. Bu yaklaşım, 10. madde kap-

19 Bkz. başka birçok kararın yanı sıra, *Lingens/Avusturya*, 8 Temmuz 1986 tarihli karar, Seri A no. 103, paragraf 46; ve *Feldek/Slovakya*, başvuru no. 29032/95, paragraf 75-76, ECHR 2001-VIII.

20 Yukarıdaki dn. 16.

21 *A.g.k.*, paragraf 35 ve 86.

22 Yukarıdaki dn. 19, paragraf 46.

samında ispat yükünün tersine döndüğü kabulü ile şikâyet konusu beyanın sahibinin asılsızlık varsayımını çürütmesi gereğinin doğal bir sonucu olarak görülmelidir.

Mahkeme, bir hakaret davası sanığının ispat yükünü yerine getirirken bir beyanın doğruluğunu kanıtlayan bir savcı gibi hareket etmesinin beklenmemesi gerektiğini ortaya koymuştur. *Kasabova/Bulgaristan*[23] kararında Mahkeme, ulusal yargılamalarda temyiz mahkemesi tarafından ifade edilen ve bir kişinin bir suç işlediği iddiasının kanıtlanması için tek yolun söz konusu kişinin o suçtan mahkum edildiğini ortaya sermek olduğu biçimindeki görüşe karşı çıkmıştır. Mahkeme'ye göre "nihai bir mahkumiyet kararı prensip olarak bir kişinin bir suç işlemiş olduğuna dair yadsınamaz bir kanıt oluşturmakla birlikte, bir hakaret davası bağlamında suç teşkil eden davranış iddialarını kanıtlama biçimini bununla sınırlandırmak apaçık bir mantıksızlıktır (...) Basında çıkan iddiaların ceza yargılamalarında öne sürülen iddialarla eşit muameleye tâbi tutulması mümkün değildir".[24]

Benzer biçimde, daha önceki *Flux/Makedonya (no. 6)*[25] kararında da Mahkeme, bir gazetenin devlet yetkililerine yönelik görevi suiistimal iddialarının daha önce ceza davalarında kanıtlanmış olan meselelerle sınırlı tutulması gereğinin 10. maddeyle bağdaşmayacağını vurgulamıştır.

Ulusal davada etkili savunma olanağı: tanıklar ve materyaller

Daha önce anlatılan nedenlerden ötürü, Mahkeme, başvurucular *Steel ve Morris*'e ispat yükünü yerine getirmek için etkili bir olanak sağlanmamış olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme'nin başka davalarda da delil sunmak konusunda etkili bir olanak sağlanmadığı iddialarını inceleme fırsatı olmuştur. *Flux (No. 4)/Moldova*[26] davasında başvurucu olan gazete, adını verdiği devlet görevlilerinin hukuka aykırı davranışları ve parasal kaynakların sui idaresine karıştıkları yönündeki iddialar hakkında bir haber yapmıştır. Gazete bu olgusal iddiaların doğruluğunu kanıtlayamaması sonucunda para cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme davalı Hükümet'in 10. maddeyi ihlal ettiğini saptamıştır. Başvurucunun ulusal mahkemeler huzurunda, yayımlanmış olan bu beyanların doğruluğuna dair kanıt sunmak istediğini, ancak buna izin verilmediğini kaydetmiştir. Benzer biçimde, *Jerusalem/Avusturya*[27] davasında bir siyasetçi

23 Yukarıdaki dn. 7; ayrıca bkz. *Thorgeir Thorgeirson/İzlanda*, Seri A no. 239.

24 *A.g.k.*, paragraf 62.

25 Başvuru no. 22824/04, 29 Temmuz 2005 tarihli karar, paragraf 31.

26 Başvuru no. 1792/04, 12 Şubat 2008 tarihli karar, paragraf 37-38.

27 Başvuru no. 26958/95, ECHR 2001-II; ayrıca bkz. *Savitchi/Moldova*, başvuru no. 11039/2002, 11 Ekim 2005 tarihli karar, paragraf 58 ve 59; ve *Karman/Rusya*, başvuru no. 29372/2002, 14 Aralık 2006 tarihli karar, paragraf 41-42.

olan başvurucu siyasi bir tartışma sırasında dernekler aleyhinde dile getirdiği ifadelerine dayanak olarak delil sunmak istemiştir. Söz konusu beyanları ulusal mahkemeler tarafından olgusal iddia sayılmış olup, Avusturya hukuku uyarınca başvurucunun bu iddiaların doğruluğunu kanıtlaması istenmiştir. Ancak ulusal mahkemeler, başvurucunun, kullanmış olduğu sözcüklerin anlamına ilişkin tanıklıkta bulunmaları amacıyla dört tanık çağırma talebini, bu tanıklığı konuyla ilgisiz görerek reddetmiştir. Mahkeme, verdiği kararda, ulusal mahkemelerin yaklaşımındaki şu tutarsızlığa işaret etmiştir: Bir yandan başvurucunun beyanlarının doğruluğunu kanıtlamasını talep etmiş, fakat diğer yandan elde edilebilir tüm delilleri değerlendirmeyi reddetmişlerdir. Son olarak, *Folea/Romanya* davasında başvurucu, yürütülen ceza yargılamaları sonucunda bir Devlet çalışanına hakaretten sorumlu bulunmuştur. Başvurucu alenen, söz konusu görevlinin suç fiilleri işlediğini iddia etmiş ve iddialarının doğruluğunu kanıtlamak istemiştir. Ulusal mahkemeler, savcının söz konusu görevliye suç isnat etmek için herhangi bir neden görmemiş olduğunu kaydederek başvurucuya delil sunma izni vermemiştir. Mahkeme, başvurucunun iddialarının bir dayanağı bulunup bulunmadığı konusunda çekişmeli bir yargılama usulü yürütülmemiş olmasının 10. maddeyi ihlal ettiğine kanaat getirmiştir.[28]

Peki ya ispat yükünün yerine getirilmesi için bir gazetecinin bilgi kaynaklarını açıklaması gerekirse?

10. madde tarafından gazetecilerin kaynaklarına sağlanan koruma da Mahkeme içtihatlarında yerleşik bir hususturu. Demokratik bir toplumda basın özgürlüğü bakımından haber kaynaklarının korunmasına verilen önem uyarınca, bir müdahale kamu yararınca üstün bir gereklilikle haklı kılınmadıkça Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağdaşması mümkün değildir.[29] Mahkeme kararlarında bugüne kadar, bir gazeteciye ya da medya kuruluşuna yaptırıma uğrama tehlikesi altında bilgi kaynağını açıklaması talimatında bulunulan durumlar ele alınmıştır. Ancak kimi durumlarda hakaret davalarında sanık konumunda bulunan gazeteciler, kaynaklarının kimliğini koruma ihtiyacı doğrultusunda düşünüldüğünde, yayımlanmış bir beyanın doğruluğunu kanıtlama ya da içeriğini haklı gerekçelere dayandırma şartının kendilerini savunma yapma olanağından mahrum bıraktığını öne sürmüştür. Yukarıda atıfta bulunulan *Kasabova/Bulgaristan* kararında Mahkeme, gazeteci olan başvurucunun, çocuklarının belirli okullara yerleştirilmesini temin etmek adına ebeveynlerin yetkililere para ödemiş olduğuna dair güvenilir bilgiler edinip

28 Başvuru no. 34434/02, 14 Ekim 2008 tarihli karar, paragraf 41-43. Mahkeme ayrıca, adillik konusundaki eksiklik nedeniyle 6. maddeye yönelik bir ihlal de tespit etmiştir.

29 Bkz. daha yakın tarihli *Sonoma Uitgevers B.V./Hollanda* [BD], başvuru no. 38224/03, ECHR 2010.

edinmediği konusunda ulusal mahkeme tarafından ciddi şüpheler dile getirilmiş olduğuna işaret etmiştir. Başvurucunun tanıklarından biri, rüşvet ödediklerini söylemiş olan ebeveynlerin kimliğini açıklamak konusunda tereddüt etmiş ve ulusal mahkeme, başvurucunun söz konusu iddialarda bulunan şahısların isimlerini verememiş olmasına vurgu yapmıştır. Mahkeme böyle bir yaklaşımın gazetecilerin kaynaklarının korunması prensibiyle bağlantılı bir mesele uyandırabileceğini kaydetmiştir. Ancak somut koşullar altında Mahkeme'nin adı geçen davadaki olgular açısından bu hususta bir hükme varması gerekmemiştir. *Cumpănă ve Mazăre/Romanya*[30] davasında ise, başvurucular, davacının sahtekârlıkta bulunarak suç işlediğine yönelik iddialarını kaynaklarının korunmasına hürmeten ulusal mahkemeler huzurunda kanıtlayamadıklarını öne sürmüştür. Ancak Mahkeme, başvuruculaların suçlamalarına ilişkin mantıklı bir olgusal dayanak sunma ödevinin hiçbir şekilde, kendilerine bilgi temin eden kişilerin isimlerini ifşa etme yükümlülüğüne yol açmadığını dile getirmiştir. Aynı zamanda, gazetecilerin kaynaklarının korunması hususunun basın özgürlüğünün köşe taşlarından birini oluşturduğu görüşünün de altını çizmiştir.

Ulusal hukuk sisteminde elverişli bulunan olanakları kullanma şartı

Açıkçası, bu konuda başvuruculaların hakkın varlığına güvenerek bir kenara çekilmesi kabul görmemektedir. İspat külfetini yüklenme şartı olsun olmasın, başvuruculardan doğruluk, iyi niyet ve gazeteciliğin deontolojisine uygun mesleki davranış savunmalarını güçlendirebilecek deliller sunmak amacıyla kendilerine elverişli bulunan usul olanaklarını kullanmaları beklenmektedir. Dolayısıyla, *McVicar* davasında başvurucunun 10. madde kapsamındaki şikâyeti, ulusal yargılamalarda davayı gören yargıcın nihayetinde, başvurucu tarafından davacı aleyhindeki iddialara destek temini amacıyla çağırılması teklif edilen iki tanığın tanıklığının kabul edilmemesi yönünde verdiği kararda etkisi olmuş olabilecek daha önceki birtakım adımları atmaması nedeniyle kısmen zayıflamıştır. Mahkeme, başvurucunun delil meselelerine dair önceki talihsizliği bir yana, davayı gören yargıcın başvurucuya, söz konusu delil usul şartlarına uygun bir şekilde sunulmamış olsa da, yargılamada bir bilirkişinin tanıklığından yararlanma izni tanıyarak adil bir yargılama usulü sağlamaya çalışmış olduğuna işaret etmiştir.[31]

Yukarıda sözü geçen *Cumpănă ve Mazăre/Romanya*[32] davasında, medya çalışanı olan başvurucular yerel bir gazetede iki devlet görevlisini kurallara aykırı park etmiş araçların müsaderesi işleminin özelleştirilmesiyle ilgili kamu

30 Başvuru no. 33348/96, [BD], ECHR 2004-XI, paragraf 106.

31 *A.g.k.*, paragraf 76-78.

32 Yukarıdaki dn. 29.

fonlarının sui idaresinden ötürü sahtekârlıkla suçlayan bir yazı yayımladıkları için mahkum edilmişlerdir. Başvurucular hakkındaki ceza davasını başlatan görevlilerden biri söz konusu yazıda ismiyle geçmekte ve defaten "hasmane ifadelerle" anılmaktaydı. Sözleşme kapsamındaki davada başvurucular, başka hususların yanı sıra, basından iddiaların altında yatan olguları soruşturma makamları kadar net ve kesin bir şekilde kanıtlamasının istenemeyeceğini öne sürmüşlerdir. Mahkeme, başvurucuların ismiyle anılan kişileri özel olarak suç fiillerine karışmakla suçlamış olması nedeniyle bu iddialarına yeterli bir olgusal dayanak sunma yükümlülüğü altına girdiklerini tespit etmiştir. Başvurucular savunmalarını hazırlamaları için yeterli süre ve olanak tanınmış olduğunu kaydetmiştir. En önemlisi de, başvurucuların haklarındaki davaya açıkça ilgisiz kalmış ve savunmalarına aleyhlerindeki davayla olgusal ilgi arz eden bir Sayıştay raporu ekleme yolu kendilerine açık bulunmasına rağmen "yargılamaların hiçbir aşamasında iddialarını kanıtlamak için delil ya da yeterli olgusal dayanak sunmamış" olmasıdır.[33]

Bu gerekli özen şartı Mahkeme'nin *Stangu ve Scutelnicu/Romanya* davasında başvuruculara 10. madde kapsamındaki şikâyetlerini ele alışında da yansıma bulmaktadır.[34] Gazeteci olan başvurucular, polis ve yargı mensupları arasında yolsuzluk iddiasında bulunan bir yazı yayımlamalarının ardından hakaret nedeniyle açılan bir hukuk davasının sonucunda tazminata mahkum edilmiştir. Mahkeme, başvurucuların yazısının kamu yararına dokunan bir meseleyi kurcaladığı hususuna karşı çıkmamıştır. Ancak yazıda ismi verilen bir şahıs –ulusal yargılamalardaki davacı– aleyhinde ciddi iddialar içerdiği için bu iddialara ilişkin somut olgusal bir dayanak sunmaları gerekmekteydi. Ne var ki başvurucular haklarında başlatılmış olan davaya açık bir kayıtsızlık sergilemişler ve iddialarını haklı kılabilecek tek bir kanıt bile sunmamışlardır. *Mahmudov ve Agazade/Azerbaycan*[35] davasında gazeteci olan başvurucular bir siyasetçiyi Mafya ile bağlantılandıran ve Devlete ait tarım arazilerini hukuka aykırı bir şekilde kontrolüne almakla suçlayan bir yazı yayımlamaktan ötürü mahkum edilmişlerdir. Mahkeme, ulusal yargılamalarda başvurucuların iddialarına destek olacak herhangi bir delil sunmayı reddettiğini, sadece öne sürdükleri iddianın "kanıt gerektirmeyen, genel itibariyle malum bir olgu" olduğunu dile getirdiklerini kaydetmiştir. Dolayısıyla Sözleşme kapsamındaki yargılamada da, iyi niyetle ve gazetecilik etiğine uygun biçimde hareket etmiş olduklarına dair bir delil sunmuş değillerdir.

33 *A.g.k.*, paragraf 104.

34 Başvuru no. 53899/00, 31 Ocak 2006 tarihli karar.

35 Başvuru no. 35877/04, 18 Aralık 2008 tarihli karar.

Sonuç

Mahkeme'nin adil yargılama usulü güvencelerini 10. madde bağlamına taşıyarak yorumlama kararı, bir müdahalenin orantılılığını daha da geniş bir incelemeye tâbi kılmayı sağlayan son derece önemli bir gelişmedir. Bu gelişme, 10. madde hakkının önemi ve medya çalışanları aleyhinde başlatılan hukuk ya da ceza yargılamaları bağlamında itibar ya da özel hayatın gizliliği hakkını koruma çabaları çerçevesinde ortaya çıkan meselelerin karmaşıklığı ile de tamamen tutarlılık arz etmektedir. Mahkeme 6. madde öğretilerini ödünç alarak, ifade özgürlüklerini kullandıkları için hesap vermeye çağrılan kişilerin iddialarını çekişmeli bir yargılama usulüne uygun koşullar altında dile getirmek konusunda etkili bir olanağa sahip olmasını sağlama kaygısını ortaya koymuş bulunmaktadır. Mahkeme'nin 10. madde bakımından adillik incelemesi, örneğin ispat yükü ve kanıt standardı meselelerine ilişkin yaklaşımıyla sergilendiği üzere, 6. madde bağlamında uygulanan kriterinden daha geniş kapsamlıdır. Buna ilişkin bir başka örnek de, adil yargılama hakkının olmazsa olmaz bileşenlerinden olan gerekçe sunma yükümlülüğünün, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin haklı kılınması için aranan "yerinde ve yeterli" nedenler sunma şartından daha dar kapsamlı olmasıdır. 6. maddeye göre uygun olabilecek bir şey, 10. maddeyle muhakkak ve her durumda bağdaşan bir nitelik taşımayabilir. Belki de Mahkeme'nin, önüne taşınan birçok davada, 10. maddeye yönelik bir ihlal tespit etmişken aynı şikâyeti Sözleşme'nin 6. maddesi açısından da incelemeyi gerekli görmemesi kısmen bununla açıklanabilir.

* * *

Yargıç Nicolas Bratza ile yakın çalışma fırsatına ve onun olağanüstü yargıçlık ve liderlik vasıflarının yanı sıra Sözleşme'nin taşıdığı değerleri ve Mahkeme içtihadının kalitesini sürdürmek konusundaki mutlak azmine günbegün tanıklık etme olanağına sahip olduğum için kendimi ziyadesiyle şanslı hissediyorum. Kendisi, Yargıçları davalar konusunda yürütülen müzakerelere daima aktif katılım göstermeleri yönünde teşvik ettiği ve karşıt görüşlere saygı duyduğu içindir ki, ifade özgürlüğü konusunda yazılmış makalelerden oluşan bir seçkiyle onurlandırılması son derece isabetli olmuştur. Yaklaşımında her zaman kucaklayıcı olmaya özen gösteren Bratza, Mahkeme'nin uygulama ve politikalarına ilişkin tartışmalarda, Yazı İşleri'nin dile getirdiği görüşlerin değerini ve mükemmelliğin ve devamlılığın garantörü olarak üstlendiği rolün önemini her daim vurgulamıştır. Sir Nicolas Bratza'ya hepimiz çok şey borçluyuz.

NİCOLAS BRATZA

STRAZBURG'DA

İŞBAŞINDA

Nicolas Bratza (sağda) ve Birleşik Krallık hukuk ekibi *Sunday Times/Birleşik Krallık* davasında bir duruşma sırasında (24/25 Nisan 1978)

Nicolas Bratza (soldan birinci), Gordon Slynn ve Paul Fifoot - *Handyside/Birleşik Krallık* davasında Britanya'yı temsil eden hukuk ekibi

Handyside /Birleşik Krallık davası – 5 ve 6 Haziran 1976'da yapılan *Handyside/ Birleşik Krallık* duruşması sırasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Eski Komisyon'un bir delegesi olarak Saunders/Bileşik Krallık duruşmasında Mahkeme önünde (19 Şubat 1996) – katip avukat Karen Reid ile birlikte.

Başkan Bratza Büyük Daire Heyeti'nin bir toplantısına başkanlık ediyor (9 Temmuz 2012)

Catan ve diğerleri/Moldova ve Rusya davasında Büyük Daire duruşması, 25 Ocak 2012. Fotoğrafta yargıçlar Françoise Tulkens ve Josep Casadevall da görülmekte.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2012.

İfade özgürlüğü tüm demokratik sistemlerin mihenk taşlarından biridir. İfade özgürlüğü olmadan toplumlarımızda ortak yararın nasıl korunacağına ilişkin fikirler üretilemez. Demokrasinin serpilip gelişebilmesi için farklı fikirlerin savunulabildiği bir ortamın varlığı esastır. Bu nedenledir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şoke edebilecek ya da rahatsızlık uyandırabilecek fikirlerin ifadesine olduğu kadar, siyasi söyleme ve siyasi fikirlerin ifadesine de büyük önem vermektedir. Ancak böylesi bir özgürlük, özel hayatın gizliliği hakkı ya da kişinin itibarını koruma hakkı gibi öteki haklarla, hatta kamu düzeni ve ahlakıyla bile çakışabilir. Toplumların gelişebilmesi için çoğulculuk şarttır, ancak demokrasi ifade özgürlüğünün nefret içeren ve şiddeti teşvik eden aşırı biçimlerini sınırlandırmayı da amaçlar. Ancak ifade özgürlüğünü kısıtlayan bu tedbirler meşru mudur ve gereklilikleri hangi kriterlere göre değerlendirilmelidir?

Günümüzde yaşanan ihtilaflara ilişkin gazetecilerin haberlerinin doğruluğuna güveniriz ve haber kaynaklarını gizli tutma hakkını koruruz. Gazeteciler ayrıca doğruluğuna samimiyetle inandıkları her tür eleştiriyi yapma haklarından da geniş anlamda faydalanırlar. Ancak biz de, gazetecilerin haber yapmada sorumlu davranmalarını, kaynaklarını kontrol etmelerini ve başkalarının hakkına müdahale edebilecek konularda haber ya da yorum yaparken dikkatli davranmalarını bekleriz. Fakat kamu yararı taşıyan haberciliğe müdahale meşru mudur ve hukuk, sorumlu gazeteciliğin desteklenmesinde nasıl bir rol oynayabilir?

İfade özgürlüğünü konu alan bu kitaptaki makalelerde çok çeşitli uzmanlık alanlarından gelen hakim ve avukatlar bu konuları eleştirel bir yaklaşımla ele almaktadır. Kitap Avrupa'da insan haklarının korunmasına öncü bir hukukçu olarak yaptığı üstün katkılar nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Sir Nicolas Bratza'ya ithafen hazırlanmıştır.

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