



T Ü R K İ Y E
A D A L E T A K A D E M İ S İ

İ F A D E Ö Z G Ü R L Ü Ğ Ü Ö Z E L S A Y I S I
Special Issue on Freedom of Expression

T Ü R K İ Y E A D A L E T A K A D E M İ S İ
D E R G İ S İ

Ö Z E L S A Y I • Ş u b a t 2 0 1 6 - S a y ı 2 5 - Y ı l : 7



Bu yayın, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi kapsamında hazırlanmıştır.

This publication has been prepared within the framework of the European Union-Council of Europe Joint Project on Strengthening the Capacity of Turkish Judiciary on Freedom of Expression.

25

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir.



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

“Knowledge for Justice”

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÖZEL SAYISI

Special Issue on Freedom of Expression

25

Bu yayın, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi kapsamında hazırlanmıştır.

This publication has been prepared within the framework of the European Union-Council of Europe Joint Project on Strengthening the Capacity of Turkish Judiciary on Freedom of Expression.

ÖZEL SAYI • Şubat 2016 - Sayı 25 - Yıl: 7

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
(On behalf of the Justice Academy of Turkey, President, Justice Academy of Turkey)
Danıştay Üyesi / Member, Council of State

*

GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı
(Head of Scientific Studies and Information Department)

*

EDİTÖR/EDITOR

Dr. Veli KARATAŞ - Hâkim / Judge

*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ - Hâkim / Judge

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Mustafa ARTUÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı
(Deputy President, Justice Academy of Turkey)

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı
(Head of Scientific Studies and Information Department)

Ahmet ŞANSAL

İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı
(Head of Human Resources and Support Services Department)

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Öğretim Üyesi / Faculty Member

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Öğretim Üyesi / Faculty Member

KAPAK TASARIM/DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

Bu yayında yer alan görüş ve düşünceler yazarlara aittir ve Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği'nin sorumluluğunda değildir.

The views and opinions expressed in this publication are those of the authors and do not engage the responsibility of the Council of Europe and the European Union.

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlalibel Mah. İncek Şehir Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • Faks: 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

Yorum Matbaacılık - Sertifika No: 13651

Başkent OSB Recep Tayyip Erdoğan Blv. No: 12 - Malıköy - Sincan / ANKARA - Tel: (0-312) 395 21 12

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taa.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 1 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taa.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU *

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Fusun ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Kadir ARICI
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İSFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veyysel BAŞPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANİTEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.
Derginin hakemler kurulu www.taa.gov.tr adresinde bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Professor Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU.....11

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü
*Freedom of Expression in the Decisions of the European Court
of Human Rights*

Assoc. Prof. Dr. Selami DEMİRKOL – Dr. Emrah ÖZCAN – Emre ERMAN....31

Radyo ve Televizyon Yayıncı Kuruluşlarına Uygulanan İdari Yapıtların
Hakkında Danıştayın İfade ve Basın Özgürlüğü Yaklaşımı
*Council of State's Freedom of Media and Speech Approach
about the Administrative Sanctions Imposing on Radio and Tv
Broadcasting*

Ebru YAVUZ YAYLA – Dr. Mehmet YAYLA.....53

Basın Özgürlüğü Kapsamında Devletin Güvenliğine ve
Siyasal Yararlarına İlişkin Bilgileri Açıklama Suçu
*The Crime of Disclosure of Information Relating to Public Security and
Political Interests of the State within the Framework of Freedom of Press*

Abdi SAĞLAM.....89

AİHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Hakkı Kapsamında
Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı
*The Notion of Duty and Responsibility in Respect
of Civil Servants According to the ECHR,
within the Scope of Freedom of Expression*

Mehmet YÜKSEK.....115

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Sınırları
*Freedom of Expression within the Boundaries of European Convention
on Human Rights*

Tahir Hami TOPAÇ – Caner GÜRÜHAN – Aydın AYGÜN.....163

Bilimsel, Sanatsal ve Edebi Değer Taşıyan Eserlerde Müstehcenliğin İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi

A Review of Obscenity with Respect to Freedom of Expression in Scientific, Artistic and Literary Works

Hüseyin GÖKTEPE.....179

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi ve Dine Hakaret

Hate Speech and Blasphemy in the Light of the Decision of the European Court of Human Rights

Mustafa AKGÜN.....223

Terör Propagandası Yapan veya Terörü Öven İnternet Sitelerinin İdari Yoldan Engellenmesine Dair 13 Kasım 2014 Tarihli Fransız Yasal Reformu

La Réforme Française Du 13 Novembre 2014 Sur Le Blocage Administratif Des Sites Internet Provoquant Au Terrorisme Ou En Faisant L'apologie

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ¹

Freedom of Expression in the Decisions of the European Court of Human Rights

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU²

ÖZET

AİHM, kendisine gelen davalara uygulamak üzere oluşturduğu içtihatlarla bazı ölçütler belirlemiştir. Sınırlama, kanunla düzenlenmiş olmalı, meşru amaçlardan birisi için yapılmış olmalı, demokratik toplumda gerekli olmalı ve kullanılan araç müdahalenin amacıyla orantılı olmalıdır. Orantılılık ölçütünde akit devletler, söz konusu temel hakka mümkün olduğunca az kısıtlama getirmeli, mevzuatı belirlenen amaçları gerçekleştirmek için dikkatli bir şekilde hazırlamış olmalı, kanun hakkaniyete aykırı olmamalı ve temelsiz düşüncelere dayanmamalıdır. Orantılılık ölçütünün denetiminde ve belirtilen hususların belirlenmesinde sınırlamaya ilişkin gerekli ve yeterli sebepler verilmiş olmalı, daha az sınırlayıcı bir önlemin mevcut olup-olmadığı araştırılmalı, karar verilirken yöntem bakımından adil bir süreç izlenmiş olmalı, kötüye kullanmaya karşı koruyucu önlemler alınmalı ve müdahale hakkın özünü zedelememelidir. AİHM, akit devletin, AİHS'deki bir hak ve özgürlüğe müdahalesinin gerekli olup-olmadığına karar verebilmek için araç-amaç orantısını aramaktadır. Aynı amacı elde etmek için daha az sınırlayıcı alternatif bir hak ve özgürlük varsa veya müdahale ile bu amaç elde edilemezse AİHM, AİHS'nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir. 1982 Anayasasının 13'üncü, 14'üncü ve 15'inci maddelerinin değişikliklerinde özellikle AİHS ile uyum sağlanmasına büyük çaba gösterildiği anlaşılmaktadır. Akit devletlerin takdir yetkisini AİHM denetlemektedir. Takdir yetkisi kavramı, AİHM'nin elinde etkili ve esnek bir silah olup, karşılıklı iddia ve çıkarları değerlendirme ve dengeleme tekniği olarak kullanılmaktadır. AİHM'nin bir amacı da devletin yasaları ile uygulaması arasında uyum sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Orantılılık, Sınırlama, Takdir Yetkisi, 13'üncü madde, Araç-Amaç Dengesi, İnsan Hakları, Anayasa, Hakkın Özü, Avrupa Mutabakatı, Terör.

ABSTRACT

Contracting states should be restrict as little as possible to the fundamental rights on question on the criteria of proportionality, they should be prepare to realize the objectives set in legislation carefully, the law should not be contrary to equity and

¹ Bu konu, Fendoğlu, H.T., Anayasa Hukuku, Yetkin, 2015, Ankara, ss. 368-388'den yararlanılarak hazırlanmış, burada güncellenmiştir.

² Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.
fendoglu@hacettepe.edu.tr

it should not be based on unfounded thoughts. Limitations should be regulated by law, must be made for one of the legitimate aims, must be necessary in a democratic society and must be proportionate to means-end. European Court of Human Rights, precedents some criterias to cases, created by applying brought before them. In the determination of the points should be given proportionality of the audit and the necessary and sufficient reasons for the limitations, must be given a legal decision process in terms of method, should be taken preventive measures against abuse and intervention should not be injure the essence of the right. European Court of Human Rights, seeking the means-end ratio, rights and freedoms of intervention is necessary to decide whether on the European Convention on Human Rights at the Contracting States. European Court of Human Rights decides that there has been violation if there is less restrictive alternative to the rights and freedoms for to achieve the same purpose or this aim can not be achieved by the intervention. It is understood that considerable effort especially 13th, 14th and amendment of article 15 of 1982 Constitution, ensuring compliance with European Convention on Human Rights. European Court of Human Rights audits discretionary powers of the Contracting States. European Court of Human Rights uses the concept of discretionary powers as effective and flexible arm as mutual claims and interests assessment and balancing techniques. The aim of European Court of Human Rights ensure compliance between state laws with practice.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Proportionality, Limitation, Discretionary Powers, Article 13, Balance of Means-end, Human Rights, Constitution, the Essence of Right, European Reconciliation, Terrorism.



A. GENEL OLARAK

Avrupa Konseyi, 5.5.1949 tarihinde kurulmuştur ve Türkiye, Konseyin kurucu üyelerinden biridir. Avrupa Konseyinin iki ana organı vardır; Bakanlar Komitesi ki üye devletlerin dışişleri bakanlarından oluşur ve yılda 2 kez toplanır. Parlamenterler Meclisi ki üye devletlerin parlamenterlerinden oluşur; danışma organı niteliğindedir. Avrupa Konseyi bünyesinde ayrıca uzmanlık komiteleri bulunmaktadır.

4 Kasım 1950'de Roma'da 10 devletin onaylamasından sonra 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) (*European Convention on Human Rights*), taraflara zorunluluk yüklemektedir. Türkiye, Sözleşmeyi 10.3.1954 tarihli kanunla onaylamıştır³. Sözleşme, kanun gibi bağlayıcılık kazanmış olup Anayasaya aykırılığı öne sürülemez.⁴

³ RG. 19.3.1954, Sayı 8662.

⁴ Bk. 1982/90.

AİHM, üye devletlerin sayısı kadar hâkimden oluşmakta ve gelen şikâyetleri kesin olarak karara bağlamaktadır.⁵ Sözleşmeye göre, iki tür başvuru hakkı vardır; birincisi, devletlerin başvuru hakkı, ikincisi bireylerin başvuru hakkıdır. Ancak bireysel başvuru için iki şartın oluşması gerekir; iç hukuk yolları tüketilmiş olması ve insan hakları ihlal edilmiş olmalıdır.

Bilindiği gibi AİHS ve ek protokoller bir bütündür. Ek Protokoller, Sözleşmenin donmuş bir metin olmadığını göstermektedir. AİHM de Sözleşme ve Protokollerin bir bütün olduğunu her fırsatta belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, sadece kişi hakları ve siyasi haklar olup, sosyal ve ekonomik haklara yer verilmemiş, Sözleşmenin uygulanması için etkili bir denetim mekanizması kurulmuştur. 1961 de kabul edilen, 1965 de yürürlüğe giren “Avrupa Sosyal Haklar Anlaşması (Avrupa Sosyal Şartı)”, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nde yer verilmeyen ekonomik ve sosyal hakları düzenlemek için yapılmıştır. Bu şart, üye devletlere yol gösterir ama aynı zamanda onları denetlemeyi öngörür. Türkiye, bu sözleşmeyi ilk imzalayanlardandır. TBMM, bu sözleşmeyi uygun bulmuştur.⁶

Türkiye, bunların dışında Avrupa Konseyi bünyesinde insan haklarına ilişkin sayıları yüz otuz kadar olan sözleşmelerin büyük çoğunluğunu imzalamış ve onaylamıştır.

AİHS “Avrupa düzeninin anayasası”dır.⁷ AİHS’nin yaptırım gücü, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine aittir. Devletler, AİHS’den yararlanma hakkını sadece yurttaşlara değil, herkese tanıyacaklardır.⁸ AİHS, TBMM’nde ivedilikle ve öncelikle görüşülmüş, oybirliğiyle kabul edilmiş, iç hukukun parçası olmuş olup, kendiliğinden uygulanır; uygulanması için Anayasaya uygun olma şartı aranmaz ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Sözleşmeden sonraki bir tarihte çıksa da Anayasa ya da yasa ile açık veya kapalı olarak Sözleşme hükümleri tek yanlı olarak değiştirilemez.⁹

⁵ BM Koruma Mekanizmaları (İnsan Hakları Konseyi, Medeni ve Siyasal Haklar Paketi, Ekonomik-sosyal-kültürel Haklar Paketi) için bk. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 265–267. Bölgesel ölçekte (AGİT, Afrika Şartı, Asya Kıtası, Arap Şartı) için bk. *İbid.* s. 267–270. AİHM için bk. *İbid.* s. 270–278. NGO’lar için bk. *İbid.* s. 279–281.

⁶ Kn. no. 3581, RG. 4. 7. 1988, S. 20215.
<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf> (2.12.2014). Sosyal haklar konusunda ayrıntı için bk. Bakırcı, Kadriye, “1961 ve 1982 Anayasalarında ve 2007 Tarihli Anayasa Önerisinde Sosyal Haklar, Aliefendioğluna Armağan, ss.357-378.

⁷ Selçuk, Sami, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması*, s. 400.

⁸ Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1994, s. 27-28.

⁹ Selçuk, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması*, s. 403.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kendisine gelen şikayetler konusunda izleyeceği yöntem şöyledir; İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruyu esas açısından incelemeyi önce barışçı yoldan dostça çözmeye çalışır. Şayet çözemezse, Mahkeme inceleme yapar, tarafların görüşünü alır; sonra da bir rapor düzenler ve bunu ilgili devletlere ve Bakanlar Komitesine gönderir. Mahkemenin kararı kesin ve bağlayıcıdır.

AİHM'nin günümüzde iki sorunu bulunduğu söylenebilir; birincisi dava sayısının giderek artması ve AİHM'nin yenilenmiş mevcut yapısının yetersiz kalmasıdır. İkincisi, AB'nin hazırladığı İnsan Hakları Şartı'nın getirdiği belirsizliklerdir. Avrupa İnsan Hakları Şartı, bir bildiri olup, bağlayıcılığı yoktur ama gelecekte bu, AB sözleşmesi kapsamına alınabilir ve Lüksemburg'daki Avrupa Mahkemesi'nin uygulamakla sorumlu olduğu bağlayıcı bir belge olabilir. Böylece insan hakları alanında iki ayrı mahkeme ve iki ayrı hukuk alanı doğabilir. AB'nin hazırladığı İnsan Hakları Şartı'nda, haklara getirilen sınırlamalar mevcut değildir.¹⁰ AB'nin bir kalbe, bir sosyal şura ve cesarete sahip olması temennimizdir.¹¹

Türkiye, Avrupa Konseyi'nin kurucu üyelerinden biri olarak, AİHS'nin 4, 7 ve 12 numaralı protokolleri haricindeki tüm ek protokollerine ve Avrupa Konseyi nezdinde düzenlenen diğer insan hakları sözleşmelerinin çoğuna taraftır. Böylece Türkiye hem AİHS'ye taraf bir devlet olarak Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tanıyıp garanti altına alacağını, hem de AİHM'nin zorunlu yargılama yetkisini kabul edeceğini taahhüt etmiş ve Anayasa'nın 90. maddesi beşinci fıkrasını, yani "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" hükmünü anayasal bir güvenceye kavuşturmuştur. 7 Mayıs 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinde bu fıkraya eklenen cümle ile "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" denilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, temel hak ve özgürlüklere dayalı konularda ulusal mahkemeler karar verirken, AİHS hükümlerini ve bu hükümlerin yorumu niteliğindeki AİHM içtihatlarını göz önünde bulundurmamak zorunludur. Buna bağlı olarak, son yıllarda Yargıtay, Danıştay ve yerel mahkemeler, AİHS maddeleri ve AİHM içtihatlarının doğrudan uygulanmasına yönelik karar-

¹⁰ Bk. Türmen, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", Yargıtay Dergisi, C. 28, Ocak-Nisan 2002, Sy. 1-2, 192-213, 212, s. 213.

¹¹ Redlich, Attanasio, Goldstein, *Understanding Constitutional Law*, s. 10 ve 21.

lar vermeye başlamışlardır. Türkiye, hak ihlallerine dayalı şikâyetlerin niteliği, davaların sayısı ve AİHM kararlarını uygulama¹² açısından büyük bir gelişme kaydetmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 3 ve 5 nolu Protokoller, sözleşme metnini değiştirdiği için ana metne dâhil edilmiştir. 28.4.1983 de kabul edilen 6 numaralı Protokol, ölüm cezasının kaldırılmasına dair olup, Türkiye bu protokolü 15 Ocak 2003 tarihinde resmen imzalamıştır; bununla 44 üyeli Avrupa Konseyinde Protokole imza atmayan ülke kalmamıştır. 22 Kasım 1984 de kabul edilen 7 numaralı Protokol, üye ülkedeki yabancıların haklarına ve muhakeme hukukuna ilişkindir. Diğer Protokoller genellikle Mahkemenin çalışma usullerinden bahseder.¹³

B. AİHS SİSTEMİNDE İNSAN HAKLARI

AİHS sisteminde sınırlama, Sözleşmenin 10/2 maddesinde belirtilmişken, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, bu kapsamı, 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası ile, "üç aşamalı bir kural" olarak düzenlemiştir; "*Bu maddenin 2'nci fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlandırmalar da konulabilir; ancak bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve başkalarının haklarına ve şöhretine saygı bakımından ve ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımından gerekli olması zorunlu olmalıdır.*"

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin 20'inci maddesi, sınırlandırmaya ilişkin bazı ilkeler öngörmüştür: Buna göre, "Ulusal, irki ya da dini nefret¹⁴in ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması" nın zorunlu olarak sınırlandırılması gerekmektedir. Ayrıca müdahale; **(1) Hukuken öngörülmüş** olmalıdır. **(2) Meşru amaçlardan birisi için** (ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, kamunun sağlığı ve ahlakı, başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için) yapılmış olmalıdır. **(3) Demokratik toplumda gerekli** olmalıdır. Yani müdahale acil bir sosyal ihtiyaca yanıt vermeli veya geçerli bir sebebe dayanmalıdır. **(4) Kullanılan araç müdahalenin amacıyla "orantılı" olmalıdır.**

¹² Türk hukukundaki *en önemli sorun teoriden ziyade uygulamadır*. Türkiye'de iyi mevzuata karşın, kötü uygulama olduğu belirtilebilir. Mevzuatı *evrensel hukuk bağlamında yorumlamalı* ve Türk yargısı daha ileri götürülmelidir.

¹³ Ek Protokoller için bk. *Türk Anayasa Metinleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, 2. Baskı,

¹⁴ Nefret dili (konuşması) (hate speech) hakkında bk. Emanuel, *Constitutional Law*, s. 520.

Orantılılık ölçütünde şu konular önemlidir: 1. Müdahale söz konusu temel hakka mümkün olduğunca **az kısıtlama** getirmelidir. 2. Belirlenen amaçları gerçekleştirmek için **dikkatli** bir şekilde hazırlanmış olmalıdır. 3. **Hakkaniyete** aykırı olmamalıdır. 4. **Temelsiz düşüncelere** dayanmamalıdır.

Orantılılık ölçütünün denetiminde ve bu belirtilen hususların belirlenmesinde şu soruların yanıtı aranmalıdır: 1. Sınırlamaya ilişkin gerekli ve **yeterli sebepler** verilmiş midir? 2. Daha **az sınırlayıcı** bir önlem mevcut mudur? 3. Karar verilirken yöntem bakımından **adil bir süreç** izlenmiş midir? 4. Kötüye kullanmaya karşı koruyucu önlemler bulunuyor mu? 5. Müdahale **hakkın özünü** zedeliyor mu?¹⁵ AİHM, ihlal iddialarını incelerken belirtilen kriterleri uygulamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *ölçülülük ilkesini* (araç-amaç dengesini) kullanmaktadır.¹⁶ AİHM, bir kararında AİHS'yi "(i)nsan hakları alanında **Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı**" "(C)onstitutional instrument of European public order in the field of human rights" olarak nitelemiştir.¹⁷ AİHM, akit devletin, AİHS'deki bir hak ve özgürlüğe müdahalesinin gerekli olup-olmadığına karar verebilmesi için araç-amaç orantısını aramaktadır. Aynı amacı elde etmek için **daha az sınırlayıcı alternatif** bir hak ve özgürlük varsa veya **müdahale ile bu amaç elde edilemezse** AİHM, AİHS'nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir.

Orantılılığa bazı örnekler;

Birinci örnek, **Glaserapp/Germany kararıdır**. AİHM, bu kararında (1984), AİHS'nin 17. maddesinin *hukukun üstünlüğü ve demokrasi sisteminin korunması amacıyla* Sözleşmeye konulduğunu ancak "açık bir ihtiyaç" olması şartıyla Sözleşmede belirtilen haklara müdahale edilebileceğini belirtmiştir.¹⁸

İkinci örnek, **Campbell/İngiltere davasıdır** (1993) (AİHS, md. 8). Campbell/United Kingdom davası şudur; bir mahkûm, Avrupa İnsan Hakları Komisyo-

¹⁵ Ayrıntı için bk. Fendoğlu, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Anayasa'nın 13.Maddesi)", Anayasa Mahkemesi tarafından 26-27 Nisan 2002 tarihinde Antalya'da düzenlenen *Anayasa Mahkemesi'nin 40.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları"* isimli Sempozyum'da bildiri olarak sunulmuştur.

¹⁶ AİHM'nin kullandığı ölçülülük kriterine örnekler için bk. Sunay, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası'nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara, 2001, s. 101; Metin, *Ölçülülük İlkesi*, s. 92 vd.

¹⁷ *Human Rights Law Journal* (HRLJ) 1990, 113.

¹⁸ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext": "\(1984\),"}\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Application no. 9228/80, STRASBOURG, 28 August 1986, ["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"] (04.01.2016); bu madde demokratik olmayan akımlara karşı da bir güvence olarak kabul edilmiştir; Türmen, s. 209.

nuna, İngiltere'ye karşı, kendisine gelen **mektubu, cezaevi idaresi açamaz ve okuyamaz, yetkisi yoktur**, diyerek dava açmıştır. AİHM kararına göre, genelde mahkûmların mektupları okunabilir ama, bunun için **makul bir kuşku** olması gerekir ve ayrıca idare bu **hakkını kötüye kullanamaz**. AİHM, bu davada idarenin ölçülü davranmadığını, her tür yazışmanın denetime tabi olması kuralının, elde edilmek istenen *amaçla orantılı* olması gerektiğini belirtmiştir. Bu ölçüt, AİHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin **10. maddesi** ile ilgili davalarda kullanılmıştır.

Üçüncü örnek **Gerger/Türkiye davasıdır** (1999).¹⁹ Gerger, **Deniz Gezmiş ve arkadaşları** için düzenlenen bir anma törenine gönderdiği mesaj nedeniyle Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesi gereğince bir yıl sekiz ay hapis ve 208 milyon TL cezaya mahkûm edilmiştir. AİHM, törene katılan çok az insanın olduğunu, ulusal güvenlik-kamu düzeni- toprak bütünlüğü üzerindeki etkisinin çok sınırlı kaldığını, şiddete-silaha başvuru veya isyana teşvikin bulunmadığını bu nedenlerle verilen cezanın elde edilmek istenen amaçla orantılı olmadığını ve sonuçta AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. *AİHS'nin 17. maddesi, bireylere olduğu gibi devlete de hakkını kötüye kullanamayacağını belirtmiştir. Devlet de bireyler de, hak ve özgürlüklerin özünü ortadan kaldıracak sınırlamalar getiremezler.*

AİHS'nin 10'uncu maddesine göre, ifade özgürlüğünün iki unsuru vardır: Bilgiye ve düşüncelere erişim özgürlüğü ile bunları yayma özgürlüğü. AİHS'nin 10 uncu maddesine göre; "Herkes, görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon veya sinema işletmelerini bir izin sistemine bağlı tutmalarına engel değildir." "Kullanılması ödev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler; demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı usullere, şartlara, sınırlandırmalara ve yaptırımlara bağlanabilir."

İfade özgürlüğü uluslararası hukukta esas olarak, AİHS'nin 10. maddesi ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (İHEB) 19. maddesinde düzenlenmiştir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, ifade özgürlüğünü şu şekilde düzenlemiştir:

¹⁹ Bu dava için bk. *Gerger/Turkey*: No. 24919/94, 8 July 1999 (www.echr.coe.int/Eng/Edocs/Subject_Matter_1999_Table_eng.htm (1999 tablosu)).

“Herkes, ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları dikkate alınmaksızın, görüş sahibi olma ve fikir ve bilgilere erişim ve yayma serbestisini içerir. Medya özgürlüğü ve çoğulculuğu gözetilir”. AİHS’nin 10. maddesi, 10 Aralık 1948 tarihinde benimsenen İHEB’nin 19. maddesinden kaynaklanmaktadır. İHEB’e göre; “Her bireyin fikir ve ifade özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve fikirleri her araç ile aramak, elde etmek ve yaymak hakkını gerektirir.”

İHEB’nin tamamlayıcı unsuru sayılan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 19/2 maddesi de ifade özgürlüğünü düzenlemektedir: *“Herkes düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ulusal sınırlara bağlı kalmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği her hangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir.”*

AİHM’ye göre, (Castells/Spain) “İfade özgürlüğü demokrasinin temelinde yer alır, demokrasinin gelişmesi için ve bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel şartlarından biridir. İfade özgürlüğü sadece genel kabul gören veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görünen haber ve düşüncelere değil, aynı zamanda kızdıran, **şok edici veya rahatsız edici haber** ve düşüncelere de uygulanır; bunlar demokratik bir toplumun **olmazsa olmaz** unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir”.²⁰

AİHM’ye göre, siyasi alanda çoğulculuk için altı maddelik şu formül uygulanabilir.²¹ (1) İfadenin içeriği önemlidir. İhlalde belirleyici olan şiddet, nefret, düşmanlık, hoşgörüsüzlük ifadeleridir. Nefret ifadeleri meşrulaşmamalıdır.²² (2) Söz söylendiği zamanki somut durum tehlike oluşturmakta mıdır? (3) Konuşma nerede (mekân), nasıl söylenmiştir? (4) Söz belirli bir kitleye ulaşmışsa ihlal yoktur. (5) İfadede muhatap kimdir? Kamu görevlileri (işlerinden dolayı); siyasiler görevleri gereği mütehammil, hükümet ise daha müteham-

²⁰ AİHM’ye göre, “İfade özgürlüğü demokrasinin temelinde yer alır, demokrasinin gelişmesinin ve bireyin kendisini gerçekleştirmesinin temel şartlarından biridir. İfade özgürlüğü sadece genel kabul gören veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görünen haber ve düşüncelere değil, aynı zamanda kızdıran, şok edici veya rahatsız edici haber ve düşüncelere de uygulanır; bunlar demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir”; bk. Castells v. Spain, 23.4.1992. Benzeri bir karar için bk. Incal v. Turkey, 9.6.1998. bk. www.echr.coe.int

²¹ Ayrıntı için bk. Sibel İnceoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, TBBY, Ankara 2010, s. 83-129.

²² Bk. Sürek v. Turkey, 8.7.1999.

mil olmalıdır.²³ (6) İfadenin kim tarafından söylendiği de önem taşır. *AİHM*'ye göre, (i) şiddet, (ii) belirli bir kişi veya gruba karşı nefret²⁴ (iii) veya *toleranssızlık olmadığı sürece, bireysel düşünce ihlal oluşturmaz.*

Bazı örnekler;

1. Fransız lider Le Pen, ülkede Müslümanların sayısının artmasını Fransızlar için büyük tehlike olarak nitelemiş, şikâyet üzerine mahkemece kendisine para cezası verilmiş, dava *AİHM*'ye gelmiş, *AİHM*, Le Pen'i haksız bulmuş, davasını reddetmiştir.²⁵

2. Devlet yetkililerinin temelden yoksun veya kötü niyetle oluşturulmuş **iftira niteliğindeki suçlamalara karşı**, uygun bir biçimde ve aşırıya kaçmadan hatta cezai nitelikte önlemler alabilmesi mümkündür.²⁶

3. Belçikalı siyasi lider Feret, **Belçikadaki** göçmenlerle alay eden afiş ve bildiri **bastırması**, şikâyet üzerine dokunulmazlığı kaldırılmış, hapis cezası verilmiş ve dava *AİHM*'ye intikal ettirilmiştir. *AİHM*, Feret'in davasını reddetmiş, Feret'i haksız bulmuştur.²⁷

4. İncal kararında, **henüz dağıtılmamış bir yazı** nedeniyle verilen cezayı *AİHM*, haksız bulmuştur.²⁸

5. Diyarbakır eski Belediye başkanı Mehdi Zana, 1997 senesinde, **"PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum"** demiş, TCK 312 inci maddesi uyarınca şiddeti övdüğü için mahkûm olmuş, *AİHM*, mahkûmiyet kararını uygun bulmuştur.²⁹

6. Haftalık dergi yayımlayan Sürek, dergisinde basılan yazıda **"faşist Türk**

²³ Lingens v. Austria, 8.7.1988. *AİHM*, bu kararında, "ahlaksızca", "onursuzca", "en adi türden oportünizm" gibi sözleri kanıtlamanın, değer yargılarının doğruluğunu ispat etmenin imkansız olduğunu belirtmiştir.

²⁴ Nefret suçları için bk. Şahin, *İfade Özgürlüğü*, s. 424-444.

²⁵ Le Pen v. France, 20.4.2010. *AİHM* kararlarında başvuru (application) nosu ve karar tarihinin (judgement day) önemli olduğu belirtilebilir.

²⁶ İncal v. Turkey.

²⁷ *AİHM*, Belçika mahkemesinin Belçikalı siyasi lider Feret hakkında, Belçika'daki göçmenlerle alay eden afişler ve bildiri bastığı için verilen hapis cezası mahkûmiyetini uygun bulmuş, göçmen düşmanlığı yapan Feret'i haksız bulmuştur; Feret v. Belgium, 16.7.2009. Belçika anayasa hukuku için bk. Lucas Prakke and Constantijn Kortmann, *Constitutional Law*, s. 75-132.

²⁸ İncal v. Turkey.

²⁹ *AİHM*, "PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum" dediği için TCK 312 inci maddesi uyarınca şiddeti övmekten mahkûmun ihlal talebini reddetmiş, mahkûmiyet kararını uygun bulmuştur; Zana v. Turkey, 35.11.1997.

ordusu”, “T.C. cinayet çetesi” ve “emperyalizmin kiralık katilleri” ifadeleri yer aldığı ve şiddeti övdüğü için mahkûm olmuş, AİHM, kararı onaylamıştır.³⁰

7. Gündüz, şeriatı savunmuş, Türkiye’de mahkûm olmuş ancak AİHM, verilen cezayı orantısız bulmuş, dengelenmiş bir yayıncılık olduğunu, canlı yayında sözü düzeltme imkânının bulunmadığını, konuşmanın tehlike arz etmediğini, ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirtmiştir.³¹

8. **Herri Batasuna** davasında, şiddet desteklediği için İspanyol Anayasa Mahkemesince verilen karar, AİHM tarafından da uygun görülmüştür.³²

9. Oya Ataman, **polisin gereksiz yere biber gazı kullanmış olduğu** iddiasıyla AİHM’ye dava açmış, AİHM, barış yanlısı toplantılara hoşgörüle yaklaşılması gerekçesiyle Oya Ataman’ı haklı bulmuştur.³³

10. **Hasan Celal Güzel**, bir siyasi partinin lideri olarak bir açıklama yapmış, mahkûm olmuş, AİHM, parti başkanı olması nedeniyle ifade özgürlüğünün daha geniş olduğunu belirterek olayda ihlal olmadığını belirtmiştir.³⁴ AİHM, **basın özgürlüğünü** geniş bir koruma altına almaktadır.³⁵

11. **Müstehcenlik ve ahlak** konularında AİHM, devlet yetkililerine geniş bir takdir alanı sağlamaktadır. Kamu görevlilerinin uluslararası bir hâkimden daha iyi durumda bulunduğunu, Avrupa’nın tek bir ahlak anlayışının olmadığını belirtmekte ve ahlak anlayışına saygılı ve hayli muhafazakâr davranmaktadır.³⁶

³⁰ AİHM, dergisinde yazdığı yazıda “faşist Türk ordusu”, “T.C. cinayet çetesi”, “emperyalizmin kiralık katilleri” ifadeleri yer aldığı ve şiddeti övdüğü için kişiyi mahkûm eden kararı uygun bulmuş, ihlal talebini reddetmiştir; Sürek v. Turkey, 8.7.1999.

³¹ Gündüz v. Turkey.

³² AİHM, İspanyol Anayasa Mahkemesince verilen Herri Batasuna davasında verilen kararı, şiddet desteklediği için uygun görmüştür; Herri Batasuna v. Spain, 30.6.2009.

³³ AİHM, Oya Ataman davasında, polis gereksiz yere biber gazı kullanmış olduğunu, barış yanlısı toplantılara hoşgörüle yaklaşılması gerektiğini belirterek ihlal kararı vermiştir; Oya Ataman v. Turkey, 5.12.2006. Türkiye’de polis yetkisi, en son 4 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe giren iç güvenlik kanunu olarak bilinen 27.3.2015 tarih ve 6638 sayılı torba yasa ile belirlenmiştir. Buna göre polis, mahkeme kararı olmadan kişinin üstünü ve aracını arayabilir. Başkalarının can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürenleri koruma altına alabilir veya uzaklaştırabilir. 27.3.2015 tarih ve 6638 sayılı kanunun 4 üncü maddesine göre, “*Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara Molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırmaya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde*” silah kullanabilmesi yetkisi kolluğa tanınmıştır; bk. RG, 4.4.2015, 29316.

³⁴ Guzel v. Turkey, 24.7.2007.

³⁵ AİHM, basın özgürlüğünü geniş bir koruma altına almakta ama siyasetçiyi dar koruma altına almaktadır; İnceoğlu, s. 127.

³⁶ AİHM’ye göre, müstehcenlik ve ahlak konularında devlet yetkililerinin geniş bir takdir alanı

12. AİHM, ahlak gibi çoğunluğun dini değerleri konusunda da muhafazakârdır. AİHM, dini değerleri koruyan kararlar vermekte, dini değerleri ihlal etmenin hoşgörü ruhunun kötü niyetli ihlali olduğunu belirtmektedir.³⁷

13. AİHM, Hasan ve Eylem Zengin davasında Türkiye’de okutulan **din kültürü ve ahlak** bilgisi derslerinin içeriği konusunda karar vermiş, Devletin, ebeveynin görüşlerine saygılı olması gerektiğini belirtmiş, Devletin objektif ve çoğulcu davranmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.³⁸

14. AİHM, Leyla Şahin davasında, davacının davasını reddetmiştir.³⁹

İfade özgürlüğü konusundaki AİHM içtihatlarından genel olarak şu sonuçların çıkarılması mümkündür;

1. Yargı konusundaki içtihatlar.- AİHM’ye göre, yargı mensupları da eleştirilebilir. Yargı organlarınınca ele alınan olaylara basın yer verebilir ama hâkimlere hakaret edilemez. Ceza mahkemesinin yanlış yönlendirilmesine izin verilemez. Tutukluluk halinin uzunluğuna ilişkin şikâyetler, tutukluluk hali sona erdikten itibaren en geç altı ay içinde yapılmalıdır.⁴⁰

2. Medya konusundaki içtihatlar.- Gazeteci haber kaynağını açıklamak zorunda bırakılamaz. Haber abartılı ve provoke edici olabilir.

4. Meslek mensupları konusundaki içtihatlar.- Meslek mensupları kamuya açıklama yapabilir.

5. Kamu görevlisi konusundaki içtihatlar.- Kamu görevlisi kişisel fikirlerini basına açıklayabilir. Düşüncelerinden dolayı kamu görevlisinin yükselmesi engellenemez. Kamu görevlisi eleştirilere cevap verebilir.

vardır; Avrupa’nın tek bir ahlak anlayışı yoktur; devletlerin ahlak anlayışına karşı saygılı davranılmalıdır; İnceoğlu, s. 108. Bk. Müler and others v. Switzerland, 25.5.1988; Open Door and Well Women v. Ireland, 29.10.1992. Müstehcenlik, 6112 sayılı yasaya göre ihlal nedeni olduğundan, konu Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmiştir. 6112 sayılı Radyo Televizyon Üst Kurulu Yasasının müstehcenlik, yabancı sermaye, ihalede 1 yıl şartı, tek verici şirket, kriz dönemlerinde Başbakanın yetkisi gibi bazı maddelerin iptali dava edilmiş, *AYM*, E: 2011/44, K: 2012/99, KT: 21.6.2012 ile talebi reddetmiştir (*AMKD*, Cilt 50/2, Ankara 2013, s. 881-956). Muhalefet şerhinde Başbakanın yetkisine ilişkin hüküm üzerinde durulmuştur.

³⁷ AİHM’ye göre, ahlak gibi çoğunluğun dini değerleri de önemlidir; dini değerler korunmalıdır; dini değerleri ihlal etmek, hoşgörü ruhunun kötü niyetli bir ihlalidir; Otto Preminger Institut v. Austria, 20.9.1994. İ. A v. Turkey, 13.9.2005.

³⁸ Hasan ve Eylem Zengin v. Turkey, 9.10.2007. Bk. Zengin, “*AİHM’nin Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye kararının Değerlendirilmesi*”, SÜHFD, 2011, Cilt, 19, Sy. 2, s. 41 vd.

³⁹ Leyla Şahin v. Turkey, 10.11.2005.

⁴⁰ Ekinci-Bahadır, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Altı Ay Kuralı*”, s. 361.

6. Politikacılar konusundaki içtihatlar.- Politikacılar ve hükümet daha fazla eleştirilebilir. Devletin mevcut düzeni sorgulanabilir. Politik konularda ifade özgürlüğü daha geniştir

7. Askeri konulardaki içtihatlar.- Subaya hakaret orduya hakaret sayılamaz. Askeri içtimada poster açılmaz, broşür dağıtılamaz.

8. Gösteri, protesto, şiddet konusundaki içtihatlar.- Gösteri yürüyüşüne katılmak müeyyideye bağlanamaz. Şiddet içermeyen direniş çağrısı yapılabilir.

9. Terör konusundaki içtihatlar.- Terör örgütü söylemiyle özdeşleşmeyen sosyolojik açıklama yapılabilir ama terör örgütünü destekleyen açıklama yapılamaz.

AİHM'ye göre, ulaşılabilir bir kitabın yayımlanması engellenemez. Bilgi alma hakkı sınırlandırılmaz. Görüşlerin tekrarlanması yasaklanamaz. Tarihi gerçekler taraflı dile getirilebilir. Taraflı düşünce açıklanabilir. Sert bir üslupla düşünceler açıklanabilir. Saldırgan ifadeler kullanılabilir. Fikirler düşmanca bir üslupla kaleme alınabilir. Beyanın nasıl bir topluluğa yapıldığı, ifadenin nasıl açıklandığı önemlidir. Olayları farklı perspektiften öğrenme hakkı vardır. Kamuya mal olmuş kişiler hakkında yayın yapılabilir. Dernekler eleştirilebilir. **Kişi çalıştığı kurumu eleştirebilir.** İfade özgürlüğünü sağlamak konusunda Devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. İyi niyetle talepler dile getirilebilir. İfade özgürlüğü sınırlar ötesidir. **Kutsal değerlere ve ahlaki değerlere saldırıya izin verilemez.** Avukatlar için reklâm yasağı konabilir. Kin ve nefret arttırmaya yönelik beyanlar yasaklanabilir. Şiddet çağrısı içermeyen akademik çalışmalar engellenemez.⁴¹

AİHS sistemine göre haklar bazı nedenlerle sınırlanabilir. Şöyle ki;

Birincisi, hakkın kendiliğinden doğan sınırlamalardır. Örneğin AİHS'nin 4 maddesine göre, angarya yasaktır ama doğal afetlerde bireye hizmet yükümlülüğü getirilebilir. Keza AİHS'nin 5. maddesine göre birey serbesttir ama bazı koşulların varlığı halinde tutuklanabilir.

İkincisi özel statülü bazı kişilere getirilen sınırlamalardır. Örneğin AİHS'nin 11. maddesine göre güvenlik güçlerinin (asker, polis vs) dernek kurma hakkı sınırlanabilir.

Üçüncüsü AİHS'nin 8-11. maddelerinin 2. paragrafına göre, devletler meşru amaçlarla sözkonusu hakları sınırlayabilir.

⁴¹ İfade özgürlüğü konusunda detay için bk. Redlich, Attanasio, Goldstein, *Understanding Constitutional Law*, s. 29-30, 497 vd. İnternet özgürlüğü için bk. ibid, s. 567.

Dördüncüsü, AİHS'nin 15. maddesine göre, savaş halinde Devlet, AİHS'den doğan yükümlülüklerini askıya alabilir.

Beşincisi, AİHS'nin 17. maddesine göre Sözleşmede yer alan haklar kötüye kullanılamaz.

Altıncısı, AİHS'nin 18. maddesine göre AİHS'deki haklar, belirtilen amaç dışında kullanılamaz.⁴²

C. AİHM VE 1982/13

Anayasanın **13 üncü, 14 üncü ve 15 inci** maddelerinin 2001 değişikliklerinde özellikle AİHS ile uyum ve paralellik sağlanmasına büyük çaba gösterildiği anlaşılmaktadır. Bu değişikliklerin AB ile ilişkilerimiz açısından önem taşıdığı açıktır. Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını (RG. 19438-21 Nisan 1987)⁴³ ve Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini tanınması (RG.-20295, 27 Eylül 1989),⁴⁴ Türkiye'ye aday üyelik hakkının kabul edilmesi ve ulusal programın kabulü bu çabayı artırmıştır. Anayasa Mahkemesi anayasaya uygunluk denetiminde AİHS'yi (doğrudan ölçü norm olarak değil de sadece) destek ölçü norm olarak uygulamaktadır.

AİHS'nin 8-11. maddelerinin 2. paragraflarında Devletin, bu hakları nasıl sınırlayabileceği konusu belirtilmektedir. AİHS sisteminde önemli olan birinci paragraflardaki kapsam değil, ikinci paragraftaki sınırlamalardır. AİHM kararlarının temeli ikinci paragraflardır, yani Devletin bu hak ve özgürlüğe yaptığı müdahalenin AİHS'ye uygunluğu sorunudur.⁴⁵ Bu amaçla AİHM, kendisine gelen davalara uygulamak üzere, 50 yıldır oluşturduğu içtihatlarla bazı ölçütler belirlemiştir. Bu ölçütler şunlardır; **(a)** Sınırlamanın bir **kanun** ile düzenlenmiş olması gerekir. **(b)** Sınırlama **meşru bir amaca** yönelmiş olmalıdır. **(c)** Sınırlama demokratik bir toplum için gerekli olmalıdır. Bu üç ölçüt üzerinde kısaca durmak istiyoruz;

a. Sınırlama bir kanun ile düzenlenmiş olmalıdır.-

AİHS'nin 8-11 maddelerinin 2. paragraflarına göre Devlet sınırlamayı bir kanunla yapmalıdır. Bunun amacı, keyfiliğin önlenmesidir. Ayrıca kanun için de iki koşul gerekir; **birincisi**, kanun, yurttaşlarca ulaşılabilir, nüfuz edilebilir

⁴² Bu paragraf için bk. Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", s. 198.

⁴³ Bununla ilgili belgeler için bk. İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin *Uluslar arası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları*, Ankara, 1997, Anayasa Mahkemesi Yayını, No. 35, s. 485-488.

⁴⁴ İbid, s. 488-491.

⁴⁵ Bk. Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", s. 199.

(**accessibility**) olmalıdır. **İkincisi**, kanun yeterince açık ve anlaşılabilir (**percision, foreseable**) olmalıdır. AİHM, **Sunday Times/İngiltere** (1979)⁴⁶ ve **Silver/İngiltere** (1983) davalarında bu ölçütleri oluşturmuş olup, bu içtihatlar iyice yerleşmiştir.

b. Sınırlama meşru bir amaca yönelmiş olmalıdır.-

Meşru amacın ne olduğu AİHS'nin 8-11 maddelerin 2. paragraflarında sayılmıştır. Bunlar, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeni, suç işlenmesini önlemek, ahlak, sağlık, başkalarının şöhret hak ve özgürlüklerinin korunması, ülkenin ekonomik kalkınması, gizli haberlerin açıklanmasının önlenmesi, yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunması gibi konulardır.

İfade özgürlüğüne ilişkin **10. maddede** ayrıca bu hakkın ödev ve sorumluluk getirdiği de belirtilmektedir. Bundan AİHS'nin **ifade özgürlüğünü** kısıtladığı anlaşılabilir ama **AİHM**'nin içtihatları ters yönde gelişmiştir. AİHM'ye göre, ifade özgürlüğü demokrasinin korunması açısından önem taşır. Bu nedenle de ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların “dar yorumlanması ve sınırlamaya duyulan ihtiyacın ikna edici bir biçimde ortaya konulması” gerekir. Bu durum, **The Observer and Guardian/İngiltere** (1991) davasında açıkça belirtilmiştir. İfade özgürlüğünde 3 sınırlama vardır; **a)** Ülkenin toprak bütünlüğüne saygı gösterilmelidir. **b)** Gizli belgeler açıklanmamalıdır. **c)** Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı korunmalıdır. AİHM bu konuda sözleşmecî hükümetin amacına bakmaktadır. Örneğin kamu düzenini korumak için yapılan bir sınırlama, ahlakı korumada haklı olmayabilir.⁴⁷

c. Sınırlama demokratik bir toplum için gerekli olmalıdır

AİHM, bu ölçüte Olsson/İsveç davasıyla (1988) açıklık getirmiştir. Gereklilik (necessity) kavramı, toplumun zorunlu bir ihtiyacına cevap vermesi (pressing social need) ve orantılı olması (proportionate to the legitimate aim) demektir.⁴⁸ Bunun için bir de önkoşul vardır; işleyen bir demokrasinin varlığı. Cinsiyet eğitimi davası/Danimarka (1976) kararında AİHM bunu belirtmiştir. AİHM, Dudgeon/İngiltere (1981) davasında “hoşgörü ve açık fikirliliğin” demokratik toplumun 2 temel göstergesi olduğunu belirtir. AİHM, Klass/Federal Almanya

⁴⁶ *Sunday Times/United Kingdom* kararı için bk. 26 April 1979, Seri A, No. 30, Doğru, s. 163-192.

⁴⁷ Türmen, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları*”, s. 200.

⁴⁸ Türmen, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları*”, s. 201.

(1978) kararında⁴⁹ demokrasi örtüsü altında demokrasiyi tahrip etmenin tehlikelerini anlatır.

D. AİHM VE DEVLETİN TAKDİR YETKİSİ

AİHM, Devlet müdahalesinin “demokratik bir toplum için gerekli” olup-olmadığını” incelerken bazı faktörleri göz önüne alır; bunlar, takdir hakkı ve Avrupa mutabakatıdır. Şöyle ki;

1. AİHM’nin takdir yetkisi öğretisi”

AİHM, “orantılılığı” araştırırken devlete takdir yetkisi tanımakta ama bunu denetlemektedir. Bilindiği gibi AİHS metninde takdir hakkına yer verilmemiştir. AİHM bu kavramı benimserken Fransız Danıştay’ndan etkilenmiştir. Doktrinde bu kavram çok tartışılmış olup, “AİHM bununla kültürel çeşitlilik oluşturmaktadır” veya “bu AİHS’ye aykırıdır” şeklinde iki farklı görüş ortaya çıkmıştır.⁵⁰ Takdir hakkının AİHS’deki dayanağı, 1. maddedir. AİHM, belirtildiği gibi Devletin takdir yetkisini denetlemektedir.

AİHM’nin takdir yetkisi ile ilgili birinci kararı **Lawless/İrlanda** (1961) davası,⁵¹ ikinci kararı, **İrlanda/Birleşik Krallık** davasıdır (1978).⁵² AİHM bu kararı ile takdir yetkisi öğretisini anlatmıştır. AİHM’nin takdir yetkisiyle ilgili üçüncü kararı **Klass/Federal Almanya** davasıdır.⁵³ Bu davada, (hükümet, güvenlik gerekçesiyle özel telefon konuşmalarını dinlemiştir. Bu kararda AİHM, takdir yetkisi kavramına, 15 inci madde dışında, milli güvenlik nedeniyle de başvurulabilir, demiştir.

2. Avrupa Mutabakatı

AİHM, bir “Avrupa Consensus”u bulunmadığından, Devletlerin geniş hakları olduğunu kabul etmektedir. AİHM’nin standardı, “Avrupa Consensusu”dur. “Avrupa Consensus”unun ne anlama geldiğini AİHM açıklamamıştır.⁵⁴ 1979’a kadar AİHM, Devletlere milli güvenlik sorunları sözkonusu ise geniş bir takdir yetkisi tanımaktaydı. 1979 sonrasında ise AİHM, devletleri daha sınırlı kabul

⁴⁹ *Klass ve diğerleri/Federal Almanya* kararı için bk. 06.09. 1978; Seri A, No. 28, Doğru, s. 141-161.

⁵⁰ Türmen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, s. 202.

⁵¹ *Lawless/Ireland* kararı için bk. 01.07. 1961; Seri A, No. 3, Doğru, s. 1-24.

⁵² *Ireland/ United Kingdom* kararı için bk. 18.01.1978; Seri A, No. 25; Doğru, s. 75-140.

⁵³ *Klass ve diğerleri/Federal Almanya* kararı için bk. 06.09. 1978; Seri A, No. 28; Doğru, s. 141-161.

⁵⁴ Türmen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, s. 204.

etmiş, genişletici bir tutumu benimsemiştir. Dudgeon/İngiltere kararı (1981) ile Handyside kararı mukayese edilirse bu durum anlaşılır.⁵⁵

AİHM daha sonra yeni bir ölçüt geliştirmiştir; “etkinliklerin niteliği” (nature of the activities involved) kriteri. AİHM şöyle demektedir, “Takdir yetkisinin kapsamını yalnızca sınırlama amacının niteliği etkiler. Bu dava özel yaşamın en mahrem yönünü ilgilendirmektedir. O nedenle kamu makamlarının müdahalesinin 8/2 maddesinin amaçları bakımından yasal olabilmesi için son derece ciddi nedenlerin bulunması gerekir”.

1. AİHM'nin **Sunday Times/Birleşik Krallık** kararında (1979)⁵⁶ ifade özgürlüğü ve Devletin takdir yetkisi konusundaki içtihadı önem taşır. Sunday Times/İngiltere (1979) davası şudur; 1960'lı yıllarda İngiltere'de hamile kadınlara verilen bir ilaç çocukların sakat doğmasına neden olmuş, imalatçı şirket aleyhine dava açılmış, bu arada Sunday Times, makaleler yayımlamıştır. *Mahkeme yayını durdurma kararı vermiş*, karar kesinleşmiş, Sunday Times, AİHM'ye başvurmuş, AİHM davayı kabul etmiştir. AİHM kararında, hükümetin belirli (certain) takdir hakkı olmakla birlikte bunu denetleme hakkının bulunduğunu belirtmiş, *devletlerin takdir yetkisinin sınırlı olduğuna karar vermiş*, ama sözkonusu olan ifade özgürlüğü ise bunun daha dar ve sınırlı olduğunu belirtmiştir.

2. AİHM, Handyside kararında dayandığı “**makul (reasonable) ve iyi niyetli davranmak**” ölçütüne değinmiş ve bunu AİHM'nin denetleyeceğini söylemiştir.

3. **Sosyalist Parti/Türkiye** (1998) kararında, (AİHS, 11/2)⁵⁷, AİHM denetiminin, akit ülkenin yasalarını ve yargı kararlarını kapsadığını belirtmiştir.

4. **Sürek/Türkiye** (1999) kararında (AİHS, 10. md)⁵⁸ AİHM, ifade özgürlüğünün cebir ve şiddete teşvik etmemekle sınırlı olduğunu belirtmiştir.

⁵⁵ *Dudgeon* Kuzey İrlanda'da yaşayan bir eşcinseldir. Eşcinsellik kanunen suçtu. Talebi, 8. maddede gereğince yürürlükteki yasanın ve tutuklama tehdidinin kaldırılmasıydı. AİHM talebi kabul etmiş, Devlete dar bir takdir yetkisi tanımıştır.

⁵⁶ AİHM, devletin takdir hakkı olmakla birlikte bu takdir yetkisinin sınırlı olduğuna karar vermiştir; *Sunday Times/ United Kingdom* kararı için bk. 26.04. 1979, Seri A, No. 30, Doğru, 163-192.

⁵⁷ *Case of Socialist Party and Others* (25 May 1998), 20/1997/804/1007 için bk. www.geocities.com/vbicak/socialist.htm

⁵⁸ *Sürek/Türkiye* kararı (1999) için bk. www.geocities.com/vbicak/surek.htm

SONUÇ

İfade özgürlüğüne Devletin müdahalesi belli kriterlerle mümkün olabilir. AİHM, kendisine gelen davalara uygulamak üzere, 50 yıldır oluşturduğu içtihatlarla bazı ölçütler belirlemiştir. Buna göre, müdahale kanunla düzenlenmiş olmalı, meşru amaçlardan birisi için yapılmış olmalı, demokratik toplumda gerekli olmalı ve kullanılan araç müdahalenin amacıyla “orantılı” olmalıdır. Akit devletler bu kıstaslara uymadığında AİHM ihlal kararı verebilmektedir. AİHM’e gelen başvurularda sözleşmecî devletler özellikle orantılı olma kriterine uymamaktadırlar. Orantılılık ölçütünde akit devletler, söz konusu temel hakka mümkün olduğunca az kısıtlama getirmeli, mevzuatı belirlenen amaçları gerçekleştirmek için dikkatli bir şekilde hazırlamış olmalı, kanun hakkaniyete aykırı olmamalı ve temelsiz düşüncelere dayanmamalıdır.

Orantılılık ölçütünün denetiminde ve bu belirtilen hususların belirlenmesinde sınırlamaya ilişkin gerekli ve **yeterli sebepler** verilmiş olmalı, daha **az sınırlayıcı** bir önlemin mevcut olup-olmadığı araştırılmalı, karar verilirken yöntem bakımından **adil bir süreç** izlenmiş olmalı, kötüye kullanmaya karşı koruyucu önlemler alınmalı ve müdahale **hakkın özünü** zedelememelidir?⁵⁹ AİHM, ihlal iddialarını incelerken belirtilen kriterleri uygulamaktadır.⁶⁰ AİHM, bir kararında AİHS’yi “Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı” olarak nitelemiştir.⁶¹ AİHM, akit devletin, AİHS’deki bir hak ve özgürlüğe müdahalesinin gerekli olup-olmadığına karar verebilmesi için araç-amaç orantısını aramaktadır. Aynı amacı elde etmek için daha az sınırlayıcı alternatif bir hak ve özgürlük varsa veya müdahale ile bu amaç elde edilemezse AİHM, AİHS’nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir. 1982 Anayasasının 13’üncü, 14’üncü ve 15’inci maddelerinin değişikliklerinde özellikle AİHS ile uyum sağlanmasına büyük çaba gösterildiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi anayasaya uygunluk denetiminde AİHS’ni destek ölçü norm olarak uygulamaktadır.

AİHS’nin 10. maddesinin 2. paragrafı akit devletlerin organlarına (yasama ve yargı organlarına) takdir hakkı tanımakta ise de, takdir yetkisi sınırsız de-

⁵⁹ Ayrıntı için bk. Fendoğlu, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Anayasa’nın 13.Maddesi)”, Anayasa Mahkemesi tarafından 26-27 Nisan 2002 tarihinde Antalya’da düzenlenen *Anayasa Mahkemesi’nin 40.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları”* isimli Sempozyum’da bildiri olarak sunulmuştur.

⁶⁰ AİHM’nin kullandığı ölçülülük kriterine örnekler için bk. Sunay, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara, 2001, s. 101; Metin, *Ölçülülük İlkesi*, s. 92 vd.

⁶¹ *Human Rights Law Journal* (HRLJ) 1990, 113.

ğildir. Akit devletlerin takdir yetkisini AİHM denetlemektedir. Bu bağlamda AİHM'nin *Handyside/İngiltere (1976) kararı bir ifade özgürlüğü davasıdır (md. 10)*.⁶² Takdir yetkisi kavramı, AİHM'nin elinde etkili ve esnek bir silah olup, *karşılıklı iddia ve çıkarları değerlendirme ve dengeleme tekniği* olarak kullanılmaktadır. AİHM'nin amacı devletin yasaları ile uygulaması arasında uyum sağlamaktır. AİHM'nin ölçütü olayın özelliklerine, Avrupa mutabakatına ve zamana göre değişebilmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Bakırcı, Kadriye: “1961 ve 1982 Anayasalarında ve 2007 Tarihli Anayasa Önerisinde Sosyal Haklar, Yılmaz Aliefendioğluna Armağan, ss. 357-378.

Emanuel, Steven L.: *Constitutional Law*, Twenty-Ninth Edition, Wolters Kluwer, USA, 2011.

Fendoğlu, Hasan Tahsin: “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Anayasa'nın 13.Maddesi)”, Anayasa Mahkemesi tarafından 26-27 Nisan 2002 tarihinde Antalya'da düzenlenen *Anayasa Mahkemesi'nin 40.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları”* isimli Sempozyum'da bildiri olarak sunulmuştur.

Fendoğlu, Hasan Tahsin: *Constitution and Human Rights*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, Malatya, 2013.

Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük, Şeref: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1994. *Human Rights Law Journal* (HRLJ) 1990.

İnceoğlu, Sibel: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010.

⁶² Handyside/ United Kingdom davası çocuklar için yazılmış olan bir kitabın müstehcen bulunduğu için yasaklanması davasıdır. *Handyside/ United Kingdom* kararı için bk. 07.12.1976; Seri A, No. 24, Doğru, s. 55-73. Müstehcenlik (obscenity) için bk. *Memoirs v. Massachusetts* (383 U.S. 413 (1966)); *Redrup v. New York*, 3836, U.S. 767 (1967); *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968). Child pornografi için bk. *Redlich, Attanasio, Goldstein, Understanding Constitutional Law*, s. 681 dn. 284; *Ervin Chemerinsky, Constitutional Law*, 2011, s. 974, 1054 vd., 1064 vd. Child Pornography Prevention Act of 1996 için bk. *Ervin Chemerinsky, Constitutional Law*, 2011, s. 1057.

Anayasa Mahkemesi: İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları, Ankara, 1997, Anayasa Mahkemesi Yayını, No. 35.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Gözden Geçirilmiş ve Sadeleştirilmiş 10. Baskı, Legal, İstanbul 2015.

Şahin, Kemal: İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, *Gereçekleri ve Sınırları*, XII Levha, 2009, İstanbul.

Lucas Prakke and Constantijn Kortmann (Editors): *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, Deventer, 2004.

Metin, Yüksel: Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir *Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, ss.1+263.

Norman Redlich, John Attanasio, Joel K. Goldstein: *Understanding Constitutional Law*, Third Edition, New York, 2004, Publishing of LexisNexis).

Selçuk, Sami: *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması”*, ss 399-428.

Sunay, Reyhan: *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara, 2001.

Türmen, Rıza: *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”*, Yargıtay Dergisi, C. 28, Ocak-Nisan 2002, Sy. 1-2, 192-213. *Türk Anayasa Metinleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, 2 nci Baskı.

Zengin, M. Ali: *“AİHM’nin Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye kararının Değerlendirilmesi”*, SÜHFD, 2011, Cilt, 19, Sy. 2.

www.tbmm.gov.tr

www.echr.coe.int

RADYO VE TELEVİZYON YAYINCI KURULUŞLARINA UYGULANAN İDARİ YAPTIRIMLAR HAKKINDA DANIŞTAYIN İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ YAKLAŞIMI

*Council of State's Freedom of Media and Speech Approach
About the Administrative Sanctions Imposing on Radio and Tv Broadcasting*

Doç. Dr. Selami DEMİRKOL* – Dr. Emrah ÖZCAN – Emre ERMAN*****

ÖZET

İfade ve basın özgürlüğü, demokratik toplumun zorunlu dayanaklarından biri ve kişilerin kendilerini geliştirmelerinin önde gelen şartlarından biridir. Bu özgürlüğün kullanıldığı alanlardan biri olan radyo ve televizyon yayıncılığının toplumun bilgilendirilmesi konusunda vazgeçilmez bir rolü bulunmaktadır. Bu nedenle radyo ve televizyon yayınları alanında ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlandırılması meselesi büyük önem arz etmektedir. Tüm özgürlükler gibi ifade özgürlüğünün sınırsız olduğu kabul edilemez. Bir özgürlüğün layıkıyla yaşanabilmesi için hakkın sınırlarının açıkça düzenlenmesi, bu sınırların aşılmasının ve kötüye kullanılmasının önüne geçmek adına gerekli tedbirlerin alınması ve sınırlamaların demokratik toplumun gereklerine uygun ve ölçülü olması gerekmektedir. Bu çerçevede çalışmada radyo ve televizyon yayınlarında ifade ve basın özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak değerlendireceğimiz idari yaptırımların yargısal denetiminde Danıştayın yaklaşımı, bu yaklaşımın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade ve basın özgürlüğü konusunda getirdiği kriterlere uygunluğunun değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Basın Özgürlüğü, İfade Özgürlüğünün Sınırları, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Uygulanan İdari Yaptırımlar.

ABSTRACT

Freedom of speech and media are cornerstones of democratic societies and priorities for individuals to develop themselves. Radio and television broadcasting, fields of these freedoms, have indispensable role for the enlightenment of a society. Hence, issue of freedom of speech in radio and TV broadcasting and restricting of this freedom have crucial importance. Like all kinds of freedoms, there are limitations and restrictions for freedom of speech too. For the proper utilization of a freedom, it is required to regulate the restrictions of a right clearly and respectfully to the requirements of democratic society and take needed measures to prevent transgressing the restrictions and abusing the rights. Within this scope, this study aims to handle

* Danıştay Üyesi, selami.demirkol@danistay.gov.tr

** Danıştay Tetkik Hâkimi, emrah20985@hotmail.com

*** Danıştay Tetkik Hâkimi, emre_erman@hotmail.com

the Council of State's approach in the judicial audit of administrative sanctions as the restrictions to freedom of speech on radio and TV broadcasting and conformity of Council of State approach to the European Court of Human Rights' standards for the freedom of speech and media.

Keywords: Freedom of Speech, Freedom of Media, Limitations of Freedom of Speech, Supreme Council of Radio and Television, Administrative Sanctions on Radio and TV broadcasting.

◆◆◆◆

“Cehennemin en karanlık yerleri, buhran zamanlarında tarafsız kalanlara ayrılmıştır.”

Dante Alighieri

BAŞLARKEN

İnsan hak ve özgürlükleri içerisinde “İfade ve Basın Özgürlüğü”, yaşam hakkı ile birlikte en önemli hak ve özgürlüklerden biri olarak kabul edilmektedir.

Diğerlerine kıyasla vurgulanan önemi, düşüncenin insanın yararlandığı birçok hak ve özgürlüğün temelini, yani olmazsa olmaz koşulunu oluşturmasından kaynaklanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sistematüğinde ifade ve basın özgürlüğü, demokratik toplumun zorunlu dayanaklarından biri ve kişilerin kendilerini geliştirmelerinin önde gelen şartlarından olduğu değerlendirilmektedir.

İfade ve basın özgürlüğü, kendi kendini idare etme, fikirlerin çoğulculuğuna saygı duyma, bireylerin kendi görüşlerini başkalarını incitmeden istedikleri şekilde geliştirme ilkelerine dayalı bir hükümet biçimi olan liberal demokrasilerin en temel özelliklerinden biri olmaktadır.

Bu özgürlüğün insan hak ve özgürlükleri bağlamında ağır basan ve öne çıkan yanından ziyade, sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı, sınırlandırılacak ise bunun sınırının ne olacağı veya bu sınırın hangi ölçüde kabul göreceği gündem oluşturmaktadır.

İşte bu nitelikte oluşa gelen gündemler arasında radyo ve televizyon yayıncı kuruluşlarının çoğu kez odak olduğu görülmektedir.

Yayıncı kuruluşların, yayınları sırasında ifade ve basın özgürlüğünün kullanımı sonrasında, karşılaştıkları yaptırımlar ile nasıl bir sınırlamaya tabi oldukları konusu da diğer bir alt ayrıntı olagelmektedir.

Nitekim bu çalışmada, Danıştay özelinde radyo ve televizyon yayıncı kuruluşlarına uygulanan idari yaptırımlar bağlamında basın ve ifade özgürlüğü yaklaşımı irdelenecektir. Bu yapılırken, öncelikle meseleye giriş mahiyetinde Türkiye’de son dönemde ifade hürriyeti alanında yaşanan gelişmeler ve bu anlamda radyo ve televizyon yayıncılığının ifade hürriyeti bakımından önemine değinecek, ikinci bölümde genel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM)’nin radyo ve televizyon yayınları açısından ifade özgürlüğü konusuna yaklaşımını değerlendirecektir.

Üçüncü bölümde ise, esasında çalışmanın ana çıktısını oluşturacak Danıştay’ın radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin basın ve ifade hürriyetine yaklaşımını ele alınarak konu irdelenecektir. Bu yapılırken birçok uyuşmazlığa yol açması sebebiyle konu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun yayıncı kuruluşlara uyguladığı idari yaptırımlarına özgülenecektir.

Nitekim çalışmanın ana amacı da idari yaptırımların esasında bir ifade ve bu anlamda basın özgürlüğü sınırlaması olarak değerlendirilebilmesi ihtimalidir.

Bu çerçevede konu, uygulanan idari yaptırımların AİHM kriterleri çerçevesinde ifade ve basın özgürlüklerine uygun olarak tesis edilip edilmediği, Danıştay’ın söz konusu idari yaptırımların yargısal denetimlerini gerçekleştirilirken hangi hususlara dikkat ettiği, yargılama kriterlerinin neler olduğu noktasında şekillendirildikten sonra, sonuç bölümünde genel olarak çalışmanın çıktıları özetlenerek, Türk idari yargısı açısından temenniler dile getirilecektir.

I - GENEL OLARAK İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si uyarınca yeryüzündeki her birey, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımına herhangi bir müdahale olmadan bireyin fikirlerini ifade edebilmesi asıl amaçlanmaktadır. Genel olarak ifade özgürlüğünün gerçek anlamıyla uygulamasını bulduğu toplumlarda birey, herhangi bir sansür veya sınırlama olmadan bilgi ve düşüncesini ifade edebilmelidir. Bireylerin herhangi bir sınırlama olmadan düşüncelerini ifade edebilmeleri, görüşlerin gelişmesi ve yenilenmesi ile toplumsal konsensüs için önemli fayda sağlamaktadır. Kaldı ki AİHS’nin 10. maddesinde de ifade özgürlüğü korunması gereken temel hak ve özgürlükler arasında yer almaktadır.

Bütün bunlardan hareketle “...tüm unsurlarıyla birlikte ifade özgürlüğü kişilerin bilgi ve kanaatlere serbestçe ulaşarak bilgi edinmesi, edindiği bu bilgi ve kanaatleri kendi iç âleminde değerlendirerek bir kanaate ulaşması ve son

olarak ulaştığı bu kanaatini her hangi bir iletişim vasıtasından yararlanarak yalnız veya toplu bir şekilde dış dünya ile paylaşması veya edindiği kanaatini paylaşmaktan kaçınabilmesi olarak tarif edilebil(ir)”¹ mektedir.

İfade özgürlüğü ile birlikte kullanılan basın özgürlüğü de üç unsura dayanmaktadır;

1. Bilgi ve fikir alma özgürlüğü
2. Kanaat sahibi olma özgürlüğü
3. Bilgi ve fikir açıklama özgürlüğü

Bunların yanı sıra ifade ve basın özgürlüğünden söz edebilmek için “bireyin farklı fikir ve düşüncelere özgür bir şekilde ulaşması, bu fikirler arasında tercih yapabilmesi (kanaat sahibi olması) ve tercih ettiği düşünce ve kanaati başkalarıyla paylaşma özgürlüğünün mevcut olması gerekmektedir.”²

İfade ve basın özgürlüğünün var olduğunu gösteren ilk şart haber fikir ve bilgilerin araştırılması, elde edilmesi ve serbestçe öğrenilmesidir. Haber, fikir ve bilgiler ifade özgürlüğünün ham maddesini oluşturur. Sözleşme'nin 10. maddesinde ifade özgürlüğünün resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestisini de kapsadığı belirtilerek bu temel şarta işaret edilmiştir. Sözleşme’de haber alma ve vermenin ülke sınırları söz konusu olmaksızın geçerli olacağı öngörülmekte, böylece hakkın kapsamı genişletilerek uluslar arası bir boyut kazandırılmıştır. AİHM haber ve bilgi almak hakkının, her şeyden önce duyurulmak istenen bilgi ve düşüncelerin üçüncü kişiler tarafından alınmasını hükümet tarafından engellenmesini yasakladığı açıkça belirtilmiştir. Bunu da devletin mükellefiyeti negatif bir nitelik taşımakta olup, devletin bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemesi esası üzerine kurulmuştur. Sağlanan koruma sadece belli nitelikteki bir grup haber ve bilgi, düşünce veya ifade şekline inhisar ettirilemeyeceği ancak her alanı kapsayacak genişlikte bir konuma sağlamadığını belirtmek gerek(ir) mektedir.³

Her bireyin sahip olduğu ifade özgürlüğü, AİHS’de belirtilen amaçlar için yasa ile öngörülen şartlar oluştuğunda yasaklanabileceği veya sınırlanabileceği kabul edilmektedir.

¹ Türkiye’de İfade ve Medya Özgürlüğü Projesi, 8. Yuvarlak Masa Toplantısı İçin Hazırlanmış Olan Kitapçık, s.1.

² Age., s.2.

³ Age., s.2.

Meşru amaçların gerçekleştirilmesi için devletler ifade özgürlüğüne sınırlama getirebilecektir. Sınırlama konusunda devletler takdir yetkisine sahiptirler. Belirtmekte fayda görülmektedir ki, bu konuda devletlere tanınan takdir yetkisi sınırsız olmayıp denetime tabidir. Denetim konusunda son sözü söyleme yetkisi de AİHM'ye ait olmaktadır. İşte AİHM'nin nihai denetimine tabi olan bu husus mutlaka ulusal mahkemelerce denetlenecektir. Gerek ulusal mahkemeler, gerekse AİHM bu denetimi gerçekleştirirken, ifade ve basın özgürlüğünün sınırlandığı iddiası ile ilgili olarak;

1. Sınırlamanın yasa ile öngörülmüş olması
2. Sınırlama veya yasaklama ile meşru bir amaç güdümlü güdülmeyi
3. Sınırlama ile ulaşılmak istenilen amaç ve bu yolda kullanılan araçlar arasında belli bir denge bulunması yani orantılı olması gerektiği
4. Böylesi bir sınırlamanın demokratik toplum gereklerine uygun olması aranılmaktadır.

Bu dördü kriter ifade ve basın özgürlüğüne yapılan sınırlamanın hukuka uygunluğunun denetiminde kullanılmaktadır. İdari yargı yerleri ve Danıştay'a intikal eden uyuşmazlıklarda da bu dördü kriter ölçü olarak alınmaktadır. AİHM içtihatları ile aranan da budur.

Öncelikle AİHM'nin sonrasında ise Danıştay ve idari yargı yerlerinin ifade ve basın özgürlüğü konusundaki yaklaşım ve içtihatlarını, radyo ve televizyon yayıncı kuruluşlarına uygulanan idari yaptırımlar konusu ile sınırlı olmak üzere ayrıntılı olarak vermeye çalışılacaktır.

II- RADYO VE TELEVİYON UYUŞMAZLIKLARINDA BASIN VE İFADE HÜRRİYETİ MESELESİNE AİHM YAKLAŞIMI

Radyo ve Televizyon yayınlarının sahip olduğu basın özgürlüğü ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisidir. AİHM vermiş olduğu kararlarda, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğunu belirttikten sonra, basın organlarına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulunduğunu vurgulamaktadır.

Basın özgürlüğü, bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğüdür. Diğer yönüyle ise bu özgürlük halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıdır. Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda ulusal makamlara tanınan takdir yetkisi demokratik bir toplum gerekleri dikkate alınarak sınırlandırılır. AİHM'nin basın özgürlüğü konusundaki bu görüşleri, öncelikle yazılı basın için

geliştirilmiş olmakla birlikte, şüphesiz görsel ve işitsel basın için de geçerlidir. ⁴

AİHM, ifade özgürlüğünün yalnızca bilgi ve düşüncelerin konusunu ve içeriğini değil, aynı zamanda iletilme biçimini de güvence altına aldığını defalarca vurgulamıştır. Bu anlamda, AİHS 10. maddesinin koruduğu “ifade” yazılı ya da sözel kelimelerle sınırlı olmayıp, bir fikir ifade etmeyi ya da bir bilgi sunmayı amaçlayan resimleri, görüntüleri ya da işitsel yayınları ⁵ kapsar. Terennüm ve marş söyleme de ifade kapsamında olmakla birlikte, ses dalgaları yoluyla ifade yanında, elektromanyetik dalgalar (plaklar, audio-kasetler, telefon vb.) da düşünceyi ifade araçlarıdır. İfade, gizli simge, resim ve çizimlerle de olabilir. ⁶ Ayrıca, el ve daktilo ve bilgisayarla yazılmış tüm belgeler, el ilanları, pankartlar, mektuplar vb. ifade araçlarının yanında elektronik aktarım biçimleriyle yapılan, düşünce aktarımları da muhatapta yazılı bir biçimde algılanabildiği takdirde ifade kapsamında değerlendirilmektedir. ⁷ Hatta giyim bile bu maddenin koruması kapsamındadır. ⁸

Mahkeme, basına geniş bir özgürlük alanı tanımaktadır. ⁹ Mahkemeye göre, basın özgürlüğünün kapsamı, bu özgürlüğün demokrasi ile yakından ilgili olması nedeniyle, abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek kadar geniş olmalıdır. ¹⁰ Bu nedenle, bir tarikatın üyesi olan Müslüm Gündüz’ün, gece televizyonda yayınlanan bir tartışma programında demokrasi hakkında son derece eleştirel konuşması, çağdaş laik kurumları “dinsiz” olarak nitelmesi, laik ve demokratik ilkeleri yoğun şekilde tenkit etmesi ve açık bir şekilde şeriat kanunlarının uygulanması çağrısında bulunması nedeniyle bir dine ya da mezhebe mensubiyet temelinde halkı alenen nefret ve düşmanlığa kışkırtmaktan mahkûm edilmesi karşısında, Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, özellikle başvuranın kamuoyunun hâlihazırda aşına olduğu tarikatın aşırıya giden görüşlerini temsil ettiğini ve halkın önünde canlı

⁴ Doğru, Osman – Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Arabuluculuk ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013, s. 207.

⁵ Groppera Radio Ag ve Diğerleri/İsviçre, 28/03/1990, No:10890/84 (**AİHM kararları için aksi belirtilmemişse erişim: HUDOC Veritabanı**); Radio France ve Diğerleri/Fransa, 30/03/2004, No:53984/00, Hudoc; Jersild/Danimarka, 23/09/1994, No: 15890/89.

⁶ Küçük, Adnan, “İfade Hürriyetinin Unsurları”, **Liberal Düşünce Topluluğu Yayını**, Ankara, 2003, s. 70.

⁷ Özbey, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İşığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **TBB Dergisi**, 2013/106, s. 44.

⁸ Macovei, Monica İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitabı No:2, s. 24.(Erişim: http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad10_ifade.pdf) (Erişim Tarihi: 25.10.2015)

⁹ Harris-O’boyle-Warbrick, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 478

¹⁰ Radio France ve Diğerleri/Fransa 30/03/2004, No: 53984/00.

bir tartışmaya aktif bir şekilde katıldığını belirtmiştir. Söz konusu çoğulcu tartışma, demokratik değerlerin İslam'ın anlayışıyla bağdaşmaz olduğu düşüncesi de dâhil olmak üzere bu tarikatı ve alışılmışın dışındaki görüşlerini kamuoyuna sunma amacı gütmektedir. Bu konu, Türk medyasında kapsamlı bir tartışma konusu olmuştur. Mahkeme, başvuranın ifadelerinin, şiddete çağrı ya da dini hoşgörüsüzlük temelinde “nefret söylemi” olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir. Mahkemeye göre, sadece şeriatı savunma gerçeği bile, şeriatı getirmek için şiddete çağrı yapmadan, nefret söylemi olarak kabul edilemez.¹¹

İfade özgürlüğü, zararsız “haber” ya da “görsellerin” yanı sıra aykırı, şok eden ya da endişe uyandıran haber ya da fikirler için de geçerlidir.¹² Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik ilkeleri de bunu gerektirir, bu ilkeler olmadan “demokratik toplum” olmaz.¹³

Mahkeme'ye göre çoğulculuk olmazsa, demokrasi de olmaz. Demokrasi, ifade özgürlüğünden beslenir. Demokrasinin temelinde, demokrasinin bizzat kendisine zarar vermeden, farklı siyasal projelerin tartışılması ve devletin mevcut işleyişinin tartışma konusu yapılması ilkesi yatar. Bu çerçevede, demokratik bir toplumda, görsel-işitsel alanda gerçek bir çoğulculuğun sağlanması için, birçok kanalın bulunması ya da potansiyel yayıncıların bu alana girmek için imkânlarının olması yeterli değildir. Ayrıca, bu alana, mümkün olduğu kadar toplumda farklı siyasal akımların temsilini sağlayan programları yayınlama imkânının bulunması anlamında, etkili bir girişim imkânı tanınmalıdır.¹⁴

AİHM, ifade özgürlüğüne verdiği özel önemin bir sonucu olarak, ifade özgürlüğünün sağlanmasında devletin aktif rol alması gerektiği durumların da bulunduğunu belirtmektedir. Bu anlamda mahkeme, ifade özgürlüğünün gerçek anlamda kullanılabilmesi için devletin, sadece ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahale etmemesinin yeterli olmadığını ve devletin aktif bazı önlemler alması gerekebileceğine hükmetmiştir.¹⁵

Mahkeme, günlük bir gazeteye ve personeline yönelik saldırılar yapıldığını ve bu gazetenin yayın ve dağıtımının saldırılardan etkilendiğinin devletçe bilin-

¹¹ Gündüz/Türkiye, 04/12/2003, No: 35071/97.

¹² Thoma/Lüksemburg, 29.03.2001, No: 38432/97, (Aktaran: Uran. Peri, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı”, **TBB Dergisi**, 2015/120, s. 95.)

¹³ Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş. /Türkiye, 14.11.2006, No: 32842/02.

¹⁴ Manole ve Diğerleri/Moldova, 17/09/2009, No: 13936/02; Centro Europa S.R.L. ve Di Stefano/İtalya, 07/06/2012, No:38433/09, (Aktaran; Doğru-Nalbant, a.g.e., s. 213)

¹⁵ Bozkurt, Enver-Dost, Süleyman “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, **SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y:2002, C:7, S:1, s. 59.

mesine rağmen, gazetenin ve personelinin dilekçelerine cevap verilmemesi ve yeterli inceleme yapılmaması ile devletin kendisine düşen görevi yerine getirmediğine kadar vermiştir.¹⁶ Hiç şüphesiz, devlete düşen bu yükümlülük, radyo ve televizyon yayınları için de geçerli olacaktır. Bu nedenle mahkeme, görsel-işitsel medya alanında, devletin sadece kısıtlayıcı müdahale etmesinin yeterli olmadığını vurgulamıştır. Mahkeme'ye devletin aynı zamanda bu alanda etkili bir çoğulculuğu sağlamayı amaçlayan yasal ve idari düzenlemeleri de hayata geçirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kabul ettiği birçok belgede devletlerin bu rolüne dikkat çekilmiştir.¹⁷

AİHM, radyo ve televizyon yayınlarında; ifade özgürlüğüne ilişkin olarak tüm bunları kabul etmekle beraber, bu yayınları yapanların ifade özgürlüklerini kullanırken bazı görev ve sorumluluklara tabi olduklarını da belirtmektedir. Radyo ve televizyon yayınları, yazılı basına göre daha büyük ve hızlı sonuç vermektedirler ve bu sonuç daha güçlüdür.¹⁸ Bu nedenle, doğru orantılı olarak, tabi oldukları görev ve sorumlulukları da güçlü olmak durumundadır.

AİHM'ye göre, yayınlanan bir programda nefret ve hatta şiddete ve ayaklanmaya tahrik ifadelerine yer verildiği takdirde, devlet düzensizliği veya suç işlenmesini bertaraf etmek için gerekli önlemlere başvurabilir. Böyle bir durumda yayın iznini bir yıl süre ile durdurulması gibi ağır bir tedbir dahi, makul karşılanmaktadır.¹⁹ Diğer yandan, AİHM'ye göre medya, şiddetin ve düşmanlığın teşviki konusunda araç durumuna düşmemek için terör örgütü temsilcilerinin görüşlerinin yayımlanmasında özel bir dikkat göstermelidir.²⁰

AİHS'nin 10. maddesinin 1. paragrafında "Bu madde, devletleri, radyo, TV ya da sinema işletmelerini izne bağlamaktan alıkoymaz" demek suretiyle, radyo ve TV yayıncılığı alanında devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak, AİHM, bu hakkı oldukça dar yorumlamaktadır. Bu hükmün AİHS üzerinde yapılan hazırlık çalışmasının ileri bir aşamasında metne dâhil edilmesi, frekans sayısının sınırlılığı ve o dönemde çoğu Avrupa devletinin yayıncılık ve televizyon üzerinde bir tekel hakkına sahip olması gibi teknik nedenlerden kaynaklanmıştır.²¹

¹⁶ Özgür Gündem/Türkiye, 16.03.2000, No:23144/ 93.

¹⁷ Doğru-Nalbant, a.g.e., s. 213.

¹⁸ Jersild/Danimarka, 23.09.1994, No:15890/89.

¹⁹ Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş./ Türkiye, 14.11.2011, No:32842/02.

²⁰ Sürek/Türkiye, 08.07.1999, No:26682/95.

²¹ Monica Macovei, age., s. 22.

Önceleri, Mahkeme tarafından, radyo ve televizyon yayıncılığının izin rejimine tabi tutulması suretiyle sınırlandırıcı bir çerçevede yorumlanan bu hüküm, ilerleyen günlerde, teknolojik ve demokratik gelişmelere paralel olarak izin rejiminin dar yorumlanması ile daha özgürlükçü bir şekilde uygulanmıştır.²² Günümüzde bilgiye ulaşma hakkının öne çıkmasıyla, izin ya da ruhsat rejimi artık bilgi verme özgürlüğünün bir sınırı olarak değerlendirilmemektedir. İzin ya da ruhsat rejiminin temeli, teknik yetersizlikler, dalga boylarının sınırlı olması gibi yayın alanındaki sınırlamalar idi. Oysa günümüzde teknolojik ilerlemelere bağlı olarak bu sınırlamalar mevcut değildir. Bu nedenle izin ya da ruhsat sisteminin varlık nedeni ortadan kalkmıştır. Elbette görsel-işitsel alanın kamu makamları tarafından düzenlenmesi ihtiyacından söz edilebilir; ancak artık bu sistemi "izin rejimi" olarak değerlendirilmesi güçleşmiştir.²³

AİHM'nin radyo ve televizyon yayınlarının ifade özgürlüğü ile bahsetmek istediğimiz son konu ise, Mahkemenin bu alandaki kamu tekelinin ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturduğunu belirtmesidir. AİHM'ye göre, böyle bir tekel, kamusal bilgi ve görüşlerin topluma iletilmesinin güvencesi olan ifade özgürlüğünün toplumda oynadığı role zarar verir.²⁴ Bu durum, aynı zamanda, çoğulculuğu da ortadan kaldırır. Nitekim böyle bir tekel, günümüzde ifade özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır.²⁵

III- RADYO VE TELEVİYON UYUŞMAZLIKLARINDA BASIN VE İFADE HÜRRİYETİ MESELESİNE DANIŞTAY YAKLAŞIMI

Türkiye'de, radyo ve televizyon yayıncılığı, AİHS'nin 10.maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine uygun olarak bir izin sistemine tabidir. 13.4.1994 tarih ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile daha önce devlete ait tekel niteliğindeki yayıncılık yerine çok sesli özel radyo ve televizyonculuğu yasal çerçeveye bağlanmıştır. 3984 sayılı Yasayla getirilen bu izin sistemi, hem yayıncılık yapacak kuruluşların yayının teknik yönden düzenlenmesine hem de yapılacak yayınların bu Yasada öngörülen çerçevede yapılmasını sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir.²⁶ Söz konusu

²² AİHM, Informationsverein Lentia ve Diğerleri davasında, artık, sınırlı sayıda frekans ve kanal sayısını esas alan görüşün bundan böyle kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Informationsverein Lentia ve Diğerleri/Avusturya, 24.11.1993, No:13914/88.

²³ Doğru-Nalbant, a.g.e., s. 213-214.

²⁴ Verain Gegen Tierfabrikan Schweiz/İsviçre, 30.06.2009, No:32772/02.

²⁵ Informationsverein Lentia ve Diğerleri/Avusturya, 24.11.1993, No:13914/88.

²⁶ Şahin, Yahya, "Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü Ve Sınırlamaları", Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi 5. Yuvarlak Masa Toplantısında Sunulan Metin, (Erişim: <http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/>)

düzenlemeleri uygulayacak ve Türkiye’de radyo ve televizyon yayınlarının denetimini gerçekleştirecek makam ise bir bağımsız idari otorite olarak teşkilatlandırılan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’dur.

3984 sayılı Yasayla getirilen söz konusu sistematik, anılan Yasayı yürürlükten kaldıran 6112 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunda da benzer şekilde düzenlenmiş, 6112 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle *yayın hizmeti ilkeleri* belirlenmiş, 26. vd. maddelerinde frekans tahsisi ve yayın lisansı hususları düzenlenmiştir.

6112 sayılı Kanun’un 32. maddesinde ise Kanun’da yer alan yayın ilkelerine aykırı yayın yapılması halinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından uygulanacak idari yapıtlarımlar belirlenmiştir. İlgili maddeye göre yayıncı kuruluşa uygulanacak idari yapıtlarımlar *uyarı, idari para cezası, yayın durdurma ve lisans iptali* olarak belirlenmiştir.

Önceki bölümlerde önemle vurgulandığı üzere, basın; bilgilerin, kanıların, haberlerin, düşüncelerin topluma etkili biçimde yayılmasına olanak sağılayan en temel araçtır. Yazılı basına göre daha geniş alanda etki yaratması ve hızlı sonuç doğurması bakımından radyo ve televizyon yayınları, ayrı bir öneme sahiptir. Bu nedenle radyo ve televizyon yayınları alanında etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin yaratılabilmesi oldukça önemlidir.²⁷

İşte bu noktada, 6112 sayılı Kanun’da öngörülen idari yapıtlarımlar esasında ifade özgürlüğünün bir görünümü niteliğindeki basın özgürlüğünün sınırlandırıcı mahiyette olan düzenlemelerdir. Bu bağlamda söz konusu idari yapıtlarımların yargısal denetimi gerçekleştirilirken, bu hakkın AİHS’nin öngördüğü ve AİHM’nin geliştirdiğı kriterler bağlamında ihlal edilip edilmediğinin irdelenmesi gerekmekte, bu anlamda yargı mercilerinin *3 aşamalı testi* her somut olaya uygulayarak karar vermesi gerekmektedir.

Son dönemde Danıştay tarafından verilen kararlar irdelendiğinde, AİHS ve AİHM kararlarına atf sayılarının arttığı, yayın ihlalleri sonucu verilen idari yapıtlarımların birer basın özgürlüğü meselesi olarak ele alınmaya başlandığı gözlemlenmektedir.

Öte yandan, bu noktada vurgulanması gereken bir diğerk nokta, Danıştay’ın geçmişte verdiğı kararlarda AİHM’nin verdiğı ihlal kararlarının yargılanmanın

sunum/rt5/Sahin_DanistayIfadeOzgurlugu.pdf) (Erişim Tarihi: 24.10.2015)

²⁷ Zuhul Aysun Sunay, “AİHM Ve Danıştay Kararları Işığında Radyo Ve Televizyon Yayınlarının Önceden Durdurulması Suretiyle İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, 2015, s. 96

yenilenmesi sebebi olarak kabul etmeme yönündeki yaklaşımının son dönemde ortadan kalkmış olmasıdır. Danıştay geçmişte, *AİHM'de tartışılan olgular ve maddî olayın yargılamanın yenilenmesine esas olan dava ile aynı olduğu, davacının yargılama aşamasında elinde olmayan bir nedenle hakkını kanıtlayamaması gibi bir durumun bulunmadığı, hükmü değiştirecek yeni bir delilin ortaya çıkmadığı; ayrıca yargılamanın herhangi bir aşamasına ilişkin olarak da adil yargılanma hakkının ihlâlinin tespit edilmediği; ihlâl kararında İdare Mahkemesi ile Danıştay tarafından karara esas alınan olgular yeniden değerlendirilerek hüküm kurulduğu, dolayısıyla yargılamanın yenilenmesini gerektiren bir nedenin bulunmadığı* gerekçesiyle bu yöndeki istemlerin reddedilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmaktaydı.²⁸ Ancak bu yöndeki kararlara karşı alınan ısrar kararlarının Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından onanması sonucu²⁹, bu yaklaşım sona ermiş görünmektedir.³⁰

Çalışmanın bu bölümü, Danıştay'ın özellikle son dönemde radyo ve televizyon uyumsuzluklarında, özelde yayıncı kuruluşlara uygulanan idari yaptırımların yargısal denetiminde hangi ölçütleri kullandığı ve AİHM içtihatlarından ne kadar yararlandığı hususlarına özgülenecektir. Bu yapılırken kararlar çeşitli konu başlıkları altında tasnif edilerek, benzer somut olaylarda Danıştay'ın yaklaşımı irdelenecek, konu başlıkları seçilirken özellikle en çok uyumsuzluk çıkan alanlar kullanılacak, bu yapılırken de en güncel Danıştay kararlarından yararlanılacaktır.

A- Şiddete Teşvik-Nefret Söylemi

Danıştay şiddete teşvik etmeyen ve nefret söylemi niteliğinde bulunmayan siyasal rejim veya sistem aleyhtarı ifadelerin ve bu anlamda bu ifadelerin radyo ve televizyon vasıtasıyla ifade edilmesini ifade ve basın özgürlüğü kapsamında görmektedir.

Bu noktada Danıştay konuyu ele aldığı bir kararında yaptığı değerlendirmede; AİHM kararlarına paralel olarak; *sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerektiği; ifade*

²⁸ Danıştay 13. Daire, 29.06.2009 tarih E:2008/8090, K:2009/7195 (**Aksi Belirtilmemişse Erişim: Uyap Bilişim Sistemi**)

²⁹ Bknz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 30.10.2013 tarih, E:2010/1285, K:2013/3325

³⁰ Bknz. Danıştay 13. Dairesi 02.12.2014 tarih, E:2014/2898, K:2014/3906

özgürlüğünün, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olduğu ve bu özgürlük olmaksızın “demokratik toplumdaki” bahsedilemeyeceği, ifade özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığının irdelenmesi gerektiği, bu çerçevede bir müdahalenin, meşru amaçla orantılı bir müdahale olması; ikinci olarak, müdahalenin haklılığı için kamu makamlarının gösterdikleri gerekçelerin konuyla ilgili ve yeterli olması gerektiği, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemesi gerektiği, aynı şekilde zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı araştırılırken de soyut bir değerlendirme yapılmayıp, ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususların göz önünde bulundurulması gerektiği hususlarını vurgulamaktadır.³¹

Danıştay söz konusu kararında, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalara da değinmiştir. Danıştay’ın bu kararına göre; ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte, ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda, devlet otoriteleri müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu, denetim yetkisinin uygulanmasında Mahkemenin müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dâhil olmak üzere davayı bir bütün olarak ele alarak incelenmesi gerektiği, düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınması uygun olacaktır.

Belirtilen saptamalardan sonra, somut olayda, yayıncı kuruluştaki programa davet edilen şahsın ihlal olarak değerlendirilen ifadelerinin irdelenmesine geçilmiştir.

Uyuşmazlıkta, idari yaptırım kararına dayanak alınan ifadelerin...”Bize dokunani söyleyeyim mi? 1924’de ahkamı ilahiye kaldırıldı, şeri mahkemeler kaldırıldı, ondan sonra bütün türbeler seddedildi, ondan sonra arkasından harf inkılabı yapıldı, ondan sonra kıyafet inkılabı yapıldı.”, “-Bunun inançla ne ilgisi var?”, “-Bunların tamamı inançla ilgili”, “-Hayır. Siz bireysel olarak yaşıyorsunuz inancınızı...”(...), “Ben diyorum ki bu memleket İslam memleketidir, ben hayatımı İslami olarak yaşamak istiyorum, hukukumu İslami olarak yaşamak isti-

³¹ Danıştay 13. Daire, 26.11.2014 tarih, E:2013/1727, K:2014/3711

yorum, boşanmamın İslami olmasını istiyorum, evlenmemin İslami olmasını istiyorum, mirasımın İslami olmasını istiyorum, ilahi, yani medeni hukukumun İslami olmasını istiyorum, ben Müslümanım, İslamım bunu iktiza ediyor." (...), "Bir Müslüman ki kendi peygamberinin kıyafetine öcü diyor, bu Müslüman ne düşünürse düşünsün, kıymeti mi var ki? Bu bir kere kendi kendini bir adam sanıyor bu insanlar?", "Şimdi sizin rejimle bir sorunuz var ve her rejim kendini savunma hakkına sahiptir, o zaman başınıza gelenlere şaşırıyorsunuz?", "Hiç de şaşırmadım, hiç de kızmadım, hiç de üzülmedim", "O zaman rejime birşey söyleme hakkınız yok", "Rejimin yıkılması lazım. Bunu söylüyorum." "-O zaman rejim de sizin yıkılmanız gerektiğini düşünüyor." (...), "Müslüm Bey tam burada şunu söyleyeceğim. Şimdi sizin bu sözlerinizi izleyen bazıları da diyor ki, bu sözlerle Müslüm Gündüz bu rejime hayat öpücüğü veriyor, siz diyorsunuz ki ben rejimi yıkmak isterdim, birileri diyor ki rejim kendisinin yıkılmasını geciktirmek, engellemek için Müslüm Gündüz gibilerini kullandı." şeklinde gerçekleştiği görülmektedir.

Kararda, yukarıda aktarılan deşifre metne yer verdikten sonra, konuk şahsın 28 Şubat döneminde belirli çevreler tarafından yapıldığı iddia olunan manipülasyonlardaki rolü ve bu durumun günümüze yansımaları hakkında ihlal konusu programa davet edildiği, söz konusu şahsın görüşlerinin kamuoyu tarafından bilinir olduğu, özellikle ilgili şahsın programdaki "rejim aleyhtarı" ifadelerinin şiddeti teşvik veya şiddete çağrı unsurlarını barındırmadığı gibi, farklı gruplara karşı bir nefret söylemi de ihtiva etmediği, bu bağlamda, programın yayın dönemi ve ifadelerin tümü göz önüne alındığında, programın amacının kamuoyunun geçmişte yaşanan bir sürecin aydınlatılması ve bu dönem hakkında izleyicilerin bilgilendirilmesi mahiyetinde olduğu, kaldı ki söz konusu şahsın görüşlerine karşı görüşlere de programda yer verilerek toplumun tek taraflı bilgilendirilmesi ve/veya meselenin tek yönlü ele alınmasının engellenerek çoğulcu tartışma ortamının sağlandığı, belirtilen çerçevede dava konusu yaptırım vasıtasıyla gerçekleştirilen kısıtlamanın toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği, bu anlamda sınırlamanın gereklilik kriterini sağlamadığı, ifade özgürlüğünün bir görünümü olan ve kamuoyuna çeşitli siyasi fikir ve tutumlarının iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturmaya için en iyi araçlardan birini oluşturan basın özgürlüğü çerçevesinde yapıldığı anlaşılan yayın hakkında uygulanan dava konusu yaptırım kararı ile, bu özgürlüğün hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle sınırlandırılmasının meşru olmadığına karar verilerek, aksi yöndeki Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.³²

³² Danıştay 13. Daire, 26.11.2014 tarih, E:2013/1727, K:2014/3711

B- Terörü Öven/Tasvip Eden İfadeler

Danıştay terörü öven ve tasvip eden ifadeler açısından, ifadelerin içeriğinin terör eylemleri ve araçlarının meşrulaştırılması, teşvik edilmesi ve olumlanması durumlarında, yayına konu ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında bulunmadığı yönünde kararlar vermektedir.

Danıştay konuya ilişkin önüne gelen bir uyuşmazlıkta; bir televizyon kanalında yayınlanan programda, *PKK terör örgütünün yok edilemez ve bir suç örgütünden ziyade meşru mücadele veren bir örgüt şeklinde yansıtılarak Kanun'da yer alan yayın ilkelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle uygulanan idari yaptırım kararının hukuka uygun olduğu yönündeki İdare Mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir.*³³

Diğer bir uyuşmazlıkta, düşünce özgürlüğünün Anayasa, AİHS ve kanunlar tarafından teminat altına alındığı ve bu özgürlüğün haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerdiği açık olmakla birlikte, anılan düzenlemelerde bu özgürlüğün sınırsız olmadığı, uyuşmazlık konusu programda, *Kürt halkının haklarına kavuşmasının terörle elde edilebileceği şeklinde anlaşılabilir ifadeler yer verildiği, bu sayede terörü başlatan ve halk tabiriyle "dağa çıkma" olarak tanımlanan terör eylemlerinin, haklı bir zemine oturtulup meşrulaştırıldığı ve teşvik edildiği, terör örgütünün, bağımsızlık mücadelesi veren bir halkın temsilcisi gibi gösterilerek meşrulaştırılmasına gayret edildiği, bu yaklaşım ve ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle aksi yöndeki Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.*³⁴

Öte yandan, Danıştay, terör eylem ve yöntemlerini övmeksizin kullanılan bazı ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Nitekim *"Sayın Öcalan"* söylemini ifade özgürlüğü kapsamında gören Danıştay, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.³⁵

C- Yayın Yasaklarına Aykırı Yayınlar

Danıştay, adli yargı merci kararları uyarınca yayın yasağı bulunması halinde bu yasağa aykırı yayın yapılması nedeniyle verilen idari yaptırım kararlarında, yayın yasağına uymamanın idari yaptırım gerektirdiği görüşündedir.

Nitekim Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, İstanbul 14. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 29.02.2012 tarih ve 2012/16 D. iş sayılı dosya kapsamında

³³ Danıştay 13. Daire, 15.11.2012 tarih, E:2011/3029, K:2012/3056

³⁴ Danıştay 13. Daire, 20.02.2014 tarih, E:2013/58, K:2014/506

³⁵ Danıştay 13. Daire, 23.12.2014 tarih, E:2014/4829, K:2014/4500

Atlas Jet Havacılık A.Ş. hakkında 2007 yılında Isparta'da meydana gelen uçak kazası ile ilgili yayın ve haberlerin ihtiyati tedbiren durdurulmasına karar verilmesine rağmen, davacı yayın kuruluşu tarafından uçak kazası ile ilgili yayınlara devam edildiği, bu bağlamda yapılan yayınlarda "şimdi bu olay Türk havacılık tarihinin en büyük skandallarından biri, hatta en büyük skandalı sivil havacılıkta. 57 kişi öldü. Bu kazanın ardından hemen dönemin Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü ve şirket yetkililerinden pilot hatasıdır denildi, olay bu şekilde kapatıldı... işte yetersiz ,henüz lisanslarını almayan öğrenci pilotlar tarafından Atlas Jet'in uçaklarının uçurulduğunu ve bu pilotlardan birinin uçağı inişte kaza yapmasına neden olduğunu görüyoruz" vs. ifadelerle haber verme ve toplumu bilgilendirme amacının dışına çıkılarak yargılaması devam eden ve hakkında mahkemece yayın yasağı verilen olayla ilgili olumsuz yorum yapıldığı, bu durumun "yayınlara, hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olamayacağına" ilişkin yayın ilkesini ihlâl edildiği gerekçesiyle uygulanan idari yaptırım kararına karşı açılan davayı reddeden Mahkeme kararını onamıştır.³⁶

Öte yandan, Danıştay, yayın yasakları konusunda, soruşturma konusu olaylar hakkında kovuşturma evresinin başlayıp başlamadığı hususu da irdelenmektedir. Bu noktada, soruşturma evresi tamamlanarak, kovuşturma evresi başladığında yayın yasağı sona ereceğinden, bu tarihten sonra konu ile ilgili yapılan yayınlar hakkında idari yaptırım uygulanamayacağı görülmüştür.³⁷

D- Masumiyet Karinesi-Basin Özgürlüğü ve Haber Alma/Verme Haklarının Çatışması

Tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli olan, özgürlüğün esas, sınırlamanın istisna olma özelliği haber verme hakkı için de geçerlidir. Soruşturma evresinin gizliliği; ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük ve insan haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluktur. Ülkemizde örneklerine rastlandığı üzere, kimi zaman soruşturmanın gizliliği ilkesini ihlal edecek şekilde suçun şüphelilerine, delillerine, olay yerinin fotoğraf ve görüntülerine medyada yer verilerek yargısız infazlar suçsuzluk karinesi ihlal edilmektedir.

Adli olaylar hakkında toplumun bilgilendirilmesi ve basının adli olayları haber yapması modern toplumun bir gereği olmakla birlikte; soruşturma ve kovuşturmayla konu adli olayların haber yapılması ya da adli olaylar hakkında toplumun bilgilendirilmesi "suç işleyen kişinin ortaya çıkarılabilmesi için etkili

³⁶ Danıştay 13. Daire, 26.12.2014, E:2013/3195, K:2014/4595

³⁷ Danıştay 13. Daire, 03.12.2012, E:2011/2853, K:2012/3485

bir araştırma ve soruşturma faaliyetinin yürütülmesi amacı ile medyanın haber verme hakkını kullanma ve kamuoyunu bilgilendirme amacı ve savunma hakkı arasında sürekli bir yarışan” ve çatışan menfaat ilişkisini gündeme getirmektedir.³⁸

İşte bu noktada, ilgili konuda Danıştay’ın verdiği kararlar irdelendiğinde, benzer nitelikteki yayınlarda, devam eden soruşturmalar bağlamında, yayının içeriği, sunuş biçimi, konuşmacının yayıncı kuruluşla bir bağının bulunmaması durumunda yayıncı kuruluşun müdahale etme şansı gibi hususlar da gözetilerek genel olarak masumiyet karinesi lehine bir yoruma gidildiği gözlemlenmektedir.

Danıştay, bir radyo programında sunucunun “...2001’de kaçakçılıktan yedi ay tutuklu kaldıktan sonra 2002’de Mardin’den bağımsız milletvekili seçilen ...’in kaçakçılık şebekesini Meclis’ten yönettiği belirtilmiş, (...) Örgütün sevk ve idaresini ...’in yaptığı, örgüt liderinin o olduğu kabul edilmiştir denmiş, (...) İşte burası böyle bir ülke. Tabii büyük kepezelik. Evet Türkiye’de milletvekilliği yapmış adamların, hâlihazırda milletvekili olanların hakkında açılmış olan davaları bir görseniz yani şaşarsınız, dehşete düşersiniz. Ülkeyi yönetecek parlamentonun içindeki adamlar, ülkeyi yönetme iddiasında bulunan insanların böyle suçlarla yargılanıyor olması veya yargılanmayı bekliyor olması bile büyük bir utançtır hepimiz için. Fakat bu utançla yaşamayı kendisine yediren insanlar bunlar. Böyle oldukları için de milletvekili seçilmeyi bu işten yırtmanın bir yolu olarak görmüşler (...) Türkiye’de dolandırıcılıktan, sahtecilikten, hâlihazırda hakkında dosya bulunan milletvekillerimiz var bizim Meclis’te. Kusura da bakmayın bu adamları siz seçtiniz gönderdiniz o Meclise, o Parlamentoya. İsimlerini bile bilmeden gönderdiniz hem de birçoğunuz. Çünkü genel başkanları öyle uygun gördü. Siz de adamın kim olduğuna bakmadan partisine oy verdiniz. O parti de o adamı milletvekili olarak Meclise gönderdi. İşte bunlardan bir tanesi de bu beyefendi (....)” şeklinde ifadelere yer verildiği, bu ifadelerin, 3984 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (k) bendinde belirtilen “Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilan edilmemesi ve suçluymuş gibi gösterilmemesi” yolundaki ilkeye aykırı olduğundan bahisle aynı Kanun’un 33. maddesinin 1. fıkrasına göre davacı şirketin uyarma cezası ile cezalandırılması üzerine açılan davada, İdare Mahkemesi’nce bu ifadelerin suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilan edilmemesi veya suçluymuş gibi gösterilmemesi yolundaki yaygın ilkesini ihlal ede-

³⁸ Güneş Okuyucu Ergün, “Soruşturmanın Gizliliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 59(2), 2010, s.248

cek nitelikte olduğu gerekçesiyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının onanmasına karar vermiştir.³⁹

Başka bir uyuşmazlıkta, bir televizyon kanalında yayınlanan haber programında yer alan görüntü ve ifadelerde; "Ahtapotun Kolları Nereye Uzanyor? Fuhuş Çetesi-Ergenekon Bağlantısı" başlıklı haberde; "Operasyonda denizci subaylarının yanında TÜBİTAK'ta görevli kriptoloji uzmanları da gözaltına alındı. Ergenekon sanığı emekli yüzbaşı Hasan Ataman Yıldırım'dan çıktığı öne sürülen bir belgede de TÜBİTAK'ın Engenekon'un ilgi alanlarında olduğunu gösteriyordu "(Ekranında hem yazılı hem sözlü olarak)" M.M'ye projeyi anlat. Ayrıca M.'yi daha aktif kullanmalıyız. Yeni görevler verelim. TÜBİTAK'ta terfisi hallolmayacaksa başka yere alalım (yazısına yer verilerek), (Alt ses) Yıldırım'daki, bu notta yer alan M.M'nin casusluk operasyonundan tutuklanan TÜBİTAK'da kriptoloji uzmanı Merdan M.'nin olduğu öne sürülüyor. (Ekranında "M.M." Merdan Metin mi? yazısına yer veriliyor) Savcılık soruşturmasında M.'ye Ergenekon sanığından çıkan bu notun da sorulduğu iddia ediliyor. Aralarında Tuğamiral Şafak Yürekli'nin de bulunduğu 14 asker hakkındaysa 8 Kasım'a kadar zorla getirilme kararı verildi. Tuğamiral Yürekli aynı zamanda Poyrazköy Davası'nın da sanığıydı. İddianamede Ergenekon sanığı Hasan Ataman Yıldırım'ın Şafak Yürekli'ye bilgi sızdırdığı öne sürülüyordu." şeklinde haberin sunulduğu; bu çerçevede, *kişi ve kuruluşlar ya da yargılaması devam etmekte olup henüz suçluluğu kanıtlanmamış kişiler hakkında çeşitli ithamları içerdığı, kişileri zan altında bıraktığı, suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilan edilmemesi, suçluymuş gibi gösterilmemesi şeklindeki yayın ilkesini ihlal ettiği* gerekçesiyle, dava konusu idari yaptırım kararını iptal eden İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.⁴⁰ Bu kararda özellikle haberin sunuş biçiminin kararın esasına etkili bir husus olarak değerlendirildiği gözlemlenmiştir.

Bir diğer uyuşmazlıkta Danıştay; programa stüdyo konuğu olarak katılan kişilerin, *bir yargı kararına dayanmaksızın bazı kişileri kesin suçlu ilan ettikleri, buna karşın program sunucusunun, sadece yayın kanalını korumaya özen göstermesine rağmen, suçlanan kişilerin haklarını savunacak hiçbir girişimde bulunmayıp onların tümünü zan altında bırakacak ifadeler kullanarak 3984 sayılı Kanununun 4/k bendi hükmünü ihlal ettiği* gerekçesiyle yayın hakkında uygulanan idari yaptırım kararına karşı açılan davanın reddine ilişkin kararı onamıştır.⁴¹

³⁹ Danıştay 13. Daire, 20.11.2014 tarih, E:2014/3811, K:2014/3667

⁴⁰ Danıştay 13. Daire, 03.12.2012 tarih, E:2012/942, K:2012/3509

⁴¹ Danıştay 13. Daire, 20.11.2012 tarih, E:2011/3457, K:2012/3169

Öte yandan, İdari Dava Daireleri Kurulu son dönemde masumiyet karinesine ilişkin farklı bir karara imza atmıştır. Özellikle bu karar yayıncı kuruluşun sorumluluğu açısından önem arz etme olup esasında daha önce zikredilen Onüçüncü Daire kararlarıyla paralel mahiyettedir.

Karara konu olayda; dava konusu yayın durdurma cezasının dayanağı olarak, ülke kamuoyunun yakından takip ettiği bir soruşturma kapsamında, bir televizyon kanalında yapılan arama üzerine, ana muhalefet partisinin milletvekili tarafından yapılan basın açıklamasında sarf edilen sözler gösterilmiştir. Canlı yayın esnasında yapılan basın açıklamasında, ana muhalefet partisi milletvekilinin sarf ettiği sözlerin, *“suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilan edilmemesi veya suçluymuş gibi gösterilmemesi; kişileri suç işlemeye yönlendirecek veya korku salacak yayın yapılmaması.”* ilkesini ihlal ettiğinden bahisle yayın durdurma cezasının tesis edildiği görülmektedir.

İdari Dava Daireleri Kurulu söz konusu kararında; AİHM'nin gazetecilerin bir alıntının içeriğinden sürekli ve açık olarak uzak kalmalarını istemenin basının belli bir dönemde var olan olay ve fikirler konusunda toplumu bilgilendirme görevleri ile de bağdaşmadığını hatırlatmakta ve uygulanan cezaların, öngörülen amaçlarla orantılı olmadığı ve buna bağlı olarak da demokratik bir toplumda gereklilik arz etmediğini vurguladığını; bu nedenle, idare ve yargı mercilerince, dava konusu işlemin dayanağı olan 3984 sayılı Kanun hükümlerinin, AİHS ile ifade özgürlüğü ve yazılı ve görsel basının toplumu bilgilendirme görevi konusunda AİHM kararlarıyla belirlenen ilkelere uygun olarak yorumlanması gerektiği, 3984 sayılı Kanunun, yayın kuruluşlarının haber verme görevini yerine getirirken ilettiği her bilginin veya demecin ardından, konu hakkındaki görüşlerini açıklama ya da farklı görüşler arasında tercihte bulunma yükümlülüğü olduğu hususunda bir düzenleme içermediği; yayıncı kuruluşun bu konuda bir sorumluluğu olduğunun kabulünün, haberciliğin tarafsız yapılması gerektiği ilkesiyle de bağdaşmayacağı; tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, bir yayın kuruluşunun, ana muhalefet partisi milletvekilinin yaptığı basın açıklamasını topluma duyurma konusundaki görevini yerine getirmesinden dolayı cezalandırılmasının, demokratik toplumun gereklerine ve AİHS'nin 10. maddesine aykırılık oluşturduğu sonucuna ulaşarak, uygulanan idari yaptırım kararının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁴²

Görüldüğü gibi Danıştay farklı uyuşmazlıklarda, yayıncı kuruluşun yapılan yayından dolayı sorumluluklarını farklı olarak değerlendirmiş, özellikle mak-satlı şekilde masumiyet karinesinin ihlali niteliğindeki sorumlu yayıncılık an-

⁴² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 30.04.2015 tarih, E:2013/2149, K:2015/1685

layışı içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmayan yayınları haber verme hakkı içerisinde görmemiştir.

E- Özel Hayatın Gizliliği-İfade Özgürlüğü, Haber Alma/Verme Haklarının Çatışması

Masumiyet karinesi meselesinde olduğu gibi özel hayatın gizliliği alanı da basın özgürlüğü açısından gri alanlardan birini teşkil etmektedir. Danıştay bu konuda karar verirken, özel hayatı hakkında yayın yapılan kişinin toplumdaki konumu ve paylaşılan bilginin niteliği hususları irdelenerek karar verilmektedir.

Bu noktada, Danıştay bir televizyon kanalında yayınlanan "Akşam Haberleri" isimli ana haber bülteninde, Ergenekon Davası" sanıklarından emekli Orjeneral Şener Eruygur'un eşi Mukaddes Eruygur ile GATA klinik şefi arasında geçtiği iddia edilen görüşmeyi içeren ses kaydının yayınlanması nedeniyle, bir kişinin hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının kayda alınması ve bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılmasının kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı olduğu ve 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (f) fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğine saygılı olunması ilkesinin ihlâl edildiği sonucuna varılarak, yayıncı kuruluşa uygulanan idari yaptırım kararına karşı açılan davanın reddine ilişkin kararı onamıştır.⁴³

Yine başka bir uyuşmazlıkta, programa konuk olarak katılan bir gazetecinin, program akışı içerisinde söz alarak... isimli şahsın askerlik durumu ile ilgili olarak bacağının 7 santimetre kısa olduğuna ilişkin sağlık raporundan bahsettiği ve bununla birlikte başka birtakım ifadeler kullandığı, yargı kararlarında ve doktrindeki yukarıda alıntı yapılan görüşler itibarıyla, devlet adamı, politikacı, yazar, sanatkâr gibi topluma mal olmuş veya kamu oyunda tanınmış kişilere yönelik eleştiri sınırının, normal bireylerden daha geniş olduğu konusunda bir duraksama bulunmadığı, bu bakımdan, özel hayatına müdahale edildiği iddia edilen ...ın büyük bir kulübün yöneticisi olduğu göz önüne alındığında, ilgili şahsın topluma mal olmuş bir kişi olduğu; bu bilgiler ışığında dava konusu program mevzuat hükümleriyle birlikte bir bütün olarak değerlendirildiğinde; esasen söz konusu şahsın bacağının 7 santimetre kısa olmadığı iddia edilerek vücut bütünlüğünün eksikliğinden bahsedilmediği, sahte rapor temin ederek askerlikten kaçtığı iddia edildiği, *bu konunun kamuoyunda uzun zamandan beri tartışılan bir konu olduğu, özel hayatına ilişkin bir bilginin paylaşılmasının söz konusu olmadığı, hakkında yorum yapılan kimsenin topluma mal olmuş*

⁴³ Danıştay 13. Daire, 21.11.2012 tarih, E:2010/3745, K:2012/3258

kişiliği de dikkate alındığında, yapılan eleştirilerin ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kaldığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.⁴⁴

Aktarıldığı üzere Danıştay ilk olayda, toplumun bilgilendirilmesi amacı dışında hukuka aykırı yollarla elde edildiği açık olan ses kayıtlarının yayınlanmasını basın özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmemiş ancak ikinci olayda kamuoyunda bilinirliği yüksek bir kişinin hayatına ilişkin toplumda tartışılan bir konuda yapılan yayını basın özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmiştir.

SONUÇ YERİNE

İfade ve basın özgürlüğünün, demokrasilerde vazgeçilmez birey haklarından olduğu kabul edilmektedir. Bu ayrıcalığı ve yeri, önemini korumakla birlikte yasaklama ve sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Tabii bu sınırlamaların hukuka uygun olup olmadığı, devletlerin idari otoritelerinin yanı sıra yargı yerlerinde geliştirilen ölçütler uyarınca denetime tabi tutulmaktadır. Gerek AİHM, gerekse Danıştay ve idare mahkemeleri, yukarıda çalışmanın I. Bölümünde belirtilen dörtlü kriteri uyumsuzlıklara aplike ederek bir sonuca varmaktadırlar.

İşte bu doğrultuda ifade ve basın özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için yasada öngörülmüş olma kriteri ile kolay ulaşılabilir ve sonuçların öngörülebilir olması gerekmektedir, kuralların kolayca anlaşılabilmesi, açık ve kesin anlamlı olması aranılmaktadır.

Sınırlamada meşru amaç güdülmesi kriteri ile de, benzetme yoluyla başka sınırlamalar için kullanılmasının mümkün olmadığı, öngördükleri amaç dışında daha geniş bir anlam yükletilemeyeceği, hangi önlemin ve düzenlemenin demokratik bir toplum için gerekli olduğuna ilgili devletin karar vereceği belirtilmektedir.

İfade ve basın özgürlüğüne getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenilen amaç ve bu yolda kullanılan araçlar arasında belli bir denge ve orantınlık bulunması gözetilmektedir. Ayrıca demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması kriteri ile de, çoğulcu, hoşgörülü ve geniş, açık fikirli olma noktasında, saldırgan olmayan ya da önemsiz görünen haber veya düşüncelerin yanı sıra ya da toplumun bir kesimine karşı gelen, sarsan veya rahatsız eden ifadeler için de ifade özgürlüğünün geçerli olduğu belirlenmektedir.

AİHM tarafından geliştirilen bu dörtlü kriter Türk idari yargı yerlerinde uygulanmakta ve uyumsuzluklarda aranılmaktadır.

⁴⁴ Danıştay 13. Daire, 31.12.2014 tarih, E:2013/2894, K:2014/4670

Çalışma bağlamında; Danıştay, radyo ve televizyon yayıncı kuruluşları hakkında idari otoritelerce uygulanan sınırlama niteliğindeki idari yaptırımlar ile ilgili uyuşmazlıklarda genel olarak, herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ve başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu, bu hürriyetin resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da benzeri yollarla yapılan yayınların izin sistemine bağlanmasına engel olmadığı vurgulanmaktadır.

Anayasanın 26. maddesinin 1. fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasının kapsamı belirlendikten sonra, 2.fıkrasında bu özgürlüğün kullanılmasının milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçları ile sınırlanabileceğinin öngörüldüğü belirtilmektedir.

Bu kurallardan hareketle Danıştay böylesi içerikte önüne gelen uyuşmazlıklarda; yayınlarda yer alan ifadeler, yayının saati, veriliş tarzı, kamu hizmeti anlayışı ve sorumluluk bilinciyle sunulup sunulmadığı insan hakları ve temel özgürlüklerin gözetilip gözetilmediği, mevcut yasal düzenlemelere uygun davranılıp davranılmadığı gibi bir takım ölçütler göz önüne alınmak suretiyle yargısal denetim gerçekleştirilmektedir.

Bütün bunların sonucu olarak; Danıştay ve idari mahkemelerin, radyo ve televizyon yayıncı kuruluşlarına uygulanan ifade ve basın özgürlüğü sınırlamaları veya ihlal edildiği iddialar ile ilgili olarak yapılan yargısal incelemelerde, AİHM tarafından kullanılan ve geliştirilen kriterleri uyuşmazlıklarda uygulamakta ve yargısal denetimi bu bağlamda gerçekleştirmekte olduklarını söylenebilir.



KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

BOZKURT, Enver-DOST, Süleyman “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, **SDÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y:2002, C:7, S:1, s. 47-74

DOĞRU, Osman –NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Arabuluculuk ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013.

ERGÜN OKUYUCU, Güneş, “Soruşturmanın Gizliliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 59(2), 2010, s.243-275

HARRİS-O’BOYLE-WARBRİCK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Şen Matbaa, Ankara, 2013,

KÜÇÜK, Adnan, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, Ankara, 2003.

ÖZBEY, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **TBB Dergisi**, 2013/106, s. 41-92.

SUNAY, Zuhale Aysun, “AİHM ve Danıştay Kararları Işığında Radyo Ve Televizyon Yayınlarının Önceden Durdurulması Suretiyle İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, 2015, s. 95-117

Türkiye’de İfade ve Basın Özgürlüğü Projesi, 8.Yuvarlak Masa Toplantısı İçin Hazırlanmış Olan Kitapçık

URAN, Peri, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı”, **TBB Dergisi**, 2015/120, s. 87-130

Web Kaynakları

HUDOC Veritabanı (Erişim:<http://hudoc.echr.coe.int/tur>)

MACOVEİ, Monica İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitabı No:2, s. 24.(Erişim: http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad10_ifade.pdf) (Erişim Tarihi: 25.10.2015)

ŞAHİN, Yahya, “Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü Ve Sınırlamaları” , **Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi 5. Yuvarlak Masa Toplantısında Sunulan Metin**, 2010.

(Erişim:http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt5/Sahin_DanistaylfadeOzgurlugu.pdf) (Erişim Tarihi: 24.10.2015)

BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA DEVLETİN GÜVENLİĞİNE VE SİYASAL YARARLARINA İLİŞKİN BİLGİLERİ AÇIKLAMA SUÇU

The Crime of Disclosure of Information Relating to Public Security and Political Interests of the State Within the Framework of Freedom of Press

Ebru YAVUZ YAYLA* – Dr. Mehmet YAYLA*

ÖZET

“Devlet sırları”, ulusal güvenlikle bağlantılı bir kavram olup kısaca, devletin güvenliğinin ve devamlılığının sağlanması için gizlenen bilgiler olarak tanımlanabilir. Devlet sırlarını korumanın en önemli yollarından bir tanesi, bunların hukuk düzeni içerisinde korumaya tabi tutulmasıdır.

Türk Hukukunda, ifade özgürlüğünün bir görünüş biçimi olan basın özgürlüğünün sınırlandırma nedenlerinden biri de ulusal güveniktir ve bundan dolayı basın özgürlüğü ile devlet sırları arasında ters ilişki mevcuttur.

Bu çalışmada, öncelikle devlet sırları ile basın özgürlüğü arasındaki ilişki açıklanacak; sonrasında Türk Ceza Kanunu’ndaki devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama suçu, basın özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Basın Kanunu kapsamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Basın Özgürlüğü, Basın Kanunu, Ulusal Güvenlik, Devlet Sırları, Devletin Güvenliğine ve Siyasal Yararlarına İlişkin Bilgileri Açıklama Suçu.

ABSTRACT

“State secrets”, related to national security and briefly, can be described as the secrets kept to provide the security of the state and the stability of the state. One of the most significant way of securing “state secrets” is to protect them in the system of law.

One of the restrictions of the “freedom of press” which is a form the “freedom of expression” in the Turkish Law is national security and for that reason there is inverse correlation between “state secrets” and “freedom of press”.

* Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi, ebruyavuz1981@yahoo.com. Makalede yayımlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmakta olup, çalışma gizlilik dereceli doküman kullanılmadan açık kaynaklardan yararlanılarak yapılmıştır.

** Dr, Askeri Yargıtay Başsavcı Yardımcısı, meh_yayla@yahoo.com. Makalede yayımlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmakta olup, çalışma gizlilik dereceli doküman kullanılmadan açık kaynaklardan yararlanılarak yapılmıştır.

In this essay, firstly, the relation between “state secrets” and “freedom of press” will be clarified; later, the crime of “disclosure of information relating to public security and political interests of the State” in Turkish Criminal Code will be considered within the framework of freedom of press, European Convention on Human Rights and Code of Press.

Keywords: Freedom of Press, Code of Press, National Security, State Secrets, the Crime of Disclosure of Information Relating to Public Security and Political Interests of the State.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Günümüzde basın, düşüncelerin yazıyla ifadesinde en etkin şekilde kullanılan yoldur. İfade özgürlüğünün özel bir biçimi ve en önemli unsurlarından birisi basın özgürlüğüdür.¹ Basın özgürlüğü, haber ve düşünceleri serbest olarak toplamak, haber almak, bu haberleri özgürce yorumlamak, eleştirmek ve yayımlamak serbestisi olarak tanımlanmaktadır.² Basın özgürlüğü, basın araçlarını kullananların (yazar, yayıncı) düşüncelerini açıklama ve yayma özgürlüğü ile aynı zamanda kamunun haber alma özgürlüğünü hayata geçirmektedir. Buna göre, basın özgürlüğünün, basın araçlarını kullananlar açısından bireysel, kamunun bilgi edinme ve haber alma hakkı açısından kamusal olmak üzere iki boyutu vardır.³

Her özgürlük gibi basın özgürlüğü de sınırsız bir özgürlük değildir. Anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde basın özgürlüğünün hangi nedenlerle sınırlandırılabilirliği düzenlenmektedir. Bu sınırlandırma nedenlerinden birisi de ulusal güvenliktir.

Ulusal güvenlik, devlet güvenliğini de kapsayan bir üst kavramdır. Devlet güvenliği, devlet deneni tüzel kişiliğe sahip varlığın, muhtemel iç veya dış,

¹ ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.428.

² DÖNMEZER, Sulhi, Basın ve Hukuku, 4. bası., İstanbul, 1976, s. 41; KARACA, Nuray Gökçek, Gazetecinin Basın İş Kanunu’ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları: 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması, İstanbul, 2010, s. 23; ÖZKORKUT, Nevin Ünal, “Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devletindeki Görünümü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 3, 2002, s. 67; BELLİ, Doğan Bülent, Basın Yolu ile Kişilik Haklarına Saldırlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 2008, s. 60; ÜZÜLMEZ, İlhan, “Suçsuzluk Karinesi ve Basın Özgürlüğü”, Fahman Tekil’in Anısı’na Armağan, İstanbul, 2003, s. 935; SAVAŞÇI, Bilgehan, “Haberleşme Özgürlüğünün Kovuşturma Evresinde Sınırlandırılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 96, 2011, s. 270.

³ SUNAY, Reyhan, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT Yayınevi, Ankara, 2001, s. 134

her türlü tehlikelerden korunmuş olarak varlığını hukuki, sosyal ve bağımsız olarak devam ettirmesi olarak anlaşılabilir.⁴ Basın özgürlüğü ile ulusal güvenlik arasındaki ince çizginin korunması, gerek temel hak ve özgürlüklerden olan ifade özgürlüğünün korunması gerek devleti oluşturan insan topluluğunun devlet çatısı altında güvenliğinin sağlanması için önem arz etmektedir.

Bu çalışma; giriş, iki bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır. İlk bölümde, temel kavramlardan bahsedildikten sonra ikinci bölümde, TCK 329. maddede düzenlenen “devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama suçu”; “basın özgürlüğü”, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)”, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve Basın Kanunu kapsamında incelenecektir.

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. BASIN KAVRAMI

Kitle iletişim araçları, birtakım kaynaklardan elde edilen bilgi ve haberlerin geniş halk topluluklarına yaygın olarak duyurulması amacıyla kullanılan araçlardır.⁵ Bu araçlar gazete, dergi, kitap gibi basılı yayınlar; radyo ve televizyon, sinema filmleri, plak, ses ve görüntü bantları, ses ve görüntü diskleri, bilgisayar ve internet gibi iletişim sağlayan tüm araçlardır.⁶

Basın, belirli zamanlarda çıkan yazılı yayınların bütününe ifade etmektedir. Basın ayrıca modern demokrasilerde ifade özgürlüğünün en etkin şekilde kullanıldığı yollardan biridir.

Basılmış eser ise, 5187 sayılı Basın Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının “a” bendinde; yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınları olarak tanımlanmaktadır. Çalışmada basın kavramı, yalnızca kitap, gazete, dergi, bildiri gibi basılan ve basılarak çoğaltılan kitle iletişim araçları için kullanılacaktır.

B. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

Basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisi olup, haber ve düşünceleri serbest olarak toplamak, bu haberleri özgürce yorumlamak, eleştirmek ve yayımlamak serbestisi olarak tanımlanmaktadır.⁷ Bu tarife göre basın özgürlüğü; haber, bilgi ve düşünceleri serbest olarak

⁴ ACAR, Ünal – URHAL, Ömer, Devlet-Güvenlik İstihbarat-Terörizm, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.128.

⁵ Türkçe Sözlük, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurulu Yayınları, Ankara, 2010, s. 1451.

⁶ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 23.

⁷ Bk. dipnot 1.

toplayıp, yorum ve eleştiri yaparak çoğaltabilmek ve bunları serbest olarak yayımlayıp dağıtabilmek haklarını içermektedir. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesine göre ise, *“Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir”*.

Basın aracılığıyla yapılan yayım, düşüncelerin açıklanmasının özel bir türüdür; ancak bununla birlikte düşüncüyü açıklama özgürlüğünden farklı bir özgürlük kategorisi oluşturur.⁸ Nitekim 1982 Anayasası'nın 26. maddesinde düzenlenen düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün yanında, 28. maddede basın özgürlüğü ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 1. ve 2. fıkrasına göre, *“Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mâli teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır”*.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi basın özgürlüğünü bağımsız bir özgürlük olarak kabul etmemiş, basın özgürlüğünü ifade özgürlüğünün kullanım biçimlerinden biri olarak görmüştür. Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesine göre, *“Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak düşünce özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir”*.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, basın ile ilgili kararlarında ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturduğunu hatırlattıktan sonra basına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip olduğunu belirtmektedir.⁹ Basın özgürlüğü bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğü, diğer yönüyle halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıdır. Mahkeme'ye göre ancak bu şekilde basın kamuoyunun bilgi edinme hakkı bakımından yaşamsal önemi bulunan “halkın gözcülüğü” ya da “bekçisi” görevini yapabilir.¹⁰

C. DEVLET GÜVENLİĞİ KAVRAMI

“Güvenlik” kelimesinin sözlük anlamı, “toplum yaşamında yasal düzenin aksamadan yürütülmesi, kişilerin korkusuzca yaşayabilmesi durumu, emniyet”tir.¹¹ Güvenlik, her türlü tehlikelerden uzak ve emin olarak hukuki,

⁸ SALİHPAŞAOĞLU, s. 26.

⁹ DOĞRU, Osman – NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, 1. Baskı, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013, s. 206.

¹⁰ DOĞRU – NALBANT, s.207

¹¹ Türkçe Sözlük, s. 817.

sosyal, maddi ve kişisel var olması gereken huzur ortamıdır. Güvenlik, canlı veya cansız her şey için önemlidir, fakat özel kişiler (insanlar) ve tüzel kişiler (devlet dahil olmak üzere kurumlar, kuruluşlar) için daha fazla önem arz eder.

Demokratik siyasal sistemin temel hedefleri, toplumu oluşturan bireylerin refah ve mutluluklarını en üst düzeyde sağlamak ve güvenliklerini temin etmektir.¹²

Başlangıçta göçebe hayatı yaşayan insan toplulukları belirli bir yere yerleşmelerinden sonra çeşitlenen ve gelişen ihtiyaçlarının ortaya çıkmasıyla teşkilatlanmaya başlamışlardır. Güvenlik, insanların toplu olarak yaşamaya başlamaları ve devletler kurmalarıyla bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Toplumlaşma devlet düzeyine ulaştıkça, toplumun ve devletin korunması, organize edilmiş korunma güçlerine bırakılmış; zaman içerisinde beliren organize iç ve dış tehditlere karşı devleti koruyabilmek için koruyucu güçlerin iç teşkilatlanmaları ve bunun yanı sıra dış teşkilatlanmaları da yapılmıştır.¹³

Devlet, güvenliği sağlamak ve bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak zorundadır. Birey de toplum kurallarına ve yasalara uygun davranarak devlete ve topluma karşı görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Devlet ve millet birbirini bütünler, birbirine dayanır. Devletin millete karşı görevleri olduğu gibi, milletin de devlete karşı görevleri vardır. Devletin kuruluş amacı bireye hizmettir. Toplumun ve bireyin, kendisi için olan devleti koruması da kendisinin çıkarıdır. Buradan yola çıkarak denilebilir ki, devleti korumak ve güvenliğini sağlamak bireyin ve toplumun görevlerindedir. Devlet her ne kadar organları ile kendini iç ve dış tehditlere karşı korusa da toplumun ve bireyin de devletin tüzel kişiliğini korumak ve kollamak görevi bulunmaktadır.

Devlet, milletin yurtiçi veya yurtdışı güvenliğini sağlamakla görevlidir. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 5. maddesi; *“devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede, devletin diğer temel görevleri yanında, yurtiçi

¹² KARCILIOĞLU, N.Kaan, “Demokratik Sistemin Unsuru Olarak İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukukunun Etkisi”, Uğur ALACAKAPTAN'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt 1, 1. Baskı, Haziran 2008, s. 451.

¹³ Devletin Kavram ve Kapsamı, MGK Genel Sekreterliği Yayını No:1, Ankara, 1990, s. 40.

veya yurtdışı güvenliğini sağlama görevi de sayılmıştır. Devletin ve milletin yaşamının ve bekasının korunması devletin birincil görevidir.

2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 2. maddesinde; *“Milli Güvenlik; devletin anayasal düzeninin, milli varlığının ve bütünlüğünün milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanmasını ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır.¹⁴

Devletin güvenliği, aynı zamanda devletin ülkesi içinde yaşayan varlıkların da güvenliğini içine alacak kadar kapsamlıdır.¹⁵ Söz konusu güvenliğin geniş kapsamlı olmasından dolayı, devlet güvenliği kavramı yerine milli güvenlik kavramı kullanmak daha tercih edilir olmuştur. Zira milli güvenlik sadece devletin iç ve dış güvenliğini değil, aynı zamanda devletin milli güvenlik politikalarını da içine almaktadır. Devlet güvenliği ve milli güvenlik kavramları bir bütün olarak algılanması, değerlendirilmesi gereken ve aynı hedefe ulaşan kavramlardır.

Devlet güvenliği bir bütün olarak devletin sınırları içerisinde kalan kişileri de kapsayacak şekilde hem iç güvenliği hem de devlete karşı dışarıdan gelebilecek tehlikelere yönelik olarak dış güvenliği kapsamaktadır.¹⁶ Bununla birlikte, devlet güvenliğini, her ne kadar iç ve dış güvenlik olarak ayırma tabi tutulsa da bu ayırım anlatım içindir, yoksa devlet güvenliği bir bütündür.

¹⁴ Milli güvenlik, doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. “Milli güvenlik, belli bir ideoloji ya da siyasi prensibin zıt görüşlere karşı korunması değil, devletin ve ülkenin iç ve dış yıkıcı saldırılara karşı korunmasıdır.” (TANÖR, Bülent, Siyasal Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, İstanbul, 1969, s. 146); “Milli güvenlik, toplum kurulu düzeninin bütünü ile ve yüksek seviyede dışarıdan ve içeriden gelebilecek tehdit ve müdahalelerden masun tutulmasıdır. Milli güvenliği bozucu fiil ve hareketler devletin varlığına veya normal işleyişine yönelen büyük ölçüde ve uzun süreli yığın eylemleri olabilir. Toplumun siyasi, sosyal ve iktisadi yapı ve mekanizmalarını yıkmayı, sarsmayı ve zedelemeyi amaç edinmeyen fiil ve hareketler milli güvenlikle ilgili görülmez. Bu kavram toplulukların her çeşit eylemini kapsamına aldığı takdirde normal hukuk kuralları ile düzenlenmesi ve korunması gereken kamu düzeni ile karıştırılmış ve hatta kaynaştırılmış olur.” (DURAN, Lütfi, Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik, İktisat ve Maliye, Cilt 17, Sayı: 4, Temmuz 1970, s.170); “Milli Güvenlik iç ve dış güvenlikten ibaret olup, dış güvenlik ...devletin ve ülkenin savaşta ve barışta dış ülkelerden, yabancı devletlerden gelen tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin korunması ...iç güvenlik ...ise devletin silahlı ayaklanma ve yıkıcı eylemlere karşı korunması...” (BİLGİN, Pertev, 1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim, İstanbul, 1976, s. 70-75); “...devlet ve ülkenin, savaşta ve barışta, iç ve dış tehlikelerden korunması; yurt ölçüsünde beliren ve iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması...” (YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku-2 Ders Notları, 1978-1979, İstanbul, Mart 1979, s. 11).

¹⁵ ACAR-URHAL, s.129.

¹⁶ ACAR-URHAL, s.129.

Devlet güvenliği, yalnız halkın değil, devletin ve anayasal düzenin devamını da sağlayan hukuki, siyasi, sosyal, ekonomik ve kültürel yönleri bulunan; zaman ve yer açısından uzun süreli, devamlı, içten ve dıştan tehlike ve eylemleri içeren; belirli bir bölgeyi ilgilendiren faaliyetlerden ziyade devletin tüm varlığını ve ülkesini ilgilendiren, hatta yalnız belli bir bölgede olsa bile tüm halkı etkileyen ve yerleşik düzeni bozan veya ortadan kaldıran nitelikteki hareketleri kapsayan bir olgudur.

1. İç Güvenlik

İç güvenlikle, bir ülkenin coğrafi sınırları içerisinde, muhtemel tehdit ve tehlikeden uzak olarak başta vatandaşların güvenliğinin ve huzurunun sağlanması, sonra sırası ile devlete ve özel kişilere ait taşınır veya taşınmaz malların benzeri tehlikelere karşı korunması anlaşılır.¹⁷

İç güvenliğini sağlayamamış bir devletin dış güvenliğini sağlaması pek mümkün olamamaktadır. İç güvenliği sağlamak devlet tüzel kişinin görevidir. Devlet, iç güvenlik görevini genellikle emniyet güçleri eliyle kullanmaktadır.

Bir devletin iç güvenliğini tehlikeye düşüren halleri somut ve sınırlı olarak saymak mümkün değildir. Bu haller zamana ve duruma göre değişebileceği gibi iç ve dış nedenlerin yol açtığı birçok sebepten de kaynaklanabilir.

2. Dış Güvenlik

Dış güvenlik, başka devletlerin ve kuruluşların emir, gözetim ve denetimi altında olmaması, yabancı devletlerin saldırı veya saldırı tehlikesinden uzak bulunması ve bunlara karşı korunması anlamındadır.¹⁸ Dış tehditlere karşı bağımsızlığın korunması devletin ana görevleri arasındadır. Devletin bağımsızlığına yönelik dış tehlikelere karşı gerekli koruma veya savunma kuvvetlerinin kurulup geliştirilmesi, bunların her durum ve şartta kullanılmaya hazır bulundurulması devletin sorumlulukları arasındadır.

D. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI OLARAK ULUSAL GÜVENLİK

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 28. maddesinin 3. fıkrasına göre basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanır. Ulusal güvenlik, basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak 26. maddede düzenlenmiştir. 26. maddenin 2. fıkrasına göre,

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 5. maddesinden çıkarılan devletin yurtiçiyle ilgili ana görevi, "ülkede güvenliği, asayışı ve adaleti kurmak; yurttaşların temel özgürlüklerini korumak ve bunların devamlılığını sağlamak"tır. ÇINAR, Bekir, Devlet Güvenliği İstihbarat ve Terör, Sam Yayınları, Ankara, 1997, s.61.

¹⁸ YAYLA, İdare Hukuku-2 Ders Notları (1978-1979), s. 11.

“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması ...amaçlarıyla sınırlanabilir.”

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında da basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hüküm vardır. Buna göre, *“Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir”*. Basın Kanunu'ndaki bu düzenlemenin AİHS 10. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlandırma nedenlerine benzerliği, düzenlemede AİHS'nin esas alındığını göstermektedir. 1982 Anayasası'nda olduğu gibi Basın Kanunu'nda da millî güvenlik basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak düzenlenmiştir.

E. DEVLET SIRLARI KAVRAMI

Devlet, fertlerden meydana gelmiş bir örgütlenme biçimi, hukuki bir varlık, hukuki bir kişiliktir. Devlet bütün siyasal kurumların en büyüğü, kurumlar kurumudur, bu hukuki organizasyon, fertlerin dışında bir takım hukuki değerleri kendi içinde taşımaktadır. Ancak devleti onun adına hareket eden insanlardan farklı olarak düşünmek mümkün değildir. Devlet otoritesinden söz edildiğinde o otoriteyi kullananlar; devlet düzeninden söz edildiğinde o düzeni faaliyete geçirenler; devletin yasalarından bahsedildiğinde, o yasaları yapanlar gerçekte fertlerdir.¹⁹ Bu kapsamda devletin, kendisini oluşturan kişilere karşı gizli eylem ve işlemlerinin olup olamayacağı yani devletin sırları konusu tartışıla gelen bir konudur.

Günümüzde, devlet sırrı kavramının temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olduğu tartışmasız bir gerçektir. İnsan hakkı iki temel kavrama dayanır; kişi özgürlüğü ve güvenliği ile düşünce özgürlüğü. Bu iki alan bütün hak ve özgürlüklerin temeli olarak, insan haklarının sert çekirdeği veya dokunulmaz alanlar şeklinde de koruma altına alınmıştır.²⁰

¹⁹ ALACAKAPTAN, Uğur, “Devletin Güvenliğini İlgilendiren Suçlar”, Ceza Hukuku Reformu, 1.Baskı, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 652-654; AKBULUT, İlhan, “Türk Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler Işığında Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Suçlar ve Ülke Bölücülüğü Suçu”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP'e Armağan, Cilt 3, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2003, s.696.

²⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”,

Düşünce özgürlüğü Aydınlanma Çağı'nın bir ürünü ve onun itici gücü olarak nitelendirilmekte ve insanlık var oldukça temek niteliğini sürdüreceği vurgulanmaktadır.²¹ Düşünce özgürlüğü birçok hak ve özgürlüğün üzerine kurulu olduğu diğer özgürlüklerin onsuz olmaz koşulu kaynak özgürlüktür. Bütün geleneksel özgürlükler, düşünce özgürlüğünden esinlenerek adlandırılır. Düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, haberleşme özgürlüğüne kaynaklık yapar. Hükümetin tasarrufu ve devlet sırları ile kişilerin düşünce özgürlüğünün kaynaklık yaptığı ifade, haberleşme ve basın hürriyeti arasında ters bir ilişki vardır. Hükümet tasarrufları veya devlet sırlarının kapsamı ne kadar genişlerse özgürlükler o oranda daralır. Ancak temelini toplumsal sözleşmeden alan devletin yine fertlerin menfaatleri için güvenliğinin ve bekasının sağlanması gerekir. Bu kapsamda, devlet güvenliğini ve bekasını tehlikeye sokacak ve zarara uğratacak bir takım bilgi ve belgelerin sır olarak saklanması gerekir. Aynı zamanda bu sır alanının oldukça dar olması sağlanmalıdır. Kişilerin, idarenin sahip olduğu bilgi ve belgelere ulaşma hakkını ve şeffaf yönetim anlayışını engellemekte kullanılan en etkili araç gizlilik ya da devlet sırrı gerekçesiyle gerçekleştirilen sınırlamadır. Günümüzde devlet anlayışı, insan hak ve özgürlüklerinin geldiği nokta devlet sırlarının en az seviyede olmasını öngörmektedir.

Devlet sırrı, bütün devletlerce kabul edilen devlet güvenliği ve devletin yüksek menfaatleri için korunması gereken bilgiler olarak işaret edilen gizli bir alandır. Bu kavram, devletin güvenliğine ve nihayetinde toplumun ve bireylerin güvenliğine hizmet eder.²² Dış ilişkiler ve ulusal güvenlik, devletin güvenliği ve bekası için hayati öneme sahiptir.²³

Günümüzde bazı devletler, devlet sırlarının neler olduğunu, bunları belirleme yetkilerini, sınıflandırılmalarını ve saklanma sürelerini bir kanunla düzenlerken bazıları da bunu idari düzenlemeler ile yapmaktadırlar. Devlet sırlarını önceden yapılmış düzenlemeler ile belirlemek devletlerin tercihi olmakla birlikte günümüzde kişi temel hak ve özgürlüklerine saygı, hukuk devleti, şeffaf devlet yönetimi gibi ilkeler, devlet sırlarının bir kanunla sınırlarının belirlenmesini gerekli kılmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 55, 2004, s. 86 vd.; KORKMAZ, Ömer, "Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları", Prof.Dr. Seyfullah EDİ'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 119.

²¹ Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü, (Hazırlayan: İbrahim Ö. KABOĞLU) Türkiye Genç İşadamları Yüksek Kurulu-1994, İstanbul, 1997, s. 19.

²² KAYA, Cemil, "State Secret as An Instrument to Maintain State Security", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2006, s. 33.

²³ MARSH, Norman S., Access to Government-Held Information: An Introduction, in Ed. Norman S. Marsh, Public Access to Government-Held Information: A Comparative Symposium, Stevens&Son Ltd., London, 1987, s. 9.

Türkiye’de henüz devlet sırlarının neler olduğunu, devlet sırlarını kimlerin belirleyeceğini, bunlarla ilgili karar vermeye yetkili makamları ve bilgilerin saklama süresini düzenleyen bir kanun mevcut değildir. Ancak, uzun yıllardır üzerinde çalışılan ve halen yasalasmayı bekleyen “Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı” bulunmaktadır. Bu Tasarı’da, devlet sırrı ve açıklanması yetkili makamlarca yasaklanmış bilgi ve belgelere ilişkin düzenlemeler mevcuttur.²⁴ “Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı”, kamu kurum ve kuruluşlarının ellerinde bilgi ve belgelerin devlet sırrı niteliğinde olup olmayacağına karar verecek mercileri de belirliyor olmasına rağmen halen kanunlaşmamıştır.

II. DEVLETİN GÜVENLİĞİNE VE SİYASAL YARARLARINA İLİŞKİN BİLGİLERİ AÇIKLAMA SUÇU (TCK’NIN 329. MADDESİ)

A. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

5237 sayılı TCK’nın 329. maddesi kasten veya taksir sonucu devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçunu düzenlemektedir. TCK’nın 329. maddesinin ilk fıkrası, “Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir” şeklindeki düzenlemeyle kasten işlenen halini, üçüncü fıkrası, “Fiil, failin taksiri sonucu meydana gelmiş ise birinci fıkrafta yazılı olan hâlde, faile altı aydan iki yıla, ikinci fıkrafta yazılı hâllerden birinin varlığı hâlinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir” şeklindeki düzenlemeyle taksirle işlenen halini düzenlemektedir. Maddenin ikinci fıkrası ise, “Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuşsa, faile on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir” şeklinde olup suçun nitelikli halini düzenlemektedir.

²⁴ Tasarı’nın 3. maddesindeki tanıma göre devlet sırrı; “Açıklanması veya öğrenilmesi, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgelerdir”. Tasarı’nın 4. maddesinde gizli kalması gereken bilgi ve belgeler; “Devlet sırrı niteliği taşımayıp da, açıklanması veya öğrenilmesi hâlinde ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, askeri hizmetlere, idarî soruşturmaya ve adli soruşturma ve kovuşturmaya zarar verebilecek nitelikteki veya yetkili makamlar tarafından gizlilik derecesi verilmiş bilgi ve belgeler, gizli bilgi ve belge olarak kabul edilir” şeklinde tanımlanmaktadır. Tasarı’nın 6. maddesine göre; bu Kanun hükümlerine göre bilgi ve belgelere devlet sırrı niteliğini verme yetkisi, Başbakanlık Müsteşarının başkanlığında; Adalet, Milli Savunma, İçişleri ve Dışişleri bakanlıkları müsteşarlarından oluşan Devlet Sırrı Kuruluna aittir. Tasarı’nın 8. maddesinde, devlet sırlarının mahkemeye sunulması ile ilgili 5271 sayılı CMK’nın hükümleri saklı tutulmuştur.

B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Türk Ceza Kanunu'nun 329. maddede düzenlenen suç, devletin birinci derecede önemli menfaatlerini ilgilendiren yani, özünde devlet sırrı olan bilgileri himaye maksadıyla düzenlenmiştir. Bu suçun koruduğu hukuksal menfaatler, “devlet güvenliği”, “devletin iç veya dış siyasal yararları” ve “milli savunmaya” ilişkin menfaatlerdir.

C. SUÇUN UNSURLARI

1. Tipikliğin Objektif (Maddi) Unsurları

a. Fail

Madde metninde, suçun faili olmak bakımından her hangi bir vasıf (Türk veya yabancı) aranmadığından, bu suçun failinin herkes olabileceği anlaşılmaktadır.²⁵ Kanun, belirli nitelikte kişilerin işleyebileceğini belirtmek istediğinde bunu açıkça yapmaktadır; söz konusu normda “...kimseye” ibaresi kullanılmıştır. Dolayısıyla, her hangi bir kişi veya basın mensubu hangi sıfatla olursa olsun normun uygulama alanına girmiş olmaktadır.

Basılmış eserler için bu suçun failinin kimler olduğunu ortaya koymak için 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesini incelemek gerekmektedir.

Sürelî yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.

Sürelî yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin, sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; ya-

²⁵ GÖZÜBÜYÜK, Abdullah P., Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 1, 3. Baskı, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1982, s. 518; ÖGEL, Ragıp, “Casusluk Suçları”, Adliye Ceridesi, 31. Yıl, 1940, s. 1040.

yımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

b. Suçun (Hareketin) Konusu

Hareketin konusu, “devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler” yani, özünde devlet sırlarıdır.²⁶

Hareketin konusunun belirlenmesi bazı durumlarda, teknik ve özel bilgi gerektiren bir iş olup, bu konuda hâkim bilirkişiye başvurabilir. Suçun maddi konusunun şüphe götürmeyecek şekilde ortaya konması gerekir.

c. Fil

Suç, devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri “açıklamak”tır.²⁷ “Açıklamak”; “bir konuyla ilgili gerekli bilgileri vermek, izah etmek, afişe etmek; açıkça söylemek, ifşa etmek, belirtmek, göstermek, açığa vurmak, izhar etmek, bir sözün, bir yazının ne anlatmak istediğini belirtmek, yorumlamak” anlamlarına gelmektedir.²⁸

ca. Devlet Sırrını Açıklamak

Açıklama, belli kimselere olabileceği gibi, aleni şekilde de olabilir. Açıklama, belli kişilere yapılmış ise onların vazifesi öğrendikleri bu gibi sırları başkalarına söylememektir. Basın mensupları için bu konu düşünüldüğünde, devlet güvenliğine ilişkin bir sırrı öğrenen kişinin bu sırrı basılı olarak ifşa etmemesi gerekmektedir. Aksi halde suç oluşacaktır. Aleniyet kazanmamış sırların ve bir şekilde bir vakıya veya hâdiseden veya bir şeyden öğrenilen bilginin sır vasfı ortadan kalkmaz. Fakat açıklama belli olmayan kişilere yani aleni şekilde ol-

²⁶ ÖZÜTÜRK, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, 1. Cilt, Balkanoğlu Matbaa, Ankara, 1966, s. 391-392; ÖGEL, s. 1040; Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 02.10.1997 gün ve 1997/98-114 E.K. sayılı kararında “Hudut Karakolları, Hudut Bölüğü ve Hudut Taburunun cephanelik ve mevzii yerleri ile bu birliklerin konuşlanmalarını gösteren, sanıklar tarafından çizilen krokilerin, birliklerin gerçek durumunu yansıtmaması sebebiyle ‘gizli kalması lazım gelen malumat’ kapsamında olduklarına” işaret etmiştir. (Askerî Yargıtay Kütüphanesi Daireler Kurulu 1997 yılı kararlar klasörü).

²⁷ EREM, Faruk, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Cilt 1, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1968, s. 53; ÖGEL, s. 1040-1041; GÖZÜBÜYÜK, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 1, s. 507-508.

²⁸ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, s. 13.

muş ise artık sır bahse konu olamayacağı için bunları başkalarına söylemek açıklama suçunu teşkil edemez.²⁹ Nitekim, Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 2.10.1997 gün ve 1997/98-114 E.K. sayılı kararında; “... ifşa kavramı, devlete ait bir sırrın bir veya birden fazla kimselere bildirilmesi anlamına gelmekte olup, sırrın başkalarına bildirilmemiş olması veya bildirilmesine rağmen bu kimseler tarafından bilgilerin alınmamış olması durumunda “ifşa” gerçekleşmemiş olduğundan, bu suç da oluşmayacaktır” açıklamasıyla, suçun maddi unsuru için bilginin bildirilen tarafından alınmış olması şartını aramaktadır.³⁰ Aynı görüşe ilişkin, Askerî Yargıtay 2. Dairesinin 19.10.1972 gün ve 1972/203-242 E.K. sayılı ilamı; “...Bu suçun tekevvünü için her şeyden evvel: A) Kanunun kastettiği anlamda bir ifşanın mevcudiyeti, B) ifşa edilen evrak veya vesika yahut malûmatın, devletin emniyetine veya dahili yahut beynelmilel siyâsî menfaatlerine taallûk etmesi; veya bu menfaatler icabı gizli kalması gereken yahut neşir veya işaası salâhiyetli makamlarca yasaklanmış olması şarttır... Suçun, devlet sırrının ifşa edilmesi ile tamamlanacağında şüphe yoktur. Kanunun kastettiği anlamda ifşa ise, devlete ait bir sırrın, bir veya birden fazla kimselere bildirilmesi demektir. Sırrın bildirilmesi kâfi olmayıp, diğer tarafın bunu almış olması diğer bir ifade ile sırta muttalî olması esastır. Kendisine isnad olunan maddi eylemin mahiyetine göre; saniğin devlet sırrını bir veya birden ziyade kimselere bildirmesi gibi bir durumun bahis konusu olmadığı şüphesizdir. Ancak fiili ile sırlara vakıf olunmasına müsait bir zemin yaratarak, karşı tarafın aynı maksada ulaşmasını temin etmiş olması ile devlet sırrını ifşa etmiş sayılacağı aşikârdır... Yukarıda açıklandığı gibi kanunun kabul ettiği anlamda bir ifşanın mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için, devlet sırlarının ifşa edilene ulaşması suretiyle sırlara vakıf olunması şarttır”³¹ şeklindedir.

Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere, özünde devlet sırlarını açıklama suçunun söz konusu olabilmesi için, gizli bir bilgiyi içeren şeyi, meşru veya gayri meşru olarak elinde bulunduran kişinin, o sırrın içeriğini bilmesine gerek bulunmamaktadır. Sadece elinde bulunanın sır niteliğinde olduğunu bilmesi yeterlidir. Buna karşılık, sırrın iletildiği kişi veya kişiler tarafından söz konusu sırrın içeriğinin öğrenilmesi de gerekmektedir.

Bir bilginin sır niteliğinde olup olmadığının açıklamanın yapıldığı tarihe göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Açıklamadan önceki veya sonraki zamana göre sır olup olmadığı nitelendirmesi yapılamaz. Bu değerlendirme

²⁹ AKGÜÇ, Atf, “Casusluk Suçu”, Siyasi İlimler Mecmuası, Yıl 10, Sayı 118, 1941, s. 482.

³⁰ Askerî Yargıtay Kütüphanesi Daireler Kurulu 1997 yılı kararlar klasörü.

³¹ Askerî Yargıtay Kütüphanesi 2. Daire 1972 yılı kararlar klasörü.

için, “bilginin niteliğinden çıkan objektif kriter” ile “devletin açık veya örtülü iradesinden çıkan sübjektif kriter”in esas alınması gerekmektedir.

Bireysel bir hareketle, bilginin sır niteliği mutlak veya nispi, tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmamışsa açıklama suçu oluşmaz. Sırrın tamamı veya bir kısmı hakkında, doğru ve tam bilgi vermeyen, basit boşboğazlık (patavatsızlık) fiilleri, sırrın açıklanması olarak nitelendirilemez. Aynı şekilde, somut olayda gerçeğe yakın, tehlikeli veya zararlı olabilecek basit tüme varımlar veya varsayımlar da bu şekilde nitelendirilemez.³²

cb. Sırrın Bilinme Nedeni

Sırrın bilinme nedeninin önemi yoktur. Suça konu sır, her ne sebeple bilinirse bilinsin bilen kişinin onu açıklamama yükümlülüğü vardır. Sır, mesleği veya hizmeti nedeniyle meşru bir sebebe dayanılarak biliniyorsa ya da tesadüfen öğrenilmiş olsa bile açıklama, görev veya yetkiye dayanmıyorsa, eylem suç oluşturur.³³

cc. Sırrı Tamamen veya Kısmen Açıklama

Açıklama, ister sırrın tamamına, ister bir kısmına ilişkin olsun suç oluşur; yeter ki, açıklanan kısım devletin güvenliği veya iç ve dış diğer siyasi menfaatlerine yönelik bulunsun.³⁴ Sırta ulaşmaya yarayan ve çözülmesi imkan dahilinde olan kriptoyu, şifre, kod, ipuçlarını da açıklamanın ve bu açıklamanın sırrın açıklanmasına sebebiyet vermesi durumunda da suç oluşabilecektir. Nitekim, Askerî Yargıtay 2. Dairesinin 19.10.1972 gün ve 1972/203-242 E.K. sayılı kararında; *“Genelkurmay Başkanlığınca, Dışişleri Bakanlığına ait mesajların tetkiki neticesinde yazılan cevabi yazıda; hiçbir mesaj ihlâl olmasa bile “kripto sistemine ait esaslar açıklanmış” olması nedeniyle devletimizin emniyeti ve beynelmilel siyasi menfaati bakımından gizli kalması gereken malûmat ifşa edilmiş sayılacağı bildirilmiş ise de; bu görüşe itibar etmek mümkün değildir. Zira, şifre sistemi, şifreli olarak yazılmış yazıların muhtevasını öğrenmeye yarayan bir anahtar niteliğindedir. Bu da gizli tutulan bir husus ise de, bunun gizliliğinin kanunun tahrifatına uygun şekilde devletin emniyeti veya dâhili yahut beynelmilel siyasi menfaatleri icabı gizli kalması gereken bir malumatın ifşası anlamına gelemeyen, ancak bu anahtarla bu nitelikte olan evrakın muhtevası öğrenilmiş ise böyle bir ihlalden bahis konusu edilebilir.*

³² EVİK, V.Sonay-EVİK, A.Hakan, “Devlet Sırrını ve Yayılması Yasaklanan Bilgileri Açıklama ve Elde Etme Suçları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 3-4, Erzincan 2004, s. 130.

³³ ÖGEL, s. 1040; EVİK-EVİK, s. 130.

³⁴ EVİK-EVİK, s. 130.

Bu durum karşısında askeri ataşeliklere ait evrakın muhteviyatının Romen gizli servis mensuplarınınca öğrenilip öğrenilmediğinin vuzuha kavuşmaması; büyükelçilik kripto odasında ise kanunun tahrifatı dahilinde devletin emniyeti veya dahili yahut beynelmilel siyasi menfaatleri icabı gizli kalması gereken malumatı ihtiva eden evrakın bulunmadığının anlaşılması muvacehesinde suçun tekevvün ettiği düşünölemeyecektir” diyerek, sadece kriptunun kendisinin açıklanmasının suçü oluşturmayacağına, bu açıklamanın ancak devlet sırlarını ifşa etmesi durumunda suçun oluşacağına karar vermiştir.³⁵

cd. Sırrı Açıklamanın Zamanı

Bilginin sır kalması gerektiği müddetçe, açıklamanın yapıldığı tarihin, suçun esası açısından bir önemi bulunmamaktadır. Sır, aleni olarak açıklanıp öğrenilmişse örneğin, bir dergide veya gazetede yayımlanmışsa bu zamandan sonra sırrı açıklamak suç oluşturmayacaktır. Bu durumda bilgi, sır olma niteliğini herkese karşı mutlak olarak kaybeder ve böylece herkesin sırrı açıklamamak ve yayımlamamak yükümlülüğü de ortadan kalkar. Ancak, açıklama aleni yapılmamış ve sayılı kişinin bilgisine sunulmuş fakat alenileşmemişse sırrı açıklamak suçü vücut verecektir. Nitekim, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 19.4.1995 gün ve 1995/1732-2785 E.K. sayılı kararına göre, gizli belgeyi basın yoluyla ifşa etmekten yargılanan sanık hakkında; *“Dava konusu olayda uygulanan 136. maddedeki cürüm unsurlarının teşekkül edebilmesi için, devletin dahili veya beynelmilel siyasi menfaatleri bakımından gizli kalması gereken veyahut yetkili makamlar tarafından neşir ve ifşası men olunan malumatın istihsal ve ifşa anında gizlilik vasfını muhafaza etmesi ve failinin bilerek neşir ve ifşa etmiş bulunması icap eder. Eğer bu çeşit bir malumat, neşir ve ifşa edildiği tarihte esasen daha evvel kamuoyunun malumu olmuş ve herkes tarafından bilinmekte bulunmuş ise ortak sır olma vasfını kaybeder ve onun gizli kalması gereken veya neşir ve ifşası men olunan sır malumat olduğundan bahsolunamaz. Özgür Gündem Gazetesinin 5.2.1994 tarihli nüshasında yayımlanan “Ordudan kaçışın öyküsü” başlıklı dava konusu yazı, üzerine gizli kaydı düşölerek Genel Kurmay Başkanlığınca ilgili tüm personele duyurulmak üzere tamim edilmiş olsa bile, yukarıdaki açıklama ışığında içeriği itibariyle ele alınıp değerlendirildiğinde, TCK’nın 136/1. maddesi kapsamında gizli kalması lazım gelen malumat olarak kabul olunamayacağı ve bu vasfı bilinerek yayınlandığının anlaşılmadığı gözetilmeden, sanığın unsurları itibariyle oluşmayan müsnet suçtan beraati yerine yazılı düşöncelerle mahkumiyetine karar verilmesi”* bozmayı gerektirmiştir.

³⁵ Askerî Yargıtay Kütüphanesi 2. Daire 1972 yılı kararlar klasörü.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bir bilginin yayımlanmasının ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırılabilceğini belirtmektedir. Ancak ulusal güvenliği tehdit eden bir düşünce açıklamasının AİHS'nin koruması dışında kalabilmesi için söz konusu sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması ve sosyal ihtiyaç baskısı oluşturması gerekmektedir. Mahkeme bu anlamda, devlet sırrı niteliğinde ve yayımlanması ulusal güvenliğe aykırı olan bilgileri içeren kitap, dergi, gazete gibi yayınların toplatılmasını, bu yayınların hâlihazırda elde edilebilen veya büyük oranda elde edilmiş yani aleniyet kazanmış olması durumunda hem demokratik bir toplumda gerekli olmadığı hem de sosyal ihtiyaç baskısının oluşmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 10. maddesine aykırı bulmuştur.³⁶

İngiltere'deki *Observer ve Guardian* davasında, devlet sırrı niteliğinde bilgi içeren bir kitabın yayımlanmasından önce devletin aldığı geçici tedbir kararlarının haklı görülebileceğini, ancak kitabın önce Amerika Birleşik Devletleri'nde daha sonra da İngiltere'de yayımlanması sonrasında bu tedbirlerin anlamını kaybettiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre söz konusu olan müdahale kitabın yayımlanmasından sonra demokratik bir toplumda gerekli olmaktan çıkmıştır.³⁷ Mahkeme *Vereniging Weekblad Bluf! v. Hollanda Davasında* da benzer bir karar vermiştir. Mahkeme, Hollanda İç İstihbarat Servisinin periyodik raporlarından birini eline geçiren ve yayımlamak isteyen *Bluf!* dergisinin söz konusu sayısına el konulmasını ve gizlice dağıtılmasından sonra toplatılmasını AİHS'ye aykırı bulmuştur. Zira Mahkemeye göre bu belgeler artık aleniyet kazanmıştır.³⁸

³⁶ HAZAR, Zeynep, Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, s.1539

³⁷ HAZAR, s.1539.

³⁸ HAZAR, s.1539; *Vereniging Weekblad Bluf!* davasında da AİHM, farklı olgular temelinde, "ulusal güvenlik" ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışmayı incelemiştir. Amsterdam'da kurulmuş bir dernek olan davacı, esas olarak sol okuyucuya hitap eden *Bluf!* adlı bir haftalık dergi yayınlamaktaydı. 1987'de *Bluf!*'un eline Hollanda iç istihbarat servisinin periyodik raporlarından biri geçmişti. 1981 tarihli raporun üzerinde "gizlidir" yazıyordu. Rapor Hollanda gizli servisinin o dönemde ilgilendiği bazı konularda bilgi ihtiva ediyordu. Hollanda Komünist Partisi'nden ve nükleer karşıtı hareketlerden söz ediyordu; Arap Birliği'nin Lahey'de bir büro kurma planından bahis vardı; Polonya, Romanya ve Çekoslovakya gizli servislerinin Hollanda'daki faaliyetleri konusunda bilgi veriyordu. Derginin editörü, raporun 29 Nisan tarihli sayıyla birlikte ilave olarak verileceğini bir yorumla birlikte duyurdu. Aynı gün, Hollanda gizli servisinin başkanı savcılığa bir mektup yazarak raporun dağıtılmasının ceza yasasının çiğnenmesi anlamına geleceğini belirtiyordu. Rapordaki bilgilerin gizlilik özelliğini vurgulayarak şöyle diyordu: "her ne kadar... değişik katkılar tek tek ele alındığında, bir Devlet sırrı içermiyor olsa da (ya da bunlar artık bugün Devlet sırrı olmasa da), hep birlikte ele alındıklarında, birbiriyle bağıntılı olarak okunduklarında, bütün bunlar Devlet'in veya müttefiklerinin çıkarları açısından gizlilik gerektiren türden bilgiler olmaktadır. Bunun nedeni, olguların üst üste getirilmesi sonucunda, güvenlik servisinin değişik ilgi alanlarında elinde bulunan bilgiler ve BVD'nin faaliyetleri ve operasyon

Müdahalenin (el koyma ve toplatma işlemlerinin) “ulusal güvenliği” korumak için “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını inceleyen AİHM şu sonuca ulaşmıştır: “*Rapordaki bilgilerin, dağıtımını engellemeyi haklı gösterecek kadar hassas olup olmadığı tartışmalıdır, raporun üzerinde sadece “Gizlidir” yazmaktadır. Bu düşük bir gizlilik derecesi olduğunu göstermektedir. (...) Toplatma kararı,... olayın bütününe ışığında ele alınmalıdır. Gazeteye el konulmasından sonra, yayıncılar yüksek sayıda nüshayı yeniden basarak çok kalabalık olan Amsterdam sokaklarında satmışlardır. Dolayısıyla, söz konusu bilgiler derginin toplatılmasına karar verildiğinde zaten geniş biçimde yayılmış bulunmaktadır. (...) Bu son nokta açısından bakıldığında, AİHM, daha önce belirli bilgilerin zaten açıklanmış ya da gizli olmaktan çıkmış olduğu görüldüğünde, bu bilgilerin açıklanmasını engellemenin gereksiz olduğuna hükmetmiş olduğunu hatırlatır. (...) Söz konusu bilgilere çok sayıda insan ulaşma ve bunları başkalarına da aktarma olanağını elde etmiş durumdadır. Üstelik, medya da olay üzerine yorumlar yapmıştır. Durum böyle olunca, bu bilgilerin Devlet sırrı olarak muhafazası artık haklı gösterilemez; Bluf!’un ... numaralı sayısının toplatılması, izlenmekte olan “meşru amaca” ulaşma bakımından artık hiç de zorunlu görünmemektedir. (...) Kısacası, bu tedbir demokratik bir toplumda gerekli olmadığına göre, 10. madde’nin bir ihlâli söz konusudur.”³⁹*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konuyla ilgili kararlarına bakıldığında ifade özgürlüğünü sınırlamak amacıyla “ulusal güvenlik” gerekçesinin ileri sürüldüğü ve sırrın açıklama zamanının tartışıldığı davalardan biri *Observer ve Guardian* davasıdır. 1986’da *Observer ve Guardian* gazeteleri, emekli bir istihbarat görevlisi olan Peter Wright’ın yazmış olduğu *Spycatcher*⁴⁰

yöntemleri konusunda bir genel tablo elde etmenin mümkün hale gelmesidir”. Bunun sonucunda, derginin basılmasından ve dağıtımından önce, *Bluf!’un* bürosu soruşturmayı yürüten hâkimin arama emri temelinde arandı, derginin 29 Nisan tarihli sayısına, ilave de dahil olmak üzere el konuldu. O gece, *Bluf!’un* çalışanları sayıyı gizlice yeniden bastı ve ertesi gün 2500 dolayında nüshayı Amsterdam sokaklarında vatandaşlara dağıttı. Yetkili merciler dağıtım faaliyetine engel olmadı. Mayıs 1987’de sorgu hâkimi *Bluf!’un* çalışanları hakkındaki soruşturmayı herhangi bir suçlama getirmeksizin kapattı. Bu arada, dernek el konulmuş nüshaların iadesini talep etmiş ama bu başvuru reddedilmişti. Mart 1988’de, savcının talebi üzerine, Hollanda mahkemeleri *Bluf!’un* söz konusu sayısının bütün nüshalarının dolaşımından çekilmesi gerektiğine karar verdi. Mahkemeler, bu kararı, ulusal güvenliği savunma gerekçesine dayandırıyor ve söz konusu malzemenin denetimsiz tarzda birinin elinde bulunmasının yasaya ve kamu yararına aykırı olduğunu öne sürüyorlardı. MACOVEİ, Monica, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10’uncu maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz, İnsan Hakları El Kitabı, No.2, s.72-75. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10lfade.pdf, erişim tarihi 11.4.2015.

³⁹ MACOVEİ, s.74,75.

⁴⁰ Wright’ın kitabı istihbarat servislerinin ve görevlilerinin yürüttüğü, kanunsuz olduğu iddia

başlıklı kitaptan bölümler yayınlama niyetlerini duyurmuşlardı. Bu duyuru yapıldığında, kitap henüz yayınlanmamıştı.⁴¹

İngiltere’de Başsavcı mahkemelerden gazetelerin kitaptan bölümler yayınlamasını engelleyecek bir sürekli tedbir kararı çıkarmasını talep etti. Temmuz 1986’da mahkemeler sürekli tedbir kararının görüşülmesi süresince yayını engellemek üzere geçici bir tedbir kararı çıkarttılar. Temmuz 1987’de kitap, Amerika Birleşik Devletleri’nde basıldı ve İngiltere’de de görülmeye başladı. Bu gerçeğe rağmen, gazetelere karşı verilmiş olan geçici tedbir kararları Ekim 1988’e kadar yürürlükte kaldı.⁴²

The Observer ve *The Guardian* gazeteleri geçici tedbir kararları aleyhinde AHM’ye başvurular. İngiltere Hükümeti geçici tedbir kararlarının alındığı aşamada, Peter Wright’ın ulaştığı olduğu bilgilerin devlet sırrı niteliği taşıdığını öne sürdü. Bu bilgilerin yayınlanması halinde, Britanya istihbarat servisi, görevlileri ve üçüncü taraflar, görevlilerin kimliğinin ortaya çıkmasıyla büyük bir zarar görecektir; müttefik ülkelerle, kuruluşlarla ve kişilerle ilişkiler de zarar görecekti; bütün bunlar Britanya istihbarat servisine güvenlerini yitirecektir. Ayrıca Hükümet, Britanya istihbarat servisinin başka eski ya da halen çalışmakta olan görevlilerinin de aynı yola sapabileceğini ileri sürüyordu. Kitabın yayınlanış tarihinden sonraki dönem açısından, Hükümet müttefik ülkeleri Britanya istihbarat servisinin elindeki bilgileri sağlam biçimde muhafaza edeceğine inandırma gerekliliğine dayanıyordu. Hükümete göre, bu tür bir inancı yerleştirmenin tek yolu, gizli bilgiyi hayat boyu saklama yükümlülüğünü çığneme tehdidini savuran görevlilerin, bunu yapmasına hukuki yoldan sonuç alıcı tarzda engel olunabileceğini açıkça göstermekti. Bu yüzden bu hukuki yola başvurmak gerekiyordu.⁴³

AİHM yayınların önceden kısıtlanması konusunda şöyle diyordu: “... önceden kısıtlama, doğası gereği, AİHM’nin son derecede büyük bir dikkatle incelemesi gereken bir uygulamadır. Bu, özellikle basın söz konusu olduğunda

edilen bir takım faaliyetleri anlatıyordu. Mİ5’in 1950’li ve 1960’lı yıllarda Londra’da düzenlenen bütün konferansları, 1979’daki Zimbabve bağımsızlık müzakerelerini, Fransa, Almanya, Yunanistan ve Endonezya’dan diplomatları ve 1950’li yıllarda Britanya’ya ziyaret ettiğinde Hruşçov’u gizlice dinlediğini, başka ülkelerdeki Sovyet konsolosluklarına adam soktuğunu ve bu mekânları gizlice dinlediğini, Süveyş krizi esnasında Mısır Başkanı Nasır’ı katletmek için başarısız kalan bir komplo düzenlediğini, 1974 ila 1976 arasındaki başbakanlığı döneminde Harold Wilson’a karşı komplolar kurduğunu ve Mİ5’e tahsis edilmiş kaynakları Britanya’daki sol grupları izlemek için amacı dışında kullandığını ileri sürüyordu.

⁴¹ MACOVEİ, s.68,69.

⁴² MACOVEİ, s.69.

⁴³ MACOVEİ, s.70.

geçerlidir, çünkü haber bozulabilir mal kategorisine girer ve yayınlanmasının, kısa bir süre için bile olsa gecikmesi, haberin bütün değerini ve ilginçliğini ortadan kaldırabilir.” AİHM, geçici tedbir kararlarının kitap yayınlanmadan önce haklı görülebileceğine, ama kitap yayınlandıktan sonra geçerliliğini yitirdiğine hükmetti. Kitap, Amerika Birleşik Devletleri’nde yayınlandığında bilgiler gizlilik niteliğini yitirmişti. Dolayısıyla, *Spycatcher*’da açıklanan bilginin devlet sırrı olarak kamuoyunun gözünden uzak tutulması yararı ortadan kalkmış oluyordu. Bu koşullarda, tedbir kararlarını muhafaza etme konusunda “yeterli” bir ihtiyaç olduğu söylenemezdi.⁴⁴

ce. Açıklama Şekilleri

Suç, herhangi bir uygun araçla veya şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Belirli bir kişi veya kişilere (bunlar kim olursa olsun) açıklama söz konusu olduğunda, açıklama sözle, grafikte, görsel araçla, mimikle ve başka herhangi bir tasvir aracıyla ya da gerçek araçlarla (sırna ilişkin şeyi, örneğin; orijinal bir belgeyi göstererek veya vererek) işlenebilir. Bu açıklamanın gizli bir şekilde yapılmasına gerek yoktur. Sırrı açıklayan kişi, esasen sadece basit imalar yapmak istese de, haklı neden olmaksızın belirli bir kişi veya kişileri sırdan tamamen veya kısmen haberdar etmişse suç oluşacaktır. Suçun oluşumu için, açıklayan kişinin sırrı kendisinin bilmesi gerekmemekte; başkalarına sırrı oluşturan şeyi vermesi, iletmesi yeterli olmaktadır. “İletmek” eylemi, kendi başına, suiistimal ederek gizli bilgiyi elde eden kişi veya kişilere göre bilginin nispi olarak sır olma niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, bilgiyi bu şekilde elde eden kişiler de sırrı açıklamama yükümlülüğündedirler.⁴⁵

Kişiler, tesadüfen öğrendikleri bir sırrı, başkalarına açıklarlarsa veya yayınlarlarsa, açıklama suçunun faili olarak sorumlu olurlar. Sırrın açıklanması yayın yoluyla da gerçekleşebilir. Yayın, belirsiz kişilere açıklamadır; bilmek isteyen herkesin sırrı bilmesini bir şekilde sağlamadır. Böylece belirsiz sayıda kişinin öğrenmesi sağlanarak, sır aleni hale getirilebilir. Yayın sonucunda, bilgi sır olma niteliğini herkese karşı mutlak olarak kaybeder ve herkesin sırrı açıklamamak ve yayımlamamak yükümlülüğü de ortadan kalkar.

2. Tipikliğin Manevi Unsurları

Madde düzenlemesine göre, devlet sırrının açıklanması suçu kasten veya taksirle olmak üzere iki şekilde işlenebilir.⁴⁶ İlk fıkradaki suç için kast gerekli ve yeterlidir. Kast; açıklamaya yetkili olmadığını bildiği bilginin, sır niteliğini

⁴⁴ MACOVEİ, s.70-72.

⁴⁵ ÖGEL, s. 1041; EVİK-EVİK, s. 131.

⁴⁶ EREM, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Cilt:1, s. 53; ÖGEL, s. 1041.

bilerek ve isteyerek başkalarına açıklamaktır.⁴⁷ Doktrinde, bilgiyi açıklayanın; bilginin sır olduğunu ve bu bilginin devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasi menfaatlerine ilişkin olduğunu bilmesi gerektiğini savunanlar karşısında, bilginin sır olduğunu bilmek gerekirse de, devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasi menfaatlerine ilişkin olduğunun bilinmesinin gerekmediğini savunanlar da bulunmaktadır. Açıklanan bilginin, devletin güvenliği veya siyasi yararları ile ilgili olduğunu failin bildiğini araştırmaya gerek yoktur.⁴⁸

Devlet sırrının açıklanması suçu taksirle de işlenebilir. Maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeye göre, taksirle işlenen suçun cezası, kasten işlenene göre daha hafiftir. TCK'da açıkça belirtilen durumlarda taksirle işlenen suçta ceza verilmektedir. TCK 22. madde 2. fıkrasında taksir, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemiş olmasıdır. Fakat, yalnız başına bu özellik, davranışı dolayısıyla failin sorumluluğu için yeterli değildir. İlave olarak “gerekli dikkat ve özen” unsuru aranmaktadır. Bundan dolayı taksirden bahsedebilmek için, kanuni tarife uygun fiilin işlenebileceğinin öngörülme imkanının mevcut olması gerekir.⁴⁹ Somut olayda, mahkeme dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı yani failin taksirini belirleyecektir.⁵⁰

Askerî Yargıtay 4. Dairesinin 25 Haziran 2002 gün ve 2002/697-707 Esas ve Karar sayılı kararı, taksirle işlenen devlet sırrını açıklama suçunda sanığın taksirine ilişkin aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır⁵¹: “TCK'nın 136/son maddesinde düzenlenen taksir sonucu gizli kalması gereken malumatı ifşa etmek suçu, casusluk maksadıyla olmaksızın devletin emniyeti, dahili veya siyasi menfaat-

⁴⁷ EVİK-EVİK, s. 133; EREM, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Cilt:1, s. 53.

⁴⁸ ÖGEL, s. 1042.

⁴⁹ ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 318.

⁵⁰ Askerî Yargıtay 4. Dairesinin 10.1.2007 gün ve 2007/1-1 E.K. sayılı ilamı olaya göre değerlendirme yapılarak taksir halinin ortaya konması gerektiğine hükmetmiştir: “...’ı açıklayan bilgilerin de verilme kastının bulunup bulunmadığı eylemin, TCK’nın 329/3’üncü maddesi ile yaptırım altına alınan fiilin failin taksiri sonucu meydana gelmiş olması halini oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. ... sanığın bu CD’leri ne maksatla vermiş olduğu hususunun tam olarak tespit edilemediğinin bu hususun şüpheli kaldığının belirtildiği görülmekte, ...olaya göre bu hukuki değerlendirmeler yapılmaksızın, kanundaki seçimlik hallerin hangisinin gerçekleştiği belirtilmeksizin yahut “taksir” hali tartışılmaksızın hüküm kurulmasının, gerekçenin yetersizliği nedeniyle, usûl yönünden bozmayı gerektirdiği sonucuna ulaşılmıştır.” Askerî Yargıtay Kütüphanesi 4. Daire 2007 yılı kararlar klasörü.

⁵¹ Askerî Yargıtay Kütüphanesi 4. Daire 2002 yılı kararlar klasörü.

lerine ilişkin olarak gizli kalması gereken malumatın (sırların) kusurlu davranışlar sonucu başkaları tarafından öğrenilmesine sebebiyet verilmesiyle oluşur. Askerî mahkemece, söz konusu haritanın ve üzerindeki bilgilerin TCK'nın 136. maddesinde öngörülen gizli kalması gereken malumat (devlet sırrı) niteliğinde olup olmadığı konusunda dinlenen bilirkişiler; mevcut bilgilerin hareket planını tam olarak ortaya koyamayacağını, tüm planın ifşa edilmesi anlamına gelmediğini, tüm planın değiştirilmesini gerektirmediğini belirtmekle birlikte haritanın gizli bilgiler içerdiğini açıklamışlardır. Ancak, olayda öncelikle üzerinde durulması gereken konu olayda sanığın tedbirsiz, kayıtsız, kusurlu davranışlarının olup olmadığıdır. Açıklanan nedenlerle, olumsuz görev koşulları, görev sırasında yer ve koordinat belirlemesine yarayan GPS cihazlarının pillerinin bitmesi, karadan takip eden ekibin bölgenin özelliği itibarıyla ...'de iken görevin tamamlanma noktasına geldiği konusunda sanık ve arkadaşlarını açık ve kesin bir şekilde uyarmaması, tüm ekibin ilk kez bölgede görev yapması karşısında, olayın esaslı bir beşeri yanılğı sonucu meydana geldiği, etüt ve ölçümleri daha sağlıklı yapabilmek için söz konusu haritayı görev sırasında yanında bulunduran sanığın, belirtilen koşullarda yakalanmakla haritanın ele geçirilmesine neden olmasında tedbirsiz, kayıtsız ve kusurlu davranışları bulunduğu kabul edilemeyeceği, sanığa yüklenen suçun oluşmadığı gibi eyleminin başka bir suça da vücut vermediği sonucuna varılmıştır.”

Maddenin üçüncü fıkrası, suçun taksirle işlenebileceğini düzenlemekte ve casusluk maksadıyla olmaksızın devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin olarak gizli kalması gereken sırların failin taksirli hareketi sonucu başkaları tarafından öğrenilmesine sebebiyet vermesiyle yani sırların açıklanmasıyla oluşmaktadır. Hal böyle iken kanun koyucu madde gerekçesinde; “Bu fıkra ile cezalandırılan fiil, taksir sonucu devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararlarının gizli kalmasını gerektirdiği bilgilerin, bunları açıklayan kimsenin eline geçmiş olmasıdır” şeklindeki açıklamasıyla madde düzenlemesinden çok farklı bir fiili işaret etmektedir. Kanun düzenlemesindeki fiil ile gerekçede açıklanan fiil aynı değildir. Gerekçede, söz konusu “...bilgilerin, bunları açıklayan kimsenin eline geçmiş olması...” ifadesiyle, taksirle söz konusu bilgileri açıklayan değil elde edenin cezalandırılacağı kanaati uyandırılmıştır.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki kanun koyucu, yaptığı kanun ile ilgili kesin ve son görüşünü, oylayıp kabul ederek ortaya koyduktan sonra gerekli usulî işlemlerden geçen ve Resmi Gazete’de yayımlanan metin ile yansıtır. Oylanmayan gerekçe ve hazırlık çalışmaları bağlayıcı kabul edilemez. O nedenle kanunilik ilkesinin muhatabı yayımlanan kanun metindir. Gerekçe ve hazırlık çalışmaları bunların dışındadır. Bu kapsamda, her ne kadar kanunu uygulayan

ya da yorumlayanlar madde gerekçesi ile bağlı değil ise de, madde gerekçesinin madde düzenlemesini gerekçelendirmekten uzak olduğu ve değiştirilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir fiilin cezalandırılabilmesi için bu fiilin kanuni tipe uygunluğu yetmemekte, aynı zamanda hukuk düzeninin bu fiile izin vermemesi de gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, suçun tüm unsurları oluşmuş olmasına rağmen hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmedikçe fiil suç oluşturmayacaktır. Bu anlamda, bir fiilin suça vücut verebilmesi için, o fiilin kanuni tipe (maddeye) oturması yeterli olmayıp, eylemin hukuka uygunluk sebeplerinin birine dâhil olmaması da gerekir.

Basın özgürlüğü kapsamında haber verme hakkını kullanan basın mensubu veya yayımcının durumunun, bu suç için TCK 26. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığı konusu ise incelemeye muhtaçtır.

Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 1. fıkrası, "Hakkını kullanan kişiye ceza verilmez" şeklindeki düzenlemesiyle hakkın kullanılmasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmiştir.⁵² Madde gerekçesinde, hakkın, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabileceği, hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabileceği belirtilmiştir. Yine madde gerekçesinde, bunun istisnası olarak, hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olmasının aranacağı, hakkın bir mercie başvurularak kullanılabilirse burada hak kapsamından bahsedilemeyeceği vurgulanmıştır.

Bu kapsamda, bir hakkın hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için şu koşulların gerçekleşmiş olması şartı aranacaktır⁵³:

1) Subjektif bir hakkın kullanılması⁵⁴,

⁵² ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

⁵³ PARLAR, Ali - HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.468; ÖZBEK, Özer – KANBUR, Mehmet Nihat – DOĞAN, Koray - BACAĞSIZ, Pınar – TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.322; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.288-294; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, a.g.e., s.423-425.; CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 2005, s. 333-341.

⁵⁴ Subjektif hakkın varlığı için hukuken tanınmış ve korunmuş bir hakkın bulunması gerekir. Bu

- 2) Hakkın fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilir olması,
- 3) Failin hakkını, bu hakkı doğuran kaynağın sınırları içinde kullanılması,
- 4) Hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında fikri bir bağlantının bulunması.

Basın yoluyla işlenen suçlarda haber verme hakkının bazı suçlar için hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu, haber vermenin gazeteciler ve yazarlar için basın özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğu doktrinde⁵⁵ ve yargı kararlarında⁵⁶ belirtilmiştir. Hukuka uygunluk sebebi olarak haber verme hakkından söz edebilmek için; haberin gerçek olması, haberin güncel olması, haberi vermede kamu yararı bulunması ve verilen haberle işlenen suç arasında düşünsel bir bağın bulunması gerekmektedir.⁵⁷

Bir meslek veya sanatın icrasına izin veren hukuk kuralı, meslek sahibine o mesleğin icrası bakımından subjektif bir hak tanımıştır. Basın mensubu ya da gazeteci yazdıkları veya konuştukları ile, doğası gereği ifade özgürlüğü içinde yer alan haber verme, haberleşme özgürlüğü, yorum ve eleştiri hakkını ile bağlantılı bir hakkı kullanmaktadır. Ancak, bu hakkı doğuran kaynağın sınırları aşıldığı takdirde fiil hukuka uygun olmaktan çıkacaktır. Hakkın sınırları, kamu yararı veya belirli bir zaman için veya özel nedenlerle oluşturulan genel veya istisnai kamu hukuku kurallarından doğabilir.⁵⁸

Yukarıdaki açıklamalar incelendiğinde, TCK'nın 329'uncu maddesinin koruduğu hukuki menfaat ile hukuka uygunluk sebebi olarak hakkın kullanılması arasında bağlantı bulunduğu görülmektedir. Öncelikle milli güvenlik ve kamu yararı ile suçun koruduğu hukuki menfaat arasındaki ilişkinin ortaya konulması sonrasında bu suç için "hakkın kullanılması"nın hukuka uygunluk nedeni olup olmadığının açıklanması gerekmektedir.

1982 Anayasası'nın 28. maddesinin 3. fıkrasına göre, basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulandığı görülmektedir. Milli güvenlik, basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak

haktan yararlanma hususu hak sahibinin iradesine bırakılmış olmalıdır. Bu hak; ceza kanunundan, kamu hukukundan ve özel hukuktan, yargı kararından idari bir tasarruftan, örf ve adetten doğabilir. Timurbaş, a.g.e., 289, 290.

⁵⁵ ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAŞIZ a.g.e., s.338 vd.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.294,295; ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, a.g.e., s.425 vd.; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, s. 342 vd.; AYDIN, Murat, TCK'nın Genel Hükümleri Açısından Basın Suçlarında Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2009, s.146.

⁵⁶ Konu ile ilgili çeşitli yargı kararları için bk. ÇETİN, Erol, Son Değişikliklerle Basın Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008, s.277 vd.

⁵⁷ ÖZBEK – KANBUR – DOĞAN – BACAŞIZ a.g.e., s.338.

⁵⁸ Timurbaş, a.g.e., 291.

Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenmiş olup, maddenin 2. fıkrasına göre, *"Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması ...amaçlarıyla sınırlanabilir."*

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasında da basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hüküm vardır. Buna göre, *"Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir"*. Basın Kanunu'ndaki bu düzenlemenin AİHS 10. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlandırma nedenlerine benzerliği, düzenlemede AİHS'nin esas alındığını göstermektedir. 1982 Anayasasında olduğu gibi Basın Kanunu'nda da millî güvenliğin basın özgürlüğünü sınırlandıran bir neden olarak düzenlendiği görülmektedir. Basın özgürlüğünün TCK 329'uncu maddeyle bağlantılı sınırının millî güvenlik ve devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması olduğu söylenebilir.

Devlet, insanların meydana getirdiği bir örgütlenme biçimi, hukuki bir varlık, hukuki bir kişiliktir. Devletin hukuki kişiliğinin en önemli sonucu devletin devamlılığının sağlanmasıdır. Devletin kişiliği hükümet edenlerin ve kamu görevlilerinin kişiliklerinden ayrı farklı ve süreklidir. Devleti yöneten siyasal iktidarlar, yöneticiler, hükümetler ve hatta rejimler değişir fakat devlet süreklidir.⁵⁹

Devlet bütün siyasal kurumların en büyüğü, kurumlar kurumudur⁶⁰, bu hukuki organizasyon, fertlerin dışında bir takım hukuki değerleri kendi içinde taşımaktadır. Bir varlık olan devlet, bu mevcudiyetini ve devamlılığını koruduğu gibi hâkimiyetin yöneldiği gayeye erişmek için de bir takım fonksiyonlar içermektedir. Bütün bu varlık unsurları ve değişik fonksiyonları bir bütün halinde ve derece derece hukuki himaye konusunu teşkil etmektedir. Devlete karşı suçların içinde bulunan "devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama" suçu, devletin varlığına ve devamlılığına yönelmiş fiiller olması sebebiyle şiddetle cezalandırılmaktadırlar.

Devletin varlığından, devamından ve faaliyetlerinden doğan bütün menfa-

⁵⁹ KAPANİ, Münci, Politika Bilimine Giriş, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:31, Ankara, s. 22-23.

⁶⁰ DAVER, Bülent, Siyasal Bilime Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:251, Ankara, s. 156.

atler aleyhine işlenen suçlar, devlet aleyhine suç olarak kabul edilmekte olup, TCK'nın 329. maddesindeki suç da anılan suçlardandır. Devletin şahsiyeti aleyhine suçlar esas itibarıyla, devletin varlığını, devamını ve bununla ilgili düzenini himaye etmesi sebebi ile devletin öz varlık menfaatlerini korumaktadır.⁶¹

Menfaat, “fayda, kâr, çıkar, yarar” anlamında kullanılan bir kelimedir.⁶² Milli menfaatler ve devlet menfaatleri kavramları bazen birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Bu kavramları aslında birbirinden tam anlamıyla ayırmak zordur. Bu menfaat türleri farklı olabilir, birbirleriyle çelişebilir veya birbirleriyle çakışabilirler. Aynı şekilde “birey menfaati” de bazı durumlarda “milli menfaat” ve “devlet menfaati” ile örtüşmektedir.

Devletin kuruluşunu etkileyen önemli faktörlerden biri, milletin ve milleti oluşturan bireylerin menfaatleridir. Devletin kuruluşunda insanların ihtiyaçlarını sağlama düşüncesi bulunmaktadır. Toplumu oluşturan bireylerin ortak yararları toplumu bir arada tutan en önemli bileşendir.⁶³ Devlet kavramında “ortak yarar”, düşünürler tarafından, teşkilatlı ve düzenli bir toplum kurmada bazen bir sebep, bazen toplu yaşamayı gerektiren bir etmen ve bazen de toplu yaşamının ortaya çıkardığı durum yani sonuç olarak benimsenmiştir. Milli menfaatlerin bu ortak yararı karşılması gerektiği söylenebilir.

Milli menfaat, milli varlığın güven içinde bulundurulması ve mutlu yaşaması için yararına olduğuna inanılan ve sağlanması gereken genel değerler bütünüdür. Milli menfaatlerin kapsamı, milli gayeleri ihtiva edecek derecede değişik, geniş ve devamlıdır. Devletin bekası, güvenliği ve milletin refahı için ulaşılması ve korunması gerekli maddi ve manevi değerler olarak görülen milli menfaat birbirinden farklı ve fakat muhtevada benzerlik gösteren değişik şekillerde tanımlanmaktadır.⁶⁴

Kaynağını toplumun bir araya gelme nedeninden, dolayısıyla devletin varoluş gayesinden alan milli menfaatler, genellikle belirli bir niteliğe sahip ol-

⁶¹ ÖZEK, Çetin, “Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 32, Sayı 2-4, s.603-604.

⁶² Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 10. Baskı, 4. Akşam Sanat Okulu Matbaası, Ankara, 2005, s. 1368; DEVELLIOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 24. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2007, s. 614.

⁶³ Aristo “Devletin amacı, insanları sadece bir araya getirmek değil, bir arada iyi yaşamalarını sağlamaktır” derken, Rousseau, “yönetimlerin hangisi en iyisidir?” sorusunu cevaplarlarken “bu belirtilerin en önemlisi, düzenin sürekliliği ve kişilerin mutluluğudur. İnsanlar bu amaçları gerçekleştirmek için kendi aralarında siyasal bir ortaklık kurarlar” demektedir. AKIN, İlhan F., Devlet Doktrinleri, Samim Güniz ve Sadık Özyaygen Basımevi, İstanbul, 1962, s. 175.

⁶⁴ Milli Güvenlik Siyaseti ve Stratejisi, Harp Akademileri Yayınları, Harp Akademileri Basımevi, İstanbul, 1996, s. 20-23.

duklarından değişken değillerdir. Değişmezlik, iç ve dış ilişkilere bağlı kalmadan, durumunu uzun süre korumakla sağlanabilir. Bu yönüyle milli menfaatler, süreklilik gösterirler. Ancak, zaman içinde büyük önem taşıyan değişikliklerin oluşumu veya kapsamlarındaki bir hususun gerçekleşerek geliştirilmesinin gerektiği durumlarda değişme ve düzenlemelere tabi tutulurlar, çünkü milletin varlığı devamlıdır. Milli menfaatlerin devamlılığı, onların anayasalarda ve genel ilkeler olarak yer almasının bir sebebidir.⁶⁵

Milli Menfaatler, 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde: *“Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak, Türkiye Cumhuriyetinin ebedi varlığı, refahı, maddi ve manevi mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde; Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu Millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı;...Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;...”* şeklinde yer almıştır.

Devlet, belirli bir ülkede insanlar arasındaki siyasi organizasyon olduğuna göre, korunan menfaatlerin tamamı da bu organizasyonun varlığının ve devamının sağlanması anlamına gelmektedir. Devlet menfaatleri, topluluğu cezalandırmanın da meşruluğunu sağlamaktadır. Bu menfaatleri ferdi menfaatler ile bir tutmaya, devleti de bir şahıs gibi kabul ederek onun bu menfaatlerinin korunduğunu belirtmeye imkân yoktur. Devletin devamı ve mevcudiyeti şeklinde birleşen menfaatler, tek tek fertlerin ve toplumun da menfaati anlamına gelmektedir.

Devlet, toplumdan, toplumda fertlerden oluşmaktadır. Yani devlet, varlığını fertlerin oluşturdukları toplulukta bulmakta, dolayısıyla devlet bu topluluğa mal edilerek devletle topluluk aynı şeyler olarak algılanmaktadır. Yukarıdaki açıklamalar sonunda devlet menfaatini ihlal eden durumların dolayısıyla toplum menfaatlerini de ihlal edeceğinden söz edilebilir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, *“gazeteci veya yayımcının devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin bilgi açıklaması durumunda, AİHS’den ve Anayasa’dan kaynaklanan ifade özgürlüğü içersine konumlanmış*

⁶⁵ Milli Güvenlik Siyaseti ve Stratejisi, s. 21.

basın özgürlüğü ve haber verme hakkının mı üstün tutulması yoksa milli güvenliğin mi üstün tutulması daha yararlıdır?” sorusu akla gelmektedir.

Genel olarak hukuka uygunluk sebeplerinin sınıflandırılması çalışmalarında üstün yarar ve yararların tartılması ilkesi⁶⁶ karşımıza çıkmaktadır. Daha üstün yararın korunması demek diğer yararın sınırlanması anlamına gelmektedir. Üstün olan yarar karşısında sınırlanan yarar, hukuksal korumadan yararlanamayacak, bu yararın sahibi hukuka aykırılık iddiasında bulunamayacaktır. Haber verme hakkı olarak nitelendirilen hukuka uygunluk sebebinde de milli güvenlik ile basın özgürlüğü çatışmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 329. maddede düzenlenen suç, devletin birinci derecede önemli menfaatlerini ilgilendiren yani, özünde devlet sırrı olan bilgileri himaye amacıyla düzenlenmiştir. Bu suçun koruduğu hukuksal menfaatler, “devlet güvenliği”, “devletin iç veya dış siyasal yararları” ve “milli savunmaya” ilişkin menfaatlerdir

Gazeteci veya yayımcı devlet güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarla ilişkin bilgileri yapmış olduğu yayın faaliyeti sonucunda açıkladığı takdirde devlet güvenliğini, dolayısıyla milli güvenliği ihlal etmiş olmaktadır. Bir tarafta basına tanınmış olan özgürlük diğer tarafta milli güvenlik ve toplumun dolayısıyla bireylerin güvenlik, huzur, refah ve bekasını sağlayan devlet bulunmaktadır. Bunlardan hangisinin korunması, bir başka ifadeyle üstün sayılması gerektiği konusunda yararların tartılması yoluna gidildiğinde, AİHS 10. maddesinin 2. fıkrası, Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrası ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasındaki basın özgürlüğünü sınırlandırma nedenleri arasında bulunan milli güvenliğin ve buna bağlı toplumun dolayısıyla bireylerin güvenlik, huzur, refah ve bekasının sağlayan devletin yararının üstün tutulması gerekmektedir.

Bu nedenle, basın özgürlüğü ve haber verme hakkı, hukuka uygunluk sebeplerinden “hakkın kullanılması” kapsamında devletin güvenliğine veya siyasal yararlarına ilişkin bilgilerin açıklanması eylemini hukuka uygun hale getirmemektedir.

⁶⁶ Yarar çatışmalarında bunlardan hangisinin daha üstün tutulması gerektiği değerlendirilip hukuki koruma altına alınması ve diğerinin bu yarar karşısında geri çekilmesi gerektiği konusunda öğretisi ve mahkeme kararlarında yararların tartılması ilkesi geliştirilmiştir. KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk. II. Bası. Ankara, 1993, s.109.

D. KUSURLULUK

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda kusurluluk bakımından genel kurallar geçerlidir. Ceza sorumluluğu için maddi, manevi unsur ile hukuka aykırılık unsurunun yanında failin kusurunun da bulunması gerekir. Anayasa'nın 38. maddesinde de "kusursuz ceza olmaz ilkesi" düzenlenmiştir.⁶⁷ Bu suç bakımından, kusurluluğu etkileyen hallerden; hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (madde 24/2-4) gündeme gelebilir. Kanun hükmü, kişiye herhangi bir konuda bir hak veya yetki vermişse, bunun öngörüldüğü şekilde uygulanması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olamaz. Hukuka aykırı bir açıklama, devlet sırrını açıklama suçuna vücut verir. Açıklayan kişinin, kanun emrini yerini getirmek suretiyle açıklama yapmakla görevli veya yetkili olması durumunda hukuka uygunluk nedeni kişi hakkında uygulanacaktır. Bu kişi tarafından sırrın açıklanması, sırrı öğrenen kişiye göre hukuka uygun veya aykırı olacaktır. Sırrı açıklama konusunda yetkilendirilmiş olmak için, kanunla veya başka bir şekilde, açık, net bir yetkilendirmenin söz konusu olması gerekmektedir. Dolaylı olarak yetkilendirme halinde örneğin, anayasal rejimin temel prensiplerinden sırrın açıklanması konusunda yetki verilmiş olduğu ileri sürülemez.

Cebir ve tehdidin etkisinde olma (madde 28/1) da teorik olarak gündeme gelebilecek durumlardandır. Bu durumda açıklayan kişiyi kusurlu saymak mümkün olmayabilecektir.

E. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

Maddenin 2. fıkrasında yer alan; fiilin, savaş zamanında işlenmesi veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye koyması hallerinin suçun nitelikli unsurları olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu durumda faile on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilecektir.

Ağırlaştırılmış hal için iki durum söz konusudur. İlki, suçun savaş zamanında işlenmiş olmasıdır. Savaş zamanı, kanun koyucu tarafından devlet güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına zarar faaliyetlerin odağı olarak görülmüş ve bu zamanda işlenecek olan suç herhangi bir tehlike veya zarar doğurmasına bakılmadan ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Savaş halinin ilanı ile ancak savaş zamanından bahsedilebileceğinden, suçun savaş ilanından sonra işlenmiş olması durumunda ilk nitelikli durum söz konusu olacaktır.

⁶⁷ KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.288.

İkinci durum ise, suçun devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye koyması halleridir. Aslında bu durumlarda kanunkoyucu, suçun cezasını işlenen fiilin neticesine göre ağırlaştırmıştır. Bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için suçun, devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye koyması aranmaktadır. Tehlikeye koyma neticesi yoksa ağırlaştırıcı neden uygulanmayacak ilk fıkraya uyarınca ceza takdir edilecektir.

“Tehlikeye koymak” tabirine, kanunun himaye ettiği güvenlik veya menfaate yalnız zarar vermek değil, bunları tehlikeye maruz bırakmak da dahildir. Savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketleri tehlikeye koyacak fiiller, tek başına ağırlaştırıcı neden olamazlar. Örneğin, bir geminin tahribi savaş hazırlığına bir zarardır. Fakat, cezanın ağırlaştırılması için, mühim bir tahrip yapılması ve bunun da savaş içinde veya savaş ihtimalinin kesin olduğu bir devrede meydana gelmesi suretiyle askerî kuvvetin fiilen zayıflatılması gerekmektedir.⁶⁸

Kanun, yalnız tehlikeye koymayı yeterli görüp bu tehlikenin derecesini tayin etmemiştir. Bu hususta hâkim veya mahkeme, somut olaya göre durumu takdir edecektir. Ağırlaştırıcı nedenler, yalnız tehlikenin hakikaten gerçekleşmesi halinde tatbik olunur. Teknik konularla ilgili, bilirkişi dinlenebilir veya devletin ilgili kurumlarından görüş sorulabilir. Ancak, nihayetinde fiilin devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketleri tehlikeye koyacak fiillerden olup olmadığına mahkeme veya hâkim karar vermelidir.

F. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Suçun taksirle işlenen haline teşebbüs mümkün değildir. Suçun kasten işlenmesi durumunda teşebbüsten bahsedilebilir. Suç, sırrın açıklandığı yer ve zamanda tamamlanacak olup suçta kullanılan araç ne olursa olsun, sırrı öğrenmek konusunda yetkili olmayan kişiye, sır açıklanmakla veya yayımlanmakla suç oluşur. Suçun oluşması için, açıklamanın yapılmış olması yeterlidir.⁶⁹ Devletin bu açıklamadan zarar görmüş olması, suçun oluşması için aranan bir şart değildir. Kişi, işlemeyi kastettiği fiili elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz (örneğin, sırrı açıklamak amacıyla kullanılan iletişim aracı bir engelle karşılaşmışsa) ise teşebbüsten dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Sır niteliğinde bilgi

⁶⁸ ÖGEL, s.1030.

⁶⁹ EVİK-EVİK, s. 135.

içeren bir mektubun zamanında fark edilerek müsadere edilmesi örnek olarak verilebilir.⁷⁰

Askerî Yargıtay 1. Dairesinin 18.6.2008 gün ve 2008/1890-1886 E.K. sayılı ilamında teşebbüs konusu şu şekilde irdelenmiştir⁷¹: *“Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama” başlıklı 329. maddesinde, “(1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir...” hükmüne yer verilmiştir. Madde gerekçesinde, düzenleme ile devletin güvenliği veya iç ve dış siyasal yararları gereği niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerin açıklanmasını cezalandırdığı ve böylece ülke güvenliği ve yararlarının korunduğu, vurgulandıktan sonra, “suçun maddi unsuru olan “açıklama”, yukarıda nitelikleri gösterilen devlet sırlarının bir veya birden fazla kişiye her ne suretle olursa olsun bildirilmesini, naklini belirtmektedir.” ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, gizli kalması gereken bilginin nakli suçun oluşumu için yeterlidir. Somut olayda sanığın, ... Haber Merkezinde Semac Operatörü olması nedeniyle nüfuz ettiği bilgilerin çıktısını aldığı ve devletin güvenliği veya iç ve dış siyasal yararları gereği niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bu bilgileri zarf içerisinde, postaya verilmek üzere arkadaşına teslim ettiği, bu suretle eylemine başladığı açık olup, zarfı postalayacak olan ...'ın, zarfın içerisindeki bilgilerin gizli olduğunu anlayarak bu belgeleri askerî birimlere teslim etmesi nedeniyle, suçun, sanığın elinde olmayan nedenlerle tamamlanamadığının ve teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir.”*

2. İştirak

Maddenin 1. fıkrasındaki devlet sırrını açıklama suçuna iştirak mümkündür. Tipik fiili birlikte gerçekleştirenler veya suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullananlar TCK'nın 37. maddesi uyarınca fail olarak cezalandırılacaklardır. Aynı şekilde, suçun işlenmesine azmettirme biçiminde iştirak edenler de TCK'nın 38. maddesi uyarınca suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Bu karşın, ilgili bilgileri açıklamak için vasıta temin etmek gibi suça yardım etme şeklinde iştirak de söz konusu olabilir. Suçun, 3. fıkradaki taksirle işlenen hali için müşterek faillik söz konusu olamaz. TCK'nın 22. maddesinin 5. fıkrası düzenlemesi uyarınca birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu tutulacak ve her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenecektir.

⁷⁰ ÖGEL, s. 1042.

⁷¹ Askerî Yargıtay Kütüphanesi 1. Daire 2008 yılı kararlar klasörü.

3. İçtima

“Fiil kadar suç, suç kadar ceza (quot crimina, tot poenae)” ilkesi ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Buna göre, ceza hukukunda cezaların içtimalı (gerçek içtima) kural olup; işlenen her bir suçtan ayrı cezaya hükmedilir ve her bir ceza bağımsızlığını korur.⁷² Buna karşılık, fiil ceza hukukunda işlendiği tespit edilen suçların sayısına göre cezaların tespiti zorunluluğu, içtima konusunun kanunda özel bir şekilde düzenlenmesini gerekli kılar.⁷³

5237 sayılı TCK’da suçların içtimalı başlığı altında bileşik suç (madde 42), zincirleme suç (madde 43) ve fikri içtima (madde 44) düzenlenmiş olsa da suçların içtimalı, zincirleme suç ve fikri içtima ile sınırlıdır.⁷⁴

Bu açıklamalar uyarınca suça ilişkin farklı nev’iden fikri içtima ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması durumları söz konusu olabilecektir.

Fail bir fiil birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veriyorsa farklı nev’iden fikri içtimadan söz edilecektir. Farklı nev’iden fikri içtimada, fail sadece en ağır cezaı gerektiren suçtan sorumlu tutulmaktadır.

Bu suç için farklı nev’iden fikri içtima durumu aşağıdaki örnek ile açıklanabilir. Daha önce belirtildiği üzere, TCK’nın 329. maddesindeki suçun faili, herkes (devlet memuru olan ya da olmayan bir kişi) olabilir. Fail, devlet memuruysa ve bu sıfatından dolayı bildiği devletin güvenliğiyle veya iç ve dış siyasi menfaatleri ile ilgili sırları başkalarına yayar veya yayımlarsa, TCK’nın 258. maddesindeki “göreve ilişkin sırrın açıklanması” suçu da meydana gelecektir. Bu durumda fail, fikri içtima kuralları gereği, en ağır cezaı gerektiren suç olan TCK’nın 329. maddesindeki suçtan sorumlu olacaktır.

Devletin güvenliği veya iç ve dış siyasi menfaatleri icabı gizli kalması gereken bilgi, bir evrakta bulunuyor ve bu evrakın yok edilmesi, tahribi, sahtecilik yapılması, başka yerde kullanılması, hırsızlıkla alınması veya çalınmasıyla birlikte, bu nitelikteki gizli bilginin açıklanması söz konusu ise, TCK’nın 326. maddesindeki suç ile TCK’nın 329. maddesindeki suç arasında gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

⁷² İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimalı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1762, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 12-13; ÖZGENÇ, s. 493.

⁷³ İÇEL, s.10.

⁷⁴ Bileşik suç, esas itibarı ile tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi şeklindeki görünüşte içtimanın bir türüdür. İhlal edilen normlar arasındaki yapısal ilişkinin önem kazandığı görünüşte içtimada, ihlal edilen normların çokluğu sadece görünüşte olup; gerçekte tek bir norm ihlal edilmektedir. Dolayısıyla TCK’nın 42. maddesinde, bileşik suçun “tek fiil sayılan suç” olduğu belirtilmiştir. Belirtilen nedenle, bileşik suçu suçların içtimasının bir şekli olarak nitelendirmek mümkün değildir. İÇEL, s. 204 vd.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde basın özgürlüğü ve devlet sırlarının açıklanması suçu ile ilgili iki önemli ilke göze çarpmaktadır.

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

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

Dolayısıyla, ulusal güvenlik alanında her tür bilginin yayılmasını mutlak ve koşulsuz tarzda yasaklayan, istihbarat servislerinin faaliyetleri üzerinde kamu denetimini ortadan kaldıran türden mevzuat, “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesinin ihlâli anlamına gelmektedir.

Türkiye açısından bakıldığında, basın özgürlüğü, niteliği Anayasa’nın 28. maddesinde mutlak bir biçimde ifade edilen, Türkiye Cumhuriyeti’ni oluşturan temel değerlerden birisidir. Basın özgürlüğü, aydınlanma çağından bu yana, ulusal ve uluslararası metinlerde düzenleme konusu yapılmıştır. Basın hürdür, sansür edilemez. Herkes, doğru haber alma, bilgilendirilme, değerlendirme ve değerlendirmelerini başkaları ile paylaşma temel hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak Anayasa, evrensel hukuk ilkeleri ve ilgili ulusal kanunlarla yapılmış olan basın özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler TCK’nın 329’uncu maddesinde düzenli devlet sırlarının açıklanması fiilini hukuka uygun hale getirmez. Gazete, dergi veya televizyon gibi basın yayın organları marifetiyle devlet sırlarının açıklanması durumunda TCK’nın 329. maddesindeki “devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama” suçu oluşacaktır.



KAYNAKÇA

ACAR, Ünal – URHAL, Ömer, Devlet-Güvenlik İstihbarat-Terörizm, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

AKBULUT, İlhan, “Türk Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler Işığında Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Suçlar ve Ülke Bölücülüğü Suçu”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal TEKİNALP’e Armağan, Cilt 3, 1. Baskı, Beta, İstanbul, 2003, s.696-720.

AKGÜÇ, Atif, “Casusluk Suçu”, Siyasi İlimler Mecmuası, Yıl 10, Sayı 118, 1941, s. 477-484.

AKIN, İlhan F., Devlet Doktrinleri, Samim Güniz ve Sadık Özaygen Basımevi, İstanbul, 1962.

ALACAKAPTAN, Uğur, “Devletin Güvenliğini İlgilendiren Suçlar”, Ceza Hukuku Reformu, 1.Baskı, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 652-654.

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

AYDIN, Murat, TCK'nın Genel Hükümleri Açısından Basın Suçlarında Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2009.

BELLİ, Doğan Bülent, Basın Yolu ile Kişilik Haklarına Saldırılarından Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 2008.

BİLGİN, Pertev, 1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim, İstanbul, 1976.

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 2005.

ÇETİN, Erol, Son Değişikliklerle Basın Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008.

ÇINAR, Bekir, Devlet Güvenliği İstihbarat ve Terör, Sam Yayınları, Ankara, 1997.

DAVER, Bülent, Siyasal Bilime Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:251, Ankara.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 24. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2007.

Devletin Kavram ve Kapsamı, MGK Genel Sekreterliği Yayını No:1, Ankara, 1990.

DOĞRU, Osman – NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, 1. Baskı, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013.

DURAN, Lütfi, Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik, İktisat ve Maliye, Cilt 17, Sayı: 4, Temmuz 1970.

DÖNMEZER, Sulhi, Basın ve Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 1976.

EREM, Faruk, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Cilt 1, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1968.

EVİK, V.Sonay-EVİK, A.Hakan, “Devlet Sırrını ve Yayılması Yasaklanan Bilgileri Açıklama ve Elde Etme Suçları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 3-4, Erzincan 2004, s. 111-147.

GÖZÜBÜYÜK, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 1, 3. Baskı, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1982.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 55, 2004, s. 85-101.

HAZAR, Zeynep, Basın Özgürlüğü ve Ulusal Güvenlik, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, s.1525-1548.

İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1762, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

KAPANI, Münci, Politika Bilimine Giriş, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:31, Ankara.

KARACA, Nuray Gökçek, Gazetecinin Basın İş Kanunu’ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları: 5953 Sayılı Basın İş Kanunu ve Uygulaması, İstanbul, 2010.

KARCILIOĞLU, N.Kaan, “Demokratik Sistemin Unsuru Olarak İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukukunun Etkisi”, Uğur ALACAKAPTAN’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt 1, 1. Baskı, Haziran 2008, s. 451-466.

KAYA, Cemil, “State Secret as an Instrument to Maintain State Security”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2006, s. 33-55.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk. II. Bası. Ankara, 1993.

KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

KORKMAZ, Ömer, “Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof.Dr. Seyfullah EDİZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 117-150.

MACOVEİ, Monica, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10’uncu Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz, İnsan Hakları El Kitabı, No.2. http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad10lfade.pdf, erişim tarihi 11.4.2015.

MARSH, Norman S., Access to Government-Held Information: An Introduction, in Ed. Norman S. Marsh, Public Access to Government-Held Information: A Comparative Symposium, Stevens&Son Ltd., London, 1987.

Milli Güvenlik Siyaseti ve Stratejisi, Harp Akademileri Yayınları, Harp Akademileri Basımevi, İstanbul, 1996.

ÖGEL, Ragıp, “Casusluk Suçları”, Adliye Ceridesi, 31. Yıl, 1940, s. 1023-1043.

ÖZBEK, Özer – KANBUR, Mehmet Nihat – DOĞAN, Koray - BACAŞIZ, Pınar – TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

ÖZEK, Çetin, “Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 32, Sayı 2-4, s.597-683.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, “Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devletindeki Görünümü”, AÜHFD, C. LI, S. 3, 2002, s. 65-84.

ÖZÜTÜRK, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, 1. Cilt, Balkanoğlu Matbaası, Ankara, 1966.

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

PARLAR, Ali - HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

SAVAŞÇI, Bilgehan, “Haberleşme Özgürlüğünün Kovuşturma Evresinde Sınırlandırılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 96, 2011, s. 269- 292.

SUNAY, Reyhan, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT Yayınevi, Ankara, 2001.

TANÖR, Bülent, Siyasal Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, İstanbul, 1969.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 10. Baskı, 4. Akşam Sanat Okulu Matbaası, Ankara, 2005.

Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü, (Hazırlayan: İbrahim Ö. KABOĞLU) Türkiye Genç İşadamları Yüksek Kurulu-1994, İstanbul, 1997.

Türkçe Sözlük, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurulu Yayınları, Ankara, 2010.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Suçsuzluk Karinesi ve Basın Özgürlüğü”, Fahiman Tekil’in Anısı’na Armağan, İstanbul, 2003, s. 929-952.

YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku-2 Ders Notları (1978-1979), İstanbul, Mart 1979.

AIHS'YE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI KAPSAMINDA KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN GÖREV VE SORUMLULUK KAVRAMI

*The Notion of Duty and Responsibility in Respect of Civil Servants,
According to the ECHR,
within the Scope of the Right to Freedom of Expression*

Abdi SAĞLAM*

ÖZET

Temel bir insan hakkı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı, birey ve toplumun gelişimi açısından önemli bir yere sahiptir. Bununla beraber, bütün haklar gibi ifade özgürlüğü hakkının kullanımı da, sınırsız ve mutlak değildir. Bu hakkın kötüye kullanımı nedeniyle bazen bir bütün olarak kamu, bazense spesifik olarak bireyler zarar görebilmektedir. Bu nedenle, toplumun ve başkalarının haklarını koruyabilmek amacıyla ifade özgürlüğü hakkı belli tedbirler uygulanmak suretiyle sınırlandırılabilir. Öte yandan; sınırlama toplumun tüm kesimlerine aynı mahiyette uygulanmamaktadır. Bazı özellikli görevlerde bulunan kişiler açısından sınırlamanın ve tedbirin ağırlığı değişkenlik göstermektedir. Bu bağlamda; kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü hakkı söz konusu olduğunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince değerlendirme yapılırken, konumu itibarıyla bazı kişilerin, diğer kişilere nazaran ayrıca görev ve sorumluluklarının farkında olması gerektiği hususu vurgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İfade Özgürlüğü, Görev ve Sorumluluk, Kamu Görevlisi.

ABSTRACT

The right to freedom of expression, which has been regulated as a fundamental human right in the European Convention on Human Rights, has great value for the progress of the individual and the society. Nevertheless, as it is the case for all rights, the exercise of the right to freedom of expression is not absolute and unlimited. Sometimes the society as a whole or specifically individuals can be harmed on account of the abuse of this right. Therefore, the right to freedom of expression can be restricted by applying certain measures with a view to protecting the rights of the society and others. On the other hand, the restriction in question is not applied to all segments of the society in the same manner. The seriousness of the restriction and

* Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı Tetkik Hâkimi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, abdi.saglam@gmail.com

the measure varies for individuals who perform duties with certain properties. In this connection, where the civil servants' right to freedom of expression is at stake, the European Court of Human Rights reiterates in its assessment that some individuals must also be aware of their duties and responsibilities by virtue of their positions compared to other persons.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Freedom of Expression, Duty and Responsibility, Civil Servant.



Giriş

Bir toplumun gelişimi için, farklı düşünce ve görüşlere sahip olan insanların birbirleriyle olan etkileşim ve iletişiminin önemi açıktır. Zira; bilgi aktarımı ve değer yargılarının paylaşımı açısından, insanların ve bir bütün olarak toplumun ilerlemesi iletişim ile doğru orantılıdır. Ziya Paşa'nın da ifade ettiği üzere; herhangi bir görüş ve iyi bir şekilde takip edildiği düşünülen yol, ciddî ve dikkatli bir araştırma ve tartışmadan geçmezse; yani ilgili olduğu hususta iyi ve kötü yönleri üzerine muhtelif görüşler ortaya konulduktan sonra doğruya en yakın olan bakış açısı kabul edilmezse, çoğunlukla yanlış olan sonuçlar çıkar.¹ Bu bakımdan *barıkayı hakikat müsademe-i efkârdan doğar* (Fikirlerin çatışmasından hakikat güneşi doğar) şeklinde ifade edilen bakış açısı, iletişimin ne denli etkili ve gerekli olduğu hususunu vurgulamaktadır.

Gerek birey gerekse toplum bazında ele alındığında, iletişimin serbestliği hakikate/gerçeğe² ulaşma bağlamında önem kazanmaktadır. İfade özgürlüğü, demokrasinin cansuyu olarak nitelendirilmekte olup, hem bu hak hem de diğer insan haklarının kullanımı ve gerçekleşmesi açısından önemli bir yer tutmaktadır.³ Yine, bu hak, kamuoyunun karar verme aşamasına katılımını mümkün kılmakla, diğer tüm demokratik hak ve özgürlüklerin köşetaşı olarak kabul edilmektedir.⁴

İfade özgürlüğü (*freedom of expression - liberté d'expression*) iki bileşenden oluşmaktadır. Bunlar; bilgi veya fikre ulaşma ve bunları açıklama özgürlü-

¹ Ziya Paşa; **İnsanların Düşünce Farklılıkları Göstermesi Rahmettir**, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, ed. Berat Özipek, Liberal Düşünce, 2003, s.100.

² MİLL'in gerçekliğe ulaşma noktasında ifade özgürlüğünün önemi hususundaki görüşleri için bk. Mill, John Stuart; *On Liberty and Other Essays*, Digireads.com Publishing, 2010, s.31 ve 37.

³ *Article 10: Freedom of Expression*, Human Rights Review, 2012, Equality and Human Rights Commission, s. 334.

⁴ Lécuyer, Yannick; *Le droit à des élections libres*, Conseil de l'Europe, mars 2014, s.44.

ğüdür.⁵ Mahkeme, ifade (*expression*) teriminin kapsamına geniş bir yelpazede bakarak, siyasi⁶, ticari⁷ ve sanatsal⁸ her tarz ifadeyi 10. maddenin koruması altında ele almış, yalnızca sözlü (*oral*) veya yazılı (*written*) kelimeler ile konuşmayı (*speech*)⁹ değil, fikir veya bilginin ifade edilmesine yarayan davranışları, resim ve görüntüleri de¹⁰ bu kapsamda değerlendirmiştir.¹¹Yine, 10. madde, yalnızca fikir ve bilgilerin içeriğini değil, aynı zamanda, ne şekilde ve hangi araçlarla ifade edildiğini de koruma altına almaktadır.¹²

İfade özgürlüğü kavramı ilk defa 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesinde düzenlenmiş, yine 16 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin de 19. maddesinde yer almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (*AİHS* veya *Sözleşme*) ise 10. maddesinde düzenlenmektedir.¹³

Sözleşme, her ne kadar haberleşme (*communication*) özgürlüğünü (*freedom of communication*) tek başına koruma altına almamaktaysa da, Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddeleri;¹⁴ günlük hayatta insanlar arasındaki haberleşmenin farklı versiyonlarıyla ilgili koruma ve sınırlamalara ilişkin esasları içermektedir.¹⁵

Sözleşmenin *ifade özgürlüğü* başlıklı 10 maddesi şu şekildedir:

“(1) Herkes görüşlerini açıklama ve ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu

⁵ Velu, Jacques; *Propos sur les normes applicables aux relations entre la justice et la presse*, Journal des Tribunaux, 1995, s. 580.

⁶ *Lingens/Avusturya*, no.9815/82, 08.07.1986,§42 (Bu çalışmada değinilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına <http://hudoc.echr.coe.int/> adresinden ulaşılabilir.)

⁷ *Casado Coca/İspanya*, no.15450/89, 24.02.1994,§35; *Hertel/İsviçre*, no. 53440/99, 17.01.2002.

⁸ *Müller ve Diğerleri/İsviçre*, no. 10737/84, 24.05.1988, §27.

⁹ Schauer, Frederick; *İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme*, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, 2002, s.38.

¹⁰ *Von Hannover/Almanya*, no.59320/00, 24.06.2004, §59; *Verlagsgruppe News GmbH/Avusturya* (no. 2), no.10520/02, 14.12.2006, § 29 ve § 40.

¹¹ Stratford, Jemima; *Striking the Balance:Privacy v Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights*, Developing Key Privacy Rights, ed. Madeleine Colvin, Hart Publishing, 2002, s.25; *Stell ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no.67/1997/851/1058, 23.09.1998, §110; *Chorherr/Avusturya*, no.13308/87, 25.08.1993.

¹² *Jersild/Danimarka*, no. 15890/89, 23.09.1994, § 31.

¹³ Verpeaux, Michel; *Freedom of Expression*, Council of Europe, 2010, s.14.

¹⁴ Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti (9), İfade Hürriyeti (10), Toplanma ve Örgüt Kurma Hürriyeti (11).

¹⁵ Marauhn, Thilo; *Freedom of Expression, Freedom of Assembly and Association*, European Fundamental Rights and Freedoms, edited by Dirk Ehlers, De Gruyter, Germany, 2007, s.97.

olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

(2) Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

Sözleşmenin 10. maddesinde, ifade özgürlüğünün kapsamına ve sınırlamalarına yer verilmiştir. Madde metninin içeriği de gözetildiğinde, ifade özgürlüğü hakkının kullanımı ve sınırlandırılması ile ilgili baz alınacak kriterlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM veya *Mahkeme*) 10. maddeye ilişkin içtihatlarıyla belirlenerek açıklığa kavuşturulduğu söylenebilir. Bu itibarla; maddenin soyut içeriği Mahkeme içtihatları ile somut bir hal almıştır.¹⁶

Mahkemenin konuyla ilgili verdiği bütün kararlarında yer alan klasik tanımına göre ifade özgürlüğü; toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur.¹⁷ İfade özgürlüğü sayesinde; yeni düşünce ve taleplerin dile getirilmesi, mevcut sistemin kusurlarını ortaya çıkarmakta, yanlış uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlayarak toplumsal gelişmeye katkıda bulunmaktadır. Birbirinden farklı çeşitli fikirlerin olması ve bunların özgürce tartışılması, bireylere farklı düşünceler arasında seçim yapma olanağı sunmaktadır.¹⁸

¹⁶ Geranne, Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2013, s.13;

Mahkemenin kararları, gerçekte Mahkeme önüne getirilen davaların hükme bağlanması işlevini görmekle kalmayıp; aynı zamanda daha genel olarak, Sözleşme'yle tesis edilen kuralları açıklığa kavuşturmaya, korumaya ve geliştirmeye de yardımcı olmakta; böylelikle Devletlerin, Sözleşmecilerle Taraflar sıfatıyla üstlenmiş oldukları taahhütlere bağlı kalmalarına katkıda bulunmaktadır (İrlanda/Birleşik Krallık, no.5310/71, 18.01.1978, §154).

¹⁷ *Oberschlick/Avusturya* (No. 1), no.11662/85, 23.05.1991, § 57; *Nilsen ve Johnsen/Norveç* [BD], no.23118/93, § 43; *Handyside/Birleşik Krallık*, no.5493/72, 07.12.1976, § 49; *Lingens/Avusturya*, no.9815/82, 08.07.1986, §41; *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, no. 13585/88, 26.11.1991, §59; <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=25>.

¹⁸ Ünal, Şeref; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Basımevi, Ankara, 1995, s.220.

1. İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri ile Ek 4 No.'lu Protokolün¹⁹ 2. maddesinde düzenlenen hakların sınırlandırılmasına ilişkin ilkeler birbirine çok yakındır. Sayılan maddelerde, sınırlamaların yer aldığı paragraflarla; maddelerin 1. paragrafında güvence altına alınan hakların kullanımının sınırının belirlenmesi amaçlanmıştır.²⁰

En demokratik rejimlerde dahi, ifade özgürlüğü hakkının kullanımı belirli bazı sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Bu itibarla; tüm özgürlükler gibi ifade özgürlüğü hakkı da sınırsız ve mutlak olmayıp, başkalarının (birey ve toplum bağlamında) hakları bu özgürlüğün sınırlarını belirlemektedir. Öte yandan, temel insan hakları kategorisinde değerlendirilen ifade özgürlüğü asıl olup, sınırlama ise istisnai hallerde söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda, sınırlamanın Sözleşme ile uyumu hususunda, Mahkemenin konuya ilişkin içtihatları belirleyicidir.

Mahkemenin konuyla ilgili sık sık atfı yaptığı *Handyside-Birleşik Krallık* davasında; ifade özgürlüğünün, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanacağı belirtilmiş olup; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereklerinden olan bu durum olmazsa demokratik toplumdan bahsedilemeyeceği vurgulanmıştır. Bu itibarla; diğer şeylerin ötesinde, bütün formalite, şart, sınırlama ve cezaların hedeflenen meşru amaçla orantılı olmasının gerektiği ifade edilmiştir.²¹

Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde, ifade özgürlüğünün belirli formalite, şart, sınırlama ve cezalara tabi tutulabileceği belirtilmektedir. Bu hakkın Sözleşme'ye uygun olarak sınırlandırılması için 3 koşulun varlığı aranmaktadır. Bunlardan ilki; sınırlamanın yasayla öngörülmüş (*prescribed by law*) olmasıdır. İkinci olarak, bu sınırlamanın meşru amaçlara (*legitimate aim*) dayanması gerekmektedir. Nihayet, bu sınırlamalar demokratik bir toplum için gerekli (*necessary in a democratic society*) olmalıdır.

¹⁹ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/temel/aihs.pdf>

²⁰ Zwaak, Leo - Karagöz, Kasım - Şahin, Kemal - Tümay, Murat; *Matra; Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2013, s.77.

²¹ *Handyside/Birleşik Krallık*, § 49; *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, § 59; *Castells/İspanya*, no. 11798/85, 23.04.1992, § 42.

İfade özgürlüğünün kullanımına müdahale olarak nitelendirilebilecek işlem ve eylemlerin yelpazesi çok geniştir.²² Bu anlamda; ifade hakkının kullanımı nedeniyle cezai bakımdan veya maddî açıdan tazminat ödemeye mahkûm edilme, yayın yasağı, işten çıkarılma, gösteri nedeniyle göstericilerin gözaltına alınması ve tutuklanması, bildiri dağıtırken yakalanma ve gözaltına alınma gibi hususlar ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahale olarak nitelendirilebilecek mahiyetteki araçlardır.²³

a. Hukuken öngörülmüş olma

Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin bazı şartları taşınması gerekmektedir. Bunlardan biri de, müdahalenin hukukî dayanağının (*prescribed by law- prévues par la loi*) bulunmasıdır. Esasen hukukî dayanağın bulunması unsuru, genel olarak Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri ile Birinci Protokol'ün²⁴ 1. maddesinde ve Dördüncü Protokol'ün 2. maddesinde düzenlenen haklar sınırlanırken dikkate alınacak ortak öğedir.²⁵

Yalnızca bu şartın yerine getirilmesi müdahalenin Sözleşme'ye uygun olduğu anlamına gelmeyeceği gibi, Mahkemenin konuya ilişkin değerlendirmelerinde hukuken öngörülmüş şartı ilk olarak incelenmektedir.

Bir müdahalenin hukukî dayanağının bulunduğu sonucuna varabilmek için, müdahalenin yalnızca yasalarda (*statue*) düzenlenmiş olması şart değildir. Aynı zamanda; yazılı olmayan hukuk kuralları²⁶(*common law*), meslek örgütleri tarafından çıkarılan düzenleyici işlemler²⁷(*rules, regulations*), kararnameler²⁸(*-decree*) ve uluslararası hukuk kuralları²⁹ (*international provisions*) bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Mahkemenin yorumuna göre, "hukuken öngörülmüş" ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır: İlk olarak, [uygulanacak olan] hukuk, yeterince ulaşılabilir³⁰ (*adequately accessible*) olmalıdır; başka bir ifadeyle, vatandaşlar be-

²² Doğru, Osman - Nalbant, Atila; İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.2, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013, s. 226.

²³ Macovei, Monica; İfade Özgürlüğü, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No.2, s67.

²⁴ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/temel/aihs.pdf>

²⁵ *The Sunday Times v Birleşik Krallık*(No.1), no. 6538/74, 26.04.1979, §48.

²⁶ *Ibid*, §47.

²⁷ *Barthold- Almanya*, no.8734/79, 25.03.1985, §46.

²⁸ *De Wilde, Ooms ve Versyp ("Vagrancy")-Belçika*, no. 2832/66 2835/66 2899/66, 18.06.1971, §93.

²⁹ *Autronic AG/İsviçre*, no.12726/87, 22.05.1990, §57.

³⁰ *Kopp/İsviçre*, no. 23224/94, 25.03.1998, §55; *Amann/İsviçre*, no. 27798/95, 16.02.2000,

lirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkinci olarak ise, bir normun *hukuk kuralı* olarak tanınması için vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak verebilmeleri bağlamında yeterli açıklıkta ve öngörülebilir³¹ (*precise, foreseeable*) olması gerekmektedir.³²

Mahkeme, bir uyuşmazlıkta, müdahalenin hukuken öngörülmüş olma koşuluna uyarlık taşımadığına kanaat getirdiği zaman, müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmeyeceği veya ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığı hususunda incelemeye yapmaya gerek görmeyerek, incelemeyi sonlandırmaktadır.³³

b. Meşru Amaç

Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları haklı kılacak dokuz meşru amaca yer verilmiştir.³⁴ Bunlar; ulusal güvenliğin korunması³⁵ (*in the interests of national security*), toprak bütünlüğünün korunması³⁶ (*territorial integrity or public safety*), düzensizliğin önlenmesi³⁷ (*for the prevention of disorder*), suç işlenmesinin önlenmesi³⁸ (*for the prevention of crime*), sağlığın korunması³⁹ (*for the protection of health*), ahlakın korunması⁴⁰ (*for the protection of morals*), başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması⁴¹ (*for the protection of the reputation or rights*

§50.

³¹ *Piroğlu ve Karakaya/Türkiye*, no.36370/02 ve 37581/02, 18.03.2008, §54; *Karademirci ve Diğerleri/Türkiye*, no.37096/97 ve 37101/97, 25.01.2005, §42.

³² *The Sunday Times/Birleşik Krallık(No.1)*, §49; *Barthold/Almanya*, §45; *Müller ve Diğerleri/İsviçre*, §29, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya*, no.15153/89, 30.06.1993, §31; *Olsson/İsveç* (No. 1), no.10465/83, 24.03.1988, §61/a.

³³ *Piroğlu ve Karakaya/Türkiye*, §55.

³⁴ D.J. Harris-M. O'Boyle-E.P. Bates-C.M. Buckley; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi [Oxford University Press, 2009, Avrupa Konseyi], Türkçe Birinci Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 487.

³⁵ *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, no.13585/88, 26.11.1991; *Vereinigung Weekblad Bluf!/Hollanda*, no.16616/90, 09.02.1995.

³⁶ *Erdoğdu/Türkiye*, no.25723/94, 15.06.2000.

³⁷ *Öztürk/ Türkiye*, no. 22479/93, 28.09.1999; *Rekvényi/ Macaristan[BD]*, no.25390/94, 20.05.1999.

³⁸ *Raëlien Suisse/İsviçre*, no. 16354/06, 13.07.2012.

³⁹ *Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda*, no.14234/88 14235/88, 29.10.1992.

⁴⁰ *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya*, no. 68354/01, 25.01.2007; *Akdaş/Türkiye*, no.41056/04, 16.02.2010.

⁴¹ *Le Pen/Fransa*, no.18788/09, 20.04.2010; *Standard Verlags GmbH/Avusturya*, no.34702/07, 10.01.2012; *Axel Springer AG/ Almanya*, no. 39954/08, *Chauvy ve Diğerleri/Fransa*,

of others), gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi⁴² (*for preventing the disclosure of information received in confidence*) ve yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi⁴³ (*for maintaining the authority and impartiality of the judiciary*) olarak sıralanabilir.

Mahkemenin yerleşik içtihatlarında, Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde belirtilen sınırlama sebeplerinin istisnai nitelikte olduğu ve dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁴ Bununla beraber hedeflenen meşru amaçlar açısından ulusal makamların belirli bir takdir hakkının bulunduğu hususu da vurgulanmaktadır.⁴⁵ Takdir hakkı, hem ulusal yasakoyucuya hem de yürürlükteki mevzuatı uygulamakla görevli olan yargı mercilerine tanınmıştır.⁴⁶ Ancak takdir hakkı, sınırlama sebeplerinin her birisi açısından aynı değildir. Takdir yetkisinin düzeyi Sözleşme'den doğan söz konusu hakkın mahiyeti, söz konusu hakkın birey açısından önemi, müdahalenin mahiyeti ve müdahale ile amaçlanan hedef de dahil olmak üzere bir dizi faktöre bağlı olarak farklılık göstermektedir.⁴⁷

Öte yandan; ifade özgürlüğü kısıtlanırken, maddede sayılan sınırlama sebepleri haricinde başka bir sınırlama sebebine dayanılmaz.⁴⁸ Bu nedenle, sınırlama nedenleri anlam ve kapsam bakımından tüketici bir anlayışla ele alınmalıdır.⁴⁹

Mahkemece yapılan değerlendirmelerde, sınırlandırmanın meşru amaç güttüğü tespit edildiği takdirde, bundan sonra müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususu irdelenmektedir.

c. Demokratik Toplumda Gereklilik

Mahkeme tarafından, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin hukukî dayanağının bulunduğu ve müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki meşru sebeplere dayandırıldığı hususlarının tespiti halinde üçüncü ölçüt olarak, müdahalenin *demokratik toplumda gerekliliği* hususu irdelenmektedir.

no.64915/01, 29.06.2004.

⁴² *Matúz/Macaristan*, no. 73571/10, 21.10.2014.

⁴³ *Worm/Avusturya*, no.22714/93, 29.08.1997; *The Sunday Times/Birleşik Krallık*(No.1), no. 6538/74, 26.04.1979.

⁴⁴ *Sunday Times/Birleşik Krallık*(No.1), §65.

⁴⁵ *Leander/İsveç*, no.9248/81, 26.03.1987, §59; *Tammer/Estonya*, no.41205/98, 06.02.2001, § 60; *Murphy/İrlanda*, no. 44179/98, 10.07.2003, § 97.

⁴⁶ *Golder/Birleşik Krallık*, no.4451/70, 21.02.1975, §45; *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no.5100/71, 5101/71, 5102/71..., 08.06.1976, §100.

⁴⁷ *Gillow/Birleşik Krallık*, no. 9063/80, 24.11.1986, §55.

⁴⁸ *mutatis mutandis*, *Klass ve Diğerleri/Almanya*, no.5029/71, 06.09.1978, §42.

⁴⁹ Doğru, Osman - Nalbant, Atilla; a.g.e., C.2, s.228.

Mahkemenin, 10. maddenin uygulanması ile ilgili demokratik toplumda gereklilik ölçütünün yorumlanmasına ilişkin kararları *Handyside*⁵⁰ kararı ile başlamış, *Oberschlick*⁵¹, *The Sunday Times* (No.1)⁵² ve *Lingens*⁵³ kararları ile devam ederek bu konuda belirli bir içtihat alanı oluşturulmuş, demokratik toplumda gereklilik ölçütü irdelenirken dikkate alınması gereken temel prensipler bu kararlarla ortaya konulmuştur.⁵⁴

Mahkeme, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında, bir ‘yasak’ veya ‘ceza’nın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermeye yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu denetim, hem şikâyet edilen önlemin amacıyla hem de bunun ‘gerekliliği’ ile ilgilidir; denetim, sadece temel milli mevzuatı değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar. Buradan çıkan sonuca göre Mahkeme’nin görevi, herhangi bir biçimde yetkili ulusal mahkemelerin yerini almak değil, fakat ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Sözleşme’nin 10. maddesine uygunluğunu denetlemektir.⁵⁵

Sözleşmenin 10. maddesi bakımından ‘gerekli’ (*necessary*) sıfatı, ‘toplumsal bir ihtiyaç baskısının’ (*pressing social need*) varlığına işaret eder.⁵⁶ Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her ‘formalite’, ‘koşul’, ‘yasak’ ve ‘ceza’, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.⁵⁷

Mahkeme, Sözleşme’nin 10 (2) maddesinde yer alan gerekli (*necessary*) sıfatının, ‘zorunlu’ (*indispensable*) kelimesi ile eşanlamlı olmadığı gibi; ‘kabul edilebilir’ (*admissible*), ‘olağan’ (*ordinary*), ‘yararlı’ (*useful*), makul (*reasonable*) veya ‘arzu edilen’ (*desirable*) kelimelerinin ifade ettiği anlamlarındaki esnekliğe sahip olmadığını vurgulamaktadır. Yine; ‘gereklilik’ kavramının ima ettiği sosyal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirme açısından ulusal makamlar söz sahibidir.⁵⁸

⁵⁰ *Handyside/Birleşik Krallık*, no.5493/72, 07.12.1976.

⁵¹ *Oberschlick /Avusturya*, no.11662/85, 23.05.1991.

⁵² *The Sunday Times/Birleşik Krallık*(No.1), no. 6538/74, 26.04.1979.

⁵³ *Lingens/Avusturya*, no.9815/82, 08.07.1986.

⁵⁴ Mahkemenin bazı kararlarında bu konudaki temel prensipler maddeler halinde belirtilmiştir (*The Sunday Times/Birleşik Krallık* (No. 2), no.13166/87, 26.11.1991, §50; aynı yönde bk. *Fressoz ve Roire/Fransa*, no. 29183/95, 21.01.1999, §45).

⁵⁵ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, §100; *Handyside/Birleşik Krallık*, §49; *Lingens/Avusturya*, §39; *Goodwin/Birleşik Krallık*, no.17488/90, 27.03.1996, §40; <http://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25>.

⁵⁶ *Barthold/Almanya*, §55.

⁵⁷ *Handyside/Birleşik Krallık*, §49.

⁵⁸ *The Sunday Times/Birleşik Krallık*(No.1), §59; *Handyside/Birleşik Krallık*, §48.

Müdahalenin; sosyal ihtiyaç baskısına cevap niteliğinde olması (*pressing social need*), hedeflenen meşru amaç bakımından orantılı olması (*proportionate to the legitimate aim*) ve nihayet ulusal makamlar tarafından müdahalenin gerekçesi olarak ortaya konulan hususların yerinde ve yeterli olması (*relevant and sufficient*) durumunda, demokratik bir toplumda gerekli olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹

Mahkeme, bir tedbirin orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli olarak nitelendirilmesi için, aynı amacı yerine getirirken söz konusu temel hakka daha az zarar verecek alternatif bir tedbir uygulama ihtimalinin bulunmaması gerektiğine dikkat çekmektedir.⁶⁰ Başka bir ifadeyle, tedbir, gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir.

Mahkemenin ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri incelerken bu ölçüt ışığında dikkate aldığı husus, müdahalenin gerekli olup olmadığıdır. Eğer müdahale gerekli ise bakılacak diğer bir kriter ise müdahalenin orantılı olup olmadığı meselesidir. Zira; bazen, müdahale demokratik toplumda gerekli olarak kabul edilse bile, müdahalenin ulaşılmak istenen amaçla kıyaslandığından orantsız ve aşırı olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.

Bir tedbirin, demokratik bir toplumda gereklilik hedefine ulaşma noktasında orantılı olup olmadığı değerlendirilirken, Mahkemece, ifadenin arz edilmiş biçimi ve toplumda uyandırdığı etkisi gibi hususlar da dikkate alınmaktadır. Radyo ve televizyon gibi görsel-ışitsel medyanın önemi bu noktada yadsınamaz. Çünkü, aktarılmak istenilen mesajın ses ve görüntüler aracılığıyla iletilmesinin gücü, yazılı metinlere göre daha hızlı ve güçlüdür.⁶¹ Yine; televizyon ve radyo yayınlarının hiçbir sınırlamaya takılmaksızın dinleyici veya izleyicilerin evine kadar girebilmesi, etkilerini daha da kuvvetli hale getirmektedir.⁶²

Bu bağlamda; ifadenin ulaştığı hedef kitlesi ile kamuoyu nezdindeki potansiyel etkilerinin tespiti önemlidir.⁶³ Zira; şiir, makale, roman gibi bazı

⁵⁹ *Coster/Birleşik Krallık*, no. 24876/94, 18.01.2001, §104; *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, no.30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008, §101.

⁶⁰ *Glor/İsviçre*, no.13444/04, 30.04.2009, §94.

⁶¹ *Jersild/Danimarka*, § 31; *Murphy/İrlanda*, §69; *Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka* [BD], no. 49017/99, 17.12.2004, §79.

⁶² *Centro Europa 7 S.R.L. ve Di Stefano/İtalya* [BD], no. 38433/09, 07.06.2012, §132; *Murphy/İrlanda*, §74.

⁶³ *London, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa* [BD], no.21279/02 36448/02, 22.10.2007, §66; *Nikula/Finlandiya*, no. 31611/96, 21.03.2002, §52.

sanatsal kalıplar⁶⁴ içerisinde yazılı metinlerle sunulan bir görüş önemli bir etki göstermeyebilirken; aynı görüşün, doğrudan televizyon, radyo veya günümüzde yeni bir toplumsal iletişim merkezi haline gelen sosyal medya kanalları aracılığıyla aktarılması sonucu insanlar üzerinde büyük etki ortaya çıkabilmektedir.

Yazılı medya aracılığıyla sunulan ifadelerin, görsel-işitsel medyaya nazaran etkisi daha düşük olsa da, ifadenin ulaştığı hedef kitlesi de önemli diğer bir konudur. Mahkeme, bir askerin, komutanına hitaben kaleme aldığı orduyu aşağılayan ifadeleri içeren mektup nedeniyle cezalandırılmasını içeren bir başvuruda;⁶⁵ yine, tutuklu olan bir kişinin, yargı görevlileri ile cezaevi yöneticileri hakkında hakaret içeren tanımlamalar yaptığı elle yazdığı ve herhangi bir yerde yayınlanmayan metin nedeniyle disiplin cezasına çarptırılmasına ilişkin başvuruda,⁶⁶ ifadenin ulaştığı hedef kitlesini göz önünde bulundurmıştır.

2. Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan haklar kamu görevlilerini de kapsamaktadır.⁶⁷ Sözleşme'nin 1. ve 14. maddelerinde, Sözleşmeciler Devletlerin yetki alanları içerisinde bulunan herkesin 'herhangi bir sebeple ayrımcılığa yer olmaksızın' 1. bölümde belirtilen hak ve özgürlüklerden yararlanması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca, Devletlerin, "silahlı kuvvetler, emniyet mensupları veya Devlet yönetiminde yer alan" kişilerle ilgili toplanma ve dernek kurma özgürlüklerinin kullanımına özel kısıtlamalar getirmelerine imkân tanıyan 11. maddenin 2. fıkrasının son cümlesi, genel bir kural olarak, Sözleşme'de yer alan güvencelerin devlet memurları için de geçerli olduğunu doğrulamaktadır.⁶⁸

Kamuda sürekli olarak görev yapmakta olan bir kişinin işten çıkarılması söz konusu olduğu durumda, Sözleşme'de tanımlanan hakların korunmasından faydalanılabilecektir.⁶⁹

Bununla beraber, kamu hizmetine girme hususu, bilinçli olarak Sözleşme'nin

⁶⁴ *Okçuoğlu/Türkiye* [BD], no.24246/94, 08.07.1999, §48; *Polat/Türkiye* [BD], no.23500/94, 08.07.1999, §47; *Aksu/Türkiye* [BD], no. 4149/04 41029/04, 15.03.2012, §86; *Karataş/Türkiye* [BD], no.23168/94, 08.07.1999, §52; *Arslan/Türkiye* [BD], no. 23462/94, 08.07.1999, §48.

⁶⁵ *Grigoriades/Yunanistan*, no.24348/94, 25.11.1997, § 15 ve 47.

⁶⁶ *Yankov/Bulgaristan*, no. 39084/97, 11.12.2003, § 139.

⁶⁷ *Vogt/Almanya*[BD], § 43, *Wille/Liechtenstein*[BD], no. 28396/95, 28.10.1999, § 41; *Fuentes Bobo/İspanya*, no. 39293/98, 29.02.2000, § 38; *Kayasu/Türkiye* [No.1], no. 64119/00 ve 76292/01, 13.11.2008, § 77.

⁶⁸ *Kosiek/Almanya*, § 35; *Glaserapp/Almanya*, § 49; *Vogt*, § 43.

⁶⁹ *Wille/Liechtenstein* [BD], § 41

kapsamı dışında bırakılmıştır.⁷⁰ Bu bağlamda, kişinin kamu hizmetine alınmaması söz konusu olduğu takdirde, bu durum Sözleşme kapsamında korunan bir hak olarak değerlendirilmemektedir.⁷¹

Sözleşme'nin başlangıcında genel anlamda görev/ödev kavramına değinilmemiştir. Bu kavramın anıldığı tek yer Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde yer alan '*duties and responsibilities*' ifadesidir ki; bununla ifade özgürlüğünün kullanımı ve sınırlamanın hukukî dayanağına vurgu yapılmaktadır. Mahkeme'nin 10. madde kapsamındaki içtihatlarında bu kavram önemli bir yer tutmamaktadır. Mahkemeye göre, bir kişinin ifade özgürlüğünün kullanımı sırasında görev ve sorumluluğu, kişinin durumu ve ifadenin açıklanış biçimi açılarından farklılık arz etmektedir. Bu açıdan, bazı kişilerin ifade özgürlüğü, onların ifa ettikleri görev ve konuları nazara alınarak sınırlanabilmektedir.⁷²

Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı kamu görevlilerine de tanınan bir hak olmakla birlikte, bu hakkın kamu görevlileri tarafından kullanımı durumunda diğer kişilere nazaran daha hassas davranılması icap etmektedir. Bu husus ise, Sözleşme de görev ve sorumluluk (*duties and responsibilities*) kavramıyla ortaya konulmuştur. Mahkeme, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, "görev ve sorumluluk" kavramının özel bir önem kazandığını ve müdahalenin Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde düzenlenen meşru amaçlara ulaşma noktasında orantılı olup olmadığını tespit ederken ulusal makamların belirli bir takdir alanının bulunduğunu hatırlatmaktadır.⁷³

Mahkeme tarafından; kamu görevlileri⁷⁴, askerler⁷⁵, polisler⁷⁶, yargı görevi ifa eden kişiler⁷⁷, siyasiler, gazeteci (basın mensupları)⁷⁸ ve yazarlar, yayıncılar⁷⁹,

⁷⁰ *Kosiek/Almanya*, § 35; *Glaserapp/Almanya*, § 49.

⁷¹ *Vogt/Almanya[BD]*, § 43; *Otto/Almanya*; *mutatis mutandis*, *Abdülaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık*, no. 9214/80 9473/81 9474/81, 28.05.1985, §60.

⁷² Brems, Eva; *Human Rights: Universality and Diversity*, Kluwer Law International, 2001, s.429.

⁷³ *Vogt/Almanya[BD]*, § 53; *Rekvényi/Macaristan*, § 43.

⁷⁴ *Ahmed ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no.22954/93, 02.09.1998; *Vogt/Almanya[BD]*, no.17851/91, 26.09.1995.

⁷⁵ *Hadjianastassiou/Yunanistan*, no.12945/87, 16.12.1992; *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, no.5100/71, 5101/71, 5102/71..., 08.06.1976; *Grigoriades/Yunanistan*, no.24348/94, 25.11.1997.

⁷⁶ *Rekvényi/Macaristan*, no.25390/94, 20.05.1999; *Otto/Almanya*, no.27574/02, 24.11.2005.

⁷⁷ *Poyraz/Türkiye*, no.15966/06, 07.12.2010; *Kudeshkina/Rusya*, no.29492/05, 26.02.2009; *Guja/Moldova[BD]*, no.14277/04.12.02.2008; *Albayrak/Türkiye*, no.38406/97, 31.01.2008; *Giovanni/İtalya*, no.51160/06, 09.07.2013; *Jhangiryay/Ermenistan*, no.8696/09, 05.02.2013; *Buscemi/İtalya*, no. 29569/95, 16.09.1999; *Harabin/Slovakya*, no.62584/00, 29.06.2004.

⁷⁸ *Wojtas/Kaletka/Polonya*, no.20436/02, 16.07.2009; *Matúz/Macaristan*, no.73571/10, 21.10.2014; *Fuentes Bobo/İspanya*, no.39293/98, 29.02.2000.

⁷⁹ İ.A./Türkiye, no.42571/98, 13.09.2005.

sanatçılar⁸⁰, sivil toplum kuruluşları ve temsilcileri⁸¹ açısından ifade özgürlüğü hakkının kullanımı ve müdahale irdelenirken, *görev ve sorumluluk* kavramına değinilmiştir.

İfade özgürlüğü hakkının kullanılması açısından, kamu görevlilerinin durumu diğer kişilere nazaran farklılık arz etmektedir. Zira; kamu hizmeti verilmesi açısından tüm vatandaşlara eşit muamelede bulunulması gerekliliği hususu dikkate alındığında, kamu hizmeti ifa eden görevlilerin de bu bağlamda kişilere ayrımcılık yapmayacak şekilde tarafsız görünmesinin önemine dikkat çekilmelidir. Kamu görevlilerinin, konuları gereği ifadelerinde daha dikkatli davranması, bu nedenle Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde belirtilen *görev ve sorumluluklarının* bilincinde olması icap etmektedir.

Bu noktada, kamu görevlileri açısından *görev ve sorumluluk* kavramı dikkate alınarak, ulusal mercilerin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda belirli bir takdir alanının olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu takdir alanı kullanılırken, kişinin konumu, ifadenin niteliği ile hedeflenen meşru amaçlara ulaşma bağlamında orantılı olup olmadığı hususları göz önünde bulundurulmaktadır. Bununla beraber, müdahalenin orantılı olup olmadığı hususu değerlendirilirken, niteliği ve ağırlığı da dikkate alınmaktadır.⁸²

Bir tedbirin orantılı olup olmadığı hususunun saptanmasında, müdahalenin niteliği önem kazanmaktadır. Örneğin, bir kamu görevlisinin siyasi parti faaliyetleri nedeniyle işten çıkarılması durumunda bu müdahale orantılı olarak değerlendirilmemektedir.⁸³

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğu takdirde, Mahkeme daima *Vogt/Almanya*[BD] kararında vurguladığı 10. maddeye ilişkin temel ilkeleri tekrarlamaktadır. Bu kriterler 3 başlık altında aşağıdaki gibidir:⁸⁴

(i) İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturmaktadır ve toplumun ilerlemesi ve bireylerin gelişimi için temel koşullardan biridir. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasına *tabî olup, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değer bulunmayan "haber" ve "düşünceler" için değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekli olan bu durum olmaksızın*

⁸⁰ *Müller ve Diğerleri/İsviçre*, no.10737/84, 24.05.1988.

⁸¹ *Otto/Preminger/Institut/Avusturya*, no.13470/87, 14.01.1993; *Ceylan/Türkiye*, no.23556/94, 08.07.1999; *mutatis mutandis*, *Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, no.68416/01, 15.02.2005.

⁸² *Tammer/Estonya*, no.41205/98, 06.02.2001, §69, *Perna/İtalya*[BD], no.48898/99, 06.05.2003, § 39; *Lesnik/Slovakya*, no. 35640/97, 11.03.2003, § 63/64; *Skalka/Polonya*, no.43425/98, 27.05.2003, § 41/42; *Ceylan/Türkiye*, §37.

⁸³ *Vogt/Almanya*[BD], §61.

⁸⁴ *Ibid*, § 52.

“demokratik toplum”dan söz edilemez. Sözleşme’nin 10. maddesinde belirtildiği üzere, ifade özgürlüğüne ilişkin bazı istisnalar mevcuttur; ancak bu istisnalar dar kapsamlı olarak yorumlanmalı ve kısıtlamanın gerekli olduğu, inandırıcı bir şekilde ortaya konmalıdır (bk. Handyside / Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, Seri A no. 24, s. 23, § 49; Lingens / Avusturya, 8 Temmuz 1986, Seri A no. 103, s. 26, § 41; ve Jersild / Danimarka, 23 Eylül 1994, Seri A no. 298, s. 26, § 37).

(ii) Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “gerekli” sıfatı, “acil bir toplumsal ihtiyaç” anlamındadır. Sözleşmeciler Devletler söz konusu gerekliliğin mevcut olup olmadığına değerlendirilmesi konusunda belli bir takdir payına sahiptir, ancak bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler de dâhil olmak üzere, tabî olduğu yasa ve kararları kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır. Mahkeme bu sebeple, bir “kısıtlamanın” Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında korunan ifade özgürlüğü ile bağdaşır bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisine sahiptir.

(iii) Denetleyici yargı yetkisini kullanırken, Mahkeme’nin görevi yetkili ulusal makamların yerini almak değil; daha ziyade bu makamların takdir yetkileri uyarınca vermiş olduğu kararları 10. madde kapsamında incelemektir. Bu durum; söz konusu denetimin davalı devletin takdir payını makul, dikkatli bir şekilde ve iyi niyet içerisinde kullanıp kullanmadığını belirlemekle sınırlı olduğu anlamına gelmez; Mahkeme’nin yapması gereken, şikayet konusu müdahaleye davanın bütünü ışığında bakmak ve ‘izlenen meşru hedefle orantılı’ olup olmadığını ve ulusal makamların söz konusu müdahaleyi haklı çıkarmak için ileri sürdüğü gerekçelerin ‘yerinde ve yeterli’ olup olmadığını belirlemektir (bk. the Sunday Times / Birleşik Krallık (no. 2), 26 Kasım 1991, Seri A no. 217, s. 29, § 50). Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların 10. madde içerisinde yer alan ilkelerle bağdaşan standartlar uygulamış olduğuna ve ilgili olaylar hakkında kabul edilebilir bir değerlendirmeye dayanmış olduğuna kanaat getirmelidir (bk. Jersild kararı s. 26, § 31).

Mahkemenin kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü ile temel ölçütleri ortaya koyduğu Vogt/Almanya[BD] kararında; müdahaleyi haklı gösterecek gerekçelerin geçerli olmasına karşın, demokratik bir toplumda gerekliliğinin açıklanmadığı sonucuna varılarak Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar verilmiştir.

Başvuru konusu olayda; bayan Vogt Almanya’da bir ortaokulda görev yapan Fransızca öğretmenidir. Vogt, 1972 yılında Alman Komünist Partisi (Deutsche Kommunistische Partei - „DKP“) üyesi olmuştur. Bu durum, başvuranın

deneme dönemi sona ermeden önce ve 1979 yılında kadrolu memur olarak atanırken yetkili makamlar tarafından da bilinmektedir. Ancak, başvuranın siyasi faaliyetleri hakkında araştırma yapıldıktan sonra, 1982 yılında hakkında disiplin işlemleri başlatılmıştır. Nihayet, 15 Ekim 1987 tarihinde, siyasi sadakat görevini ihlâl ettiği gerekçesiyle meslekten çıkarılmıştır. Başvuranın DKP içindeki çeşitli siyasi faaliyetleri, bu partideki konumu ve Eyalet Parlamentosu seçimlerinde bu partiden aday olması, başvurana karşı yapılan eleştirilerin odağında yer almıştır.

Mahkeme; demokratik bir devletin, memurlarından, devletin dayanağını oluşturan anayasal ilkelere sadakat göstermelerini isteme hakkı bulunduğunu belirlemiştir. Ancak görevden çıkarma nevinde bir tedbirin, ilgili kişinin itibarını etkileyeceği ve Almanya'da memuriyet dışında öğretmenlik kadrolarının oldukça az olması dikkate alındığında, bu şekilde meslekten çıkarılan öğretmenlerin genellikle geçim kaynaklarını kaybedeceği, bu durumdaki birinin başka bir yerde öğretmenlik yapmasının hemen hemen imkânsız olduğuna dikkat çekmiştir.

Kararda, ikinci olarak, Vogt'un, niteliği gereği güvenliğe yönelik olarak herhangi bir risk taşımayan bir kadro olan, ortaöğretimde Almanca ve Fransızca öğretmenliği yapmasına dikkat çekilmiştir. Öğretmenlere yüklenen özel *görev ve sorumluluklara* aykırı olarak, Vogt'un dersler sırasında öğrencilerine düşüncelerini aşılacak veya öğrencilere başka bir şekilde uygunsuz etkide bulunmak amacıyla, mesleğini kullanma ihtimali konusunda bir risk mevcuttur. Ancak başvurana yönelik olarak bu konu hakkında herhangi bir eleştiri yapılmadığı, tam tersine, başvuranın okuldaki çalışmalarının, amirleri tarafından bütünüyle tatmin edici bulunduğu ve öğrencileri ve velileri ile diğer meslektaşlarından takdir gördüğü belirtilmiştir. Bu bakımdan, soruşturma başladıktan yaklaşık 4 yıl sonra uygulanan meslekten çıkarma tedbirinin, zorunlu acil bir ihtiyaçtan ileri geldiği hususunda tereddüt bulunduğu belirtilmektedir.

Öğrencilerin gözünde otorite figür olmaları nedeniyle, öğretmenlerin özel *görevleri ve sorumlulukları*, belirli bir ölçüde okul dışındaki faaliyetleri için de geçerlidir. Ancak, Vogt'un okul dışındaki çalışmalarında bile, Anayasaya aykırı beyanlarda bulunduğu veya Anayasaya aykırı bir tutum sergilediğini gösteren herhangi bir delil olmaması, kendisine yöneltilen tek eleştirinin, DKP'nin aktif bir üyesi olması, parti içindeki konumu ve Eyalet Parlamentosu seçimlerinde aday olması olduğu vurgulanmıştır. Öte yandan, DKP'nin Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmamış olması karşısında, başvuranın bu parti için gerçekleştirdiği faaliyetlerin tamamının hukuka uygun olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda aktarılan bilgiler ışığında Mahkeme, Vogt'un ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı göstermek için Hükümet'in ileri sürdüğü gerekçelerin *yerinde olduğu*, fakat demokratik bir toplumda *gerekliliğinin* ikna edici bir şekilde ortaya konulamaması nedeniyle yeterli olmadığı sonucuna varmaktadır. Devlete belirli bir takdir payı tanınmış olsa bile, Bayan Vogt'un disiplin yaptırımıyla ortaöğretim öğretmenliği kadrosundan çıkarılmasının, izlenen meşru amaçla orantısız olduğu sonucuna varılmış ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar verilmiştir.

Mahkeme tarafından, asker ve polis gibi bazı kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olamayacaklarına ve siyasi faaliyetlerde bulunamayacaklarına ilişkin düzenleme aşırı bir sınırlama olarak değerlendirilmemiş, orantılı görülerek Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edilmediği sonucuna varılmıştır.⁸⁵ Bu açıdan, Mahkeme, siyasi faaliyetlerinden ötürü terfi ettirilmeyen bir emniyet görevlisi hakkında Sözleşme'nin 10 (2) maddesi bağlamında ifade özgürlüğü açısından bir ihlâl olmadığına karar vermiş, başvuranın terfi ettirilmeme nedeniyle gelir elde etme imkânından mahrum bırakılmadığını gözeterek tedbirin orantılı olduğunu değerlendirmiştir.⁸⁶ Bu sonuçlara ulaşılırken, Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *görev ve sorumluluk* ifadesine dikkat çekilmiştir.

Yine; Mahkemece, yerel yönetimlerde çalışan kamu görevlilerinin siyasi faaliyetlerinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme nedeniyle, kamu görevlileri bakımından tarafsızlık ilkesinin önemine vurgu yapılarak, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki takdir alanının aşılmadığı ve bu durum nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlâl edilmediği belirtilmiştir.⁸⁷

Ahmed ve Diğerleri/Birleşik Krallık davasında, devlet memurlarının demokratik bir toplumda, hükümete, görevlerini yerine getirmesi sırasında yardım etme hususunda bir görevinin bulunması ve kamunun, devlet memurlarının yardımlarını bekleme ve demokratik bir şekilde seçilmiş olan hükümete engel olmamalarını bekleme hakkı bulunması sebebiyle; sadakat ve ihtiyat görevinin, özel bir önem arz ettiğini vurgulamıştır.⁸⁸

Sözleşme'de tanımlanan diğer haklar gibi 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı da, kışla kapısında durmamakta olup, Sözleşmeciler Devletlerin yargı yetkisi alanındaki tüm diğer kişiler gibi askerî personel için de geçerlidir. Ancak, askerlerin ordu disiplinini zayıflatmasını engellemek üzere hazırlanan

⁸⁵ *Rekvényi/Macaristan [BD]*, § 49.

⁸⁶ *Otto/Almanya*.

⁸⁷ *Ahmed ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, §§ 61-65

⁸⁸ *mutatis mutandis, Ahmed ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, §53.

kuralların, bir ordunun düzen ve nizamının temini için vazgeçilmez olması karşısında, askerî disiplin konusunda gerçek bir tehlike olması halinde ifade özgürlüğü hakkına sınırlama getirme yolu Devletler için açık olmalıdır.⁸⁹ Bu bakımdan, ordu disiplini söz konusu olduğu takdirde, Devletlerin bu konuda belirli bir takdir alanının bulunduğu ifade edilmektedir.⁹⁰ Bununla beraber; ifade özgürlüğü hakkının kullanımı doğrudan kurumsal olarak orduyu hedef alsa dahi, bu hakkın kullanımının engellenmesi amacıyla bu türden kurallara dayanılması yolu ulusal makamlar için açık değildir.⁹¹

Grigoriades/Yunanistan[BD] davasında, asteğmen olan başvurucu, askerlere karşı üstleri tarafından yapılan birçok kötü muameleye şahit olmuş ve bu nedenle bu tür davranışlara karşı çıkarak üstleri ile çoğu kez karşı karşıya kalmıştır. Hakkında yürütülen idari ve cezai soruşturmalar sonucu nihayetinde tüm suçlamalardan aklanmıştır. Ancak, aldığı bir disiplin cezası nedeniyle askerlik hizmet süresinin uzatılması yaptırımına maruz kalmıştır. Bir günlük izinli olarak kışladan ayrıldığı gün tekrar kıt'asına dönmeyerek firar etmiş ve üstlerine bir mektup göndermiştir. Mektupta; askerlere karşı yapılan muamelelerin insanlık dışı ve Anayasaya aykırı olduğu, başvuranın bu nedenle 2 yıllık asteğmenliği boyunca buna karşı çıktığı, askerlik süresinde bu tür davranışlara maruz kalan askerlerin psikolojilerinin bozulduğu ve bu durumun toplumsal açıdan olumsuz sonuçlara yol açtığı, işlenen suçların ve toplumsal asabiyetin kaynağının insanların askerlik sırasında karşılaştıkları durumlardan ileri geldiğini, bu itibarla doğası gereği, ordunun, insanların ve toplumun karşısında olduğunu ve barışı bozduğunu ifade etmiştir. Devamla; askerlik hizmetinde karşılaşılan durumların insanlar ve toplum üzerindeki etkilerinden bahsederek, bir kurum olarak ordu ile rütbelilerin yönetim tarzını ağır bir dille eleştirmiştir.⁹²

Başvuran tarafından gönderilen bu mektup nedeniyle hakkında açılan soruşturma sonucu, Askerî Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca hakkında firar (*deserter*) suçundan 1 yıl 8 ay, orduyu aşağılamak suçundan ise 3 ay hapis cezasına hükmedilmiştir. Kararın temyiz edilmesi sonucu firar cezası bozulmuş, ancak orduyu aşağılama suçundan dolayı verilen ceza onanmıştır. Başvuran tarafından Yunan Yüksek Mahkemesine (*Arios Pagos*) yapılan başvuru da; Yunan

⁸⁹ *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya*, § 36.

⁹⁰ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, § 59; *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, no. 33985/96 ve 33986/96, 27.09.1999, § 89.

⁹¹ *Grigoriades/Yunanistan*[BD], no.24348/94, 25.11.1997, § 49; *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya*, § 36.

⁹² *Grigoriades/Yunanistan*[BD], §§ 10-15.

Anayasası'nın 14. maddesi bağlamında ifade özgürlüğünün sınırlamalara tabi olduğu vurgulanarak reddedilmiştir.⁹³

Başvuran; olayda Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Mahkemece yapılan değerlendirmede, ilk olarak *Vogt/Almanya*[BD] kararında belirtilen ilkelere değinilmiştir. Devamla, Sözleşme hükümlerinin orduyu da kapsadığını ve askerî personelin Sözleşme hükümlerinin korumasından faydalanabileceği belirtilmiş, bununla birlikte, askerlerin askerî hizmeti küçümsemelerinin önüne geçebilmek için hukukî temele oturmuş bir sistem olmaksızın ordunun etkin işleyişi bakımından disiplinin sağlanmasının zorluğuna dikkat çekilmiştir.⁹⁴ Bununla beraber, ulusal makamların, doğrudan kurumsal olarak orduyu hedef alsa dahi, ifade özgürlüğünü işlevsiz kılacak düzenlemelere dayanamayacakları belirtilmiştir.

Somut olayda ise, başvuran tarafından gönderilen mektupta Yunan ordusuna yönelik çok ağır ifadeler yer almış olsa da; içerikteki ifadelerin genel olduğu, askerî yaşam kurallarına yönelik eleştiriler barındırdığı ve ordunun kurumsal olarak değerlendirildiği hususu belirtilmiştir. Mektubun yayımlanmadığı ve sınırlı kişilerin bu mektup içeriğinden haberdar olduğu, içerikteki ifadelerin doğrudan gönderilen kişiyi veya herhangi bir kişiyi hedef almadığı hususları göz önünde bulundurulduğunda, somut olay bakımından askerî disiplini sağlama maksadının önem arz etmediği vurgulanarak, tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmak suretiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar verilmiştir.⁹⁵

AİHM, yargı alanında faaliyet gösteren kamu görevlilerinin, yargının tarafsızlık ve otoritesinin sarsılmasına sebebiyet verilmemesi adına, daha da hassas davranması gerektiğini vurgulamıştır. Yargı görevlilerinin, bulunduğu konumu herhangi bir siyasi parti lehine veya aleyhine kullanma hakkının bulunmadığı, siyasi meselelerde tarafsız ve sınırlı davranma yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmektedir.⁹⁶

Mahkemelerin hukukî uyuşmazlıkların çözümü ve bir kişinin suçlu olup olmadığının tespitinde uygun kurum olması, bu durumun ise toplum tarafından genel kabul görmesi nedeniyle, 'yargının otoritesi' korunması gereken kavramları içermektedir.⁹⁷ Yargı erkinin otoritesinin korunması açısından önemli

⁹³ *Ibid*, §§ 16-24.

⁹⁴ *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya*, § 36.

⁹⁵ *Grigoriades/Yunanistan*[BD], §§ 45-48.

⁹⁶ *Baka/Macaristan*, no.20261/12, 27.05.2014.

⁹⁷ *Worm/Avusturya*, § 40.

olan, ceza yargılamalarına ilişkin olarak mahkemelerin demokratik bir toplumda sanıklarda ve nihayet genel olarak toplumun tümünde uyandırması gereken güven duygusudur.⁹⁸ Bu itibarla, ifade özgürlüğü hakkının kullanımı söz konusu olduğu takdirde, yargı görevi yapan kişilerden, provoke edici hususlar olsa dahi basına mesafeli yaklaşımları, kendilerini sınırlayarak yargının tarafsızlığını ve otoritesini sorgulatacak söz ve ifadelerden kaçınmaları, ifadelerinde daha özenli, dikkatli ve sağlıklı davranmaları beklenmektedir.⁹⁹

Demokratik bir toplumda, yargının, Devlet kurumları arasındaki önemi dikkate alındığında, yargıçların ifade özgürlüğünün sınırlanması, onların ifa ettiği görevin özellikleri ile yargısal faaliyetlerin diğer rutin kamu hizmetlerine benzerlik göstermemesinden kaynaklanmaktadır.¹⁰⁰

Wille/Liechtenstein davasında, Yüksek İdare Mahkemesi başkanının, Prens ile Meclis (*the Diet*) arasında bir ihtilaf olması halinde sorunun Anayasa Mahkemesince çözümlenebileceğine dair akademik görüşlerini beyan etmesi üzerine, AİHM, yüksek mahkeme başkanı açısından Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde ifade edilen *görev ve sorumluluk* kavramına değinerek, yargı alanında görev yapanların ifade özgürlüğü hakkını kullanımında sorumlu davranmak suretiyle yargının otorite ve tarafsızlığının korunması bağlamında hassasiyet göstermeleri gerektiğini belirtmiştir.¹⁰¹

Bununla beraber, Mahkeme, Prens'in, mahkeme başkanını tekrar atama-yacağına ilişkin beyanlarını açık mektup ile yayınlaması ve görev süresi dolan mahkeme başkanını tekrar atamaması nedeniyle, ulusal makamların belirli bir takdir marjı bulunsa da, somut olayda demokratik bir toplumda gereklilik arz eden bir durum oluşmadığından bahisle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar verilmiştir.¹⁰²

*Baka/Macaristan*¹⁰³ davasında da; *görev ve sorumluluk* kavramına değinilerek, yargıçların ifade özgürlüğü hakkı açısından benzer ifadelere yer verilmiştir.

⁹⁸ *Fey/Avusturya*, no.14396/88, 24.02.1993, § 51; *Thorgeir Thorgeirson/İzlanda*, no. 13778/88, 25.06.1992, § 51.

⁹⁹ *Worm/Avusturya*, § 40; *Fey/Avusturya*, no. 14396/88, 24.02.1993, §30; *Kayasu/Türkiye* [No.1], § § 92, 100; *Kudeshkina/Rusya*, § 86; *Kyprianou/Kıbrıs*, no.73797/01, 15.12.2005, §172; *Wille/Liechtenstein [BD]*, § 64; *Buscemi/İtalya*, no. 29569/95, 16.09.1999, § 67; *Poyraz/Türkiye*, § 69.

¹⁰⁰ *Pitkevich/Rusya*, no. 47936/99, 08.02.2001; *Albayrak/Türkiye*, no.38406/97, 31.01.2008, §42.

¹⁰¹ *Wille/Liechtenstein [BD]*, § 64.

¹⁰² *Ibid*, § 70.

¹⁰³ *Baka/Macaristan*, no.20261/12, 27.05.2014.

Bu davada, eski AİHM yargıcı olan başvuru András Baka, 2009 yılında, Macaristan Meclisi tarafından Temmuz 2015'e kadar 6 yıllık bir süre için Macaristan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of Justice of Hungary) Başkanlığına seçilmiştir. Baka, 2011 yılı içerisinde, özellikle yargıçların zorunlu emeklilik yaşının 70'ten 60'a düşürülmesine ilişkin öneri olmak üzere, bazı yargı reformları hakkında eleştirel ifadeler kullanmıştır. Macaristan'da 1 Ocak 2012 tarihi itibarıyla yeni Anayasa hükümleri yürürlüğe girmiş, bunlar arasında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle halihazırda görev yapan Yüksek Mahkeme Başkanının görevinin sona ereceğine dair hüküm de yer almıştır. Öte yandan, Yüksek Mahkeme Başkanı seçilebilmek için Macaristan'da 5 yıl hâkimlik yapma kriteri getirilmiştir.

Anayasa değişikliği ile görevi öngörülenden 3,5 yıl daha erken sona eren başvurunun, yeni Anayasa hükümlerine göre Macaristan'da hâkimlik yapmaması nedeniyle AİHM'de yargıç olarak görev yaptığı süre dikkate alınmadığından, başvuru Yüksek Mahkeme Başkanlığına seçilme şartlarını yitirmiştir.

AİHM, başvuranın Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında mahkemeye erişim hakkının engellendiğini, bunun ise Yüksek Mahkeme Başkanlığı için öngörülen görev süresinden daha önce görev süresinin bitmesine ilişkin kuralın, yasal düzenleme ile değil, yeni Macaristan Anayasası'nda yer alan madde hükmü ile düzenlendiğini, bu itibarla hiçbir yargı merciine müracaat edilemediğini tespit etmiştir.

Mahkeme ayrıca, Sözleşmenin 10. maddesinin de ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Bu bağlamda, başvuru Baka'nın görevden alınmasının, Yüksek Mahkeme Başkanlığı döneminde Hükümetin yargı reformuyla ilgili kamuoyu önünde yaptığı eleştirilerden kaynaklandığını, görevden alınma (görevini kaybetme) gibi bu şekilde bir yaptırımın, diğer yargıçlar üzerinde soğutucu etki (*chilling effect*) göstereceği ve onların kamu kurumları ve politikaları ile ilgili eleştirel açıklama yapmaktan kaçınarak ifade özgürlüğü hakkının kullanımında cesaretlerinin kırılmasına sebep olacağını vurgulamıştır.

Görev ve sorumluluk kavramı, kamu görevlilerinin sadakat ve gizliliğe riayet etmesi gerektiği hallerde de karşımıza çıkmaktadır.

Mahkeme; çalışanların işverenlerine veya amirlerine karşı sadakat, ihtiyat ve gizlilik ödevi bulunduğunu belirtmektedir. Bu durum, kamu hizmetinde bulunan bir devlet memurunun sadakat ve gizlilik görevleri ile bağlı olması bakımından devlet memurları için de geçerlidir.¹⁰⁴

¹⁰⁴ *De Diego Nafria/İspanya*, no.46833/99, 14.03.2002, §37; *Vogt/Almanya[BD]*, §53; *Ahmed*

Devlet memurlarının çalışmaları sırasında edindikleri bilgileri -kamu menfaatini ilgilendiren konularda olsa dahi- açığa çıkarmaları, sadakat ve gizlilik görevleri ışığında değerlendirmeye tabî tutulmalıdır.¹⁰⁵ Buna ek olarak, devlet memurlarının görevlerinin mahiyeti dikkate alındığında, bu kişiler sıklıkla, bazı meşru gerekçeler nedeniyle hükümetin gizli tutma hususunda menfaatinin bulunabileceği bazı bilgilere erişim sağlamaktadırlar. Bu nedenle devlet memurlarının gizlilik görevleri, genel olarak ciddi niteliktedir.¹⁰⁶

AİHM; ulusal güvenlikle ilgili önemli bilgilere sahip kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları incelerken de,¹⁰⁷ Sözleşme'nin 10 (2) maddesiyle uyumlu bir şekilde, bu tür resmi görevlilerin *görev ve sorumluluklarını* gündeme getirmiştir.¹⁰⁸

Kayasu/Türkiye [No.1] davasında AİHM, adli makamlarda görev yapan kişilerin ihtiyatlı davranmak durumunda olduklarını, bu nedenle, provokasyonlara yanıt vermek için bile olsa basını kullanmamaları gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁹

Mahkeme, savcı sıfatıyla basının bilgilendirilmesine ilişkin olarak, başvurunun, işveren devlete karşı sadakat ödevini göz önünde bulundurduğunu ifade etmiştir. Bununla beraber, olayda Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde öngörülen meşru menfaatlere aykırılık teşkil edebilecek kişisel kanaat beyanını aşan bir amaç bulunması, ihtilaf konusu beyanla esasen demokratik rejimdeki aksaklığın ortaya konulmasının amaçlandığını dikkate alarak, başvurunun savcılık mesleğinden atılmasının, ifade özgürlüğü hakkına yönelik müdahale için gündelen meşru amaçlardan hiçbirisiyle orantılı olmadığı sonucuna varmıştır.¹¹⁰

Mahkeme, *Poyraz/Türkiye* davasında, devam eden soruşturmalara ilgili, özellikle adaletin doğru şekilde tecelli etmesi bağlamında resmi bir gizlilik

ve Diğerleri/Birleşik Krallık, §55.

¹⁰⁵ *Guja/Moldova* [BD], §§ 72-78.

¹⁰⁶ *Ibid*, § 71.

¹⁰⁷ Bir kişinin mesleki gizliliğe dayalı ifade özgürlüğü hakkıyla ilgili kriterler Mahkeme tarafından *Guja/ Moldova* [BD] kararında belirtilmiştir (§§74-78). Konu incelenirken aşağıdaki ölçütler göz önünde bulundurulmaktadır:

(a) kamunun açıklanan bilgilere ilişkin menfaati; (b) açıklanan bilginin güvenilirliği; (c) eğer varsa, bilginin açıklanması sonucunda ilgili makamın gördüğü zarar; (d) çalışanın ihbar edilmesi eyleminin amacı; (e) çalışanın işverenine borçlu olduğu gizlilik görevi ışığında, söz konusu bilginin, bir amire veya yetkili bir makama açıklanmasının ardından, son çare olarak kamuya duyurulup duyurulmadığı ve (f) uygulanan yaptırımın ağırlığı.

¹⁰⁸ *Engel ve Diğerleri/Hollanda*, § 100; *B/Birleşik Krallık*, no. 10293/83, 12.12.1985; *Hadjianastasiou/Yunanistan*, § 46; *Rekvényi/Macaristan*[BD], § 43.

¹⁰⁹ *Kayasu/Türkiye* [No.1], § 100.

¹¹⁰ *Ibid*, § 107.

hükmü ile korunan bilgileri içeren bir soruşturmayı bizzat yürütmekle görevli oldukları durumlarda kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerini kullanırlarken daha dikkatli davranmaları gerektiğine vurgu yaparak, Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde ifade edilen *görev ve sorumluluk* kavramına değinmiş ve gazetecilerin aksine, yargıçlar ve memurlar gibi kamu sorumluluğu taşıyan kişilerin ihtiyatlı davranma yükümlülüklerinin bulunduğunu hatırlatmıştır.¹¹¹

Başvuru konusu olayda, adalet başmüfettişi olan başvuranın, bir hâkim hakkında yaptığı soruşturma neticesinde hazırlanan ve basına sızan soruşturma raporuna dair bazı içerikleri medya önünde ifade etmesi nedeniyle Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla tazminata mahkum edilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği öne sürülmüştür.

AİHM, ifade özgürlüğüne müdahaleyi incelerken, başvuranın hâkim olarak görev yapmasını da göz önünde tutarak, *Kayasu/Türkiye*[No.1]¹¹² başvurusundaki gibi adli makamlara büyük bir ihtiyatlılık görevi düştüğünün altını çizmiş, bu ihtiyatlılık gereğince, provokasyonlara yanıt vermek için bile olsa basın kullanılamayacağına değinmiştir. Bu hususu ele alırken ise, adaletin yüce gerekleri ve hukuk hizmetinin büyüklüğünün bunu gerektirdiğini belirtmiştir.¹¹³

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus da, kamu görevlilerinin sosyal medya vasıtasıyla yaptığı açıklamalardır. Sosyal medyanın, görsel-işitsel medya kadar etkili olduğu günümüzde, kamu görevlileri tarafından bu mecrada ifade edilen beyanlar da, AİHM'nin yukarıda aktarılan kriterleri çerçevesinde ele alındığında, işverene (Devlete) sadakat ile görev ve sorumluluk kavramları göz önünde tutulmak suretiyle bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında; kamu hizmeti gören memurların edindikleri bilgileri kamuoyu önünde gelişigüzel ifade edemeyeceği, ifade edilen bazı hususların Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından faydalanamayacağı, konuyla ilgili AİHM tarafından verilen kararlarda, kamu görevlilerinin sadakat ve ihtiyat yükümlülüklerinin Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde bahsedilen *görev ve sorumluluk* kavramı ile birlikte dikkate alınarak bir sonuca varıldığı görülmektedir.

¹¹¹ *Poyraz/Türkiye*, §§ 76-78.

¹¹² *Kayasu/Türkiye* [No.1], § 100.

¹¹³ *Poyraz/Türkiye*, § 69; *mutatis mutandis*, *Buscemi/İtalya*, §67.

Sonuç

İnsanları diğer canlılardan ayıran en önemli özelliklerden biri düşünebilme yetisidir. Bu bağlamda, gelişim, düşünebilme sayesinde mümkündür. Ancak; tek başına *düşünme* ile toplumsal olarak ilerleme olanaklı değildir. Zira; açıklanmayan düşünce sadece düşünen bireyi ilgilendirir ve nihayetinde insanlık açısından bir anlam ifade etmez. Bunun için, düşüncelerin açığa çıkarılması, başkaca düşünceler ile kıyaslanması suretiyle en doğru sonuca, başka bir ifadeyle hakikate ulaşma bağlamında önem arz etmektedir.

Söz ve yazının yanı sıra, belirli bir davranış veya hareket, semboller, sanatsal ifadeler, film veya müzik, kılık kıyafet gibi araçlarla düşüncenin açığa çıkarılması olanaklıdır. Bireylerin her türlü düşüncelerini herhangi bir sınırlamaya tabî kılmaksızın açıklayabilme hürriyetine sahip olduğu ortam demokratik toplumların göstergelerinden biridir. John Stuart MİLL'e göre; düşüncelerin açık pazarda sınırlama olmaksızın tartışılması ile ancak mutlak gerçeğe erişilebilecektir. Bu bağlamda, bu özgürlük ile bir toplumun gelişiminin doğru orantılı olduğu ifade edilebilir.

Ancak; günümüz modern demokratik toplumlarınca da kabul edildiği üzere, düşünce özgürlüğü sınırsız ve mutlak olarak kullanılamamaktadır. Bu özgürlük bazı sınırlamalara tabi tutulmakta, bu sınırlamalar ise bir takım meşru gerekçelere dayandırılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. 10. ve 11. maddeleri genel anlamda düşünceleri ifade etme hürriyetine ilişkin hususları düzenlemektedir. Bu maddelerin ortak yanı, bu hürriyetin sınırlandırılabilmesi noktasıdır ki, sınırlamalara ilişkin hususlar ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Ancak 10. madde açısından farklı bir durum söz konusudur. Buna göre; ifade özgürlüğü hakkının kullanımı söz konusu olduğu takdirde bu hakkı kullananlara aynı zamanda görev ve sorumluluk da yüklenmiştir. Bu kavramın, somut olaylar bakımından değerlendirilmesine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlarda rastlanmaktadır.

Mahkemenin içtihatlarına bakıldığında, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması herkes için aynı oranda uygulanmayabilir. Bazı konumda bulunan kişiler açısından, ifade hürriyetinin sınırları diğer insanlara nazaran daha dar yorumlanabilmektedir. Bu durum, kişilerin konumu ve ifa ettiği görevleriyle ilintili bir husus olup, Sözleşme'ye göre bu noktada ulusal makamların takdir hakkının daha geniş olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yorum, Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde yer bulan, *bu hakkın kullanımının aynı zamanda görev ve sorumluluklar yüklediği* ifadesine dayanarak yapılmaktadır.

Görev ve sorumluluk kavramı; ifade özgürlüğü hakkı kapsamında kamu görevlileri açısından da geçerli olup, kamu görevlilerinin bu hakkın kullanımını nedeniyle herhangi bir yaptırıma, sınırlamaya maruz kalmaları halinde, etkisi ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, insanların, kamu görevlilerinin belirli bir standarda sahip olduğu ve tüm yurttaşlara eşit muamelede bulunması gerektiği hususundaki ön kabulünün zedelenmemesi adına, kamu hizmeti görenlerin daha dikkatli ve ifa ettiği görevin itibarına zarar vermeyecek şekilde davranmaları gerekmektedir.

İfadeleri nedeniyle bir tedbirle karşı karşıya kalan kamu görevlisinin durumu değerlendirilirken görev ve sorumluluk kavramı göz önünde bulundurulmakla birlikte, bu durum, uygulanan tedbirin orantılı olup olmadığı saptanırken de önem arz etmektedir. Tedbirin orantısı hususundaki tespit ve takdir nihaî olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin denetiminden geçmekte olup, tedbirin ağırlığı, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edilip edilmediği hususu belirlenirken göz önünde bulundurulmaktadır. Bu bakımdan, bazı durumlarda, Mahkemece, tedbir uygulanmasının doğru olduğu belirtilmekle birlikte, orantılı olmaması nedeniyle ihlâl kararı verilebilmektedir.

Bu bağlamda, Sözleşmede düzenlenen haklar kamu görevlilerini kapsamakta ise de; AİHM tarafından, ifade özgürlüğü hakkının kullanımının sınırlandırılması açısından kamu hizmeti ifa eden kişilerin durumu, Sözleşme'nin 10 (2) maddesinde yer alan *görev ve sorumluluk* kavramı dikkate alınarak farklı şekilde değerlendirilmektedir.



KAYNAKÇA

Brems, Eva; *Human Rights: Universality and Diversity*, Kluwer Law International, 2001

D.J. Harris-M. O'Boyle-E.P. Bates-C.M. Buckley; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi [Oxford University Press, 2009, Avrupa Konseyi], Türkçe Birinci Baskı, Şen Matbaa, Ankara, 2013

Doğru, Osman – Nalbant, Atilla; *İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, C.2, Pozitif Matbaa, Ankara, 2013

Geranne, Lautenbach *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2013

Lécuyer, Yannick; *Le droit à des élections libres*, Conseil de l'Europe, mars 2014

Macovei, Monica; *İfade Özgürlüğü*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No:2

Marauhn, Thilo; *Freedom of Expression, Freedom of Assembly and Association*, European Fundamental Rights and Freedoms, edited by Dirk Ehlers, De Gruyter, Germany, 2007

Mill, John Stuart; *On Liberty and Other Essays*, Digireads.com Publishing, 2010

Schauer, Frederick; *İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme*, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Ankara, 2002

Stratford, Jemima; *Striking the Balance: Privacy v Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights*, Developing Key Privacy Rights, ed. Madeleine Colvin, Hart Publishing, 2002

Ünal, Şeref; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Basımevi, Ankara, 1995

Velu, Jacques; *Propos sur les normes applicables aux relations entre la justice et la presse*, Journal des Tribunaux, 1995

Verpeaux, Michel; *Freedom of Expression*, Council of Europe, 2010

Ziya Paşa; *İnsanların Düşünce Farklılıkları Göstermesi Rahmettir*, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, ed. Berat Özipek, Liberal Düşünce, 2003

Zwaak, Leo – Karagöz, Kasım – Şahin, Kemal – Tümay, Murat; *Matra; Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2013

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

*Freedom of Expression Within the Boundaries of European Convention
on Human Rights*

Mehmet YÜKSEK*

ÖZET

Düşünme ve düşündüklerini ifade edebilme yeteneği insanları diğer canlılardan ayıran en temel özelliklerdendir. Günlük hayatta düşüncelerimizi çeşitli şekillerde ifade ederek başkaları ile paylaşırız. Bu düşünce açıklamalarına müdahale edilmediği sürece çoğu kez ifade özgürlüğümüzü kullandığımızın farkına bile varmayız. En temel insan haklarından biri olmasına rağmen, toplumsal yaşamın bir gereği olarak ifade özgürlüğü mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş ve belli şartlar altında bu özgürlüğün de sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Bu makalede çok geniş bir kullanım alanı olan ifade özgürlüğünün hangi hallerde sınırlanabileceğini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki düzenlemeler ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve yeri geldiğinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay uygulamaları ile açıklamaya çalışacağız.

Anahtar Kelime: İfade, İfade Özgürlüğü, Anayasa, Sözleşme, Temel Hak.

ABSTRACT

The ability to think and express these thoughts is one of the basic characteristics of human beings that differs them from other creatures. In our daily lives, we share our thoughts by expressing them in many different ways. As long as there is no interference, we even do not realize that we are using our right to freedom of expression. Although freedom of expression is one of the basic human rights and is regulated as a perfect right of man, it is still accepted that it can be restricted under certain conditions as a necessity of communal living. We will try to explain in this article under which circumstances and conditions can freedom of expression be restricted in the light of European Convention on Human Rights and decisions of European Court of Human Rights, Constitutional and Supreme Court of Turkey.

Keyword: Expression, Freedom of Expression, Constitution, Convention, Fundamental Right.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 10. maddesinde ve Türkiye

* Şalıurfa Adliyesi Hâkim; yüksekmehtmet-70@hotmail.com

Cumhuriyeti Anayasası'nın (Anayasa) 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve sınırları AİHS'nin 10. maddesinde;

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

2- Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzenin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre de ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun asıl temellerinden birini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına bağlı olarak yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen bilgi veya düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir. Bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz¹.

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

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

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret

¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.06.1999 tarihli Arslan-Türkiye kararı. Başvuru no:23462/94 www.yargitay.gov.tr

veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

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

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

Anayasanın “Düşünce ve kanaat hürriyeti” kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

Anayasanın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Anayasanın “Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” kenar başlıklı 90. maddesinin son fıkrası şöyledir:

“Usulüne göre yürürlüğe konmuş milletler arası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüğe ilişkin milletler arası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası andlaşma esas alınır”

Anayasadaki düzenlemeler incelendiğinde genel olarak AİHS ile uyumlu hükümler içerdiği anlaşılmaktadır. AİHM kararları ile Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, Anayasa Mahkemesinin birçok kararında AİHM kararlarına atıflar yapıldığı ve çok benzer kriterlerin kullanıldığı görülmektedir².

² Anayasa Mahkemesinin 04.06.2015 tarihli Bekir Coşkun kararı, başvuru no: 2014/12151, www.anayasa.gov.tr

Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen AİHS ve eki protokoller Türkiye Büyük Milleti Tarafından 1954 yılında 6366 sayılı yasa ile onaylanmış olduğundan Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme gereğince artık iç hukukumuzun bir parçasıdır. Temel hak ve özgürlükler konusunda AİHS ile uyumlu olmayan kanun hükümleri uygulanamayacaktır.

İfade özgürlüğü ile kişilerin iç dünyasında oluşan düşüncenin ilk oluşum sürecinden dış dünyaya açıklandığı ana kadar tüm aşamaları korunur. Düşünce ve kanaat kişinin iç dünyasında kaldığı sürece mutlakdır. Kimse düşüncesinden dolayı kınanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak düşünce asıl önemini başkalarına aktarıldığında kazanmaya başlar. Dolayısıyla ifade özgürlüğü asıl olarak düşüncenin açıklanması kısmını güvence altına alır. Bu güvence kişinin sadece kendi düşüncesini değil aynı zamanda başkalarından edindiği haber, bilgi ve kanaatleri başkalarına aktarması ve bu kanaatlerin aktarma biçimini de garanti altına alır.

İfade özgürlüğü ile düşüncenin açıklandığı söz, resim, yazı ve heykel gibi çeşitli şekiller ile açıklamanın yapılmasında kullanılan gazete, radyo, televizyon, internet, film ve broşür gibi ifade açıklama araçları da korunur³.

AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün kapsamına istisnasız herkes girer. İfade özgürlüğünden sadece belli kişi ve gruplar değil, gerçek ve tüzel kişiler, tüm kamu görevlileri, tutuklular ve hükümlüler ile yabancılar da yararlanır.

İfade özgürlüğü, görüş sahibi olma özgürlüğü ile bilgi ve düşünceyi edinme özgürlüğü ve bilgi ve düşünceyi yayma özgürlüklerini bünyesinde barındırır.

Toplumu oluşturan kişilerin kendi düşüncelerini oluşturup tartışılmasında genel yarar görülen konularda fikirlerini ortaya koyabilmeleri farklı görüşleri öğrenme imkanına sahip olmaları ile mümkündür.

İfade özgürlüğünün sınırlanması, devletin (kamu otoritesi) ya da üçüncü kişilerin ifade özgürlüğünü kullanan kişiye yaptığı müdahaleler ile ortaya çıkmaktadır. İfade özgürlüğüne devlet tarafından cezai yaptırım uygulanması, tazminat ödemeye mahkum edilmesi, basımı yapılan kitabın toplanması, yayının ya da gösterimin engellenmesi, tutuklu ya da hükümlüye istediği yayının verilmemesi gibi çeşitli şekillerde olabileceği gibi üçüncü kişilerin fiziki müdahalesi şeklinde de ortaya çıkabilir⁴.

³ Korkmaz Ömer, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, sayfa 110

⁴ Doğru Osman- Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Pozitif Matbaası, Ankara, 2013, sayfa 226

AİHS'nin 10. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen ifade özgürlüğüne hangi meşru sebeplere dayanılarak sınırlamalar getirilebileceği, ikinci fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekli dikkate alındığında ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmadığı, ifade özgürlüğüne ikinci fıkrada sınırlı şekilde sayılan **meşru sınırlama ölçütlerine uygun olarak yasayla ve demokratik bir toplum bakımından gerekli** olma ölçütlerine uyularak kamu makamları tarafında müdahale edilebileceği anlaşılmaktadır. Devlet tarafından ifade özgürlüğüne yapılan müdahale 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlara ulaşmak dışında başka sebeplere ya da sözleşmenin başka bir maddesindeki sınırlama sebeplerine dayanamaz. Bunun yanında sözleşmede sayılan meşru amaçlara ulaşmak için ifade özgürlüğüne yapılan müdahale zorunlu olmalıdır. Sıradan sebeplere dayanarak ya da ulaşmak istenen meşru amaçla bağlantılı veya orantılı olmayan müdahaleler sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır⁵.

İfade özgürlüğünün korunması hususunda devletin, bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmeme gibi negatif yükümlülüğün yanında, ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi için 3. kişilerin fiziksel saldırı ve tehditlerinden koruma ya da basın yayın organlarının dağıtımının engellenmesini önleme gibi pozitif yükümlülükleri vardır⁶.

AİHM, devletin pozitif yükümlülüğünü Dink-Türkiye kararında şu şekilde ifade etmektedir; “Öte yandan AİHM, başvuruların şikayetlerinin ve mevcut davadaki özel koşulların AİHS'nin 10. maddesi çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğünü devreye soktuğu kanaatindedir. İfade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir biçimde kullanımı yalnızca devletin her türlü müdahaleden imtina etme görevine bağlı değildir. Bu hakkın kullanımı bireyler arası ilişkilerde dahi pozitif koruma tedbirlerinin alınmasını gerekli kılar. Esasen, bazı durumlarda devlet, ifade özgürlüğü hakkını gerçek kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da korumakla yükümlüdür⁷.”

Açıklanan düşüncenin ifade özgürlüğü kapsamında koruma görüp görme-yeceği incelenirken, ifadenin kullanıldığı bağlamdan koparılmaması aksine bir bütün halinde, kullanıldığı bağlam ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda kullanılan ifadenin kim tarafından kullanıldığı, ifadeyi kullananın

⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 29.03.2005 tarihli Ağın-Türkiye kararı, başvuru no:46069/99 www.yargitay.gov.tr

⁶ Doğru Osman- Nalbant, Atilla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Pozitif Matbaası, Ankara, 2013, sayfa 356

⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 14.09.2010 tarihli Dink-Türkiye kararı. Başvuru no: 2668/07,6102/07,3079/09,7124/09 hudoc.echr.coe.int/eng

siyasi bir kişi ya da sade vatandaş olup olmadığı, ifadenin nerede ve hangi ortamda söylendiği, hangi araçla açıklandığı hususları birlikte değerlendirilmelidir. Bir düşünce açıklamasının gazetede yayınlanmasının etkisi ile çok az kişinin katıldığı toplantıda açıklanmasının ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü ya da suçun işlenmesi gibi hususlarda doğuracağı tehlikenin aynı olmayacağı gözönüne alınmalıdır⁸.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

A- GENEL OLARAK

Demokratik bir toplumun temel taşlarından biri olan ifade özgürlüğü, dar yorumlanması gereken meşru sebeplerle sınırlanabilecek olması sebebiyle mutlak bir hak olmadığından AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sınırlı olarak sayılan ve aşağıda gösterilen sebeplerle sınırlanabilecektir.

- Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması,
- Kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi,
- Sağlığın veya ahlakın korunması,
- Başkalarının şöhret ve haklarının korunması,
- Sır kabul edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi,
- Yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması.

İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlama yukarıda belirtilen ve AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlardan bir ya da birkaçına dayanmak zorundadır. Burada sayılan sınırlama sebepleri açık ve sınırlı sayım yöntemi ile belirlenmiş olduğundan bunların dışında bir sınırlama sebebine dayanarak ifade özgürlüğüne sınırlama getirilemez. Ayrıca sınırlama yasayla öngörülmüş olmalı ve demokratik bir toplum için gerekli olmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaları düzenleyen Anayasanın 13. maddesinin 1. fıkrasındaki “yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak” ibaresi de ifade özgürlüğüne ancak 26. maddesinin 2. fıkrasında sayılan meşru sebeplerle sınırlama getirilebileceğini, bunların dışında bir sebebe dayanarak ifade özgürlüğünün sınırlanamayacağını ortaya koymaktadır⁹.

⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1999 tarihli Karataş-Türkiye kararı, başvuru no:23168/99 www.yargitay.gov.tr

⁹ İnceoğlu Sibel, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, sayfa 28

Anayasada, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan sınırlama sebepleri yanında ayrıca, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olma, hak ve özgürlüğün özüne dokunmama ve laik cumhuriyetin gereklerine uygun olma meşru sebeplerine de yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünün önemi göz önüne alındığında bu özgürlüğe yapılacak müdahalede, müdahaleyi yapan kamu otoritesinin ifade özgürlüğünün korunmasından daha önemli olan ve müdahaleyi gerektiren yarar ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir¹⁰.

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen “demokratik toplum” ve “öz”e dokunma yasağını şu şekilde ifade etmiştir; “Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Demokratik bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalara yer verilemez. Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin özerine dokunulmaksızın yalnızca anayasada öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık gösterir. Bununla birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşıması gerekir¹¹.”

B- MEŞRU SINIRLAMA SEBEPLERİ

AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve ifade özgürlüğünü sınırlama için kullanılacak meşru sınırlama sebeplerini madde de düzenlenen sıraya göre ve AİHM içtihatları doğrultusunda incelediğimizde;

1- ULUSAL GÜVENLİĞİN, TOPRAK BÜTÜNLÜĞÜNÜN VEYA KAMU GÜVENLİĞİNİN KORUNMASI

Ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü, ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği meşru sebeplerin en önemlilerinden birisidir. Ulusal güvenlik, devletin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü ile millet egemenliğinin ulusal ya da uluslararası alanda gerçek ve yakın bir tehlikeye düştüğü zamanlarda anayasanın gösterdiği yetkili organ ya da organlar tarafından devlet tüzel kişiliğinin

¹⁰ Anayasa Mahkemesinin 04.06.2015 tarihli Bekir Coşkun kararı, başvuru no: 2014/12151, www.anayasa.gov.tr

¹¹ Anayasa Mahkemesinin 04.06.2015 tarihli Bekir Coşkun kararı, başvuru no: 2014/12151 www.anayasa.gov.tr

korunması ve güvenlik altına alınması şeklinde tanımlanabilir¹².

Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması meşru sebebine dayalı olarak ifade hürriyetine yapılan müdahaleler incelenirken özellikle şiddeti ve terörü teşvik eden ırkçı ve ülkeyi bölmeyi hedefleyen, demokratik rejimi yıkmayı amaçlayan ifade açıklamalarının ifade özgürlüğünden yararlanamayacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, Türkiye gibi ülke bütünlüğü daha çok tehlike altında olan devletin, ülke bütünlüğüne yönelik olan bir olaya müdahale konusundaki takdir yetkisinin, bireysel nitelikteki eylemler karşısındaki takdir yetkisinden daha geniş olduğu kabul edilmiştir¹³. İfade açıklamasının yapıldığı araç ve anlatım biçimi de koruma altında olduğundan, şiir ve resim gibi daha sınırlı bir gruba hitap eden ifade açıklamalarının ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu güvenliği üzerinde etkisi de sınırlı olacağından, daha geniş kitlelere ulaşan ifade açıklamalarına göre daha yüksek oranda koruma görmektedir¹⁴.

Diyarbakır Belediyesi eski başkanı olan Mehdi Zana'nın 1987 yılında gazeteciler ile yaptığı bir röportajda *"PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar."* şeklindeki sözlerinin ulusal bir gazetede yayınlanması üzerine hakkında ceza soruşturması açılmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından başvurana verilen 12 ay hapis cezasına ilişkin kararın Yargıtay tarafından onanması üzerine başvuran ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM'ye başvurmuştur.

AİHM, Diyarbakır Belediyesi eski başkanı olan başvuranın terör olaylarının çok yoğun yaşandığı dönemde söylediği sözler sebebiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin toprak bütünlüğü ve ulusal güvenlik meşru amacını taşıdığını tespit etmiştir. Somut olayda, devletin takdir yetkisi de göz önüne alınarak kişilerin ifade özgürlüğü ile demokratik bir toplumun meşru hakkı olan kendini terörist eylemlerden koruma hakkı arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir.

AİHM, başvuranın söz konusu açıklamayı yaptığı tarihte PKK'nın sivillere yönelik kanlı eylemler yapmakta olduğunu, başvuranın konumu ve siyasi kimliği gereği PKK'yı ulusal kurtuluş örgütü olarak gördüğü yönündeki açıklamalarının

¹² Yıldırım Zeki, Terörizmin Propagandası Suçu, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, sayfa 144

¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.06.1999 tarihli Arslan-Türkiye kararı, başvuru no:23462/94 www.yargitay.gov.tr

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.07.1999 tarihli Karataş-Türkiye kararı, başvuru no:23168/94 www.yargitay.gov.tr

gergin olan bölgedeki gerginliği daha da arttıracığını dolayısıyla başvurana verilen hapis cezasının 'zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca' cevap verdiğini ve ifade özgürlüğüne müdahale için gösterilen gerekçenin 'uygun ve yeterli' olduğunu, yapılan müdahalenin devletin takdir hakkı içinde kaldığını ve orantılı olduğunu belirtip başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁵.

AİHM, Polat-Türkiye kararında; yazar olan başvuranın yayınladığı bir kitapta bölücü düşünceleri yaydığı iddiası ile hakkında açılan ceza davasında mahkum edilmesini incelemiştir. AİHM yaptığı incelemeler sonunda Türkiye'nin güneydoğu bölgesindeki güvenlik durumunun hassasiyetini ve yetkililerin gereksiz şiddeti destekleyecek hareketlere karşı tetikte olma gereğini de dikkate alarak, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amaçlarını taşıdığını, kamunun genel yararına olan siyasi konulardaki fikir açıklamalarına yönelik sınırlama hakkının çok dar olduğunu, demokratik bir sistemde olaylar ve hükümet icraatlarının sadece yasama ve adli otoritelerin değil aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olması gerektiğini tespit etmiştir. Kullanılan sözlerin kişiler veya kamu görevlileri ya da nüfusun bir kesimine karşı şiddeti teşvik ettiği durumlarda kamu otoritesinin ifade özgürlüğüne müdahale hususunda daha geniş bir takdir hakkına sahip olduğunu belirtmiştir¹⁶.

AİHM, Düzgören-Türkiye kararında; zorunlu askerliğin kalkması gerektiği yönünde broşür dağıtan ve kendisinin vicdani retçi olduğunu ifade eden başvuranın, askeri mahkeme tarafından 2 ay hapis cezasına çarptırılmasına ilişkin başvuru ile ilgili olarak; söz konusu müdahalenin "güdülen meşru amaçlarla orantılı", ulusal makamların bu müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürdüğü nedenlerin ise "ilgili ve yeterli" olup olmadıklarını incelemiş ve şikayet konusu metinde kullanılan sözcüklerin, askerlik hizmeti ile ilgili düşmanca bir çağrışım yapmasına karşın, bu sözcüklerin, şiddete, silahlı direnişe ya da ayaklanmaya teşvik etmediğini, nefret söylemi olmadığını, düşüncelerin açıklandığı koşullar, düşüncelerin olası etkileri ile ilgili olarak, broşürün, İstanbul'da ki bir kamusal alanda dağıtılmış olduğunu, broşürün, ne biçimi ne de içeriği itibarıyla, derhal askerden kaçmaya yönlendirmeyi amaçlamadığını, bunların, tedbirin gerekliliğinin tayin edilmesinde önemli etmenler olduğunu, başvurana verilen iki ay hapis cezasının sert olduğunu, bu sebeplerle Askeri

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 25.11.1997 tarihli Zana-Türkiye kararı başvuru no:69,688,880/96 www.yargitay.gov.tr

¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.06.1999 tarihli Polat-Türkiye kararı, başvuru no:23500/94 www.yargitay.gov.tr

Mahkeme'nin ileri sürdüğü nedenlerin, ilintili olmalarına karşın, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahaleyi haklı çıkarmak için yeterli olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek, başvurana verilen mahkumiyet ile cezanın, güdülen amaçlarla orantısız olduğuna ve bu nedenle "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığına karar vermiştir¹⁷.

Türkiye gibi terörle mücadele eden ve toprak bütünlüğü daha çok tehdit altında olan ülkelerde ifade özgürlüğüne ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü meşru sebebine dayalı müdahaleler daha çok terör örgütlerinin gerçekleştirdiği cebir ve tehdit içeren eylemleri öven veya meşru göstererek propagandasını yapan ifade açıklamalarına veya yayınlara müdahale edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Uluslararası boyutta faaliyet gösteren terör örgütleri ile çok yönlü bir mücadele zorunluluğu açıktır. Terör örgütlerinin insan kaynağına daha çok kendi propagandalarını yapmak sureti ile ulaşıp örgüte eleman kazandırdıkları görülmektedir. İfade özgürlüğünü kullananların terör ve şiddeti teşvik etmesi ya da ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik ifadeleri söz konusu olduğunda bu ifadelerin doğuracağı tehlikenin ciddiyeti de göz önüne alınarak kamu otoritesinin müdahalesi AİHS'nin 10. maddesindeki koşullara uyulması suretiyle mümkündür. Ancak bu ifade açıklamalarına müdahaleler çoğu zaman amaçlanan sonuca ulaşmakta yetersiz kalmaktadır. Bu durumda vatandaşları bilgilendirme ve objektif uygulamalar yapma gibi alternatif uygulamalar faydalı sonuçlar verebilecektir.

2- KAMU DÜZENİNİN SAĞLANMASI VE SUÇ İŞLENMESİNİN ÖNLENMESİ

İfade hürriyetinin sınırlanmasının meşru sebeplerinden biri de kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesidir. Ordu ve cezaevi dahil kamu kurumlarının ve kamu meslek kuruluşlarının düzeninin sağlanması meşru sebebine dayalı olarak ifade hürriyeti sınırlanabilir. Özellikle ordu ve cezaevi gibi disiplin ve düzenin önemli olduğu kurumlarda diğer kurumlara göre daha özel sınırlama ve disiplin cezaları uygulanabilir. Ancak bu sınırlama özellikle serbest meslek kuruluşu mensupları ve basın mensupları yönünden toplumsal yaşam açısından önemli olan konularda görüş açıklamaktan vazgeçme riski yaratacak boyutlara ulaşmamalı, ulaşılmak istenen meşru amaç olan kamu düzeninin korunması ve suçun işlenmesinin önlenmesi ile ifade özgürlüğüne yapılan müdahale arasında farklı çıkarların hassas bir şekilde dengelenmesi gerekir¹⁸.

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 09.11.2006 tarihli Düzgören-Türkiye kararı, başvuru no:56827/03 www.yargitay.gov.tr

¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13.01.2009 tarihli Açık ve diğerleri-Türkiye kararı, başvuru no:31451/03 www.yargitay.gov.tr

AIHM, şiddet kullanımını, silahlı direniş ya da ayaklanmayı teşvik eden, belli kişilere karşı kin aşıl原因 ve nefret söylemi içeren sözlü ya da yazılı açıklamaların ifade özgürlüğünden yararlanamayacağını ancak bu unsurları içermeyen ifadelerin, ifade özgürlüğü kapsamında korunacağını belirtmektedir¹⁹.

AIHM, Alınak-Türkiye kararında yayınlanan kitabın kısmen de olsa şiddeti teşvik edebilecek nitelikte olması halinde toplatılması kararının, sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kamu düzeninin sağlanması meşru amacına dayandığına ancak müdahalenin demokratik toplum açısından gerekli olmadığına karar vermiştir²⁰.

AIHM, Açık ve diğerleri- Türkiye kararında; 3 Ekim 2002 tarihinde İstanbul Üniversitesinin akademik yıl açılış töreninde, üniversite rektörünün davetliler huzurunda konuşma yaptığı sırada başvuranların slogan atıp, afiş açmaları sonrasında polis tarafından müdahale edilip dışarı çıkarılmaları ve bu işlemler sırasında vücutlarının çeşitli yerlerinden yaralanmaları sonrasında toplam on bir buçuk saat gözaltında kalmaları ve haklarında ceza davası açılmaması ile sonuçlanan olayla ilgili olarak; başvuranların rektörün konuşması sırasında slogan atıp afiş açmalarının o sırada konuşma yapan üniversite rektörünün ifade özgürlüğüne saldırı niteliğinde olduğunu, ayrıca dinleyicilerin bilgi alma haklarının engellenip onlarda rahatsızlık ve öfke yarattığını, bu sebeple başvuranların dışarı çıkarılmalarının onların ifade hürriyetine müdahale oluşturmakla birlikte diğerlerinin haklarının korunması amacına uygun olduğunu, ancak şiddete başvurmayan ve aleyhine ceza takibatı yapılmadığı anlaşılan başvuranların yakalanıp gözaltına alınmaları yerine geçici olarak konferans salonu dışına çıkarılmak gibi daha hafif bir tedbir ile meşru amaca ulaşabileceğini, yapılan müdahalenin kamu düzeninin korunması ve diğerlerinin haklarının korunması meşru amaçları ile orantılı olmadığını dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olmadığını tespit etmiş ve sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir²¹.

Macaristan Parlamentosunda yapılan bir toplantı sırasında, 4 muhalefet milletvekilinin hükümeti yolsuzlukla suçlayan afişler açmaları üzerine, parlamento başkanı tarafından herhangi bir uyarı yapılmadan ve genel kurulda bu konuda görüşme açılmadan parlamento genel kurulu tarafından meclisin iş-

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 11.02.2011 tarihli Faruk Temel-Türkiye kararı, başvuru no:16853/05 www.yargitay.gov.tr

²⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 29.03.2005 tarihli Alınak-Türkiye kararı başvuru no:42287/98 www.yargitay.gov.tr

²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13.01.2009 tarihli Açık ve diğerleri-Türkiye kararı, başvuru no:31451/03 hudoc.echr.coe.int/eng

leyişini büyük ölçüde aksattıkları gerekçesi ile milletvekillerinin 170' er Avro para cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

Para cezası verilen milletvekillerinin yaptığı başvuruyu inceleyen AİHM, müdahalenin kamu düzeninin sağlanması ve başkasının haklarının korunması meşru amacını taşıdığını tespit etmiştir. Başvuranların milletvekili olması ve hükümete yönelik eleştirilerini kamuyu yakından ilgilendiren siyasi bir konuda afiş açmak suretiyle dile getirmeleri, bu sayede parlamentoda ki azınlığın görüşlerinin iletilmiş olması, parlamentonun işleyişinde bir aksaklığa sebep olunmaması ve itibarını zedeleyecek bir durumun tespit edilmemesi göz önüne alındığında milletvekili olan başvuranlara verilen para cezasının daha sonra diğer milletvekillerini toplumu ilgilendiren konularda düşüncelerini ifade etmekten caydırabileceğini belirterek söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir²².

Mersin ili Tarsus ilçesinde 21/03/2012 tarihinde düzenlenen nevrüz etkinlikleri sırasında “onurlu bir yaşam için top yekün direneceğiz, demokratik çözüm ya da görkemli direniş, akp faşizimine rağmen özgürlüğe yürüyeceğiz” şeklinde pankartların açıldığı, bu etkinliğe katılan bir kısım şahısların terör örgütü PKK'nın lideri Abdullah Öcalan'ın posterleri ve PKK terör örgütünün sözde bayraklarını açarak “biji serok apo, Tarsus ovası apocular yuvası” şeklinde sloganlar attıkları tespit edilmiştir. Bu etkinliğe katılan sanığın içinde bulunduğu aracın camından dışarıya sarkarak “biji apo, biji apo” şeklinde slogan attığı iddiası ile hakkında terör örgütü propagandası yapmak suçundan kamu davası açılmıştır. Yapılan yargılama sonunda yerel mahkeme sanığa terör örgütünün propagandasını yaptığı gerekçesi ile 3713 sayılı yasanın 7/2 maddesi gereğince 10 ay hapis cezası vermiştir. kararın sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay 16. Ceza Dairesine (Daire) gönderilmiştir.

Dosyayı inceleyen Daire sanığa verilen hapis cezası sebebiyle ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin bulunduğunu ve bunun AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kamu düzeninin sağlanması ve suçun işlenmesinin önlenmesi meşru amacını taşıdığını tespit ettikten sonra müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının incelenmesine geçmiştir.

Daire, ifade özgürlüğünün terörle mücadele kapsamında en çok müdahaleye maruz kalan temel haklardan biri olduğunu, 3713 sayılı terörlü

²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 14.01.2014 tarihli Karácsony ve Diğerleri-Macaristan kararı, başvuru no:42461/13hudoc.echr.coe.int/eng

mücadele kanununun 7. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen terör örgütü propagandası yapmak suçuna ilişkin kanunda sonradan yapılan düzenlemeler ile yasa koyucunun ifade özgürlüğü lehine genişletmeler yapmayı amaçladığını, ancak bu düzenlemenin b fıkrasında; “Örgüte ait amblem resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması, slogan atılması, ses cihazları ile yayın yapılması, terör örgütüne ait amblem resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi” hallerinde herhangi bir unsurun varlığına bağlı olmaksızın propaganda suçunun oluşacağına kabul edilmesinin ifade özgürlüğü parametrelerini dışlayan tipe uygun bir eylem tanımı olduğunu belirtmiştir.

Daire, Anayasanın 90. maddesindeki düzenleme ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen AİHS ve ek protokollerinin Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmış olması sebebi ile bir iç hukuk düzenlemesi şekline dönüştüğünü tespit etmiştir.

Daire, Terörle mücadelenin kendine özgü bir takım zorlukları barındırması sebebi ile devletlerin daha geniş bir takdir hakkına sahip olduklarını ancak terörle mücadelenin de bir hukuk rejimi olduğunu, devletlerin terörle mücadele ederken uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini ihmal edilemeyeceğini belirterek toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında açılan pankartlar ya da atılan slogan veya giyilen üniforma ile verilen mesajın şiddette çağrı, ya da silahlı direnişe ve isyana teşvik şeklinde veya insanda saldırgan düşünceler oluşturacak biçimde nefret söylemi niteliğinde sözler olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise eylemin bağlamından koparılmadan bütün yönleri ile ele alınarak ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin tespitinin gerektiğini belirtmiştir.

Yukarıdaki tespitlerden sonra somut olayı inceleyen Daire, sanığın nevrüz etkinliği sırasında bulunduğu araç camından dışarıya sarkarak terör örgütü lehine sloganlar attığını, daha sonra içinde bulunduğu topluluğun cebir ve şiddete başvurmadan kendiliğinden dağıldığını, somut olayda atılan sloganların terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek övcek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığını bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtilerek oy birliği ile mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir²³.

²³ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 17.07.2015 tarihli 2015/2742 esas 2015/2316 karar sayılı ilamı, www.yargitay.gov.tr

3- SAĞLIK VEYA AHLAKIN KORUNMASI

Sağlık ve ahlakın korunması, ifade hürriyetine kamu otoritesinin müdahale edebileceği meşru sebeplerden birisidir. Özellikle gençler, yaşlılar ve sakatların korunması, gençlerin cinsel gelişiminin sağlanmasına yönelik sınırlamalar haklı kabul edilmektedir. AİHS'nin uygulandığı coğrafyanın genişliği ve bu geniş coğrafyada yaşayan toplumların ahlak anlayışlarının birbirinden çok farklı olması sebebiyle AİHM, ahlakın korunması konusunda belirli bir ölçüt belirlemekten kaçınmış ve yerel otoritelere daha fazla takdir hakkı tanımıştır. Özellikle müstehcen ve pornoğrafik yayınlar yönünden yerel hâkimler, aynı toplumda yaşamaları sebebiyle ifade hürriyetinin sınırlanmasının sözleşme kapsamında ihlal oluşturup oluşturmadığını daha hassas şekilde denetleyecek durumdadırlar²⁴.

Sanatsal düşünceyi açıklama özgürlüğü söz konusu olduğunda, yapılan ifade açıklaması toplumda “ters düşen, şoke eden, ya da üzüntüye sevk eden” nitelikte olsa dahi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir²⁵.

Fransız yazar Guillaume Apollinaire tarafından yazılıp 1907 yılında yayınlanan “*Les Onze Mille Verges*” isimli eserinin Rahmi Akdaş tarafından 1999 yılında “*Onbin Kırbaç*” ismiyle Türkçe'ye çevrilip yayınlanmasından sonra mahkeme kararı ile kitabın müstehcen ve ahlak dışı olduğu gerekçesi ile toplatılması ve yayıncısına adli para cezası verilmesi üzerine Rahmi Akdaş AİHM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur.

AİHM, söz konusu kitabın toplatılması kararının ahlakın korunması meşru amacını taşıdığını, sanatçıların mesleki faaliyetleri ile ilgili görev ve sorumluluklarının bulunduğunu, sanatçıların ifade özgürlüğünün de sınırlamalara tabi olduğunu, ahlaki gerekliliğin ülkelerin toplumsal yapısının farklılığı ile birlikte değişiklikler gösterebileceğini, ulusal makamların ahlakın korunması ile ilgili sınırlamanın değerlendirilmesi hususunda uluslararası kuruluşlara göre daha avantajlı durumda olduklarını belirtmiştir.

AİHM, yerel mahkeme tarafından toplatılma kararı verilen kitabın yaklaşık 100 yıl önce Fransa'da yayınlanarak farklı dillere çevrilen bir eser olduğunu, Türkiye'de yayınlanmadan 10 sene kadar önce La Pleiade listesine girdiğini ve artık Avrupa Edebi Mirasının bir parçası haline geldiğini belirterek ülkelere ahlakın korunması amacıyla ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlama hususunda tanınan takdir hakkının Avrupa Edebi Mirasının bir parçası olan eserin kendi dilinde yayınlanmasını engeleyecek boyutta kullanılmayacağına, bu şekilde bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına, kitabın toplatılması kararının ifade özgürlüğüne müdahale niteliğinde olduğuna karar vermiştir²⁶.

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 07.12.1976 tarihli Handyside-Birleşik Krallık kararı, başvuru no:5493/72 hudoc.echr.coe.int/eng

²⁵ Korkmaz Ömer, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, sayfa 173

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 16.02.2010 tarihli Akdaş-Türkiye kararı, başvuru

4- BAŞKALARININ ŞÖHRET VE HAKLARININ KORUNMASI

İfade özgürlüğünün kullanımı sırasında başkaları ile ilgili olarak kullanılan ve onların haklarına zarar verici ifadeler söz konusu olduğunda, ifade özgürlüğünün kullanılmasının sağlanması ile başkalarının haklarının korunması arasında adil bir denge kurulmalıdır.

AİHM, AİHS'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü ile 8. maddesindeki özel hayata saygı haklarının eşit şekilde korunması gerektiğini, kullanılan ifadelerin AİHS'nin 8. maddesi kapsamında korunan özel ve aile yaşamı ile konut ve haberleşme hakkını ihlal edici nitelikte olması durumunda ifade özgürlüğü hakkı ile özel hayata saygı hakkı arasında her iki hakkın özüne zarar vermeyecek adil bir denge kurulup kurulmadığının değerlendirilmesi gerektiğini, aynı olay ile ilgili AİHS'nin 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile 8. maddesi kapsamında özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönündeki başvurularda aynı kararın verilmesi gerektiğini ve takdir hakkının her iki başvuru halinde de aynı olması gerektiğini belirtmiştir²⁷.

Toplumda tanınan kişilerin özel hayatları da dahil davranışları ilgi çeker. Bu kişilerin şöhretleri ve özel hayatlarına yönelik olumsuz saldırı niteliği taşıyan ifade açıklamalarına karşı sınırlandırma mümkündür. Kamuya mal olmuş bir kişi söz konusu olduğunda, bu kişi bilerek ve kaçınılmaz biçimde kamu kontrolüne tabi olacağından, kendisine yöneltilen eleştirilere karşı daha toleranslı olması beklenmekle birlikte, bir siyasetçinin şöhretinin tartışılabilir bile olsa, AİHS'de öngörülen korumadan yararlanması gerekir²⁸.

Basının tartışılmasında kamu yararı görülen konularda, haber ve düşünceleri aktarması görevi ile toplumun bu haber ve düşünceleri alma hakkı da göz önüne alındığında siyasetle uğraşan kişilere karşı olan eleştiri sınırı, sıradan bir vatandaşa karşı olan eleştiri sınırından daha geniş olarak uygulanmalıdır. Siyasilerin ve yöneticilerin, özellikle yaptıkları göreve ilişkin eleştiri getiren ifade açıklamaları konusunda sınırlama getirilmesi halinde çok daha titiz davranılmalı ve aşırılıklara karşı belli oranlarda hoşgörülü olunmalıdır. İfade açıklaması ile başkalarının haklarına zarar verilmemelidir. Böyle bir iddia da bulunulduğunda her iki tarafın içinde buldukları durum değerlendirilip tarafların çıkarları dengelenmelidir. Özellikle tanınmış kişilerin toplumda güncel

no:41056/04 hudoc.echr.coe.int/eng

²⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 16.06.2015 tarihli Delfi As-Estonya kararı, başvuru no:64569/09 www.inhak.adalet.gov.tr

²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13.09.2009 tarihli Erdoğan-Türkiye kararı, başvuru no:39656/03 www.yargitay.gov.tr

olarak tartışılan konulardaki düşünceleri toplumun ilgisini çekecek niteliktedir. Bu düşünceleri öğrenmek, toplumun genel yararı kapsamındadır. Daha önce kamuya açıklanmış bilgiler ile birlikte hakaret içermeyen açıklamalar, ifade özgürlüğü kapsamında koruma altındadır²⁹.

Görülmekte olan bir ceza davasında müştekiler vekili olarak duruşmaya katılan başvuranın duruşma sırasında; *“13.10.2006 tarihinde tanık olarak anneler dinlenmiştir. Bu tarihten sonra internet sayfasında Darwin’in evrim teorisinin yanında olduğumuz iddiası ile çeşitli iftira ve hakarete maruz kalmaktadırlar. Keşke maymundan gelselerdi.”* şeklinde sözler sarf ettiği iddiasıyla hakkında hakaret suçundan kamu davası açılması sonrasında katılanlara karşı *“keşke maymundan gelselerdi”* biçimindeki sözlerinin, katılanların toplum içindeki itibarı ile diğer fertler nezdindeki saygınlığını rencide edici, şeref ve haysiyetlerine yönelik küçük düşürücü sözler olduğu gerekçesi ile yerel mahkemece netice olarak 2.180,00TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonunda;

Avukat olan başvuranın mahkeme salonunda katılanlara yönelik söylediği sözler dolayısıyla TCK 125. maddesi gereğince adli para cezasına mahkum edilmesi sebebiyle ifade özgürlüğüne bir müdahale bulunduğunu ve bu müdahalenin başkalarının ün ve şöhretinin korunması meşru amacını taşıdığını tespit etmiştir. Yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenirken ifade özgürlüğü ile kişilerin şeref ve itibarının korunması arasında makul bir denge kurulması gerektiği belirtilip; ifade özgürlüğü ile başkalarının hak ve şöhret değerlerinin çatışması halinde eğer şöhreti söz konusu olan kişi sade vatandaş ise korumanın üst düzeyde şöhretten yana, siyasetçinin şöhreti söz konusu ise ilke olarak tercihin ifade özgürlüğünden yana kullanılması gerektiği, devletin kişilerin şeref ve itibarının korunması hususunda herhangi bir müdahalede bulunmama gibi negatif yükümlülüğü yanında başkalarının müdahalesini önleme yönünde pozitif yükümlülüğü bulunduğu, kişinin manevi varlığının korunması hakkından faydalanılabilmesi için, kişinin itibarına yönelik saldırının belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkından şahsen yararlanmasına zarar verici nitelikte olması gerektiği yönünde genel ilkelerini tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki temel ilkelerden sonra somut olayı

²⁹ Korkmaz Ömer, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, sayfa 189

incelerken; Avukat olan başvurucunun ceza yargılamasında ki duruşma sırasında sanıklara yönelik olarak “keşke maymundan gelselerdi” şeklinde hakaret olarak algılanan sözlerinin duruşma konusu olan konu ile ilgisiz olduğunu, iddia ve savunmaya katkı sağlayacak sözler olmadığını, başvurucunun karşı tarafı tahkir eden bu sözleri söylemeden de savunma ve itirazlarını yapabileceğini dolayısıyla söylenen sözlerin ifade özgürlüğü ve TCK 128. maddesinde düzenlenen savunma dokunulmazlığı kapsamında kalmadığını belirterek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir³⁰.

5- SIR KABUL EDİLEN BİLGİLERİN AÇIKLANMASININ ÖNLENMESİ

İfade özgürlüğü kapsamında bilgi edinme hakkı ancak genel bilgi ve bilgi kaynaklarına ulaşmayı koruma altına alır. Bunun dışında başkalarının kişisel konulardaki bilgileri ile devlet sırrı niteliğindeki bilgiler bu kapsam dışındadır. Burada devlete düşen görev, “bireyin başkalarının ona vermeyi arzuladığı ya da istekli olduğu bilgiyi almasını kısıtlamamasıdır³¹.”

Bu kapsamda devletin, kolluk kuvvetleri ve istihbarat teşkilatı gibi kurumları ile ilgili gizli belge veya bilgiyi açıklama yönünden pozitif bir yükümlülüğü yoktur³². İfade özgürlüğünün kullanılması sırasında açıklanan bilgiler daha önce toplum tarafından bir şekilde bilinmekte ise artık bu açıklamaya, sır kabul edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi meşru sebebine dayanarak ifade özgürlüğüne müdahale edilemez. Artık burada toplumun haber alma hakkı ve sır kabul edilen bilgilerin korunması gerekliliği değerlendirilip toplumun haber alma hakkına üstünlük tanınmalıdır.

Bir gazetenin, Hollanda iç güvenlik servisinin eski tarihli bir raporunu ele geçirip yayınlaması üzerine gazetenin toplatılması sonrasında, baskı kalıpları gazete de kaldığı için tekrar gazetenin basılıp dağıtıldığı ve savcılık tarafından tekrar toplatma kararı alınıp gazetenin toplatılması ile ilgili başvuru AİHM tarafından incelenmiştir.

AİHM, gazetenin toplatılmasından sonra gazete binasında kalan baskı kalıpları ile tekrar basılıp bir kısmının dağıtılmasıyla artık söz konusu rapor içeriğinde mevcut bilgilerin toplum tarafından bilinir olduğunu, gizli olmaktan

³⁰ Anayasa Mahkemesinin 11.03.2013 tarihli Emine Rezzan Aydınöğlü kararı, başvuru no: 2013/8396 kararı. www.anayasa.gov.tr

³¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 26.03.1987 tarihli Leander-İsveç kararı, başvuru no:9248/81 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi yayınları, sayfa 309

³² İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta yayınları, İstanbul, 2013, sayfa 357

çıkartıldığını belirtip bir çok kişi tarafından bilinmekte olan ve basının, üzerinde haber ve yorumlar yayınladığı bilgi sebebiyle devlet sırrı olarak kabul edilmek suretiyle gazetenin toplatılmasının sır kabul edilen bilgilerin korunması meşru amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmadığını belirterek müdahalenin AİHS'nin 10. maddesine aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir³³.

6- YARGI ORGANLARININ OTORİTE VE TARAFSIZLIĞININ KORUNMASI

Yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması da AİHS'nin 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğünün meşru sınırlama sebepleri arasında yer almaktadır. Yargı faaliyetinin özelliği gereği toplumda yargı kurumlarına yüksek oranda güven duyulmasını gerektirir. Yargı organlarına duyulan güvenin sarsılmaması için bu konulardaki ifade açıklamalarına sınırlamalar getirilebilir. Ancak bu sınırlamalar diğer sınırlama sebeplerinde olduğu gibi yasayla yapılmalı ve demokratik bir toplumda gerekli önlemler niteliğinde olmalıdır. Bu kapsamda yargı ile ilgili haber yapan ve kararları eleştirenler ile yargılama görevini yerine getiren hâkimler ve avukatlar, ifade özgürlüğünü kullanırken yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunmasına dikkat etmelidirler³⁴.

AİHS'nin 6. maddesi ve ulusal yasalardaki düzenlemeler gereği yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması, gençlerin mahremiyetinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve başkalarının haklarının korunması meşru amaçlarına yönelik olarak bazen duruşmaların kapalı yapılmasına karar verilebilmektedir. Burada basının yargılama konusu olayı haberleştirip kamuoyuna aktarma hakkı toplumun haber alma hakkı ile yukarıda sayılan meşru amaçlar yarışmakta ve bu meşru amaçların ağırlık kazandığı kabul edilen küçüklere ilişkin yargılamalar ve genel ahlaka aykırı bulunan hususlar gibi hallerde yargılamaların kapalı yapılmasına karar verilebilmektedir³⁵.

AİHM, Skalka-Polonya davasında; Adaletin güvencesi olan ve hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette temel bir işlevi olan mahkemelerin çalışmalarının, kamunun güvenine sahip olmalarını gerektirdiğini, bu nedenle mahkemelerin temelsiz saldırılara karşı korunmasının önemli olduğunu,

³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 09.02.1995 tarihli Vereniğing Weekblad- Hollanda kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi yayınları, sayfa 372

³⁴ Doğru Osman- Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Pozitif Matbaası, Ankara, 2013, sayfa 241

³⁵ D.J. Harris, M.O'Boyle, E.P Bates, C.M Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi yayını, Şen Matbaası, Ankara, 2013, sayfa 501

mahkemelerin diğer bütün kamu kurumları gibi eleştiriden ve denetimden muaf olmadıklarını belirtmiştir. AİHM, aynı kararda ifade özgürlüğü kısıtlanan kişilerin yargı organlarına karşı ifade özgürlüğü hususunda toplumun diğer bütün üyeleriyle aynı haklardan yararlanacaklarını ancak eleştiri ve aşağılama arasında açık bir ayırım yapılması gerektiğini belirterek bir ifade açıklamasının tek amacı bir mahkemeyi veya o mahkeme üyelerini aşağılamak ise, uygun bir cezalandırmanın ilke olarak AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasını ihlal etmeyeceğine hükmetmiştir³⁶.

Türkiye'de yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunmasına yönelik düzenlemelerden birisi Ceza Muhakemesi Kanunu 183. maddesinde yer alan *"adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır"* hükmüdür. Yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacını taşıyan bu düzenlemenin aynı zamanda basın mensuplarının bilgiye ulaşma ve vatandaşların bilgi edinme haklarına bir sınırlama getirdiği görülmektedir. Bu düzenlemenin meşru amacı ile aynı zamanda temel hakka müdahale oluşturan içeriği göz önüne alınarak orantılı ve dengeli bir uygulama ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu orantı ve denge Ceza Muhakemesi Kanunu 183. maddesindeki düzenlemeden açıkça anlaşıldığı gibi sadece sesli ve görüntülü kayıt yapmanın yasaklanıp not almak veya resim yaparak aktarmanın yasak kapsamına alınmaması suretiyle sağlanabileceği gibi yargı mensuplarına bazı önemli dosyalarda sesli ve görüntülü kayıt yapmanın yasaklanması yönünde karar alma yetkisi verilerek de sağlanabilir.

Evrensel Gazetesinde 8 ve 10 Eylül 2001 tarihlerinde yayınlanan "gözetiminde kayıp itirafı" ve "savcıdan sahte rapor" başlığı ile yayınlanan ve Kemal Bilgin isimli kişinin gözetiminde kaybolduğu iddiasına ilişkin soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısını suçlayıcı beyanlar sebebiyle haberi yapan muhabir ve gazete sahipleri hakkında açılan tazminat davası sonunda yerel mahkemece başvuranların yaklaşık 2500 (ikibinbeşyüz) Avro tazminat ödemeye mahkum edilmesi sonrasında başvuranların Cumhuriyet Savcısının kişilik haklarına saldırı amaçlarının bulunmadığı, gözetiminde yaşamını yitiren kişiler hakkında yürütülen soruşturma tarzını ortaya çıkarmaya çalıştıkları gerekçesi ile yaptıkları temyiz talebinin Yargıtay tarafından reddedilip kararın onanması sonrasında başvuranlar, sadece Kemal Bilgin'in gözetiminde kaybolması iddiası ile ilgili daha

³⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 27.05.2003 tarihli Skalka-Polonya kararı, başvuru no:43425/98 hudoc.echr.coe.int/eng

önce AİHM önünde görülen İrfan Bilgin- Türkiye davasına konu dosyadaki tanık beyanları ile belgeleri yayınladıklarını, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısının elindeki yeni bilgileri dikkate almadığını belirtip tazminat ödemeye mahkum edilmeleri sebebiyle ifade özgürlüklerine müdahale edildiği iddiası ile AİHM'ye başvurmuşlardır.

AİHM, basının demokratik bir toplumda çok önemli bir rolü bulunduğunu, başkasının ününe ve haklarının korunmasına dikkat edip bazı sınırları aşmadan görev ve sorumluluklarına uygun davranmak suretiyle kamuyu ilgilendiren her konuda haber vermesi gerektiğini, basın özgürlüğünün belli bir oranda abartıyı ve hatta kışkırtmaya başvurmayı da kapsadığını, ilgililerin gazetecilik mesleğine saygı çerçevesinde iyi niyetle hareket etmekle yükümlü oldukları yönündeki genel tespitleri yapmıştır.

AİHM, somut olayın daha önce AİHM önünde dava konusu olması ve Türkiye'de ki kayıp olayları ile ilgili olması sebebiyle kamu menfaatini ilgilendiren güncel bir konuya ilişkin olduğunu, yargı mensuplarının asılsız ve ağır saldırılara karşı korunmasının gerekli olduğunu ancak yargının işleyişine ilişkin konulara basının ilgi göstermesinin olağan olduğunu belirtip soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısının görevi gereği soruşturmayı tam olarak yaparak tamamlamasının halkın yargıya olan güveni açısından özel bir önem arz ettiğini tespit etmiştir.

Gazetede yayınlanan yazılarda Cumhuriyet Savcısının soruşturmadaki tutumunun eleştirilmesinin ve hazırlanan raporda ki bilgilerin yanıltıcı olduğunun iddia edilmesinin tanık beyanları ve önceki davada AİHM'nin tespit ettiği maddi vakalara dayandığını belirtip burada resmi rapora dayanarak haber yapan gazetecinin, özel bir araştırma yapmasının gerekli olmadığını, başvuranların iyi niyetli olduklarının tespit edildiğini belirterek ulusal mahkemelerin ifade özgürlüğüne müdahale için gösterdikleri gerekçelerin uygun ve yeterli olmadığını ve başvuranların ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir³⁷

C- SINIRLAMANIN YASAYLA YAPILMIŞ OLMASI GEREKLİLİĞİ

AİHS'nin 10. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğüne, 2. fıkrasında düzenlenen ve yukarıda sayılan meşru amaçlara ulaşmak için yapılacak müdahalelerin yasayla yapılması ve hukuken öngörülebilir olması zorunludur.

³⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.01.2008 tarihli Saygılı ve diğerleri-Türkiye kararı, başvuru no 19353/03 www.yargitay.gov.tr

Bu düzenleme gereğince sözleşmeye taraf devletler ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlamayı ancak yasayla düzenleyebilirler. Yasayla düzenleme zorunluluğu kamu otoritesinin keyfi uygulamalarını engelleme amacına hizmet edeceği gibi vatandaşlar yönünden müdahale öngören düzenlemenin kolay ulaşılır ve yasanın uygulamasından doğacak sonuçların öngörülebilir olmasına katkı sağlayacaktır³⁸.

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasaya dayanıp dayanmadığı ve hukuken öngörülebilir olup olmadığı incelenirken; ifade özgürlüğüne müdahale öngören yasa, herkes tarafından ulaşılabilir, öngörülebilir ve anlaşılabilir olmalıdır. Sınırlamaya ilişkin düzenlemede hangi eylemin sınırlamaya tabi tutulacağı mümkün olduğu kadar somut ifadeler ile açıklanmalı vatandaşların hak ve yükümlülüklerin neler olduğu açıkça düzenlenmeli ve idarenin keyfi uygulamalarına karşı güvenceler içermelidir. Bu hususları içermeyen bir yasa, yetkili kamu otoritesi tarafından düzenlenmiş olsa dahi bu yasaya dayanarak ifade özgürlüğüne yapılan müdahale sözleşmeye aykırı olacaktır. Anayasa Mahkemesi bu hususu şu şekilde açıklamaktadır:

“Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de *“belirlilik”* tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bu ilke gereği birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar³⁹.”

AİHM, önüne gelen olaylar ile ilgili incelemesi sırasında zorunlu olarak bazen hukuki yardım gerektirecek ve belirsizlikler içeren yasal düzenlemeler yapılabildiğini ve uzun yılların tecrübesinin de bunun zorunluluk olduğunu ortaya koyduğunu kabul etmektedir. Ancak Türk Ceza Kanunu (TCK) 301. maddesi gibi çok geniş anlamlı terimler ve etkileri öngörülemeyen, keyfi uygulamaları engellemeyen ifadeler içeren ya da idareye geniş takdir hakkı

³⁸ Yıldırım Zeki, Terörizmin propagandası suçu, Adalet yayınları, Ankara, 2014, sayfa 140

³⁹ Anayasa Mahkemesinin 10.12.2014 tarihli Ali Karatay kararı, başvuru no: 2012/990 www.anayasa.gov.tr

veren yasal düzenlemeler AİHS'nin 10. maddesinin ihlali sayılmaktadır⁴⁰.

Bolu F tipi cezaevinde tutuklu olan başvuranın, Kürtçe yayınlanan Azadiye Welad gazetesinin kendilerine verilmesi yönündeki taleplerini inceleyen cezaevi eğitim kurulu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanununun 62. maddesinin 3. fıkrasındaki “*Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya Müstehcen haber, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez*” hükmüne dayanarak söz konusu gazetenin Kürtçe yazıldığını ve ceza infaz kurumunda Kürtçe bilen personel bulunmadığını, bu gazetenin çevirisinin yapılamadığını bu sebeple gazetenin içeriğinin 5275 sayılı yasanın 62. maddesinin 3. fıkrasındaki şartlara uygun olup olmadığını denetleyemediğini belirterek gazetenin verilmesi talebini reddetmiştir. Başvuranın bu karara karşı yaptığı itirazlar da adli makamlarca reddedilmiştir. Başvuran, sözkonusu Kürtçe yayın yapan gazetenin Türkiye’de serbestçe satıldığını ve herhangi bir toplatma kararının bulunmadığını, gazetenin çevirisini yapamadığını belirten eğitim kurulunun içeriğini bilmeden ve sakıncalı olduğu yönünde bir tespit bulunmadan talebini reddettiğini belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM’ye başvurmuştur.

AİHM, yaptığı inceleme sonunda, tutuklu ve hükümlülerin özgürlük hakkı dışında AİHS'nin güvence altına aldığı diğer tüm hak ve özgürlüklerden yararlanmaya devam edeceklerini, talep ettiği gazetenin verilmemesinin başvuranın haber ve bilgi alma hakkını içeren ifade özgürlüğüne bir müdahale niteliğinde olduğunu belirtmiştir. İfade özgürlüğüne müdahalenin varlığının tespitinden sonra, yapılan müdahalenin yasayla düzenlenmiş olması zorunluluğu incelenmiştir.

Müdahalenin yasayla düzenlenmiş olması, aynı zamanda müdahale öngören yasanın kişiler tarafından erişilebilir ve sonuçlarının öngörülebilir olmasını gerektirir. Ayrıca kamu otoritesinin keyfi müdahalelerine ve kişiler aleyhine yorumlanma durumuna karşı belirli güvenceler içermesi gerekir. 5275 sayılı yasanın 62. maddesi incelendiğinde tutuklu ve hükümlülere süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkı tanıdığı anlaşılmaktadır. Yasal düzenlemede hangi hallerde yayınların mahkumlara verilmeyeceği sınırlı sayım yöntemi ile belirtilmiştir. Bu sınırlı haller kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber yazı ve fotoğraflar ile yorumlar içeren yayınlardır.

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 25.10.2011 tarihli Altuğ Taner Akçam-Türkiye kararı. Başvuru no:27520/07 hudoc.echr.coe.int/eng

AİHM'ye göre cezaevi eğitim kurulu başvuranın Kürtçe gazete talebini reddederken cezaevinin güvenliğinin tehlikeye gireceği ya da yazı ve yorumların müstehcen olduğu gerekçesine dayanmamıştır. Yasal düzenleme sırasında değişen koşullara uyum sağlayabilmek için yasalar yoruma ve takdiri uygulamaya bağlı olarak bazen kısmen muğlak ifadeler içerebilir. Somut olayda müdahaleye dayanak yapılan 5275 sayılı yasanın 62. maddesinde yayınların resmi dil dışında bir dilde olması sebebiyle yayınların tutuklu ve hükümlülere verilmesine kısıtlama getirilebileceği yönünde hiçbir düzenleme yer almamaktadır. Cezaevi görevlilerine tanınan takdir yetkisi cezaevine alınacak yayının cezaevi güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediği ve müstehcen içerikte olup olmadığı ile sınırlıdır. Buna rağmen cezaevi eğitim kurulu yayının içeriğine hiç değinmeden, keyfi olarak yayının başvurana verilmemesine karar vermiştir. Bu kararı verirken cezaevi eğitim kurulu yasada belirtilen gerekçelerden hiçbirine dayanmamıştır. Bu sebeplerle AİHM, tutuklu olan başvuranın talep ettiği Kürtçe gazetenin verilmemesi şeklinde ortaya çıkan haber ve bilgiye ulaşımın engellenmesi şeklindeki müdahalenin, yasa ile öngörülmediğinden başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁴¹.

D- DEMOKRATİK BİR TOPLUM BAKIMINDAN GEREKLİ OLMA

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası gereğince “demokratik toplum düzeninin gereklerine” aykırı olmamalıdır. O halde ifade özgürlüğüne müdahaleyi haklı kılacak tek gereklilik tipi, “demokratik toplum”dan kaynaklanan gereklilik olabilir. AİHS’de düşünülen tek bir siyasal model vardır; o da demokrasidir. Bu nedenle, sınırlamalar demokratik toplum düzeniyle uyumlu olmalıdır⁴².

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasayla yapılması ve AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan meşru sebeplere dayanıp dayanmadığının tespiti genel olarak kolay olmakta, üçüncü kriter olan “demokratik bir toplum bakımından gerekli olma” kriterinin uygulaması ise bir çok güçlük doğurmaktadır.

AİHM tarafından AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlara ulaşmak için ifade özgürlüğüne yapılan tüm müdahaleler

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 20.01.2015 tarihli Mesut Yurtsever ve diğerleri-Türkiye kararı. Başvuru no:14946/08 hudoc.echr.coe.int/eng

⁴² Özbey Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında ifade özgürlüğü kısıtlamaları, makale, sayfa 53 tbbd dergisi, Barobirlik.org.tr

yönünden ayrıca demokratik bir toplum bakımından müdahalenin gerekli olup olmadığı titiz şekilde incelenmekte ve müdahaleyi yapan otoritenin dayandığı demokratik toplum bakımından gerekliliğin gerekçesi tüm yönleri ile değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları incelendiğinde, demokratik bir toplum için gerekli olma hususunun “hukukun üstünlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik” unsurlarını içerdiği anlaşılır. Yapılan müdahale “zorlayıcı toplumsal ihtiyacı” karşılamalı ve kamunun genel yararı ile ifade özgürlüğüne müdahale edilen kişinin menfaati arasında adil ve orantılı bir denge kurulmalı, takdir yetkisi de doğru kullanılmış olmalıdır. Zorlayıcı toplumsal gereksinime dayanmadan ifade özgürlüğüne yapılan müdahale meşru amaca ulaşmak için gerekli olarak nitelenemeyecektir. Özellikle basın söz konusu olduğunda demokratik toplumda gereklilik, “zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacı” ortaya koymaktadır. Devletlere zorlayıcı toplumsal ihtiyacı belirleme hususunda bir miktar takdir hakkı verilmiştir. Yerel makamların takdir yetkisini makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığı dahil somut olay tüm yönleri ile AİHM tarafından dikkatli şekilde incelenmekte, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “istenen meşru amaçlara uygun” olup olmadığı ve ulusal makamlar tarafından sunulan gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığı denetlenmektedir⁴³.

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilirken her müdahale yönünden zorlayıcı toplumsal ihtiyaç bulunup bulunmadığı araştırılmakta, müdahale için toplumsal bir zorlama olup olmadığı değerlendirilmektedir. Zorlayıcı toplumsal baskıyı en iyi değerlendirecek olanlar ifade özgürlüğüne ilişkin müdahaleyi yapan kamu otoritesidir. Ancak kamu otoritesinin zorlayıcı toplumsal baskıyı belirlerken bir miktar takdir hakkı olmakla birlikte bu takdir hakkı sınırsız değildir. AİHM, bu takdir hakkının doğru kullanılıp kullanılmadığını titizlikle değerlendirmekte ve bütün ülkeler bakımından geçerli ifade özgürlüğü standartlarının korunması gerektiğini mutlaka göz önüne alınmaktadır.

AİHM, Cox-Türkiye kararında Türkiye’de bir üniversitede öğretim görevlisi olan başvuranın, öğrencilerine ve çalışma arkadaşlarına, “*Türklerin Ermenileri sınır dışı ettikleri ve katlettikleri, Türklerin Kürtleri asimile ettikleri ve kültürlerini istismar ettikleri*” şeklindeki sözleri üzerine sınır dışı edilmesi ve pasaportuna Türkiye’ye giremez damgası vurulup bir daha Türkiye’ye alınmaması üzerine yaptığı başvuru ile ilgili olarak; açıklanan fikirlerin suç oluşturduğu yönünde bir iddia bulunmadığını, başvuran hakkında herhangi

⁴³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 29.03.2005 tarihli Alınak-Türkiye kararı, başvuru no:42287/98 www.yargitay.gov.tr

bir dava açılmamış olmasının bunu ortaya koyduğunu, başvuranın fikirlerini açıkladığı konuların yalnızca Türkiye de değil uluslararası alanda da tartışılan bir konu olduğunu, bu gibi hususlarda bir tarafın açıkladığı görüşlerin diğer tarafı rahatsız edebileceğini ancak demokratik bir toplumda ihtilafli görüşler arasında hoşgörü ve açık fikirlilik gerektiğini, başvuranın devlet için tehlike arz eden herhangi bir eyleminin ortaya konulmadığını dolayısıyla görüşlerini ifade ettiği için Türkiye'ye yeniden girmesinin engellenmesinin ifade özgürlüğüne demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale oluşturduğunu belirterek AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁴.

AİHM, ifade özgürlüğüne müdahale edildiğinin iddia edildiği bir başvuru ile ilgili olarak, yapılan müdahale yasayla düzenlense ve meşru amaç taşıdığı belirlense bile demokratik bir toplum için gerekli olma testini uygularken yapılan müdahalenin ulaşmak istenen amaçla **orantılı** olup olmadığını titizlikle incelemekte, ifade özgürlüğüne daha az zarar verecek şekilde yapılacak bir müdahale ile meşru amaca ulaşılabilecekse, müdahaleyi oransız bulup demokratik toplum için gereksiz görerek ihlal kararı vermektedir⁴⁵.

İfade özgürlüğünün kullanımı sırasında, suç oluşturan ya da hakaret içeren bir söz söylendiğinde ifade özgürlüğüne sınırlama getirilebilir. Bu sınırlama ceza yaptırımı yada tazminat olarak gündeme gelebilir. Bu durumda özellikle ifade özgürlüğünün toplum yaşamındaki önemi de göz önüne alındığında uygulanan ceza miktarı veya tazminat, ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin veya başkalarının ileride toplumu ilgilendiren, kamunun genel yararı olan konularda görüşlerini açıklamaktan vazgeçmelerine sebep olacak boyutta olmamalıdır. Aksi takdirde ulaşılmak istenen ve AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan meşru amaç ile ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama arasında orantı olmayacağından AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiş olacaktır.

AİHM, Arslan-Türkiye kararında; başvuranın birey olduğunu ve görüşlerini "devlet güvenliği", "kamu düzeni" ve "toprak bütünlüğü" üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde kitle iletişim yolu yerine, edebi bir eser (kitap) yoluyla açıkladığı göz önüne alındığında, kitaptaki belirli kırıci bölümlerin Türk asıllı nüfusun son derece olumsuz bir tablosunu çizmesine ve yazıya düşmanca bir ton vermesine rağmen, şiddet, silahlı direniş ya da isyana teşvik teşkil etmediğini belirterek başvurana verilen 1 yıl 6 ay hapis cezasını orantsız bulmuş ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁶.

⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 20.05.2010 tarihli Cox-Türkiye kararı başvuru no:29933/03 hudoc.echr.coe.int/eng

⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 11.10.2005 tarihli Ceylan-Türkiye kararı, başvuru no:46454/99 www.yargitay.gov.tr

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 08.06.1999 tarihli Arslan-Türkiye kararı başvuru

AİHM içtihatlarına göre, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen "gereklilik", "acil bir sosyal ihtiyaç" anlamındadır. AİHS'nin taraf devletlerin "gereklilik" unsurunu değerlendirirken "acil bir sosyal ihtiyaç" olup olmadığını belirleme hususunda belli bir takdir payı vardır. AİHM, önüne gelen somut olaya ilişkin incelemesi sırasında yapılan müdahalenin devletin **takdir hakkı** içinde kalıp kalmadığını değerlendirmektedir. Devletler, ifade özgürlüğüne müdahale ederken sınırlı sayıda olan sınırlama sebeplerini dar yorumlayıp ifade özgürlüğüne mümkün olan en az müdahale yolunu seçmeli ve sözleşmeye uygun müdahale gerekçeleri ile müdahalenin gerekli olduğunu inandırıcı olarak ortaya koymalıdır⁴⁷.

AİHM, AİHS'nin güvence altına alınan birden fazla hak ve özgürlüğün çatışması halinde yerel mahkemelerin bu iki hak arasında denge kurması gerektiğini bu dengenin AİHM içtihatlarına uygun olarak yapılması halinde yerel mahkeme görüşünün kabul edilmemesi için AİHM'nin önemli sebeplere ihtiyaç duyacağını, sözleşmedeki birden fazla hakkın çatışması halinde kurulacak denge ile ilgili yerel mahkemelere AİHM'nin daha fazla takdir hakkı tanıyacağı belirtilmiştir⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi 04.06.2015 tarihli Mehmet Ali Aydın kararında; Bir siyasetçi olan başvurucunun sözlerinin ve açıklamalarının sınırlanmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğunu, kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemeyeceğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte kullanılan ifadeler ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi ifade özgürlüğünün sınır bölgeleri olan alanlarda ise devletin müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir⁴⁹.

Toplumlar arasında daha çok farklılık görülen, din ve ahlak ile ilgili konularda özellikle yerel makamların konuyu daha iyi takdir edebilecekleri düşüncesi ile daha geniş takdir hakkı tanınırken, siyasi konulardaki ifade açıklamalarına

no:23462/94 www.yargitay.gov.tr

⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 14.09.2010 tarihli Dink-Türkiye kararı, başvuru no: 2668/07,6102/07,3079/09,7124/09 www.yargitay.gov.tr

⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 16.06.2015 tarihli Delfi As-Estonya kararı başvuru no:64569/09 www.inhak.adalet.gov.tr

⁴⁹ Anayasa Mahkemesinin 16.04.2015 tarihli Bejder Ro Amed kararı, başvuru no: 2013/7363 www.anayasa.gov.tr

yapılacak müdahalelerde daha dar takdir hakkı tanınmaktadır. İfadenin muhatabı olanlar bakımından bakıldığında, yerel otoritelere en geniş takdir yetkisi verilen alanın yargı organlarına yönelik eleştiriler olduğu, sonra sırası ile sıradan kişilere yönelik eleştiriler, kamu görevlilerine yönelik eleştiriler, siyasetçilere ve üst düzey yöneticilere yönelik eleştiriler ve devlet kurumları ile hükümete yönelik eleştiriler olarak sıralandığı anlaşılmaktadır⁵⁰.

AİHM, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik toplum bakımından gerekli olup olmadığını değerlendirirken “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”, bu ihtiyacı kanıtlayan “uygun ve inandırıcı yeterli gerekçe”, müdahale teşkil eden “tedbirin ölçülülüğü”, “bireysel ve genel yarar arasındaki denge ve tercih” ölçütlerini dava konusu somut olaya uygulayarak bir karara varmaktadır.

Elbistan E Tipi Cezaevinde devletin bütünlüğünü bozma suçundan hükümlü olarak bulunan sanığın 08/03/2007 tarihli dilekçesinde “kürt halkı önderi sayın Abdullah Öcalan’ın zehirlenmesi hem hukuki açıdan hemde vicdani açıdan büyük bir zedelenme yaratmaktadır” şeklinde devam eden mektubu Adalet Bakanlığına göndermesi üzerine hakkında ceza soruşturması başlatılmıştır. Yapılan soruşturma neticesinde hakkında 5237 sayılı yasa 215. maddesinde düzenlenen suç ve suçluyu övme suçundan kamu davası açılmıştır. Yerel mahkemede yapılan yargılaması sonrasında suçlu sabit görülerek 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Sanık tarafından temyiz başvurusunda bulunulması üzerine dosya Yargıtay 8. Ceza Dairesine gönderilmiştir.

Dosyayı temyiz makamı olarak inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesi, AİHM’nin Handyside-Birleşik kralık kararına atf yaparak kamuyu ilgilendiren sorunların kamuya açık olarak tam bir serbestlik içerisinde tartışılması gerektiğini, devlet tarafından şiddeti teşvik eden eylemler hariç tartışma ortamının en üst seviyeye çıkartılması gerektiğini, kamuoyunun hoşuna gitmeyen ürkütücü, şok edici fikirlerin de ifade özgürlüğü kapsamında korunduğunu belirtmiştir.

Daire, bir hükümlü hakkında “sayın” denilmesinin şiddeti veya silahlı direnmeyi teşvik etmediğini, işlenen bir suç ya da suç işleyen bir kişiyi övücü nitelikte olmadığını, hükümlüye “sayın” denilmesinin Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası gereğince uygulanması gereken AİHS’nin 10. Maddesi kapsamında ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını belirterek mahkumiyet hükmünü oybirliği ile bozmuştur⁵¹.

⁵⁰ Inceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, sayfa 371

⁵¹ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 23.05.2012 tarih 2009/7316 Esas 2012/17738 sayılı ilamı, www.yargitay.gov.tr

E- NEFRET SÖYLEMİ

Nefret söylemi, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irksal Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin 4. maddesi ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşmenin 19. maddesi ile yasaklanmış ve devletlere nefret söyleminin engellenmesi için tedbir alma yükümlülüğü getirilmiştir.

Demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurlarından biri olan ifade özgürlüğünün sınırlamalarından birisi de, toplumu oluşturan bireyleri dil, din, ırk ya da cinsiyet gibi sebeplerle aşağılayan, inciten ve dışlayan ifadelerin nefret söylemi olarak kabul edilip sınırlanması ve ifade özgürlüğü kapsamında koruma görmemesidir.

Nefret söylemi, genel olarak toplumun ortak özellik taşıyan belli bir grubunu hedef alır. Hedef aldığı grubun medeni ve siyasi hakları ile özgürlüklerini sorgulayıp reddetme şeklinde ortaya çıkar. Belli bir gruba yönelik, ifade hakaret içerse bile onların medeni ve siyasi hak ve özgürlüklerini hedef almıyorsa nefret söylemi olarak değerlendirilmeyecektir. Tüzel kişilere, devlete, siyasal sisteme, siyasi kurum ve sembollere yönelik sözler, nefret söylemi kapsamında değildir. Bu sözlere yönelik sınırlamalar, yukarıda belirtilen sınırlama sebepleri kapsamında kalabilir ama nefret söylemi kapsamında değerlendirilmez. İfade özgürlüğünün önemi göz önüne alınarak nefret söylemi gerekçesi ile yapılacak sınırlamanın, toplumun genel yararına olacak tartışmaları engelleyecek, bireyleri fikirlerini söylemekten caydıracak nitelikte olmaması gereklidir⁵².

Etnik köken ve inanılan din ile ilgili eleştiri içeren ifadelerin, eleştirilen etnik kökene sahip ya da eleştirilen dine inanan kişiler üzerindeki olumsuz etkisi göz önüne alınarak, eleştiri yapanların ifade özgürlüğü ile eleştirilen etnik kökene ve dini inancıya sahip kişilerin hassasiyeti arasındaki denge gözetilmelidir.

Belli bir etnik kökene, dini inanca ya da benzer ortak özelliklere sahip kişilere yönelik nefret oluşturmayı hedefleyen ifadeler, toplumsal barışı zedeler. Hedef alınan kişiler üzerinde onur kırıcı, şiddete teşvik edici ve zarar doğurucu bir etkiye sebep olur. Dolayısıyla nefret içeren ifadelerin sınırlanması insan onurunu ve toplumsal düzeni korumaya yöneliktir.

AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki ifade özgürlüğünün aynı zamanda "ödev ve sorumluluklar" yüklediği yönündeki düzenleme ve 17. maddesindeki

⁵² Yılmaz Halit, Nefret Söylemi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, sayfa 10

hakkın kötüye kullanılması yasağı, AİHM tarafından, ifade özgürlüğünün demokratik değerlerin istismar edilmesini engelleme ve başkalarının haklarını ihlal etmekten kaçınma, onları rencide etmeme yükümlülüğü yüklediği şeklinde değerlendirilmekte ve nefret söyleminin 10. madde kapsamında koruma görmeyeceği belirtilmektedir.

AİHM, Müslüm Gündüz'ün katıldığı bir televizyon programında şeriat yönetimini getirecekleri yönünde sözler söylemesi nedeniyle, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçundan yerel mahkeme tarafından cezalandırılması ve kararın Yargıtay tarafından onanması sonrasında yapılan başvuru üzerine yaptığı inceleme sonunda; Müslüm Gündüz'ün kamuoyunun yakından ilgilendiği bir konuda görüşlerini açıkladığını, söylenen sözlerin demokratik rejimi yıkıp şeriat düzeninin getirilmesine yönelik olduğunu ancak şiddet çağrısı yapmadan sırf şeriatı savunmanın kin ve düşmanlık ifadesi olarak değerlendirilemeyeceğini belirtip özellikle somut televizyon programının farklı görüşten kişiler ile birlikte ve canlı yayında gerçekleşmiş olması ile Müslüm Gündüz'ün fikirleri toplum tarafından daha önceden bilinen bir kişi olması karşısında ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir⁵³.

AİHM, Karatepe-Türkiye davasında, Kayseri Belediye Başkanı olan Ş. Karatepe'nin büyük bir ilin belediye başkanı olarak halkına, "(...) Müslümanların içlerindeki düşünce, kin ve imanı" korumalarını söyleyip devamında "Bu törene bu kılıkla (laik kıyafeti kastederek) katılmak zorunda kaldım. Fakat sizlerin hiçbir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu düzen mutlaka değişmelidir. Bekledik, biraz daha bekleriz. Bakalım bizi nasıl bir gelecek bekliyor. Müslümanlar, içinizden bu hırsı, bu kini eksik etmeyin" şeklinde beyanlarda bulunması ve bu ifadelerin "kine teşvik eden ifadeler" olarak değerlendirilip Türk mahkemeleri tarafından cezalandırılmasına ilişkin olarak, insanların onuruna karşı hoşgörü ve saygının, demokratik ve çoğulcu bir toplumun temellerini teşkil ettiğini, demokratik toplumlarda hoşgürsüzlüğe dayalı, kini yayan, teşvik eden, yücelten ya da haklı gösteren her türlü ifade şeklinin cezalandırılmasının hatta önlenmesinin gerekli olabileceğini, tanınmış bir siyasetçi tarafından halka açık bir toplantıda dile getirilen bu görüşler dini değerler çerçevesinde şekillenmiş bir toplumsal bakış açısını ifşa etmekte ve böylelikle farklı grupların karşı karşıya geldiği günümüz toplumlarını oluşturan çoğulculuk anlayışıyla bağdaşır

⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 04.12.2003 tarihli Müslüm Gündüz-Türkiye kararı, başvuru no:35071/97 www.yargitay.gov.tr

görünmediğini, özellikle de vatandaşları, nüfusun diğer bir kesimine karşı “(...) içlerinde bulunan hırsı, kini ve nefreti” eksik etmemelerini söyleyen başvuranın ifade özgürlüğü hakkında faydalanmasının mümkün olmadığını, başvuranın Türk devletinin laik kanunlarına karşı itaatsizliğe teşvik edildiğini, kullanılan ifadelerin hoşgörü anlayışıyla bağdaşır görünmesinin pek mümkün olmadığını ve AİHS’nin ön sözünde yer alan barış ve adalet gibi temel değerlere aykırılık teşkil ettiğini, büyük bir ilin belediye başkanı olan ve bu nedenle halk nezdinde, gerginlik ve çatışma durumlarında daha da önem kazanan bir rolü olduğunu “bilgi” ya da “fikirlerin” kırıci, şaşırtıcı veya rahatsız edici olmasının söz konusu müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını ancak mevcut davada, şiddeti yüceltecek şekilde kine dayalı bir konuşmanın söz konusu olduğunu bu sebeple başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı gerekçelere dayandığını belirterek sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁵⁴.

Dünya kadınlar günü sebebi ile düzenlenen gösteriye katılan suçta sürüklenen çocuğun “öndersiz yaşam olmaz” şeklinde slogan attığı iddiası ile hakkında terör örgütü propagandası yapmak suçundan cezalandırılması talebi ile kamu davası açılması üzerine yerel mahkemede yapılan yargılama sonucunda beraatine karar verildiği. Bu kararı suçun oluştuğu gerekçesi ile Cumhuriyet Savcısının temyiz etmesi üzerine dosya Yargıtay 16. Ceza Dairesine gönderilmiştir.

Dosyayı temyiz makamı olarak inceleyen Yargıtay 16. Ceza Dairesi, Dünya Kadınlar Günü sebebiyle düzenlenen gösteride suçta sürüklenen çocuğun “öndersiz yaşam olmaz” şeklinde slogan atmasının silahlı direnmeye ya da isyana teşvik niteliğinde olmadığı ve nefret söylemi olarak da değerlendirilemeyeceğini belirtilerek Cumhuriyet Savcısının suçta sürüklenen çocuğun cezalandırılması yönündeki temyiz itirazlarını reddederek beraat hükmünün onanmasına karar vermiştir⁵⁵.

F- KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI

AİHS’de düzenlenen en temel hak ve özgürlüklerden biri olduğunu belirttiğimiz ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmaması sebebiyle sınırlanabileceğini yukarıda belirtmiştik. İfade özgürlüğüne müdahale eden kamu otoritesinin bu müdahaleyi yaparken tabi olması gereken sınırlardan birisi de AİHS’nin 17. maddesinde, Anayasa’nın ise 14. maddesinde düzenlenen hakkı kötüye kullanma yasağıdır.

⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 31.07.2007 tarihli Şükrü Karatepe-Türkiye kararı, başvuru no: 41551/98 hudoc.echr.coe.int/eng

⁵⁵ Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 11.05.2015 tarihli 2015/3015 Esas 2015/2273 Karar sayılı ilamı, www.yargitay.gov.tr

Kötüye kullanma yasağı ile AİHS’de güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere yönelik korumadan yararlanmak suretiyle yine sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik eylemlerin önüne geçmek amaçlanmıştır⁵⁶.

Mevcut bir hak ya da özgürlüğün, hakkın tanınması amacına uygun kullanılmaması ya da hakkın sırf başkasına zarar verme amacı ile kullanılması hallerinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir.

AİHS’nin 17. maddesinde, *“Bu Sözleşmede ki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmuş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”* hükmü getirilerek sözleşmede tanınan tüm hak ve özgürlükler yönünden yapılacak sınırlamanın, hak ve özgürlüklerin yok edilmesi anlamına gelecek şekilde olamayacağı hüküm altına alınmıştır. İfade özgürlüğü açısından bu düzenleme değerlendirildiğinde, insanda oluşan düşüncenin henüz ifade edilme aşamasına gelmeden önceki hali olan düşünce aşamasına herhangi bir müdahale edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Çünkü aksinin kabulü düşünce özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıracak nitelikte bir sınırlama olacaktır.⁵⁷

AİHS’nin 17. maddesindeki düzenleme ile temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamanın istisna, özgürlüklerin sağlanması ve genişletilmesinin ise kural olduğu vurgulanmıştır. Bu düzenleme özgürlükleri kısıtlayan kamusal müdahalelerin izlenen toplumsal amaçların gerektirdiği düzeyde tutulması ve bu amaçları aşan müdahalelerin yapılmaması gerektiğini ortaya koymaktadır⁵⁸.

Terör eylemlerini ve şiddeti teşvik eden ya da nefret söylemi teşkil eden ifadelere yönelik olarak yapılan müdahalelerde, ifadeyi kullananların AİHM’ye başvurusu halinde AİHS’nin 17. maddesi gereğince kullanılan ifadelerin sözleşmenin metnine ve ruhuna aykırı olduğu gerekçesi ile başvuru kabul edilemez bulunmaktadır⁵⁹.

⁵⁶ Gülfidan O. Serkan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kötüye Kullanma Yasağı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2013 sayfa 12

⁵⁷ Özbey Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında ifade özgürlüğü kısıtlamaları, makale, tbbd dergisi, Barobirlik.org.tr

⁵⁸ Yıldırım Zeki, Terörizmin Propagandası Suçu, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, sayfa 138

⁵⁹ Avrupa Komisyonunun 11.10.1979 tarihli Glimmerveen ve Hağenbeek-Hollanda kararı, başvuru no 8348/78, 8406/78

Refah Partisi'nin Anayasa Mahkemesi tarafından 16.01.1998 tarihinde laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı olduğu gerekçesi ile kapatılması sonrasında, AİHM'ye başvurulması üzerine, AİHM yaptığı incelemeler sonunda; Laiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve demokrasiye saygı ilkeleri ile uyum içinde bulunan devletin temel ilkelerinden biri olduğunu, bu ilkeye saygı gösterilmemesi halinde kişinin eyleminin dini inancını açıklama özgürlüğü kapsamında koruma görmeyeceğini tespit etmiştir. Aynı kararda AİHM, sözleşmenin 9, 10 ve 11. maddelerinin güvence altına aldığı özgürlükler, etkinlikleriyle devletin kurumlarını tehlikeye düşüren oluşumlar söz konusu olduğunda, devleti bu kurumları koruma hakkından mahrum bırakamayacağını, bu bağlamda mahkeme, demokratik toplum gereklerinin ve bireysel özgürlüklerin korunması zorunluluklarının belirli bir biçimde uzlaştırılmasının sözleşme sistemine aykırı olmadığını tespit etmiştir. Ayrıca bir siyasi partinin, devletin siyasi rejiminin değiştirilmesini ancak kullanılacak araçların yasal ve demokratik olması ve önerilen değişikliğin temel demokratik ilkeler ile uyumlu olması şartlarına uyması suretiyle sağlayabileceğini ve hiç kimsenin sözleşme hükümlerinden demokratik bir toplumun ideal ve değerlerini zayıflatmak amacıyla yararlanamayacağını belirtmiştir⁶⁰.

AİHM, bu kararında sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılarak demokratik toplum yapısıyla uyuşmayan bir siyasal sistemi getirmeye kalkışmanın mümkün olmadığını, böyle bir durum söz konusu olduğunda, yapılacak müdahalenin sözleşmeye aykırı olmayacağını yani hakkın kötüye kullanılmasının sözleşme tarafından korunmayacağını ortaya koymuştur.

Hakkın kötüye kullanılması hali dahil olmak üzere temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, sözleşmede belirtilen sınırlamalara uygun olsa bile ayrıca AİHS'nin 18. maddesindeki "Anılan hak ve özgürlüklere bu sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz." hükmü gereğince kamu otoritesinin kendisine istisnai hallerde verilen müdahale yetkisini amaç dışında kullanmasının önüne geçilmek istenmiştir.

G- AÇIK VE YAKIN TEHLİKE

Açık ve yakın tehlike, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığının denetlenmesi sırasında, Amerikan Yüksek Mahkemesinin uzun yıllardır uyguladığı kriterlerden biridir. İfade özgürlüğüne yapılan her müdahale ile ilgili olarak, Amerikan Yüksek Mahkemesi, "açık ve yakın tehlike" bulunup

⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13.02.2003 tarihli Refah Partisi-Türkiye kararı, başvuru no:41340/98 www.yargitay.gov.tr

bulunmadığını denetlenmektedir. “Açıklık” tehlikenin şüpheye yer vermeyecek şekilde ortada olmasını, “yakınlık” ise ifade özgürlüğünün kullanımı sırasında söylenen sözlerin zarar doğurma olasılığının kesine yakın olmasını ifade eder⁶¹. Açık ve yakın tehlike kriteri uygulandığında ifade özgürlüğü sınırsız olmamakla birlikte sadece kamusal rahatsızlığın, kızgınlığın ve huzursuzluğun ötesinde ciddi ve somut bir zararın açık ve yakın tehlikesi gösterilmedikçe sınırlanamaz. Bu kriter uygulandığında yıkıcı nitelikte de olsa düşünce açıklaması, soyut şekilde yapılmışsa tek başına tehlikeli kabul edilemeyeceğinden ifade hürriyeti sınırlanamayacaktır.

5237 sayılı TCK’nın 215. maddesinde “*İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından **açık ve yakın** bir tehlike ortaya çıkması halinde iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” hükmü ile birlikte açık ve yakın tehlike suçun somut unsuru haline getirilmiştir. Benzer içerikteki düzenleme 5237 sayılı TCK’nın 216. maddesinde de yer almaktadır.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi “*açık ve yakın tehlike*” kriterini kullanmamakta bunun yerine AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme gereğince “*demokratik toplumda gerekli olma*” ve “*orantılılık*” kriterlerini kullanmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesinin uygulaması ile birlikte bakıldığında “*açık ve yakın tehlike*” kriterinin özellikle soyut ifade açıklamalarına tam koruma sağlaması sebebiyle AİHM ve Anayasa Mahkemesinin kullandığı “*demokratik toplumda gerekli olma*” ve “*orantılılık*” kriterine göre daha özgürlükçü bir yaklaşım olduğu değerlendirilmektedir.

H- KAMU GÖREVLİLERİNİN DURUMU

Kamu görevlilerinin ve bazı meslek kuruluşu mensuplarının ifade özgürlüklerini kullanmaları AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki “*Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler*” ibaresine dayalı olarak normal kişilere göre farklılıklar içerebilmektedir. AİHS’nin içerdiği düzenleme incelendiğinde, kamu görevlisi yada serbest meslek kuruluşu mensubu olmak kendiliğinden bir sınırlama sebebi değildir. Çünkü AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sınırlı olarak sayılan meşru sebepler arasında kamu görevlisi olmak yoktur.

İfade özgürlüğünü kullanan kişiler, kamu görevlisi olmaları durumunda AİHM bu durumu titizlikle değerlendirmekte, özellikle ifade özgürlüğünün

⁶¹ Korkmaz Ömer, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, sayfa 305

önemini göz önüne alarak ifa edilen göreve dayalı olarak ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin, ifade özgürlüğünün kullanımını ortadan kaldıracak nitelikte olamayacağını ancak bu durumda devletin takdir hakkının daha geniş olabileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi de bir çok kararında yapılan müdahalenin kullanılan özgürlüğün özüne dokunulamayacağını belirtmektedir. Kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili konularda aleyhlerine olan eleştiri sınırı normal kişilerden daha geniştir. Kamu görevlilerinin bu konularda daha hoşgörülü olmaları beklenmektedir.

1- AVUKATLAR

Avukatlar, yargılama işlemlerinde kişiler ile mahkemeler arasında aracı görevi görmeleri sebebiyle özel bir konumları vardır. Avukatlar, görevleri gereği sır saklama ve samimi davranmakla yükümlüdürler. Avukatlar hakkındaki reklam yasağı ve buna uymayan avukatlara verilen disiplin cezaları AİHM tarafından diğer meslek kuruluşlarına göre daha dar yorum yapılarak ifade özgürlüğüne aykırı bulunmamıştır. Avukatların yargı organı ve yargı işlemleri ile ilgili ifade açıklamalarında, toplumun bilgilendirilme hakkı ile AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında meşru sebep olarak gösterilen yargının otorite ve tarafsızlığının korunması ile avukatlık mesleğinin saygınlığının korunmasına yönelik çıkarlar arasında dengeyi kurmaları gerekir.

AİHM, bir avukatın belediyede çalışan işçilerin işten çıkarılmaları sonrasında idare mahkemesine açtığı dava dilekçesinde; belediye başkanı olan başvuran ile ilgili olarak başvuranın, “yobaz”, “zalim” ve “hukukun üstünlüğüne saygısı olmayan” birisi olduğu yönündeki sözleri sonrasında ceza davası açılmamasına rağmen, açılan tazminat davasında yaklaşık 8500 Avro tazminata hükmedildiği olay ile ilgili yaptığı incelemede; ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin davanın bütünü, ilgili ifadeler, bu ifadelerin söylendiği ortam ve durumun içinde olan kişilerin özel koşulları ışığında incelenmesi gerektiğini; davanın olaylarına ilişkin, bir yanda belediye başkanı olan mağdurun şöhret ve haklarının korunması gerekliliği, öte yanda başvuranın avukat sıfatıyla ifade özgürlüğünün korunması arasında olması gereken adil dengenin gözetilip gözetilmediğinin ortaya konması gerektiğini belirtmiştir. Baro üyelerinin, mesleklerinin özel niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kimseler, mahkemede görevli sıfatıyla, tutumlarıyla ilgili sınırlamalara tabidirler. Sağduyulu, dürüst ve vakur olmaları gerekir. Ayrıca, mahkemede kullanılan ifadelerle ilişkin belirli bir serbestlik tanınması da yer almaktadır. Kullanılan ifadeler idare mahkemesine açılan dava dilekçesinde yer almıştır. Bu ifadelerin medyaya yansımadağı gibi yansımadağı yönünde bir emare de ortaya

konmamıştır. Bu durumda kullanılan sözlerin belediye başkanı olan, siyasi kişiliği bulunan mağdurun şöhreti üzerindeki haklarının korunması ile avukat olan başvuranın ifade hürriyeti arasındaki dengede ağırlığın ifade hürriyetinden yana verilmesi gerektiğini dolayısıyla, başvuranın ifade özgürlüğüne müdahale edildiğine karar vermiştir⁶².

2- HÂKİMLER

Hâkimler de yargılamada ki özel görev ve konumları gereği kısmen de olsa farklı durumdadırlar. Tüm devlet memurları gibi hâkimlerin de birer fert olmaları dolayısıyla ifade özgürlükleri korunur. Hâkim, kendi statüsüne uygun olarak duyulan saygıya ve mesleğinin şeref ve itibarını koruyucu bir davranış içerisinde olmalıdır. Burada kamu makamlarının asıl dikkat etmesi gereken husus bireyin ifade özgürlüğü ile devletin meşru hakkı arasında makul bir denge sağlanmalı, takdir hakkı makul gerekçelere dayanmalı ve orantılı kullanılmalıdır.

Hâkimler yaptıkları görevin özelliği gereği hem yargıladıkları taraflar hem de tüm toplum nezdinde yüksek oranda güven telkin etmeleri gerektiğinden diğer kamu görevlileri ile kıyaslandığında en yüksek korumayı görürler. Başka bir anlatımla hâkimler hakkındaki eleştiri sınırı diğer kamu görevlilerine göre daha dardır⁶³.

AİHM, Albayrak-Türkiye kararında, kişisel çalışması ve performansı ile ilgili herhangi bir olumsuzluk olmayan, baktığı dosyalar ile ilgili yanlış davrandığı iddia edilmeyen, Kürt kökenli bir hâkimin PKK yanlısı kanal izlemesi ve yaptığı yorumlar sebebiyle yer değiştirme cezası verilip başka bir yere atanmasını, demokratik bir toplumda gerekli olmadığından AİHS'nin 10. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir⁶⁴.

Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan başvuran, 5 Ağustos 1999 tarihli dilekçesi ile 12 Eylül 1980 darbesini gerçekleştiren Milli Birlik Komitesi üyesi olan generaller hakkında Devlet Güvenlik Mahkemesine verdiği dilekçe ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı darbe yaptıkları iddiası ile vatandaş sıfatı ile şikayette bulunmuştur. Bu başvuru sonrasında hakkında disiplin soruşturması açılıp 30 Mart 2000 tarihinde başvurana Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından kınama cezası verilmiştir. 28 Mart 2000 tarihinde başvuran

⁶² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13.01.2009 tarihli Erdoğan-Türkiye kararı, başvuru no:39656/03 hudoc.echr.coe.int/eng

⁶³ D.J. Harris, M.O'Boyle, E.P Bates, C.M Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi yayını, Şen Matbaası, Ankara, 2013, sayfa 503

⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 31.01.2008 tarihli Albayrak-Türkiye kararı, başvuru no:38406/97 www.yargitay.gov.tr

Cumhuriyet savcısı olması sebebiyle 12 Eylül 1980 darbesini gerçekleştiren generaller hakkında darbe suçundan iddianame düzenlemiştir. Hakkında yapılan ceza soruşturması sebebiyle Yargıtay 04.04.2001 tarihli kararı ile başvurunu görevi kötüye kullanma suçundan ve askerlere hakaret suçundan para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Daha önce açığa alınan başvurana HSYK tarafından 27.02.2003 tarihinde görevden ihraç edilmiştir. Disiplin cezası olarak verilen kınama cezası ve sonrasında düzenlediği iddianame nedeniyle görevden ihraç edilmesi üzerine başvurana Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.

AİHM, yaptığı inceleme sonunda ifade özgürlüğünün devlet memurlarını ve onların mesleki alanında da uygulanacak bir özgürlük olduğunu ve başvurana verilen para cezası ve disiplin cezaları ile ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale yapıldığını tespit etmiştir. Başvuranın Cumhuriyet savcısı olması ve hakkında para cezası verilirken uygulanan Türk Ceza Kanunu 240 ve 159. maddesi ile Hâkimler Savcılar Kanununun 69 ve 70. maddesindeki düzenlemeler göz önüne alındığında düzenlemelerin yeterli düzeyde belirlilik içerdiğini bu sebeple müdahalenin yasayla düzenlenmiş olması koşulunun ihlal edilmediğini belirtmiştir. Başvuranın Cumhuriyet savcısı olması sebebiyle adaletin sağlanması, suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla kanunları doğrudan uygulama yetkisi olduğunu bu yetkisinin başvurana adaletin iyi işlemesine ve halkın adalete olan güveninin sağlanmasına katkıda bulunma, bireysel hakların ve devletin koruyucusu olma yükümlülüğü getirdiğini belirtmiştir.

AİHM, yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının gündeme gelmesi halinde ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin bu özgürlüğü daha ihtiyatlı kullanmalarının beklendiğini, ancak Cumhuriyet savcısı olan başvurana ifade özgürlüğüne yapılacak her türlü müdahalede de çok dikkatli olunması gerektiğini belirtmiştir. Başvuran darbe yapan kişilerin Anayasa'nın geçici 15. maddesindeki düzenlemeye rağmen yargılanıp yargılanamayacakları yönündeki güncel kamusal tartışmaya katkıda bulunmuştur. Bu sebeple, ifade özgürlüğünün korunması üst düzeyde tutulmalıdır. Başvuran görevi gereği daha dikkatli davranması gerektiğini ve kısıktılsa bile basın aracılığıyla yanıt vermemesi gerektiğini bilmelidir. Ancak somut olayda başvurana kişisel durumunda daha öncelikli bir meşru amaç vardır. Burada başvurana demokratik sistemdeki bir aksaklığı ortaya koymaktadır. Bu durumda birbiriyle çatışan menfaatlerin uygun şekilde dengelenmesi gerekmektedir.

AİHM, memurların görev yaptıkları devlete sadakat yükümlülükleri ile

devletin memurların ifade özgürlüklerine yapılacak müdahaleler hususundaki takdir hakkı göz önüne alındığında başvurana kınama cezası verilmesi ve görevi kötüye kullanma suçundan TCK 240. maddesi gereğince verilen para cezasının toplumsal bir sosyal ihtiyaca cevap verdiğinin kabul edilebileceğini dolayısıyla bu yönden başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğini belirtmiştir.

AİHM, başvuranın generallere hakaret ettiği gerekçesi ile TCK 159. maddesi gereğince cezalandırılmasının zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca cevap vermediğini, burada generaller yönünden herkes için korunan kişisel hakareten daha özel bir korumanın söz konusu olduğunu tespit etmiştir. Başvuranın generallere hakaret ettiği iddiası ile para cezası ile cezalandırılıp disiplin cezası olarak meslekten ihraç edilmesinin sadece başvuran üzerinde değil tüm kamu görevlileri üzerinde caydırıcı bir etki yaratacağını dolayısıyla başvuranın avukatlık mesleğini dahi yapamayacak şekilde Cumhuriyet savcılığı mesleğinden ihracının güdülen amaç ile orantılı olmadığına ve başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁵.

3- ASKER KİŞİLER

Asker kişiler de şüphesiz ifade özgürlüğünün koruması altındadırlar. Asker kişilerin kurumlarına yönelik ifade açıklamalarında; ordunun disiplinli ve düzenli olma zorunluluğu ile kişilerin ifade hürriyeti ve ordunun da sonucu itibarıyla bir kamu kuruluşu olması sebebiyle, eleştirilere karşı hoşgörülü olma zorunluluğuyla birlikte değerlendirilerek ifade hürriyetinin ihlal edilip edilmediği değerlendirilmelidir.

AİHM, ifade özgürlüğünün “kışlanın kapısında kalmadığını” belirterek asker kişilerin de ifade özgürlüğünden yararlanacağını açıkça ifade etmiştir. AİHM, askerlikle ilgili sorunlara eleştirel yaklaşan ancak şiddeti teşvik eden ya da orduda itaatsizliği teşvik edici niteliği olmayan ifadelere hoşgörü gösterilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁶⁶.

4- SİYASETÇİLER

Siyasetçilerin yaptıkları iş ve tartışılmasında toplumun yararı olan bir çok konuda fikirlerini belirtip, toplumsal yarara katkı sunmaları sebebiyle, herkes

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13.11.2008 tarihli Kayasu-Türkiye kararı, başvuru no:64119/00 hudoc.echr.coe.int/eng

⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 08.06.1976 tarihli Engel ve diğerleri- Hollanda kararı, çeviri Osman Doğru İnsan Hakları Avrupa, İstanbul, 2002, sayfa 134-155, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 25.11.1997 tarihli Grogoriades-Yunanistan kararı, çeviris Osman Doğru İnsan Hakları Kararlar Derlemesi C 2 İstanbul 1998 sayfa 327-339

için önemli olan ifade özgürlüğü, halkın seçtiği siyasetçiler için daha önemli hale gelir. AİHM'ye göre siyasi tartışma özgürlüğü, "tüm demokratik sistemin temel ilkesidir." Hükümetler, sadece yasama ve yargı organlarıncı değil aynı zamanda halk ve medya organlarıncı da denetlenmelidir. Hükümetler hem eleştirilere karşı son derece hoşgörülü olmalı hem de ifade özgürlüğüne yaptıkları sınırlayıcı müdahalelerin ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde caydırıcı etki doğurmasını engellemelidir. Siyasetçilerin özel yaşamı, diğer kişilere göre daha göz önündedir ve diğer kişiler için özel yaşam olarak görülebilecek konular siyasiler yönünden bilinmesinde kamu yararı olan konular olarak değerlendirilebilir. Siyasetçilere yönelik eleştirilerin sınırı diğer kişilere yönelik eleştiriler için olandan daha geniştir⁶⁷.

Siyasetle uğraşan kişilerin söyledikleri sözlerin niteliği de yapılan müdahalenin haklı olup olmadığını belirlerken göz önünde tutulmalıdır. Siyasetçinin başka bir siyasetçiye, hükümete ya da kamu kurumlarına yönelik ifadelerinde çok geniş koruma sağlanırken, aynı kişinin terör ve şiddeti öven ya da nefret söylemi içeren beyanları daha az koruma görmelidir.

AİHM, "Castells-İspanya"⁶⁸ kararında, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi ile hükümetin siyasi karşıtları tarafından siyasi bakımdan eleştirilmesi arasında bir denge kurmaya çalışmış ve siyasi muhalefet için ifade özgürlüğünü güçlü bir şekilde savunmuştur. Castells, İspanya Parlamentosunda, Bask bölgesinin bağımsızlığını savunan bir siyasi örgütü temsil eden bir senatördü. 1979'da ülke çapında okunan bir gazetede, "Öfkelenirici Bir Dokunulmazlık" başlıklı bir yazısı yayınlandı. Castells, hükümeti Bask bölgesindeki cinayetleri soruşturmamakla suçluyordu. Bunun üzerine şikayetçinin dokunulmazlığı kaldırılarak, "hükümetin manevi şahsiyetine hakaret" suçundan yargılanmış ve 1 yıl 1 gün hapis cezasına mahkum edilmiştir. Yapılan başvuru üzerine AİHM, kısıtlamanın "demokratik bir toplumda gerekli" olması koşulunu inceleyerek şunu belirtmiştir: "İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş bir temsilcisi açısından özel bir önem taşır. Bu kişi, seçmenlerini temsil etmektedir. Onların kaygılarına dikkat çekip çıkarlarını savunmaktadır. Dolayısıyla, davacının durumunda olduğu gibi, muhalif bir parlamento üyesinin ifade özgürlüğüne müdahale, Mahkemenin çok büyük bir dikkatle ele alması gereken bir konudur. Hükümet hakkındaki eleştirinin

⁶⁷ Inceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta Yayınları İstanbul, 2013, sayfa 359

⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 23.04.1992 tarihli Castells-İspanya kararı, Türkçe tam metin için bk. Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa, Beta Yayınevi, İstanbul 1997 sayfa 217-238

caiz olan sınırları özel kişilere, hatta bir politikacıya yapılan eleştiriye oranla daha geniştir. Bir demokratik sistemde hükümetin eylem, işlem veya hataları, sadece yasama ve yargı organlarının değil, basın ve kamuoyunun da ayrıntılı incelemesine tabidir. Ayrıca hükümet, medyadaki haksız saldırı ve eleştirileri başka yollarla önlemek imkanı varken, işgal ettiği hâkim pozisyondan yararlanarak ceza davası açmak suretiyle önlemeyi tercih etmiştir. Kamu güvenliğinin garantörü olarak yetkili devlet makamları, hakaret, kasıt veya kötü niyetle yapılan yayınları önlemeye yönelik olmak üzere, ceza niteliğinde olanlar da dahil gereken önlemleri almak yetkisine sahiptir. Ancak, bunda hiçbir şekilde aşırıya kaçılmamalıdır. Mahkeme bu gerekçelerle İspanya'nın 10. maddeyi ihlal ettiğini tespit etmiş ve hükümetin bunlara karşı, hoşgörülü olması gerekirken, ceza davası açarak karşı koymasının aşırı bir önlem olduğu hususunu vurgulamıştır⁶⁹.

I- BASIN MENSUPLARI VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

Basın mensupları ve basın özgürlüğü, demokratik bir toplumda çok önemli bir işleve sahiptir. İfade özgürlüğü, basın mensuplarının düşünce ve bilgi aktarımı ile birlikte, aktarımın yapıldığı araçları da koruma altına almıştır. Basın mensuplarına hangi düşünce ve bilginin ne şekilde aktarılacağı konusunda müdahale edilmemelidir. Demokratik toplumlar açısından çok önemli olan çoğulculuğun sağlanması açısından basının rolü göz önüne alındığında çok daha fazla hoşgörülü olunmalı ve basının toplumu ilgilendiren konulara katkısı ile etkinliği sebebiyle basın mensuplarının ifade özgürlüğünü kullanmaları engellenmemelidir. Basın mensuplarının ifade özgürlüklerinin kullanılmasına yönelik olarak devlete, üçüncü kişilerin müdahalesini önleme yönünde pozitif yükümlülükler düşmektedir. Basın yayın organlarında yer alan yazılar şiddete, başkaldırıya ve direnişe teşvik edilmediği sürece müdahale edilmemelidir⁷⁰. Ancak yine de basın mensupları yönünden ifade özgürlüğü sınırsız değildir. İfade açıklamalarında, basın ahlak kurallarına uymalı ve iyi niyetli davranmalıdırlar. Aksi takdirde yapılacak müdahale 10. madde kapsamında koruma görmez.

AİHS'nin 10. maddesi yapılacak yayınların, dağıtım öncesinde yayınlarının durdurulmasına yada toplatılmasını tamamıyla yasaklamamaktadır. Ancak bu şekilde bir ön kısıtlamanın yarattığı ciddi tehlikeler göz ardı edilmemelidir. Çünkü haber hızla değer kaybeden bir maldır ve yayımını kısa bir süre için

⁶⁹ Özbey Özcan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında ifade özgürlüğü kısıtlamaları, makale, sayfa 29, tbbd dergisi. Barobirlik.org.tr

⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 23.09.2008 tarihli Aktan-Türkiye kararı, başvuru no:20863/02 www.yargitay.gov.tr

de olsa durdurmak, söz konusu haberin tüm değerini ve çekiciliğini ortadan kaldırmaktadır⁷¹.

AİHM, sağlıklı bir demokraside hükümetin yalnızca yasama ve yargı organları tarafından denetlenmesinin yeterli olmadığını, aynı zamanda halk ve kitlesel medya tarafından da denetlenmesi gerektiğini, hükümetin ulusal ve yerel düzeyde egemen gücü nedeniyle kendisine yönelik en ağır eleştirilere dahi hoşgörü ile yaklaşmak zorunda olduğunu, hükümete yönelik eleştiri sebebiyle ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin siyasi konularda ifade açıklamasını engelleyecek nitelikte olmaması gerektiğini belirtmektedir⁷².

AİHM, Ali Erol-Türkiye kararında; basın organlarının habercilik görevlerinin zorunlu olarak getirdiği görev ve sorumluluklarının yanında genel ceza hükümlerine tabi olduklarından, basın mensubu olarak kendiliğinden tabi oldukları sınırlara uymaları gerektiğini ancak şiddet kullanmaya, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvik etmediği anlaşılan yazıdan dolayı devletin baskın konumu sebebiyle, muhaliflerinin haksız saldırı ve eleştirilerine karşı cevap vermesi için başka yollar bulunuyorsa başvuranın mahkumiyeti ve gazetenin 20 gün süreyle kapatılması kararında ölçülü davranması gerektiğini orantılık ilkesine uyulmadığından AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁷³.

AİHM, basının önemini ve yapılabilecek müdahaleyi Dink-Türkiye kararında şu şekilde belirtmektedir: "Basın, demokratik bir toplumda önemli bir rol oynamaktadır. Her ne kadar bazı sınırları aşmaması gerekse de, itibarın korunmasına önem vererek, görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi basın mensubuna düşmektedir. Basın özgürlüğü aynı zamanda, belli bir dozda abartıya ve hatta provokasyona başvurmayı da içermektedir. Genel bir biçimde, düşünce özgürlüğünün uygulanmasına getirilecek herhangi bir kısıtlama, ikna edici bir biçimde kurgulanmış olmalıdır. Kısacası, ulusal makamlar açısından uygulamada belli bir değerlendirme payı bulunmakla birlikte, öncelikli olarak bu kısıtlamayı meşru kılacak zorlayıcı bir sosyal gereklilik bulunup bulunmadığının değerlendirmesini yapmak gerekmektedir. Bu kısıtlama, bahse konu durumda da olduğu gibi, basını ilgilendirdiğinde, ulusal değerlendirme alanı, demokratik toplumun basın özgürlüğünü sağlama ve koruma çıkarıyla kesişir. Aynı şekilde bu çıkar, AİHS'nin 10. maddesinin 2. paragrafının gerektirdiği gibi, kısıtlamanın

⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 29.03.2005 tarihli Alınak-Türkiye kararı başvuru no:42287/98 www.yargitay.gov.tr

⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 18.07.2000 tarihli Şener-Türkiye kararı başvuru no:26680/95 www.yargitay.gov.tr

⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 27.10.2005 tarihli Ali Erol-Türkiye kararı, başvuru no:47796/99 www.yargitay.gov.tr

hedeflenen meşru amaç ile orantılı olup olmadığının tespitinden ibaret olduğunda daha büyük bir önem arz etmektedir. AİHM'nin görevi, bu kontrolü yaparken ulusal yargı kurullarını ikame etmek değil, 10. madde çerçevesinde, değerlendirme payları gereğince verdikleri kararları teyit etmektir. Bunun için mahkeme, tartışma konusu müdahaleyi konunun bütününe bakarak, ulusal otoritelerce bahse konu müdahalenin meşruiyetine ilişkin gösterilen sebeplerin yeterli ve yerinde olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Bunu yaparken mahkeme, ulusal makamların 10. maddenin gereklerine uygun kuralları uyguladığına ve daha da ötesi olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesi üzerine bu kuralları hayata geçirdiğine ikna olmalıdır⁷⁴

Estonya ülkesinde limited şirket olarak faaliyet gösteren Delfi As firmasının sahibi olduğu ve günde ortalama 300'e yakın haber makalesi yayınlayan internet haber sitesinde feribot işletmesi yapan SLK isimli firma ile ilgili 24.01.2006 tarihinde "SLK, Planlanan Buz Yolunu Yok Etti" başlığı ile bir makale yayınlamıştır. Bu makalenin yayınlanmasından sonra makale altında bulunan yorum ekle butonunu kullanarak yaklaşık 185 yorum yapıldığı ve bu yorumlardan yaklaşık 20 tanesinin SLK firmasına yönelik tehdit ve hakaret içeren ifadeler içermesi sebebiyle 9 Mart 2006 tarihinde SLK avukatları, Delfi As şirketine başvurarak yorumların kaldırılmasını ve manevi zararları için yaklaşık 32000 Avro tazminat ödenmesini talep etmiştir. Delfi As, firması başvuru üzerine yorumları aynı gün kaldırmış ancak herhangi bir tazminat ödenmeyeceğini bildirmiştir.

SLK firması tarafından açılan hukuk davası sonunda, yerel mahkeme Delfi As firmasının yorumlar konusundaki faaliyetlerinin yalnızca teknik, otomatik ve pasif nitelikte olmadığı, bunun yerine kullanıcıları yorum eklemeye davet ettiği dolayısıyla teknik hizmetlerden ziyade içerik hizmetleri sağlayıcısı durumunda bulunduğu, şirketin suç oluşturan yorumların engellenmesi hususunda aldığı tedbirlerin yetersiz olduğu kişilik haklarına yeteri kadar koruma sağlanmadığı ve yorumları denetleme görevinin olası mağdurlar üzerine yüklenmesinin iyi niyet ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile SLK firmasına 320 Avro tazminat ödenmesine karar verilmiştir

Delfi As firması, tazminata mahkum edilmesinin ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğu iddiası ile AİHM'ye başvurmuştur. AİHM yaptığı inceleme sonunda, öncelikle internette kullanıcılar tarafından gerçekleştirilen anlatım faaliyetinin, ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından emsalsiz bir platform olduğunu, bunun yanı sıra, bazı tehlikelerinde ortaya çıkabileceğini nefret söylemi ve şiddete teşvik eden söylemler de dahil olmak üzere, karalayıcı ve

⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 14.09.2010 tarihli Dink-Türkiye kararı, başvuru no: 2668/07,6102/07,3079/09,7124/09 hudoc.echr.coe.int/eng

açıkça hukuka aykırı olan diğer türdeki konuşmaların daha önce hiç olmadığı gibi birkaç saniye içerisinde dünya çapında yayılabileceğini belirtmiş ve dava konusu yorumların büyük bölümünün nefret söylemi ve şiddete teşvik içerdiğini bu itibarla AİHS'nin 10. maddesindeki korumadan yararlanamayacağını tespit etmiştir.

AİHM, somut olayda yorumların yazarlarının ifade özgürlüklerinin değil, Delfi As firmasının üçüncü taraflarca yayınlanan söz konusu yorumlardan sorumlu olduğu yönündeki yerel mahkeme kararlarının, AİHS'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan bilgi verme özgürlüğüne aykırı olup olmadığı hususunun dava konusu olduğunu belirterek başvuran firmanın reklam gelirinin yapılan yorum sayısı ile doğru orantılı olduğunu yani bu yorumlar sebebiyle kazanç elde edildiğini ve yorum yapılan internet ortamı üzerinde kontrol yetkisinin başvuran firmada olduğunu, yorumlar başvuran şirketin haber portalında yayımlandıktan sonra yorumları yazan kişilerin yorumları değiştirme ya da silme yetkileri bulunmadığını tespit etmiştir.

AİHM, başvuran şirkete, nefret söylemi içeren ve şiddete teşvik eden ve bu nedenle açıkça hukuka aykırı olan yorumların yayınlanır yayınlanmaz hemen kaldırılmasına yönelik bir yükümlülük getirmenin, ilke olarak şirketin ifade özgürlüğüne orantısız müdahale teşkil etmeyeceğini kabul etmiştir. Başvuranın, başvuru üzerine hemen yorumları silmesi ve etkin olmamakla birlikte filtreleme programı kullanması sebebiyle üçüncü taraflara zarar verilmesini engelleme görevini tümüyle ihmal ettiğinin söylenemeyeceğini belirtmiştir. Ancak başvuran şirket tarafından kullanılan otomatik kelime bazlı filtre, okuyucular tarafından yayınlanan çirkin nefret söylemlerini ve şiddete teşvik eden ifadeleri filtreleyememiş bu nedenle de saldırgan yorumları hızlı bir şekilde kaldırma becerisi sınırlanmıştır.

Sesini internette duyurmak isteyen bir kişinin, geniş olanaklara sahip olduğu dikkate alındığında, büyük bir haber portalının, nefret söylemi ve mevcut davadaki gibi şiddete teşvik eden söylemlerin yayılmasını sınırlandırmaya yönelik etkili tedbirler alma yükümlülüğünün, hiçbir şekilde "özel medya kuruluşlarına uygulanan sansür" ile aynı kefeye konulamayacağını ve hüküm altına alınan 320 Avro tazminatın da somut olayda orantısız olmadığını tespit etmiştir.

AİHM, nefret söylemi teşkil eden ve şiddete teşvik eden söylemler barındıran yorumların şikayet üzerine derhal kaldırılmasına rağmen başvuran şirket tarafından alınan tedbirlerin yetersizliği ve verilen para cezası miktarı ile devletin takdir hakkı birlikte değerlendirildiğinde yerel mahkemenin gerekçesinin ilgili ve yeterli olduğunu yapılan müdahalenin ifade özgürlüğüne orantısız bir sınırlama teşkil etmediğini belirterek AİHS'nin 10. maddesinin

ihlal edilmediğine karar vermiştir⁷⁵.

Türkiye’de yayınlanan “Ülkede Özgür Gündem” gazetesinin yayınladığı bazı haber ve makalelerin terör örgütünün propagandası suçunun unsurlarını taşıdığı, terör suçlarını onaylar içerikte olduğu, terörle mücadele eden bazı görevlilerin isimlerini açıkladığı ve bu yazıların süreklilik gösterdiği gerekçesi ile yayınlanmasının 15 gün süre ile durdurulmasına yerel mahkeme tarafından karar verilmiştir. Gazete sahibi olan başvurana, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM’ye başvurmuştur. .

AİHM, demokratik bir toplumun temel yapılarından biri olan ifade özgürlüğünün istisnai hallerde kısıtlanabileceğini, kısıtlama gündeme geldiğinde kısıtlama sebeplerinin dar yorumlanması gerektiğini ve sınırlama sebeplerinin ikna edici şekilde ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. AİHM’ye göre ulusal makamlar öncelikle sınırlamayı gerektiren acil bir sosyal ihtiyacın varlığını ortaya koymalıdır. Bu gereklilik ortaya konularken ulusal makamların belirli bir takdir hakları vardır. Ancak demokratik toplumda basın özgürlüğünün önemi ve korunması gerekliliği göz önüne alındığında bu takdir hakkı oldukça sınırlıdır.

AİHS’nin 10. maddesi gazetelerin basımına sınırlama getirilmesini tamamen yasaklamamaktadır. Somut olayda asıl dikkat çekici olan gazetenin bazı sayılarına el koyma kararı verilmemiş ama yayınlanan bazı haber ve makaleler sebebiyle gazetenin daha sonra yayınlanacak basımına 15 gün süreyle yasak konulmuştur. Haber çok çabuk eskiyen bir maldır. Kısa sürede okuyucuya ulaşmadığında haber bütün değerini ve önemini yitirebilir. Bu sebeple basın özgürlüğü söz konusu olduğunda ulusal makamlar ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini gerektirir “acil sosyal ihtiyacın” varlığını ortaya koymak için oldukça dar bir takdir hakkına sahiptirler. Bu tespitleri yapan AİHM, yerel mahkemenin daha önce yayınlanan haber ve makalelerin içeriğinden yola çıkarak 15 gün süre ile gazetenin basımının durdurulmasının ileride benzer haber ve makalelerin yayınlanmasını engellemeye yönelik bir yaptırım olduğunu bu yaptırımın sansür niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini, bu tür bir müdahalenin basının demokratik toplumun gözlemcisi olma görevini gereksiz şekilde sınırlama anlamına geldiğini belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁶.

Anayasa Mahkemesi, basın özgürlüğü ve önemine ilişkin aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur. *Gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşün-*

⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 16.06.2015 tarihli Delfi AS- Estonya kararı, başvuru no:64569/09 www.inhak.adalet.gov.tr/hudoc.echr.coe.int/eng

⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 20.10.2009 tarihli Ülper ve diğerleri-Türkiye kararı, başvuru no:14526/07 hudoc.echr.coe.int/eng

cenin yayılmasının başlıca aracı olan basın da ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir. Basın özgürlüğünü kapsayan ifade özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. İfade özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşüncüyü gerçekleştirme ve bu konuda başkalarını ikna etme çabaları çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi, halkın bilgi edinme hakkı ve basının bilgi verme görevi birlikte göz önüne alındığında en temel insan haklarından biri olan ifade özgürlüğünün gerçekleşebilmesi için basının kişilerin gözü, kulağı olma fonksiyonunu herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan gerçekleştirebilmesine bağlı olduğunu bu sebeple basın mensuplarının ifade özgürlüğüne yapılacak sınırlama konusunda tanınan takdir hakkının çok az olduğunu belirtmektedir⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi “twitter.com” isimli internet sitesine erişimin engellenmesi üzerine bu site kullanıcılarının yaptığı bireysel başvuruya ilişkin davada ifade özgürlüğüne ilişkin aşağıdaki tespitleri yapmıştır. “Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür. İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşüncüyü açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesinin 25.06.2015 tarihli Ali Gürbüz hakkındaki kararı, başvuru no: 2013/724 www.anayasa.gov.tr

⁷⁸ Anayasa Mahkemesinin 12.11. 2014 tarihli Fatih Taş hakkındaki kararı, başvuru no:2013/1461 www.anayasa.gov.tr

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Bu bağlamda düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kullanılırken bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınılması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz⁷⁹."

Şiddet ve terör olaylarına ilişkin haberler ile ilgili, basının haber verme hakkı ile toplumun haber alma hakkı karşısında, terör olaylarının önlenmesi hususunda basın yayın organlarının ifade özgürlüğünün kısıtlanması konusunda devlete daha geniş takdir marjı verildiği görülmektedir.

SONUÇ

Sonuç olarak ifade özgürlüğü, tüm vatandaşlara eşit olarak tanınan temel bir hak ve demokratik toplumun vazgeçilmez unsurlarından biridir. İfade özgürlüğünün diğer temel hak ve özgürlükler ile olan yakın ilişkisi de göz önüne alındığında, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahale tüm hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyacaktır. AİHS'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında tanınan ifade özgürlüğünün asıl, yapılabilecek müdahalenin ise istisna olduğu göz önüne alınarak hareket edilmelidir. Tartışılmasında toplum yararı görülen konularda daha çok hoşgörü gösterilerek çok sayıda görüşün ortaya atılıp bireylerin tüm fikirleri değerlendirerek kendilerince en doğruyu belirleyebilmeleri sağlanmalıdır.

Basın mensuplarının yaptıkları işin önemi ve fikirlerin yayılmasındaki etkinlikleri ile toplumun çeşitli fikirleri alma hakkı göz önüne alındığında, basın mensuplarının ifade özgürlüğüne müdahale hususunda çok daha dikkatli davranılıp müdahaleden kaçınılmalıdır. Siyasetle uğraşan kişilerin bu işe girerken, özel yaşamları dahil bir çok davranışlarının toplumun ilgisini çekeceğini bildikleri halde yönetime talip olmaları sebebiyle tüm konulardaki fikirlerinin bilinmesindeki yarar göz önüne alınarak, siyasi kişilerin ifade özgürlüğü ve siyasi kişilere yönelik eleştiriler karşısında çok daha fazla hoşgörül olunmalıdır. Kamu görevlilerinin devlete sadakat yükümlülükleri bulunmakla birlikte kamu görevlisi olmanın ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için meşru bir sebep olma-

⁷⁹ Anayasa Mahkemesinin 02.04.2014 tarihli Yaman Akdeniz hakkındaki kararı, başvuru no: 2014/3986 www.anayasa.gov.tr

dığı ve kamu kurumlarına yönelik eleştiriler sert bile olsa asıl olan ifade özgürlüğünün korunması gerekliliğidir.

Terör eylemleri ile şiddete ve isyana teşvik içeren ifade biçimlerine müdahale hususunda özellikle Türkiye gibi ülke bütünlüğüne yönelik tehditleri daha çok olan ülkelerde, kamu güvenliği, toprak bütünlüğü ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi meşru sebeplerle yapılabilecek sınırlamalarda devlete daha fazla takdir hakkı tanınmaktadır.

En temel özgürlüklerden biri olan ifade özgürlüğüne müdahale etmenin zorunlu olduğu durumlarda, mutlaka sözleşmede belirtilen ve sınırlı olarak sayılan meşru sebeplerden birine dayanılmalı, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin mutlaka yasal dayanağı olmalı ve demokratik toplum açısından yapılan müdahale gerekli olmalıdır. Tüm bu şartların somut olarak olduğu durumlarda, devlet tarafından müdahale edilme zorunluluğunun doğduğu belirlendiği takdirde de getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu ortaya konmalıdır.

Türkiye’de AİHM’nin yargı yetkisinin kabulünden sonra tüm temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğü hususunda da önemli kazanımlar elde edilmiş olmakla birlikte henüz ülke bütünlüğü ve yönetim şekli gibi temel konularda dahi tam bir asgari müşterekte anlaşılammış olmasının temel hak ve özgürlüklerin evrensel düzeyde gelişimini engellediği görülmektedir. Son yıllarda ortaya koyduğu ve uyguladığı evrensel kriterler ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasında en öne çıkan kurum olan AİHM kararları ile ilgili toplumda ve uygulayıcılarda oluşturulacak farkındalığın olumlu sonuç vereceği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştayın Anayasada öngürülen üst mahkeme olmaları, üye seçim şekli ile üyelerin genelde daha önce hâkim veya savcılık yapmış kıdemli kişilerden seçilmesi, bu mahkemelerin kararlarının ülkede uygulama birliğini sağlamaya yönelik etkisi gibi hususlar göz önüne alındığında; AİHM ile çok benzer kriterler uygulayan Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay ve Danıştayın temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda ki tutumlarının uygulamanın gelişmesinde çok etkili olacağı düşünülmektedir.



KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi internet sitesi. www.anayasa.gov.tr

Artun Avcı- Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü. Leğal Yayıncılık İstanbul 2015

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Cargılaması Kurum ve Kavramları Türkiye Barolar Birliği yayını Şen Matbaası Ankara 2008

Avrupa Konseyi- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler. Ankara 2007

D.J. Harris, M.O’Boyle, E.P Bates, C.M Buckley Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku. Avrupa Konseyi Yayını Şen Matbaası Ankara 2013

Erhan Tanju- İfade ve Basın Özgürlüğü. Seçkin Yayınları Ankara 2012

Halit Yılmaz- İfade Özgürlüğü Sorunu Olarak Nefret Söylemi. Adalet yayınları Ankara 2015

Mehmet Ali Zengin Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları. Adalet Yayınları Ankara 2012

O. Serkan Gülfidan- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kötüye Kullanma Yasığı Oniki Levha yayınları.İstanbul 2013

Osman Doğru ve Atilla Nalbant- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Pozitif Matbaası 2013

Ömer Korkmaz - Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları. Yetkin Yayınları Ankara 2014

Özcan Özbey - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü

Serkan Kızılyel- Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü. Beta Yayınları İstanbul 2013

Sibel İnceoğlu- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa. Beta Yayınları İstanbul 2013

Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Turhan kitabevi Ankara 2013

Yargıtay Başkanlığı internet sitesi AİHM kararları. www.yargitay.gov.tr

Zeki Yıldırım- Terörizmin Propagandası Suçu. Adalet Yayınevi. Ankara 2014

Zühtü Arslan- ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü. Liberal Düşünce Topluluğu Ankara 2003

BİLİMSEL, SANATSAL VE EDEBİ DEĞER TAŞIYAN ESERLERDE MÜSTEHCENLİĞİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Examination of Obscenity with Respect to Freedom of Speech in Scientific,
Artistic and Litaral Works*

Tahir Hami TOPAÇ* – **Caner GÜRÜHAN**** – **Aydın AYGÜN*****

ÖZET

Devletin genel sağlık ve ahlakın korunması amacıyla ifade özgürlüğünün kullanılması aleyhindeki müdahaleleri özellikle müstehcen yayın ve eserler bakımından kendisini göstermektedir. Sınırlama gerekçesi olarak gösterilen genel sağlık ve genel ahlakın korunması gibi geniş yorumlanabilen kavramlar nedeniyle bu müdahaleler ulusal ve uluslar arası yargı kararlarında büyük ölçüde kabul görmektedir. İfade özgürlüğü aleyhindeki uygulamaların önemli bir sebebini de somut ve bilimsel kriterlere dayanmamakla eleştirilebilen bilirkişi incelemeleri oluşturmaktadır. Mevcut sorunların çözülmesi anlamında, müstehcenliğe konu yayın veya eserin bilimsel, sanatsal veya edebi değer taşıyıp taşımadığının bilimsel yöntemler ve daha özgürlükçü bir bakış açısıyla değerlendirilmesi, resmi bilirkişi sıfatını haiz Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nda önemli bir takım yapısal değişiklikler yapılması ve çocukların müstehcen yayın ve eserlerden korunması amacıyla internet ve televizyon yayınlarına erişimin doğrudan engellenmesi yerine filtreleme sisteminin benimsenmesi etkili olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Müstehcenlik, İfade Özgürlüğü, Eser, Bilirkişi İncelemesi, Erişimin Engellenmesi

ABSTRACT

Interventions of the state are against to the use of freedom of speech so as to protect public morality and health show itself especially for the obscene publications and works. These interferences reason concept construing liberal like as public moral and health showing justification of restraint have been approved in national and international judicial decisions a vast scale. Expert examinations not based

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu Tetkik Hâkimi, Selçuk Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi. tahirhami@gmail.com

** Yargıtay 5. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi, Kocaeli Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi. canerguruhan@gmail.com

*** Yargıtay 14. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi, İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi; Makalenin yazımı sırasında eleştirel yorumlarla yaptıkları katkılardan dolayı Hacettepe Üniversitesi Yeni Türk Edebiyatı Doktora Öğrencisi Ezgi Turaç ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu müfettişi Ahmet Serhat Ergin Kanat'a teşekkürlerimizle. aydinaygun@gmail.com

upon concrete and scientific criterion have also formed one of important reason of practices against freedom of speech.

In meaning of solving of existing problems, subject to obscene publications or works must be evaluated whether they cary value scientific, artistic or literal with methods of scientific and more libertarion perspective. So, constuction of council official expert of preventing obscene publication must be changed. In addition, internet and television broadcasting must be filtered instead of blocked on purpose of save from obscene publications and works the children

Keywords: Obscenity, Freedom of Speech, Work, Expert Examination, Blocked of Access.



GİRİŞ

Müstehcenlik sadece hukuki değil ahlaki ve dini boyutlarıyla da günümüze kadar birçok tartışmanın konusu olmuş, toplumdaki her birey için farklılık arz eden karmaşık ve muğlak bir kavramdır.

Günümüz ceza kanunlarında genel ahlaki ve çocukları korumak, suç işlenmesini önlemek ve toplumu suçtan korumak amaçlarıyla suç olarak düzenlenen müstehcenlik, özgürlükçü ve çoğulcu toplumlarda bireyin vazgeçilmez haklarından olan ifade özgürlüğü ile çelişebilmekte ve bu durum özellikle bilimsel, edebi ve sanat eserlerinde daha da karmaşık bir hal almaktadır. Bu noktada 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226'ncı maddesinin son fıkrasında yer alan düzenleme, ulusal ve uluslararası yargı kararları da gözetildiğinde dikkat çekici hale gelmektedir.

Çalışmamızda öncelikle ifade özgürlüğü ile müstehcenlik kavramları arasındaki ilişkiye değinilerek, bu kavramların özellikle müstehcen yayın ve eserlerin sınırlanması bakımından sıklıkla karşı karşıya geldiği tespiti yapılacak ve konuya ilişkin ulusal ve uluslararası mevzuat ile yargı kararları bu bağlamda değerlendirilecektir. Devam eden bölümde, Türk Ceza Kanunu'nun 226/7'nci maddesinde yer verilen bilimsel, edebi ve sanatsal eserler arasındaki ayırım ortaya konularak, anılan düzenlemede işaret edilmesi nedeniyle çocukların bu eserlerden korunması hususu tartışma konusu yapılacaktır. Son bölümünde ise tespit edilen sorunlar bakımından en uygun çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

I. BİR HAK VESORUMLULUK ÇATIŞMASI: İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ - MÜSTEHCELİK İLİŞKİSİ

İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın kendini geliştirmesinin esaslı koşullarından biri olan demokratik toplumun temellerinden birini oluşturmaktadır¹. Bu özgürlük, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez gibi görünen haber ve düşünceler bakımından değil, devletin veya toplumun aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen veya onları rahatsız eden haber ve düşünceler bakımından da uygulanır². Birey ile devleti hak ve yükümlülükler bağlamında sık sık karşı karşıya getiren ifade özgürlüğü, gerek Anayasamızda gerekse diğer uluslararası belgelerde belli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları uyarınca bu sınırlamaların kanunla öngörülmesi, meşru amaçlar izlemesi ve demokratik bir toplum için gerekli olması gerekmektedir³. Bu anlamda ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların çok istisnai hallerde kabul gördüğünü, ifade özgürlüğü ve sınırlarını içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesindeki sınırlama sebeplerinin dar yorumlandığını söylemek mümkündür⁴. Ancak Sözleşme'deki sınırlama sebeplerinden ahlakın korunmasına özellikle değinmekte fayda vardır. Çünkü ahlak kavramı aynı ülke içerisindeki farklı bölgelerde dahi değişiklik gösterebilmektedir. Üstelik Sözleşme'ye taraf devletlerin hukuki ve sosyal düzenlerinde tek bir Avrupa ahlak kavramını bulmak da imkansızdır⁵. Bu durum özellikle genel ahlakın korunması amacıyla müstehcenliğe getirilen sınırlamalar bakımından ifade özgürlüğü ile devletin genel ahlakın korunması yükümlüğünden hangisine öncelik verilmesi gerektiği konusunda bazı sorunlara neden olmaktadır. Daha çok müstehcen yayın ve eserlere ilişkin davalarda görülen bu sorunlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ahlakın korunması sebebinin yorumlanmasında uluslararası yargıçtan daha iyi

¹ Konuya ilişkin yorumlar ve *Handyside-Birleşik Krallık Davası* için bk. Macovei, Monica, İfade Özgürlüğü – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.2, s. 8, dn. 4; Harris, Davis/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, (Çevirenler: Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Türkçe 1. baskı, Avrupa Konseyi 2013, ss. 455- 470; Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 181.

² Bk. *Handyside-Birleşik Krallık Davası*, para. 49, Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 470-471; Doğru/Nalbant, s. 245 vd.; Macovei, s. 26-27.

³ İfade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin hangi hallerde meşru kabul edilebileceğine ilişkin kriterler konusunda bk. 12 Eylül 2012 tarih ve 10593/08 Başvuru Sayılı *Nada-İsviçre Davası*, para. 181, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113118> (Erişim Tarihi: 15.11.2015).

⁴ Doğru/Nalbant, s. 181.

⁵ *Müller ve Diğerleri-İsviçre Davası*, para. 36; karar ve yorumlar için bk. Doğru/Nalbant, s. 231; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 491.

durumda olduklarını belirttiği yerel mahkemelere geniş takdir hakkı tanınması nedeniyle⁶ ciddi hak kayıplarına yol açmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2'nci maddesine bakıldığında, ifade özgürlüğünün sınırlanma nedeni olarak sağlık ve ahlakın korunmasına birlikte yer verildiği görülmektedir. Ancak genel ahlak kavramına oranla daha ortaya konulabilir nitelikte bulunması ve bu konuda Mahkeme önüne gelen davaların oldukça az sayıda olması nedeniyle genel sağlığın korunması bakımından tartışma içeren çok fazla husus bulunmamaktadır. Genel ahlak ise, yukarıda değinilen nitelikleri sebebiyle hak ihlallerini sonuçlayan müdahalelere konu olabilmektedir⁷.

Handyside-Birleşik Krallık Davası'nda müstehcen olduğu gerekçesiyle el konulup imha edilen kitap bakımından, ahlaki alanda devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olduğundan ve gelişme dönemindeki gençlere yönelik muhtemel zararlı etkilerinden hareketle ihlal kararı vermeyen Mahkeme, *Müller ve Diğerleri-İsviçre Davası*'nda da benzer bir yorum yaparak, herhangi bir önlem alınmadan, halka açık biçimde ve ücretsiz olarak sergilenen müstehcen resimlerin "olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde karşı" olduğuna ilişkin değerlendirmeyi makul bulmuştur⁸. Mahkemenin titizlikten uzak ve çoğulcu bir demokraside sanatsal ifadenin mantıksal temellerinden bihaber olmakla eleştirilen⁹ bu kararları, genel ahlak gibi muğlak bir kavrama dayanılarak verilmiş iseler de, Sözleşme'de bu kavrama yer verilmiş olması ve devletlere tanınan geniş takdir yetkisi sebebiyle her şeye rağmen anlaşılabilir nitelikte kabul edilebilir. Ayrıca Mahkeme'nin *Vereinigung Bildender Künstler-Avusturya Davası* gibi, müstehcen içerikli resmin sanatsal bir ifade biçimi ve toplumsal bir eleştiri olması niteliği üzerinde de durup, bulunduğu sergiye konan tedbir kararının 10'uncu maddeyi ihlal ettiği sonucuna vardığı ifade özgürlüğü lehine kararları da bulunmaktadır¹⁰.

⁶ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 491; Doğru/Nalbant, s. 245 vd.; Macovei, s. 108-109.

⁷ Theodore Dreiser'in *An American Tragedy*, Radclyffe Hall'un *The Well of Loneliness* ve James Joyce'un *Ulysses* gibi eserleri müstehcen bulunup yasaklandıklarında, hükümete, müstehcenliğe dayalı olarak yayınların yasaklanması yetkisini verme konusunda, haklı olarak ihtiyatlı olunması gerektiği, ancak iktidarların çoğunun, aşırı veya hatalı uygulamalara eğilimli olduğu ve bu nedenle, müstehcenlik sorununu içeren konuların, yakından analizinin yerini alabilecek suiistimallere izin verilmemesi gerektiği konusunda bk. Schauer, Frederick, (Çev: M. Bahattin Seçilmişoğlu), *İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme*, Cambridge Üniversitesi Matbaası, 1. Baskı, United States Of America 1982, 3. kısım, 12. bölüm.

⁸ Kararlar için bk. Doğru/Nalbant, s. 245-256, 294-303.

⁹ Eleştiri için bk. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 473.

¹⁰ Bk. 25 Ocak 2007 tarih ve 68354/01 başvuru sayılı *Vereinigung Bildender Künstler-Avusturya Davası*, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-79213> (Erişim Tarihi: 15.11.2015).

İfade özgürlüğünü de kapsayan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 1982 Anayasası'nın 26'ncı maddesinde ise genel ahlakın korunması sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Bu sınırlama sebebinin özel hayatın gizliliği, basın hürriyeti, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve sendika kurma hakkı gibi hak ve özgürlükler bakımından Anayasa'da öngörülmesi nedeniyle, ifade özgürlüğü bakımından özellikle düşünülmediği anlaşılmaktadır. Bu anlamda ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar bakımından Anayasamızın 26'ncı maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesine göre nispeten daha özgürlükçü olduğunu söylemek mümkündür. Değınilen sebeple müstehcen yayın ve eserler bakımından ifade özgürlüğünü daha ön planda tutan kararlar vermesi beklenen yargı mercilerimiz bu beklentinin çok uzağında kalmıştır. Bu anlamda Yargıtay'ın dava konusu eserin TCK'nın 226/7'nci maddesi anlamında edebi değeri bulunduğuna ilişkin rapora hangi gerekçeyle itibar edilmediğine yer vermeden, aksi görüşteki diğer bilirkişilerce düzenlenen raporların esas alınması gerektiğini belirttiği¹¹ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2'nci maddesindeki genel ahlakın korunması sınırlama sebebine gönderme yapıp, eserin bilimsel, sanatsal veya edebi değeri bulunmadığına ilişkin değerlendirmeyi kendisinin yaptığı¹² kararları görülmektedir. Söz konusu kararlar Anaya-

¹¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 22.01.2013 tarih ve 2012/13054 E. - 2013/388 K. sayılı kararında, yerel mahkemece Guillaume Apollinaire tarafından kaleme alınan ve “*Görgülü ve Bilgili Bir Burjuva Kadınının Mektupları*” ismiyle Türkçe'ye çevrilen kitabın TCK'nın 226/7'nci maddesi anlamında edebi nitelikte bir yapıt olduğuna ilişkin bilirkişi raporuna itibar edilerek verilen beraat kararını, “... *Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulunun düzenlediği 23.08.2010 tarihli 'halkın ar ve haya duygularını incittiği, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olduğu, dolayısıyla müstehcen bulunduğu' şeklindeki rapor ile birisi ceza hukuku dalında uzman iki kişilik bilirkişi heyetinin düzenlediği 28.04.2009 tarihli '... hiçbir estetik değeri olmayan, sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmek amacıyla yazılmış, edebi duygulardan çok okuyanları hayvani hislere sürükleyen, toplumun ar ve haya duygularını incitir nitelikte' ve 'tüm bunlara ek olarak bahsi geçen eserdeki ifadelerin hiçbir sanatsal veya edebi anlamı bulunmayıp, basit, sıradan ve bayağıdır' şeklindeki raporlar, incelenen kitap içeriği ve tüm dosya kapsamı karşısında suçun oluştuğu...*” şeklindeki gerekçeyle bozmuştur. Aynı yönde 14. Ceza Dairesi 26.02.2013 tarih ve 2012/13055 E. - 2013/1873 K. sayılı kararı.

¹² Yargıtay 14. Ceza Dairesi 19.02.2013 tarih ve 2012/13056 E. - 2013/1527 K. sayılı kararında, “... *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü, kamu makamlarının bir müdahalesi ile karşılaşmadan kişilerin düşünce ve eserlerinin başkalarına ulaştırılmasını kapsar ise de, bu maddenin 2. fıkrası özgürlüklerin kullanılması sırasında bir sorumluluk duygusuyla hareket edilmesinin gereğini ve suçun ya da düzensizliğin önlenmesi ile genel sağlık ve ahlakın korunması amacıyla hukukun öngördüğü yasak ve yaptırımlara tabi tutulabileceğini belirtmektedir. ... Yargılamaya konu edilen kitapta hiçbir olay örgüsüne yer verilmeden sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadelerle*

sa'nın 90/5'inci maddesi uyarınca Sözleşme'nin iç hukukta da uygulanabileceği, bu itibarla Anayasa'da ifade özgürlüğüne ilişkin genel ahlakın korunması sınırlama sebebine ayrıca yer verilmesine gerek bulunmadığı ileri sürülerek savunulabilirse de, Sözleşme'nin 53'üncü maddesi uyarınca bunun kabul edilebilir bir yönü yoktur. Çünkü anılan düzenleme uyarınca Sözleşme hükümlerinin, taraf devletlerden herhangi birinin kanunlarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme'ye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlaması veya onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanması mümkün değildir. Burada, Anayasa'nın 26'ncı maddesinde genel sağlık sınırlama nedenine yer verilmemesi nedeniyle, çocukların ruh sağlığının bozulmasının önüne geçilebilmesi amacıyla müdahalenin yapıldığı gerekçesi de geçerli olmayacaktır.

II. MÜSTEHCENLİK SUÇUNDA ÖZEL BİR ALAN OLARAK “BİLİMSEL, SANATSAL VE EDEBİ DEĞERİ OLAN ESERLER” KONUSU

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun 226'ncı maddesi, ilk fıkralarında müstehcenlik suçunun hangi hallerde ve ne şekilde cezalandırılacağına yer verdikten sonra, son fıkrasında bu suça ilişkin hükümlerin bilimsel eserler ile üçüncü fıkra¹³ hariç olmak ve çocuklara ulaşılması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağını düzenlemiştir. O halde bu suç hükümleri bilimsel eserler bakımından hiçbir şekilde, sanatsal ve edebi değeri olan eserler bakımından ise belli istisnalar haricinde uygulanmayacaktır. Ancak yukarıda değinildiği üzere verilen kararlarda bu ayrımın özenli bir şekilde yapıldığını ifade etmek güçtür. Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde açıkça ifade edilmemiş olsa bile, ifade özgürlüğünün sanatsal ifade özgürlüğü¹⁴ ile bilimsel faaliyetlerin yapılması, açıklanması ve yayılması gibi geniş bir alanı kapsamı¹⁵ potansiyel hak ihlali sayısını arttıracak niteliktedir.

ters, lezbiyen, doğal olmayan ve hayvanlarla yapılan cinsel ilişkilerin, çocuklar kullanılmak suretiyle bayağı bir dil kullanılarak anlatılması, ifadelerin toplumun ar ve haya duygularını incitici, cinsel arzuları tahrik ve istismar edecek şekilde, aynı zamanda kişilerin dışkılamaları dahi tiksinti verecek şekilde ifade edilmek suretiyle hiçbir sanatsal ve edebi değer katılmadan kurgulanmıştır. ...” ifadelerine yer vermiştir.

¹³ Konuya ilişkin Türk Ceza Kanunu'nun 226/3'üncü fıkrası “Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” düzenlemesini içermektedir.

¹⁴ Müller ve Diğerleri-İsviçre Davası, para. 27.

¹⁵ Yorum ve kararlar için bk. Doğru/Nalbant, s. 183.

Müstehcenlik suçu nedeniyle kanunda öngörülen yüksek cezalara rağmen, kanunda bilimsel eserler bakımından mutlak biçimde, sanatsal veya edebi değeri bulunan eserler hakkında ise belli koşulların oluşması halinde sanığın cezalandırılmama ihtimali, müstehcen olduğu iddia edilen eserin bu kapsamda bulunup bulunmadığını ve bilimsel eserlerle, sanatsal ve edebi değeri bulunan eserler arasındaki ayrımı son derece önemli hale getirmektedir. Yine sanatsal ve edebi değeri bulunan eserlerin üçüncü fıkra kapsamında bulunup bulunmadığının tespitinde çok sorun yaşanmasa da, bu eserlerin çocuklara ulaşımının ne şekilde engelleneceği ve bunun nasıl denetleneceği konuları da üzerinde durulmasını gerektirecek niteliktedir.

B. Bilimsel Eserler İle Sanatsal ve Edebi Değeri Olan Eserlerin Ayrıştırılması

Türk Ceza Kanunu'nun 226/7'nci fıkrası bilimsel, sanatsal ve edebi değeri olan olmak üzere üç farklı eser belirlemesi yapmıştır. Bu eser çeşitleri, eseri meydana getiren kişinin ifade açıklaması niteliğinde olmalarından dolayı özdeş ve birbirleriyle yakın ilişki içindedir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 27'nci maddesinde herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu belirtilmiş, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B maddesinde eser "*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*" olarak tanımlanmış, anılan Kanun'un devamı maddelerinde ise fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri olarak; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanatlar eserleri, sinema eserleri, işlemler ve derlemeler sayılmıştır. Benzer şekilde Türkiye'nin de taraf olduğu Edebi ve Sanatsal Eserlerin Korunmasına Dair Bern Konvansiyonu'nda¹⁶ edebi ve sanatsal eser kavramlarının, ifade şekli yahut tarzı ne olursa olsun edebi, bilimsel ve sanatsal sahadaki bütün ürünleri içine aldığı belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere kavramlar arasındaki bu yakın ilişki ve kesişme noktaları sebebiyle ayırım zorlaşmakta ise de bunların genel esaslarını ortaya koymak mümkündür.

Bilim; doğal olayların ve canlıların izlendiği fen bilimleri veya doğa bilimleri, insan davranışı ve sosyal olaylar ile bunlar arasındaki bağı inceleyen sosyal bilimler ve bilimle ulaşılan bilgilerin pratiğe döküldüğü uygulamalı bilimler olmak üzere alanlara ayrılan¹⁷ denetimli gözlem ve bu gözlemin sonuçlarına

¹⁶ 02.06.1951 gün ve 7824 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁷ Doğan, Mehmet, Bilim ve Teknoloji Tarihi, Anı Yayıncılık, Ankara 2010, s. 3.

bağlı olarak mantıksal düşünme yolundan gitmek suretiyle olguları açıklama gücü taşıyan genellemeler bulma ve bunları doğrulama yöntemiyken¹⁸; bilimsel eser bu kapsamda oluşturulan her türlü çalışma olarak tarif edilebilir.

Sanatın ise üzerinde uzlaşa sağlanan bir tarifi bulunmamaktadır¹⁹. Arapça yapış, yapma, eser, tesir, kudret anlamına gelen “*sunu*” kökünden türeyen²⁰ sanat kelimesi; duygu, tasarı, güzellik ve benzeri kavramların anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık²¹, estetik kaygıyla hoş giden biçimler yaratma çabası²² anlamlarına gelmektedir. Sanatsal eser ise sanatçının bu faaliyetler ile ortaya çıkardığı her türlü üründür. Sanat eserlerinin ortak unsurları düşünce, ifade, maddi veya manevi malzeme ile heyecan veya hayranlık uyandıracak şekildir²³. Bütün sanat eserlerinin ortak amacı kişide estetik yaşantı uyandırmak olmakla birlikte ses, çizgi, renk, mimari gibi kullanılan malzemeler yönüyle diğerlerinden ayrılır. Bu anlamda edebi eser, estetik yaşantıyı dil vasıtasıyla hissettirmeye çalışan bir sanat eseridir²⁴. Sanat eseri kavramı duygu veya düşüncenin anlatımında uygulanan ve çeşitli yöntemlerden faydalanmak suretiyle yaratılan bir ürün kabul edilirse kavramın tablolar, heykeller, fotoğraf eserleri ile birlikte dekoratif sanatlar, el sanatları ve plastik sanatları da kapsayan geniş bir alanı kapsadığı görülecektir²⁵.

Diğer düşünce ve sanat eserleri gibi ait olduğu kültür ve toplumun izlerini taşıdığı için aynı zamanda sanat eseri niteliğinde olan edebi eser²⁶ okuyucunun ruh ve zekasına seslenerek estetik duygu uyandıran ve sanat kaygısı ile oluşturulmuş eserdir²⁷. Edebi eserler diğer sanat eserlerinden, kullandığı malzemenin kelime olması yönüyle ayrılır²⁸. Edebi eser kendi içinde bir bütünlük taşıdığından edebi eseri oluşturan parçalar ve ayrıntılar bütün içinde

¹⁸ Yıldırım, Cemal, Bilim Felsefesi, 7. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 2000, s. 19; Kutlu, Ayтуğ, Dünden Bugüne Bilim ve Teknoloji, Biltav Yayınları, Ankara 1996, ss. 8-9.

¹⁹ Okay, Orhan, Sanat ve Edebiyat Yazıları, 3. baskı, Dergah Yayınları, İstanbul 2011, s. 19.

²⁰ Önal, Mehmet, Edebiyat Sanatı, Kurgan Edebiyat Yayınları, Ankara 2012, s. 30.

²¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.564cf4fdc3f940.72496465 (Erişim Tarihi: 18.11.2015).

²² Şişman, Ahmet, Sanata ve Sanat Kavramlarına Giriş, Yaz Yayınları, İstanbul 2006, s. 9.

²³ Okay, s. 20.

²⁴ Yeşil, Kamil, Türk Edebiyatı Öğretmen El Kitabı, Elips Kitap, Ankara 2007, s. 202.

²⁵ Baytan, Dilek Karakuzu, Fikir Mülkiyeti Hukuku-Kavramlar, Beta, İstanbul 2005, s. 26.

²⁶ Levend, Agah Sırrı, Türk Edebiyatı Tarihi, Cilt I, 4. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1998, ss. 3-4; Önal, s. 136.

²⁷ Kavcar, Cahit, II. Meşrutiyet Devrinde Edebiyat ve Eğitim, İnönü Üniversitesi Eğitim Fakültesi yayınları, no:3, Malatya 1988, s. 13; Levend, s. 3.

²⁸ Önal, s. 38.

bir anlam taşımaktadır²⁹. Bu nedenle edebi eserin bir bölümünün müstehcen nitelikte olması bütün eseri müstehcen hale getirmez.

Edebi eserler bir bilim dalında uzmanlık sahibi olanlara özel kaleme alınmış³⁰ ya da bir bilimi öğretmek, bir tezi savunmak, bazı kuralları tespit etmek gibi amaçları olmayan³¹ eserler olmaları nedeniyle bilimsel eserlerden farklıdır. Yine genel tanımlamalardan yola çıkarak sanatsal ve edebi eserlerin bilim eserlerinden estetik kaygı taşımaları, öznel olmaları, ortaya bir realite koyma çabası olmamaları nedeniyle ayrıldıkları söylenebilir.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir kavram ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından *Akdaş-Türkiye Davası*'nda oluşturulmuş "*Avrupa Edebi Mirası*" kavramıdır. Yayıncılık yapan başvuru, 1999 yılında Fransız yazar Guillaume Apollinaire'nin içeriğinde sadomazoşist ve vampirist tarzda cinsel ilişki sahnelerinin anlatımı da olan, "*On bir bin kırbaç*" isimli erotik romanının çevirisini yayımlamış, bu eyleminden dolayı müstehcenlik suçundan dolayı hakkında mahkumiyet kararı alması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak; kitabın kurgu olduğunu, metafor ve abartı gibi edebi tekniklerin kullanıldığını, söz konusu basıma ilişkin sonsözün edebi analiz uzmanı tarafından yazıldığını ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir³². Mahkeme ise yayıncıların da görev ve sorumlulukları olduğunu vurgulayarak, eserin Fransa'da ilk yayım yılı olan 1907 yılından beri yüzyıllık bir zaman geçtiğini, birçok ülkede farklı dillere çevrilerek yayımlandığını, prestijli "*La Pléiade*" listesi içinde yer aldığını, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin kültürel, tarihi ve dini farklılıkları olduğu kabulünün Avrupa Edebi Mirası'nın bir parçası olan esere halkın kendi dilinde ulaşmasını engel teşkil edemeyeceğini, yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda orantılı olmadığını ve toplumsal ihtiyaçları karşılamadığını belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir³³. Görüldüğü üzere Mahkeme, başvuruya konu eseri Avrupa Edebi

²⁹ Önal, s. 136.

³⁰ Kılıçel, Yusuf Şerif, Muhtasar Avrupa Edebiyatı, Maarif Vekaleti, 1935, ss. 6-7.

³¹ Tural, Sadık, Zamanın Elinden Tutmak, Yüce Erek Yayınevi, Ankara 2006, s. 15; Önal, s. 137.

³² Buysse, Antoine, Literary Heritage Judgment - A Novel by Apollinaire, 16.02.2010, <http://echrblog.blogspot.com.tr/2010/02/literary-heritage-judgment-novel-by.html> (Erişim Tarihi: 19.11.2015); Burbergs, Maris, What is the European Literary Heritage?, 13.04.2010, <http://strasbourgobservers.com/2010/04/13/what-is-the-european-literary-heritage-2/#more-54> (Erişim Tarihi: 19.11.2015); <http://cyberlaw.org.uk/2010/02/16/echr-decision-in-akdas-v-turkey-no-4105604/> (Erişim Tarihi: 19.11.2015).

³³ Buysse, Antoine, Literary Heritage Judgment - A Novel by Apollinaire, 16.02.2010, <http://echrblog.blogspot.com.tr/2010/02/literary-heritage-judgment-novel-by.html> (Erişim Tarihi: 19.11.2015); Burbergs, Maris, What is the European Literary Heritage?, 13.04.2010, <http://strasbourgobservers.com/2010/04/13/what-is-the-european-literary-heritage-2/#more-54>

Mirası'nın bir parçası kabul etmiş; ancak tıpkı müstehcenlik gibi sınırları kestirilemeyen Avrupa Edebi Mirası hakkında kavramsal bir açıklamaya yer vermemiştir. Mahkeme'nin, eseri Avrupa Edebi Mirası'nın unsuru olarak kabul etmesinde rol oynayan faktörler de evrensel değildir. Mahkeme eserin ilk yayımından itibaren yüzyıllık bir sürenin geçtiğini belirtmekte, ancak eserin Fransa'da 1970 yılına kadar yasaklı olduğunu göz ardı etmektedir³⁴. Ayrıca geçen yüz yıllık sürede değişenin eser değil, toplumun müstehcenlik konusundaki değer yargısı olduğu düşünüldüğünde, aynı içeriğe sahip olmakla birlikte yayımı üzerinden birkaç yıl geçen eser hakkındaki değerlendirmede bu kıstasın bir geçerliliğinin olmadığı savunulabilecektir. Yine “*La Pléiade*” listesi her ne kadar dünya klasiklerini de içerse de³⁵ aslında Fransızca yazılan eserlere vurgu yapmaktadır³⁶. Bu durumda Fransa ya da başka bir ülkede yayımlanıp da bu listede bulunmayan eserin durumu belirsizliğini korumaktadır. Bu kapsamda kavram, mahkemenin içtihatları ile olgunlaşacaktır.

C. Çocukların Müstehcen Eserlere Ulaşımının Engellenmesi

1. Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu

Çocukların duygusal ve fiziksel olarak sağlıklı birer birey olarak yetişmeleri için korunmalarının sağlanması günümüzde ülkelerin en önemli sorunlardan biridir. Bu konuda en kapsamlı ve çok sayıda devlet tarafından kabul gören Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin başlangıç metni; çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak yetişmesine atf yaparak her halkın kendine özgü geleneklerine ve kültürüne uygun olarak yetişmesi gerektiğini belirtmiştir.

Uluslararası hukukta belirtilen, çocuğun topluma uygun bir birey olarak yetişmesi kavramı, iç hukukta 1982 Anayasası'nın 41'inci maddesinde vücut bularak çocukların korunmasına ilişkin her türlü tedbirin alınmasından ve çocukların istismar ile her türlü şiddete karşı korunmasından devleti yükümlü kılmıştır.

Çocuk hakları ile ilgili 1921 ve 1924 Anayasalarında hüküm bulunmamasına rağmen, 21.06.1927 tarihinde çıkartılan 1117 sayılı Kanun ile küçüklerin

2/#more-54 (Erişim Tarihi: 19.11.2015); <http://cyberlaw.org.uk/2010/02/16/echr-decision-in-akdas-v-turkey-no-4105604/> (Erişim Tarihi: 19.11.2015).

³⁴ Buyse, Antoine, Literary Heritage Judgment - A Novel by Apollinaire, 16.02.2010; <http://echrblog.blogspot.com.tr/2010/02/literary-heritage-judgment-novel-by.html> (Erişim Tarihi: 19.11.2015).

³⁵ Listenin tamamı için bk. https://en.wikipedia.org/wiki/Album_de_la_Pléiade42627727 (Erişim Tarihi: 19.11.2015).

³⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/Bibliothèque_de_la_Pléiade (Erişim Tarihi: 19.11.2015).

müstehcen olmamakla birlikte üzerlerinde muzır, yani pedagojik açıdan zararlı olan yayınlardan³⁷ korunması amaçlanmış, muzır yayınları tespit ederek sınırlanmasını sağlama görevi anılan Kanun'un 2'nci maddesi ile yetkili kurula verilmiş, 06.03.1986 tarih ve 3266 sayılı Kanun'la yapılan kapsamlı değişiklikler sonrası kurul ayrıca müstehcen yayınların tespitinde resmi bilirkişi olarak tayin edilmiştir.

Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu, basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususundaki kararını 14.06.1973 tarih ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda bulunan beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere sahip olmak gibi temel amaç ve ilkeleri de göz önünde bulundurarak verecektir.

1117 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi; düşünsel, toplumsal, bilimsel, estetik değeri olan sanat eserlerini 1117 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkartarak kurulun denetim yetkisini kısıtlamış; ancak kanunda hangi eserlerin düşünsel, toplumsal, bilimsel ya da estetik değere sahip olacakları hususunda bir belirleme yapmamıştır. Eserlerin esas niteliğini saptayacak bir uzman tarafından yapılan ön incelemeden geçmeksizin, incelemenin bürokratların çoğunlukta olduğu bu kurulca yapılması, aslında düşünsel, toplumsal ya da sanat eseri olarak değerlendirilmesi gereken eser hakkında muzır neşriyat kararı verilmesine neden olmakta, bu durum ise ifade ve basılı eser çıkarma özgürlükleri açısından tehlike oluşturmaktadır. Bu kaygılar kurulun aynı zamanda resmi bilirkişi olduğu müstehceni belirleme bakımından da geçerlidir. 1117 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi uyarınca çoğu bürokrat toplam on bir üyeden oluşan³⁸ kurulda pedagoğ, cinsel sağlık uzmanı gibi uzman üyeler bulunmaması, Türk Ceza Kanunu'nun 226/7'nci maddesindeki düzenleme

³⁷ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5644e2a57d5322.42627727 (Erişim Tarihi: 18.11.2015).

³⁸ Kurul; Başbakanlık, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Diyanet İşleri Başkanlığı ve Aile ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından seçilecek olan bürokratlar ile Sağlık Bakanlığı'nca tıp alanında seçilecek bir üye, Kültür Bakanlığı'nca güzel sanatlar dalında ün yapmış kişiler arasından seçilecek bir üye, Yüksek Öğretim Kurulu'nun, sosyal bilimler dalında akademik kariyer yapmış ve en az doktor unvanını almış üniversite öğretim elemanları arasından seçeceği bir üye ile Ankara, İstanbul ve İzmir gazeteciler cemiyetlerinin tespit edecekleri birer basın mensubu aday arasından Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü'nce kura ile tespit edilecek bir üye (Türkiye Gazeteciler Cemiyeti oluşumuna ve yetkilerine karşı olduğu için yasa değişikliğinden bu yana üç yılda bir yeniden belirlenen kurul için Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü'nden gönderilen aday bildirme yazılarına ifade özgürlüğünün önündeki önemli engellerden biri olarak tanımladığı kurula karşı olması nedeniyle olumsuz yanıt vermekte ve aday göstermemektedir, bk. <http://www.haberaktuel.com/turkiye-gazeteciler-cemiyetinden-muzir-kararina-tepki-haberi-433444.html>, Erişim Tarihi:13.11.2015) olmak üzere toplam on bir üyeden teşekkül etmektedir.

nedeniyle ceza adaletinin sağlanması anlamında ciddi öneme sahiptir. Diğer yandan uluslararası hukuk ve iç hukukta yer alan ifade ve düşünceyi yayma özgürlüklerinin bir yolu olan basılı eser çıkartma özgürlüğünün esas alınması ve sanatsal çalışmalar içerisinde olan bireylerin bu özgürlüklerinin kurul eli ile kısıtlanmasının önüne geçilmesi hukuk devleti ve hukuk güvenliği açısından da önem arz etmektedir.

2. Erişimin Engellenmesi

Türk Ceza Kanunu'nun 226/7'nci maddesinde bilimsel eserlerle ilgili olarak müstehcenlik suçunun oluşmayacağına ilişkin kurala yer verildikten sonra, aynı cümle içerisinde çocukların sanatsal ve edebi değeri bulunan müstehcen içerikteki eserlerden korunmasına değinilmiştir. Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu yanında, çocukların müstehcen niteliğe sahip yayın ve eserlerden korunmasının bir diğer yolu ise bunlara erişimin engellenmesidir.

Bir ifadenin ifade özgürlüğünün kapsamına girmesi için içeriği ve aktarıldığı araç önemli olmayıp, bu anlamda basılı eserler, radyo ve televizyon yayınları, internet, resim, heykel, film ve buna benzer bilgi ve görüşlerin üretilmesi, iletilmesi, aktarılması ve dağıtılması için kullanılan araçların tümü bu özgürlüğün korumasından yararlanır³⁹. Bu anlamda farklı içerikteki ifade biçimlerine erişimin engellenmesi de farklı kanunlarda düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunların başlıcaları 04.05.2007 tarih 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, 15.02.2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve mahkemelerin tedbir kapsamında verdikleri erişimi engelleme kararları olarak sayılabilir.

5651 sayılı Kanunun 8'inci maddesinde aralarında müstehcenlik suçunun da bulunduğu belli suçların işlendiğine ilişkin yeterli şüphenin bulunması halinde, erişimin engellenmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir⁴⁰. Aynı

³⁹ Doğru/Nalbant, s. 183.

⁴⁰ Karşılaştırmalı hukuk açısından da birçok ülkede özellikle çocuk pornografisi yönünden erişimin engellenmesi uygulamaları mevcuttur. Örneğin Danimarka, İsveç, Finlandiya, Hollanda, İtalya, İngiltere, İsviçre, Yeni Zelanda, Güney Kore, Kanada ve Tayvan'da çocuk pornosu içeren internet sitelerine erişim engellenmektedir. Bu ülkelerden İtalya ve Finlandiya'da erişim engellenmesi kanuni düzenlemeler uyarınca gerçekleştirilirken, diğerlerinde daha çok internet servis sağlayıcıları ile yapılan sözleşmeler kapsamında erişim engellenmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bk. Memiş, Tekin, "Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Yolları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 3-4 Y. 2009, s. 162; Erişimin engellenmesinde dünya uygulamaları için bkz: Kılınç, Doğan, "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Özgürlüğü", Gazi Üniversitesi

maddenin dördüncü fıkrasında ise Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın, internet içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması ya da yurt içinde bulunsa bile çocukların cinsel istismarı, fuhuş ve müstehcenlik suçlarının işlendiği hususunda yeterli şüphenin bulunması halinde kendiliğinden erişimi engelleyebileceği düzenlenmiştir. Ancak bir yargı kararı olmaksızın gerçekleştirilen bu işlem, idarenin temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale etmesi anlamına geldiğinden hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 8/1'inci maddesinde medya hizmet sağlayıcılarının, yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla kanunda yer alan ilkelere uygun olarak sunacakları belirtildikten sonra, aynı fıkranın "n" bendinde yayın hizmetlerinin müstehcen olamayacağı belirtilmiştir. Anılan Kanun'un 8/3'üncü maddesinde de isteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcılarının, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimini olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerini, normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlü olduğu, 9/6-ç bendinde ise ticari iletişimin çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar vermemesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanun'da müstehcen içerikteki yayınların özellikle çocuklara ulaşımının engellenmesi konusundaki sayılan hükümlerinden sonra, 32'nci maddede buna aykırı hareket eden medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak idarî para cezası ve idarî tedbir olarak da ilgili programın yayınının durdurulmasına ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinde bu programın katalogdan çıkarılmasına karar verileceği düzenlenmiştir⁴¹.

Anılan düzenlemeler haricinde, basın savcılığının inceleme faaliyetleri ve mahkemeler tarafından verilen tedbir kararlarını da çocukların müstehcen yayınların içeriğinden korunmasının sağlanması amacıyla öngörülen tedbirler arasında saymak mümkündür.

Erişimin engellenmesi ile ilgili mevcut uygulama değerlendirildiğinde, verilen kararların ölçülülük ve orantılılık ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde cere-

Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV., S. 2, Y. 2010, s. 418 vd.

⁴¹ Anılan Kanun'un 32/4'üncü maddesinde idarî tedbir uygulanması sonucu yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve ticarî iletişim yayını içermeksizin, Üst Kurulca temin edilen eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlakî gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı, çevre eğitimi, engelli sorunları, sağlık ve benzeri kamuya yararlı konularda programlar yayınlanacağı belirtilmiştir.

yan ettiği bir kenara bırakılırsa, anılan düzenlemelerde Türk Ceza Kanunu'nun 226/7'nci maddesinde öngörülen ayırım da gözetilmemektedir. Bu kapsamdaki yayın ve eserlerin anılan düzenlemeye uygun şekilde bilimsel, sanatsal ve edebi değeri bulunan eserler biçiminde ayrılmadan işlem yapılması, müstehcen olduğu değerlendirilen tüm içeriklerin ifade özgürlüğü aleyhine engellenmesi anlamına gelecektir.

Yine bu içeriklere erişimin doğrudan engellenmesi yerine çocukları hem bu içeriklerden koruyacak, hem de ifade özgürlüğünün kullanılması ile daha çok bağdaşacak filtreleme sisteminin de ülkemizde istendiği ölçüde kullanıldığını ifade etmek güçtür.

SONUÇ

İfade özgürlüğünün kullanılmasının önündeki en büyük engellerden birisini devletin genel sağlık ve ahlakın korunması amacıyla gerçekleştirdiği müdahaleler oluşturmaktadır. Özellikle genel ahlakın korunması gerekçesiyle müstehcen yayın ve eserler bakımından kendisini gösteren bu müdahaleler, anılan kavramların belirlenmesindeki güçlük nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin pek çok kararında haklı kabul edilmiş, Anayasamızda ifade özgürlüğünün genel ahlak sebebiyle sınırlanabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamasına karşın, bu uygulama ülkemizdeki Mahkeme kararlarında da çoğunlukla kabul görmüştür. Aşırı iş yükünün azaltılmasına yönelik tedbirlerin yanı sıra, özellikle yargı mensuplarının ifade özgürlüğü anlamında farkındalıklarının artırılması hiç kuşkusuz önemli sonuçlar verecektir.

Yine başta Yargıtay olmak üzere, yargı mercilerinin dava konusu eserin müstehcen olup olmadığına ilişkin değerlendirmeyi kendisi yapmak veya bu konuda yetersiz bilirkişi raporlarına bağlı kalmak yerine, somut ve bilimsel nitelikler taşıyan kriterler benimsemesi daha özgürlükçü kararlar verilmesini sağlayacaktır.

İncelenen kararlarda ifade özgürlüğü aleyhindeki uygulamanın önemli bir sebebini de müstehcen olanın belirlenmesi amacıyla başvuru bilirkişilik kurumundaki eksiklikler teşkil etmektedir. Müstehcenlik konusunda uzman üyeler barındırmamakla eleştirilen Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nun bunun yanı sıra resmi bilirkişi sıfatının da bulunması, kurulu ciddi bir iş yükü ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu anlamda kurulun müstehcenlik kavramını nedeni anlaşılacak biçimde geniş yorumlaması ifade özgürlüğü aleyhine sonuçlar doğururken, iş yükü nedeniyle bilirkişilik taleplerine istenen çabuklukta cevap verememesi de makul sürede yargılanma hakkı özelinde

adil yargılanma hakkının ihlalini sonuçlamaktadır. Değinen olumsuz sonuçların önlenmesi bakımından Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'nda önemli yapısal değişiklikler yapılması neredeyse kaçınılmazdır. Müstehcenliğin ve bu suçta konu eserin bilimsel, sanatsal ve edebi değeri bulunan eser niteliğinde bulunup bulunmadığının belirlenmesi anlamında kurula bağlı çalışacak her biri alanında uzman üyelerden oluşan yeni dairelerin kurulması ve buna bağlı olarak üye sayısının ihtiyaca cevap verecek ölçüde artırılması isabetli olacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 226/7'nci maddesi anlamında çocukların müstehcen yayın ve eserlerden korunmasına gelince; internet ve televizyon yayınlarına erişimin yasal düzenlemeler yoluyla, basılı ve görsel yayınların ise basın savcılığı veya mahkeme kararlarıyla doğrudan engellenmesi yerine, uluslararası uygulamalar da takip edilerek filtreleme sisteminin yaygınlaştırılması, yapılan müdahaleleri devletin yükümlülükleri ve özgürlükler çatışmasında daha açıklanabilir hale getirecektir.



KAYNAKÇA

Macovei, Monica, İfade Özgürlüğü – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.2

Harris, Davis/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla, (Çevirenler: Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Türkçe 1. baskı, Avrupa Konseyi 2013

Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, T.C. Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara 2013

Schauer, Frederick, (Çev: M. Bahattin Seçilmişoğlu), İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme, Cambridge Üniversitesi Matbaası, 1. Baskı, United States Of America 1982

Doğan, Mehmet, Bilim ve Teknoloji Tarihi, Anı Yayıncılık, Ankara 2010

Yıldırım, Cemal, Bilim Felsefesi, 7. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 2000

Kutlu, Aytuğ, Dünden Bugüne Bilim ve Teknoloji, Biltav Yayınları, Ankara 1996

Okay, Orhan, Sanat ve Edebiyat Yazıları, 3. baskı, Dergah Yayınları, İstanbul 2011

Önal, Mehmet, Edebiyat Sanatı, Kurgan Edebiyat Yayınları, Ankara 2012

Şişman, Ahmet, Sanata ve Sanat Kavramlarına Giriş, Yaz Yayınları, İstanbul 2006

Yeşil, Kamil, Türk Edebiyatı Öğretmen El Kitabı, Elips Kitap, Ankara 2007

Baytan, Dilek Karakuzu, Fikir Mülkiyeti Hukuku-Kavramlar, Beta, İstanbul 2005

Levend, Agah Sırrı, Türk Edebiyatı Tarihi, Cilt I, 4. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1998

Kavcar, Cahit, II. Meşrutiyet Devrinde Edebiyat ve Eğitim, İnönü Üniversitesi Eğitim Fakültesi yayınları, no:3, Malatya 1988

Kılıçel, Yusuf Şerif, Muhtasar Avrupa Edebiyatı, Maarif Vekaleti, 1935

Tural, Sadık, Zamanın Elinden Tutmak, Yüce Ereğ Yayinevi, Ankara 2006

Buyse, Antoine, Literary Heritage Judgment - A Novel by Apollinaire, 16.02.2010, <http://echrblog.blogspot.com.tr/2010/02/literary-heritage-judgment-novel-by.html> (Erişim Tarihi: 19.11.2015)

Burbergs, Maris, What is the European Literary Heritage?, 13.04.2010, <http://strasbourgobservers.com/2010/04/13/what-is-the-european-literary-heritage-2/#more-54> (Erişim Tarihi: 19.11.2015)

Memiş, Tekin, “Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Yolları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 3-4 Y. 2009

Kılıncı, Doğan, “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Özgürlüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV., S. 2, Y. 2010

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.haberaktuel.com>

<http://www.tdk.gov.tr>

<https://en.wikipedia.org>

<http://echrblog.blogspot.com>

<http://hudoc.echr.coe.int>

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA NEFRET SÖYLEMİ VE DİNE HAKARET

*Hate Speech and Blasphemy in the Light of the Decision
of European Court of Human Rights*

Hüseyin GÖKTEPE*

ÖZET

İfade özgürlüğü hem birey açısından hem de toplum açısından hayati öneme sahip olan bir temel haktır. Bireyin ve toplumun gelişimi ve dönüşümü bu hakkın özgürce kullanımına bağlıdır. Bunun yanında devletlerin demokratik yönden ilerlemesi, hukuk devleti ilkelerinin tam anlamıyla hayata geçirilmesi, hukuki standartların yükseltilmesi ile bu hakkın kullanımı arasında doğrudan bağlantı vardır.

Ancak bu hakkın kullanımı aynı zamanda hukuken korunan bazı haklarla karşı karşıya gelmesine ve çatışmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu duruma örnek olarak son yıllarda ifade özgürlüğünün sınırlandırma sebeplerinden biri olan nefret söylemi içerikli ifadeler gösterilebilir. Nefret söylemi bireylerin dini, dili, cinsiyeti, cinsel tercihleri, tabii olduğu etnik grup, kültürel kimliği ve kültürel değerleri gibi birtakım farklılıklar hedef alınarak kullanılan olumsuz söylemlerdir. Bu kapsamda dine hakaret içerikli ifadeler, nefret söyleminin en hararetli tartışmalarının olduğu örneklerinden biridir. Bu ifade bilgi teknolojileri ve iletişim araçları vasıtası ile yapıldığında daha büyük etki yaratmaktadır. Nefret söyleminin hedefi olan birey ya da gruplar incindiği gibi bireyin yaşadığı toplumun da uzun vadede toplumsal barışına ve huzuruna zarar gelebilmektedir. Böylesi bir durumda hukuken bir müdahalede bulunulup bulunulmaması noktasında tercih yapılması gerekmektedir.

Bu makalede dine hakaret ve ifade özgürlüğü olgusu arasındaki ilişki teorik olarak ele alınacak ve konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları analiz edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Nefret Söylemi, Dine Hakaret, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları.

ABSTRACT

Freedom of speech is fundamental right both for individuals and society. Development and transformation of individuals and the society depend on the unrestricted use of this fundamental right. Moreover there also exist direct links among its unrestricted use and democratic transformation and progress of states and alleviation of rule of law.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, huseyin.goktepe@anayasa.gov.tr

However its use may cause possible conflict and confrontation with some other protected rights. One recent example to that could be hate speech that is considered as a ground for restriction of free speech. Hate speech can be defined as the negative expressions target individuals' religion, language, gender, ethnical belonging, cultural identity and values. In this context the blasphemy is one of the most discussed examples of hate speech. It creates even stronger negative impact when committed through the means of information and communication technologies. Not only the individuals or groups targeted by hate speech suffers but hate speech also pose serious threat to the peace and comfort in the society. In such cases there is the necessity to make decision whether there should be intervened or not.

In this article we theoretically analyze the interrelation between free speech and blasphemy in the light of the decisions of European Court of Human Rights.

Keywords: Freedom of Expression, Hate Speech, Blasphemy, Decision of the European Court of Human Rights.



GİRİŞ

Sosyal bir varlık olan insanı diğer canlılardan ayıran düşünme yetisi, ifade hürriyetinin dış dünyaya açılmadan önceki aşaması olan düşünceyi geliştiren ve ilk tohumlarının atılmasına vesile olan insana özgü bir özelliktir. Bu yönüyle, kişinin bütün duygu, düşünce, talep ve isteklerinin düşünce aşamasından geçtikten sonra dış dünyaya iletilmesi ifade özgürlüğü hakkı sayesinde olmaktadır. Bu noktada ifade özgürlüğü hayati bir öneme sahip bulunmaktadır. Bilhassa son yıllarda kaydedilen teknolojik gelişmelere paralel olarak bilgi ve düşüncelerin dolaşımı hızlanmış, insanoğlu belki de bugüne kadar hiç olmadığı şekilde ifade hürriyeti hakkını kullanır olmuştur. Bu hakkı kullanma yönünde artan irade ve talepler ifade hürriyetini demokrasilerin ve demokratik toplum olmazsa olmaz unsurlarından birisi haline getirmiştir.

Bu gelişmelerle ifade özgürlüğü hakkın kullanımının sınırları hakkında tartışmaları da gündeme getirmiş, gri alan olarak nitelendirilebilecek bu husus son dönemlerde önemini daha da artırmıştır. Bunun sebebi bir yanda herhangi bir müdahale ile karşılaşmadan hakkı kullanmak isteyenler ile diğer yanda kullanılan ifadeler dolayısı ile rencide ve rahatsız olduğunu belirtip hakkın kullanımın sınırlandırılmasını talep edenlerin olmasıdır. Bu tartışmaların sıkça yaşandığı bir alan olan ve son yıllarda daha sık gündeme gelen nefret söyleminin bir çeşidi olan dini değerleri aşağılayan ifadeler örnek verilebilir. Şayet ifade özgürlüğü hakkının kullanımı aynı zamanda kutsal sayılan değerleri aşağılayan türden ifadeler ise ne yapılması gerektir? Nefret söylemi korunmalı mıdır? Şeklinde sorulara genel geçer cevap korunmaması yönünde olmaktadır. An-

cak burada daha çetrefilli olan husus, özellikle dini değerlerin aşağılanması durumu söz konusu olduğunda, neyin nefret söylemi veya aşağılayıcı ifade olduğunun tespit edilmesi olacaktır.

Kamusal makamlar, pozitif yükümlülükleri gereği ifade özgürlüğü hakkını güvence altına alırken, diğer bir takım özgürlüklerin karşılığı olabilecek ifadeleri de güvence altına alması gerekmektedir olup bu konuda adil ve dengeli bir yaklaşım benimsemenin zor olduğu her türlü izahın ötesindedir.¹ Bu sorulara cevap aranmaya çalışılacak olan bu çalışmada öncelikli olarak ifade özgürlüğü, unsurları ve sınırları üzerinden hareket edilerek nefret söyleminin bir ifade özgürlüğü sorunu olduğu belirtilecektir. Sonrasında, dine hakaret kavramı tanımlanacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya yaklaşımı analiz edilecektir. Son olarak Türk pozitif hukukunda bu ifadenin yaptırımını olan 216/3 maddesi unsurları ile birlikte ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

1. İFADE KAVRAMI, İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE UNSURLARI

Düşünen bir varlık olarak insan, konuşarak kendisini ifade edebilme yeteneğine sahip olduğu için, ifade kavramı insanlık için hayati öneme sahiptir.² Öte yandan, sosyal ortam içerisinde başkalarıyla iletişim halinde olan insan, kendini ifade etmek şeklinde dış dünyaya yansıyan ifadelerini yazı, heykel, resim gibi birçok eylem ile de yapabilmektedir. Bu sebeple ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün kullanılma yolları oldukça geniştir.³ Bu denli geniş olan ifade özgürlüğü kavramının içeriğinin ne olduğunun belirlenmesi pek kolay değildir.⁴ Doktrinde ifade kavramı ile tam olarak neyin kastedildiği konusunda tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Kavramın çerçevesinin çizilmesi zordur. Bu zorluk kavramın dinamik yapısı ile mahkemeleri ilgilendirmesinden kaynaklanmaktadır.⁵

İfade kavramı üzerinde düşünüldüğünde bir ifadenin ifade özgürlüğünün korumasından yararlanabilmesi için ne tür bir ifade olması gerektiği sorulmakta, sözlü veya yazılı ifadenin yanında eyleme bağlı ifade, sanata bağlı ifade ve

¹ Önder Bakırcıoğlu, **Freedom of Expression and Hate Speech**, Tulsa Journal of Comparative-International Law, Vol.16,2008, s.2.

² Kemal Şahin, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gereklileri ve Sınırları**, İstanbul, XII Levha Yayınevi, 1.Baskı, 2009, s.1.

³ Kemal Şahin, **a.g.e.**, s.1.

⁴ Leo Zwaak, Kasım Karagöz, Kemal Şahin, Murat Tümay, **Matra Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi İfade Özgürlüğü Ders Kitabı**, Ankara, Adalet Akademisi Yayınları, 2013, s.35.

⁵ T.Ayhan Beydoğan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasî İfade Hürriyeti**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, Cantekin Matbaası, 2003, s.9.

sembole bağlı ifade türlerinden bahsedilmektedir.⁶ Ancak herhangi bir düşünce, yayımlanmadığı sürece ifade değeri taşımaz. Yine ifade dış dünyada bir etki doğurur ya da doğurmayı amaçlar.⁷ Düşünce ile ifade arasındaki temel ayırım buradadır. Ancak bu iki kavram arasında sıkı bir bağ vardır, birisi engellendiğinde diğeri de etkilenecektir.

Günümüzde en demokratik ve özgür toplumlarda bile bütün ifade türlerinin kullanımına müsaade edilmemektedir.⁸ Batı tipi liberal demokrasilerde, ifade özgürlüğü temel kavramlardandır ve önemli özgürlükler arasında sayılmaktadır. Ancak liberal demokrasilerde ifade özgürlüğü, genellikle ifade edilmiş biçimi nedeniyle sınırlamaya tabi tutulabilir.⁹

İfade özgürlüğü hususu ise ifade kavramından daha geniş olup nelerin ifade olduğunun belirlenmesinden sonra gelmektedir. İfade özgürlüğü demokratik hukuk devletinin temelini oluşturur. Bu özgürlük yalnızca bir iç alem hürriyeti değildir. Aksine bu hürriyet düşüncenin dış aleme açıklanmasıyla bir anlam kazanır. İfade özgürlüğü, insanların serbestçe düşünce ve haberlere ulaşabilmesi, fikir edinebilmesi, edindiği fikir ve kanaatlerden ötürü kınanmaması ve değişik vasıtalardan yararlanarak bu fikirleri serbestçe aktarabilmesi ve savunabilmesidir. Yani ifade özgürlüğü kavramının birden fazla anlama gelebilecek işlevi vardır.¹⁰ Bu özgürlüğün varlığı olmaksızın demokrasi düşünülemez. Nitekim serbest tartışma ortamı her tür inanç, fikir ve düşüncenin açıklanarak serbest bir şekilde tartışılması üzerine kuruludur.¹¹ İfade hürriyeti denildiğinde genel olarak aktif bir fiil, söz veya davranış olduğu düşünülmektedir, ancak ifade hürriyeti aynı zamanda susma yani kendini ifade etmeme hakkını da içerir.¹² Bu hakka neden ihtiyaç duyulduğunu ise bireyin gerçeği araması, demok-

⁶ Kasım Karagöz, **İfade Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Sınırlandırılması**, Ankara, 2004 (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s.20.

⁷ Osman Can, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?**, Liberal Düşünce Topluluğu, (Editör Bekir Berat Özipek) , 2003, s.358-411.

⁸ Robert Trager - Donna L. Dickerson, **21. Yüzyıl da İfade Özgürlüğü**, Çeviri A.Nuri Yurdusev, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, Cantekin Matbaası, 2003,s.140.

⁹ Ali Okumuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye de İfade Hürriyeti**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s.33.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir çok içtihadına konu olan söz konusu tanım, aynı zamanda doktrinde de bir çok yazar tarafından tekrar edilmiştir. Özellikle Handyside/Birleşik Karlık kararı bu konuda mihenk taşı olmuştur denilebilir. Bk. Handyside / Birleşik Karlık-5493/ 72, 7 Aralık 1976, (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>

¹¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004 s.425-426.

¹² Arjen Van Rijn, **İfade Özgürlüğü (10.madde)**, 1.Cilt, Ankara, Başkent Klişe Matbaacılık, (Editör;Birsen Erdoğan, Derleyenler;Birsen Erdoğan, Ulaş Karan) , s. 162.

rası kültürünün bunu gerektirmesi, bireysel özerklik ve kendini tamamlama ihtiyacı ile hoşgörölü bir toplum yaratmak şeklinde özetlenebilir.¹³

İfade özgürlüğü birçok unsurdan oluşmakta ve bunlar birleştğinde bu özgürlük anlam kazanmaktadır.¹⁴ Bu unsurlar bilgi edinme ve düşünme hürriyeti, bir görüşe sahip olma ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetidir.¹⁵ Tek tek ele alındığında istenen sonucu vermeyen bu unsurlar, ancak bir araya getirilip bir bütünü yani ifade özgürlüğünü oluşturduğunda gerçek anlamına kavuşmaktadır. Yani ifade özgürlüğü için, birbiriyle etkileşim içinde olan farklı özgürlüklerin birleşmesi ile meydana gelen özgürlükler topluluğu demek yanlış olmaz.¹⁶

a. Bilgi Edinme Özgürlüğü

Toplum içerisinde, bireyin en üstün değer olarak kabul edilmesiyle birlikte devletin birey için var olduğu benimsenmiştir. Bireyin devlet için var olduğu anlayışından devletin birey için var olduğu anlayışına geçiş ve buna bağlı olarak ta bireycilik akımının gelişmesi insan hakları düşüncesinin topluma yansımalarına denk gelmiştir.¹⁷ Bireyin ön plana çıkması bazı özgürlükleri de beraberinde getirmiştir. Bunlardan en önemlilerinden biride değeri her geçen gün artan doğru bilgiye edinme hakkıdır. Bilgi edinme özgürlüğü, kişilerin herhangi bir konu hakkında düşünce sahibi olmak için, bilgi, fikir, kanaat ve kaynaklara serbestçe ulaşabilmesini ve bunlar arasında dilediği şekilde tercih yapabilmesini ifade eder.¹⁸

b Düşünme Özgürlüğü

Hukuk sosyal davranışları düzenler. Bireylerin iç dünyası hukuk biliminin alanına girmez. Kişinin iç dünyasını ilgilendiren düşüncenin ise herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulamayacağı kabul edilmektedir.¹⁹ Ancak kişinin ken-

¹³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 5.baskı, Ankara, Seçkin Yayınları,2014, s.326.

¹⁴ İbrahim Şahbaz, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2007,s.27.

¹⁵ Adnan Küçük, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, 1.Baskı, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, Eylül 2003,s.13.

¹⁶ Adnan Küçük, **Fikir Özgürlüğünün Unsurlarıyla Birlikte Arzettiği Ayrılmaz Bütünlük**, (Erişim) http://www.akader.info/KHUKA_2003_mart/fikir_hurriyeti.htm.13.12.2014.

¹⁷ Anıl Çeçen, **İnsan Hakları**, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2000, s.40.

¹⁸ Ahmet Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü (TCK madde 312/2)**,Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 2001, s.223.

¹⁹ Erdoğan Teziç, **Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü**, c.7, s.32. Ankara, Anayasa Yargısı, (Erişim) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg7/tezic.pdf>, 15.10.2014.

di dünyasında iç özgürlük ortamındaki şekillenmeler, dış faktörlere bağlıdır. Düşüncenin oluşma sürecini, dışsal etkilere bağlı olduğunu söylemek mümkündür.²⁰ Dolayısıyla düşünme özgürlüğünün tam olarak sağlanabilmesi, dışsal faktörlerin bu meleke üzerinde baskı yapmamasına bağlıdır. Bunun için de toplumun genel kabullerinin veya resmi ideolojinin dayatılmaması ya da fikirlere karşı hoşgörüsüzlük gibi baskı ortamlarının olmaması gerekir. Bilgi edinme kanallarının açık olması, çoğulculuk, düşüncenin suç olmaması, serbest tartışma ortamı, fikirlere eşit değer verilmesi bu özgürlüğün sağlanması açısından önem taşır.²¹

Çoğulcu, özgürlükçü bir sistemi yaşatan günümüz demokratik devletlerinde bilgi edinme ve düşünme özgürlüklerinin korunması, kanaatlerin/düşüncelerin oluşmasını güvenceye alma ve dolayısıyla bunların özgürce oluşmasına zemin hazırlayıcı niteliğini güçlendirecektir.²²

c. Kanaat Özgürlüğü

Kanaat özgürlüğü hangi alanda kullanılırsa kullanılsın, bireylerin doğru olduğunu düşündükleri görüşleri seçebilmesi, benimsemesi ve tercih edebilmesidir şeklinde tanımlanabilir.²³ Kanaatin seçimine konu olan husus din ise bu kez vicdan özgürlüğünden söz edilir. Bu özgürlük kanat ve fikirlerinden dolayı kınanmamayı ve dışlanmamayı da içerir.²⁴ Bu haliyle kanaat özgürlüğü demokratik sistemlerin zorunlu bir ögesidir. Demokratik sistemlerde insanlara kanaatlerini ortaya koymama ve konuşmama özgürlüğü de tanınmaktadır. İnsanlar demokratik ülkelerde kanaatlerini açıklamak zorunda bırakılamazlar. Çünkü özgürlük, kişinin inandığı ve doğru olduğunu düşündüğü şeyleri açıklamak hakkını içerdiği gibi, inanmadıklarını söylememe hakkını da içermektedir yani hem negatif hem pozitif yönü vardır bu özgürlüğün.²⁵ Yine bireylerin kanaatleri açıklamaya zorlanmama güvencesi devletin tarafsız davranma yükümlülüğünü güçlendirecektir. Aksi bir durum devletin tarafsızlığı ilkesini zedeleyecektir.²⁶

²⁰ Reyhan Sunay, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, 3.Baskı, Ankara, Pano Ofset, 2000, s.6.

²¹ Adnan Küçük, s.6-10.

²² Suat Kamber, **İfade Özgürlüğü**, Ankara, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, 2012,s,16.

²³ Erdoğan Teziç, s.33

²⁴ İbrahim Şahbaz , s.27.

²⁵ Çağdaş Zarplı, **İnsan Hakları: İçeriği ve Sınırları**, Yüksek Lisans Tezi, 2008, s,51.

²⁶ Sami Selçuk **Düşün Özgürlüğü**, Yeni Türkiye, Sayı 17., Yıl 3., Ankara, 1997, s.238.

d. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü

Açıklama özgürlüğü, düşüncenin dış dünyaya iletilmesidir yani ifade özgürlüğünün gerçekleşmesinin son aşamasıdır. Düşüncelerin bir anlam ifade edebilmesi aynı zamanda onların açığa vurulması ile ilgilidir.²⁷ Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, kendini ifade eden kişi açısından olduğu kadar, toplum açısından da önemlidir. Çünkü bu özgürlük sayesinde toplumda yeni fikirler ortaya çıkar. Toplum bu fikirleri değerlendirme imkanı bulur. Bu özgürlüğün olmadığı bir toplumda toplum durağanlaşacak ve gerileyecektir. Toplumun ilerlemesi, sorunların çözümünün ve ilerlemesinin aracı olarak düşünceyi açıklama özgürlüğü temel hak ve hürriyetler içinde önemli bir yere sahiptir.²⁸ Birey, iç âleminde yeşeren bir düşünceyi dış dünyaya açıklayamıyor ve başkalarına iletip onlarla paylaşamıyorsa düşünce özgürlüğünden bahsedilemez.²⁹

Demokratik sistemlerde zıt fikirlerin mevcut olması ve bunların birbiri ile etkileşime girmesi, talep edilen bir haldir. Bu durumun, fikir ve düşüncelerin serbestçe dolaşımı sebebiyle, demokrasileri geliştirici etkisi olduğu düşünülmektedir.³⁰ İfade özgürlüğünün sınırlanması istisnai bir durum olmalıdır. Bu istisnai sınırlama dahi belli bir siyasi anlayışa göre değil, durumun gereklerinin demokratik rejim anlayışına göre yorumlanmasına bağlı olmalıdır.³¹ Sınırsız özgürlük, belki hayal âleminde olabilir, fakat bunun sosyal çevre içinde yaşaması imkansız kabul edilmektedir.³² Ancak yukarıda belirtilen anlayışa da uygun olmak üzere, başta AİHS olmak üzere hemen bütün insan hakları belgelerinde ifade özgürlüğü sınırlı bir hak olarak görülmektedir.³³ Yani ifade özgürlüğü, sınırlamalardan muaf değildir.³⁴

2. NEFRET SÖYLEMİNİN TANIMI, NEFRET SÖYLEMİ VE NEFRET SUÇU FARKI

İfade özgürlüğünü teminat altına alan devletten, sınırlanması gereken ifadeler söz konusu olduğunda bu kez sınırlama hususunda adım atması bekle-

²⁷ Ahmet Gökçen, s.226.

²⁸ Sami Selçuk, **Bağımsız Yargı Özgür Düşünce**, İmge Yayınları, Ankara 2007, s,186.

²⁹ Safa Reisoğlu, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s,66.

³⁰ Çağdaş Zarpılı, s.53-54.

³¹ Reyhan Sunay, s.73.

³² Münci Kapani, **Kamu Özgürlükleri**, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları, 1993, s,223.

³³ Zühtü Arslan, **İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: Açık ve Mevcut Tehlikenin Tehlikeleri, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, (Editör: Bekir Berat Özipek), Ankara,2003,s,57.

³⁴ Vahit Bıçak, **AİHM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, (Editör: Bekir Berat Özipek), Ankara 2003, s,271.

nir. İşte nefret söylemi tam da bu tartışmaların ortasında yer alır.³⁵

Ancak neyin sınırlanacağını belirlemek için sınırlama hususu olan kavramın tanımlanması önem arz etmektedir. Ancak nefret söyleminin evrensel olarak kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır.³⁶ Esasında nefret ifadesi olumsuz bir duygudur ve içinde, kişiler veya gruplar arasındaki iyi geçimi bozma, barışı yaralama, psikolojik, sembolik veya fiziki şiddete yol açmak gibi bazı olumsuz potansiyel duyguları barındırır.³⁷ Nefret söyleminin özünde, önyargılar, ırkçılık, yabancı korkusu/düşmanlığı, tarafgirlik, ayrımcılık, cinsiyetçilik ve homofobi yatar. Kültürel kimlikler ve grup özellikleri gibi unsurlar nefret söyleminin kullanılmasını etkiler, ancak özellikle de, yükselen milliyetçilik ve farklı olana tahammülsüzlük gibi koşullarda, nefret dili yükselir ve etkisini artırır.³⁸

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nefret söylemini şu şekilde tanımlar; *“Nefret söylemi, ırkçı nefret, yabancı düşmanlığı, anti-semitizm ve hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden ya da haklı gösteren her türlü ifade biçimidir. Hoşgörüsüzlüğe dayalı nefret, saldırgan milliyetçilik, etnik merkezîyetçilik, ayrımcılık ve azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenlilere karşı düşmanlık yoluyla ifade edilen hoşgörüsüzlüğü içermektedir”*.³⁹ Bu çerçevede nefret içerikli açıklamalar cinsiyetler arası, dinler arası nefret ve hoşgörüsüzlüğün savunulduğu alanları da kapsamaktadır.⁴⁰

Yukarıdaki tanım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da kullanılmıştır ancak mahkeme tarafından aktarma usulü ile kullanılan bu kavram detaylı bir şekilde incelenmemiştir. AİHM, kararlarının bazılarında yalnızca *“(dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere) hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimine”* şeklinde atıfta bulunulur.⁴¹

AİHM nefret söylemini doğrudan zarar doğuran bir ifade türü olarak görmektedir.⁴² AİHM, nefret söylemi durumu söz konusu olduğunda Devletin po-

³⁵ Ulaş Karan **Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk**, 1.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, (Editör;Yasemin İnceoğlu) 2012, s. 81-82

³⁶ Anna Weber, **Nefret Söylemi El Kitabı**, Çev. Metin Çuhaloğlu, Avrupa Konseyi Yayınları, Eylül 2009, s,3.

³⁷ Nefret Söylemi, (Erişim)http://www.nefretsoylemi.org, 14.09.2014.

³⁸ Nefret Söylemi, (Erişim)http://www.nefretsoylemi.org, 14.09.2014.

³⁹ Anna Weber, s,3.

⁴⁰ Elif Küzeci, **AİHS'nin 10.maddesi Işığında Nefret İçerikli ve İrkçi Nitelikli Düşünce Açıklamaları**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.71, 2007 s.178

⁴¹ Nefret Söylemi, (Erişim) http://www.nefretsoylemi.org, 15.09.2014, Yasemin İnceoğlu, s.85.

⁴² Kerem Altıparmak, **Kutsal Değerler Üzerine Tezler ve ifade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap**, bk.

zitif yükümlülüklerinin devreye girdiğinin ve bu suçun mağduru olan kişileri koruyan bir sistemi öngörülmesinin yine Devletin uluslar arası metinlerden, özellikle de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi⁴³ kararlarından doğan yükümlülükleri arasında olduğunu belirtmiştir. ⁴⁴

Nefret söylemi denildiğinde birden çok ifade türünü içine alan bir kavramdan bahsedilmektedir. Bu kavramların başında, ırkçı nefretin veya başka bir deyişle kişilere veya gruplara yönelik nefretin belirli bir ırka ait olmaları nedeniyle kışkırtılması gelir. Diğeri ise, dinsel sebeplerle nefretin kışkırtılması; inananlar ile inanmayanlar arasındaki ayrıma dayalı nefretin kışkırtılmasıdır.⁴⁵

Bu ifade türüne karşı ulusal ve uluslararası hukukta geliştirilen düzenlemelerden ilk kategori belli bir gruba hakaret etmeyi ve nefreti kışkırtmayı yasaklamakta; ikinci kategori bir kişinin ya da ulusun onuruna hakaret etmeyi yasaklamakta; üçüncü kategori ise belli bir tarihsel olayı reddetmeyi yasaklamaktadır. Din ve düşünce, dünya üzerinde birçok insanın kimliğinde, çoğu kez sadece inanç sistemi ve manevi boyut olarak değil ve aynı zamanda mensup olma hissi vererek ve sosyal uyumu sağlayarak önemli rol oynar. ⁴⁶

Nefret söyleminin çeşitli sonuçları vardır ve birincil sonucu toplumsal zarardır. Bu zarar psikolojik veya fiziksel olabilir. Nefret söylemi kısa vadeli zararlar doğurabileceği gibi, medyada sıklıkla vuku bulduğu takdirde veya nefret tüccarlarının çeşitli ortamlarda devamlı propaganda yapması durumunda uzun vadeli zararlara da yol açabilir. Nefret suçlarını teşvik edip bu suçların işlenmesine sebebiyet verebilir. ⁴⁷

Nefret Söylemi ve Nefret Suçları birbirlerine yakın kavramlar olması dolayısı ile bazen birbiri yerine kullanılmakta veya birinin diğerdinden farkı bilin-

İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, 1.Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, Sena Ofset, 2007, s.92.

⁴³ Bakanlar Komitesi, AİHM kararlarının ilgi devletler tarafından icrasına ilişkin sürecin takibini yapmaktadır. AİHM bazen kararlarında ne tip önlemler alınması gerektiğini açıkça belirtebilmektedir.

⁴⁴ Dink/Türkiye -64915/01, 14 Eylül 2010, para.69, (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 18.06.2014.

⁴⁵ Tarlach McGonagle, **Protection of Human Dignity, Distribution of Racist Content (Hate Speech)**, Institute for Information Law, Faculty of Law, University of Amsterdam (Erişim) <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/humandignity.html>. 16.08.2014.

⁴⁶ Bahia Tahzeb-Lie, **Freedom of Religion or Belief Is An Asset**, Fundamental Rights And Principles, Liber Amicorum, Pieter van Dijk, Marjolein van Roosmalen, Ben Vermeulen, Fried van Hoof, Marten Oosting, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersantia Publishers, 2013, s.396.

⁴⁷ Nefret Söylemi, (Erişim) <http://www.nefretsoylemi.org>, 17.09.2014.

memektedir. Nefret söylemine ilişkin tanım yukarıda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yapılmıştır. Nefret suçuna ilişkin uluslararası alanda ortaya çıkan tanımlardan birisi Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) tarafından yapılmıştır. 2006 tarihli yıllık raporda nefret suçu, bir mülk ya da kişiye karşı, kişinin dünya görüşü, dil, din, ırk, zihin, cinsiyet, yaş, fiziksel engel, cinsel yönelim gibi farklılıkları sebebiyle işlenen her türlü suç olarak tanımlanmıştır.⁴⁸ Diğer bir anlatımla söz konusu suçta kişinin herhangi bir farklılığı, bir gruba üyeliği ya da inancı olabilir. Örneğin sırf eşcinsel olduğu için öldürülme ya da mensup olduğu ırk dolayısıyla küfür fiilleri nefret suçudur.

Nefret suçlarını diğer suçlardan ayıran farklılık, bu suçların diğer suçlardan daha farklı bir önyargı ile işlenmesidir. Böyle bir önyargı (cinsiyet, ırk, din v.s) ile işlenen suçlar nefret suçu olmakla birlikte bir gruba mensup olan kişiye işlenen her suç nefret suçu değildir. Bu durumu ortaya koyan başkaca delillerin olması gerekmektedir.⁴⁹ Diğer bir anlatımla suçun maddi unsuru olan hareket tek başına yeterli olmamakta buna ilave olarak manevi unsur yani suçun bu önyargı ile işlendiğinin ortaya konulması gerekmektedir.

3. DİNE HAKARET KAVRAMI

Hukuk devletinde önemli bir yere sahip olsa bile, ifade özgürlüğü hakkı sınırsız bir hak değildir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü korumasından yararlanan bazı ifadeler diğerlerinden daha yüksek bir koruma alanına sahiptir.⁵⁰ Örneğin ırkçılık, ağır hakaretler içeren sözler, müstehcen ifadeler insanlar üzerinde olumsuz gücü yüksek ifadeleri oluşturmaktadır. Bu ifadeler genel olarak düşük değerli ifade kategorilerini oluşturmaktadır. Öte yandan bir ifadenin yüksek değerli ya da düşük değerli olmasını belirleyen unsur ise toplumsal değeri olup olmamasıdır. Şayet bir ifade toplumsal anlamda bir değere sahipse, değerli bir ifade olarak kabul edilmektedir.⁵¹

Peki ifadenin toplumsal bir değere sahip olup olmadığı nasıl belirlenecektir? Eğer değerli olduğu kabul edilirse bu konuda sınırlama olmayacak mıdır? Bu anlamda hukuk bilimini ilgilendiren boyutuyla kutsal değerlere saldırı koruma kapsamında mıdır? Öncelikle belirtmek gerekir ki bu husus ifade hürriyeti alanının en zor konularından birisidir. Konunun zor olmasının nedeni

⁴⁸ Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, 2007, s.9, (Erişim) <http://www.osce.org/odihr/26759> 12.06.2014.

⁴⁹ Ulaş Karan, s.86.

⁵⁰ Leo Zwaak, Kasım Karagöz, Kemal Şahin, Murat Tümay, s.48.

⁵¹ Çağdaş Zarpılı, s.9.

kutsal olan ile olmayan arasındaki ince ayırmadan ve kutsalın tanımını kimin yapacağı tartışmalarından kaynaklanmaktadır.⁵²

Öncelikli olarak, düşünce ve din özgürlüğünün mantıksal açıdan zenginlik olarak düşünülebilmesi için bu özgürlüklerin zorunlu olarak neleri içerdiğini bilmek zaruridir. Bu kısım ikisi birlikte tek bir düşünce ve din özgürlüğü kavramını oluşturan iki esaslı unsuru incelemeyi gerektirmektedir. Bu iki unsur içsel özgürlük ve dışsal özgürlük olarak atfedilmektedir. Bu unsurların her ne kadar ayrı oldukları muhakkak olsa da, tamamıyla birbirlerinden de bağımsız değildirler.⁵³

Din veya düşünce özgürlüğünün içsel unsuru, bireyin özgür ve değiştirilebilir din veya düşünce tercihlerine sahip olduğunu göstermektedir.⁵⁴ Dışsal özgürlük unsuru ise bireyin kamusal alanda ya da özel alanda, toplum içinde diğer insanlarla birlikte ve ya yalnız din veya düşüncesini ifade edebilme özgürlüğünü oluşturmaktadır. Bu özgürlüğün bireysel/ toplumsal ve kamu/özel boyutları vardır.⁵⁵

Fransız tarihçi Alain Cabantous'un bir keresinde işaret ettiği gibi Hz İsa kendisinin ilahi olarak yaratıldığını iddia ettiğinde, onun bu iddiası dine küfretme olarak sayıldı ve mahkum edildi. Dine küfretme ölümüne sebep oldu ve ölümü yeniden dirilişini beraberinde getirdi. Bu itibarla Cabantous "dine hakaret hıristiyanlığı kurdu" diye yazmaktadır.⁵⁶

*"Dine hakaret kavramı, taşıdığı bütün belirsizlik ve tehlikelere rağmen günümüzde ulusal ve uluslararası hukukta önemli bir düzenleme alanı oluşturmakta ve ifade özgürlüğünün "doğal" sınırını çizmektedir."*⁵⁷

Dinin toplum hayatına egemen olduğu geçmiş dönemlerde dine karşı küfür hemen her hukuk sisteminde en ağır biçimde –çoğunlukla-ölümle- cezalandırılan bir suç olarak düzenlenmiştir.⁵⁸ Sosyal hayatın laikleşmesiyle beraber bu suç kimi ülkelerde ceza kanunlarından kaldırılmış, kimilerinde ise tarihi

⁵² Kerem Altıparmak, s.73.

⁵³ Tahzeb-Lie , s.397.

⁵⁴ Tahzeb-Lie, s.398.

⁵⁵ Tahzeb-Lie, s.406.

⁵⁶ Talal Asad, **Reflections on Blasphemy and Secular Criticism**, In Religion: Beyond a Concept, Hent de Vries, Fordham University Press, 2008, s.30.

⁵⁷ Hülya Dinçer, **İnsan Hakları Söylem Ve Pratiğinde Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü Ve Dini Hislere Tanınan Koruma**, Marmara Üniversitesi resmi web sitesi, (Erişim) <http://marmara.academia.edu/hulyadincer>, s.1-2. 16.08.2014.

⁵⁸ Akif Emre Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Ankara, Liberte Yayınları, ,Aralık 2002, s.407.

sebeplerle ve kamu düzeni kaygısıyla saklı tutulmuştur.⁵⁹ Nitekim dine hakaret suçu, toplumsal ve düşünsel hayatın dinin emrinde olduğu skolastik dünyada en ağır cezayla yaptırıma tâbi tutulmakla beraber aynı zamanda kamuya karşı işlenen bir suç olarak da düzenlenmiştir. “Cezası dünyevi günahkar bir eylem”⁶⁰ olarak dine hakaretin Hıristiyanlık tarihinde önemli bir yeri vardır. Örneğin İngiltere’de *common law*’a göre bir suç olarak düzenlendiği 17 inci yüzyıla kadar dine karşı saldırılar sadece kanonik hukuka göre ve kilise mahkemeleri tarafından yargılanıyordu. İskoçya’da da dine hakaret 18 inci yüzyıla kadar ölümle cezalandırılmaya devam edildi.⁶¹

İslam dininin konuya yaklaşımı ahlâki bir geleneği korumayı amaçlarken, İslam hukukundaki farklı yorum ve anlayışlar, kavramın değişik biçimlerde ele alınmasına sebep olmuştur. Zındıklık suçu kapsamında yer alan dine küfrün, İncil’de düzenlendiğinin aksine, dünyevi cezai müeyyide gerektiren bir suç sayılıp sayılmaması konusu temel İslami kaynaklarda açıkça yer almamaktadır.⁶²

Günümüzde dine hakaret pek çok devlet tarafından suç olarak düzenlenmiş ve yaptırım uygulanmıştır. Ancak çağdaş ceza sistemlerinde korunan hukuki yarar, dini saygınlık taşıyan kişinin kutsallığını korumaktan değil, bireylerin ya da cemaatlerin dini hislerine ve inanışlarına saygı gösterilmesi ve daha genel olarak nefret suçlarının önlenmesidir.⁶³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) düzenlenen temel insan hakları normları, bireylere birtakım hak ve özgürlükler vermekle birlikte aynı normlar başka bireyler için bir takım ödevler doğurabilmektedir. Özellikle bu tip yükümlülükler, 3 üncü kişiler açısından yapmama, zorlamama ve engellememe şeklinde negatif yükümlülükler olabilmektedir. İfade ve din hürriyeti dahil olmak üzere temel hak ve hürriyetlere ilişkin kişiler arasındaki bu ödevler yatay etki terimi ile ifade edilmektedir. Örneğin bir kimsenin, dini inançları sebebiyle bir başkasını kınamaması o kişinin ifade hürriyetinin sınırlanması anlamına gelebilecektir.⁶⁴ Ancak diğer yandan kendisi kınanan bireyin inancına karşı sal-

⁵⁹ Akif Emre Öktem, s.407.

⁶⁰ Talal Asad, **Free Speech, Blasphemy, and Secular Criticism, in Is Critique Secular?: Blasphemy, Injury and Free Speech**, The Townsend Papers in Humanities No.2, University of California Press, Los Angeles, 2009, s. 34.

⁶¹ **Blasphemy** in Brittanica encyclopedia of world religions, ed. Wendy Doniger, 2006, Chicago, s. 133.

⁶² Ş. Özen, **İslam Hukukunda Zındıklık Suçu Ve Molla Lürff’nin İdamının Fıkhiliği**, İslam Araştırmaları Dergisi, Sayı 6, 2001, s.26. (Erişim) <http://www.isam.org.tr/documents%5Cdosyalar%5Cpdfler%5Cisla%5Cmarastirmalaridergisi%5Csayi06%5C017062.pdf>, 12.09.2014.

⁶³ Hülya Dinçer, s,5-6.

⁶⁴ Hasan Saim Vural, **Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence**, Ankara, Seçkin

dırı olması durumunda, devletin buna karşı önlem almasına ilişkin pozitif bir yükümlülüğü olabilecektir. Taraf devletlerin AİHS'nin 1 inci ile birlikte kabul etmiş oldukları "hakları tanıma" taahhüdü, AİHM içtihadında "*taraf devletlerin negatif ve pozitif yükümlülükleri*" şeklinde kavramsallaşmaktadır.⁶⁵

Nitekim sözleşme organları tarafından, devletin inanç mensuplarını pozitif koruma yükümlülüğüne ilişkin ilk kararını Choudbury/İngiltere başvurusunda vermiştir. Başvurucu İslam inancına mensuptu ve Salman Rüştü tarafından kaleme alınan "Şeytan Ayetleri" kitabında dini değerlerine hakaret edildiğini iddia etmişti. Yerel Mahkeme "...dine hakaret kanununun Hıristiyanlık dışında diğer dinleri kapsamadığı kuşkusuzdur..." tespitini yapmış. Diğer bir anlatımla, dine hakaret kanunu sadece Hıristiyanlık dinini koruyacaktır şeklinde hüküm vermiştir. Söz konusu başvuru önüne gelen Komisyon, AİHS m.9 tarafından sağlanan güvencenin kapsamını tartışmış ve kişilerin dini duygularını rencide edici yazılar yazan yazarlara ve yayıncılara karşı AİHS m.9 da yararlanılan güvenceden faydalanılmayacağını belirtmesine rağmen daha sonra içtihat değiştirmiş ve sonraki vermiş olduğu kararlarda inançlara saldırı durumunda inanç sahiplerini koruyacak kararlar vermiştir.⁶⁶

4. AİHS'NİN 10.MADDESİNE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMA KOŞULLARI

İfade hürriyetini düzenleyen AİHS 10. madde metni şu şekildedir; "

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

Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir."

Yayıncılık, 2013 s. 74-75.

⁶⁵ Hasan Saim Vural, s. 76.

⁶⁶ Hande Seher Demir, **AİHS sisteminde Din ve Vicdan Özgürlüğü**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.84.

Söz konusu maddenin 2. fıkrası ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaları içermektedir. İfade özgürlüğü hakkının pozitif yükümlülüğü uyarınca devlet, bu özgürlüğün rahatça kullanılabilmesi için ortamı oluşturmak; negatif yükümlülüğü gereğince de hukuk tarafından kabul edilen sınırlar içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemesi gerekmektedir. İfade özgürlüğünün kısıtlanma koşulları da devletin negatif yükümlülükleri kapsamındadır. AİHM tarafından önüne gelen herhangi bir dava da ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekliliğini test ederken üçlü bir test uygulamakta ve bu test sonucuna göre karar vermektedir. Bunlar müdahalenin kanunla öngörülmüş olması, meşru bir amacının olması ve demokratik toplumda gereklilik kriterleridir.

Sınırlamanın kanunla öngörülmüş olması; AİHS'ye göre, temel haklara getirilecek sınırlamalar her şeyden önce kanunla öngörülmüş olmalı veya kanuna uygun olarak yapılması anlamına gelmektedir. Yani temel haklara getirilecek sınırlamaların ilgili ülke kanununda yasal dayanağı olmalıdır. Sınırlamada kanun kaydı keyfililiğin önlenmesi amacına yöneliktir. AİHM, AİHS'de işaret edilen "kanun" kavramını şekli değil, maddi anlamda yorumlamaktadır. Bu yoruma göre, temel hakları sınırlayan düzenlemenin bir parlamento işlemi (yasa) olması şart değildir; AİHS'nin öngördüğü kanun, türü ne olursa olsun (kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat vb.) soyut norm koyan işlemlerdir. Ayrıca, bu gibi düzenlemeler genel olarak "ulaşılabilir" ve "anlaşılabilir" de olmalıdır.⁶⁷ Aynı zamanda söz konusu norm iç hukukta düzenlenmiş bir norm olabileceği gibi, bir uluslararası hukuk normu da olabilir.⁶⁸ Fakat günümüzde demokratik toplum düzeninde sınırlandırmalar, yalnızca yasayla yapılabilir. Sınırlama konusu yasalar, kolay ulaşılabilir olmalıdır.⁶⁹

Meşru amacın bulunması; Genel anlamda baktığımızda sınırlandırmanın iki temel meşru amaç ile yapıldığı görülmektedir. Öncelikli olan sınırlama sebebi devletin ve kamusal menfaatin korunması ve başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır.⁷⁰ İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gerekli olan meşru amaç şartının, diğer özgürlüklere göre oldukça dar olduğunu görmek mümkündür. Buradan çıkan sonuç diğer özgürlüklere göre daha fazla korunması gereken özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının istisnai bir durum olarak kalması gerektiğidir. Yani konu edilen meşru amaç kavramı ile kastedilen, korunması gereken hukuki yarardır.

⁶⁷ A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 375-376.

⁶⁸ Esra Demir Gürsel, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8-11 maddesinde korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları**, Doktora Tezi, İstanbul, 2014 s.11.

⁶⁹ Sami Selçuk, **İnsan Hakları**, Ankara, 2007, s.189.

⁷⁰ Reyhan Sunay, s.65.

AİHS’de belli şartlar dâhilinde meşru amaçla ifade hürriyetinin sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Temel hak ve özgürlükler ancak sınırlandırma ölçütlerine dayalı olarak sınırlandırılabilirler. Bu ölçütlerden bir tanesi de yasa ile öngörülmüş⁷¹ ve sebepsiz yere veya meşru olmayan nedenlerle sınırlandırılması yasaklamıştır.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği; AİHM, “demokratik toplum” kavramının temel özelliklerinin neler olduğunu ayrıntılı olarak Handyside-Birleşik Krallık⁷² kararında açıklamıştır. Bu davada AİHM, “ifade hürriyeti” ile “demokratik toplum” arasında organik bir bağ kurmuştur.⁷³ Ayrıca AİHM, demokratik toplumun özelliklerini; çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık olarak belirlemiş ve demokratik toplum kavramının bir unsuru olarak çoğulculuk kavramına vurgu yapmıştır. Çoğulculuk ilkesinin ise farklı, aykırı sayılabilecek fikirlerin, toplumu ve halkın belirli bir kesimini şoke edebilecek nitelikte olsa da açıklanmasına izin verdiğini vurgulamıştır.⁷⁴

Öte yandan AİHM içtihatlarında “demokratik toplum düzeni”, ayrımcılık yasağı, hukukun üstünlüğü ve çoğulculuk ilkeleri (plüralizm) ile tanımlanmıştır. AİHM demokratik toplumun tanımını şu şekilde yapmıştır; “demokratik toplum”; çoğulculuğun, hoşgörünün, düşünceye açıklığın (açık fikirlilik), farklı olma hakkına saygının gerçekleştiği bir toplumdur. Farklı anlayışların birlikte yaşaması anlayışını belirten çoğulculuk ilkesi (çoğul yaşama hakkı) “demokratik toplum”un kurucu unsurudur.⁷⁵

Netice olarak demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne yapılan sınırlamanın diğer hak ve özgürlüklere yapılan sınırlamalardan daha sağlam gerekçelerde yapılması gerektiği, nitekim diğer hak ve özgürlüklerin ifade özgürlüğü ile aynı ölçüde ağırlığa sahip olmadığı doktrinde ifade edilmektedir.⁷⁶ Diğer bir anlatımla ifade özgürlüğünün sınırlandırılacağı genel kabul görürse bile bunun çok istisnai olması gerekmektedir.⁷⁷

⁷¹ D.J.Harris, M.O.Boyle, E.P. Bates, C.M.Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi**, Ankara, Şen Matbaa, 2013.s.485.Ayrıca bk. Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İchtihatları, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.

⁷² Handyside/Birleşik Krallık- 5493/72, 7 Aralık 1976, (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.09.2014.

⁷³ Kasım Karagöz,s,11.

⁷⁴ Kasım Karagöz,s,11.

⁷⁵ Bakır Çağlar/Naz Çavuşoğlu, **Parti Kapatma Davalarında Mermer – Mozaik İkilemi: Demokratik Toplum Düzeni Hukuku Tartışması Üzerine Notlar**, Ankara, Anayasa Yargısı, 1999, s. 160-161.

⁷⁶ Öykü Didem Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku-ABD**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.54.

⁷⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1**, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2013 s.77.

5. AİHM’NİN DİNE HAKARET İÇERİKLİ İFADELERE YAKLAŞIMI

A. Genel Olarak

AİHM’nin dini değerlere saldırı dolayısı ile önüne gelen davalarda, kullanılan ifadelerle karşı iki türlü yaklaşımı söz konusudur. Öncelikli olarak AİHM, çoğulcu bir toplumun gereği olarak, dinini açıklama özgürlüğünü kullanan bireylerin, kendi inançlarına karşı konulması ya da başkaları tarafından reddedilmesi hatta bazı durumlarda inançlarına karşı düşmanca bir tavır sergilenmesini hoşgörü ile karşılamak zorunda olduklarını vurgulamıştır.

Öte yandan, AİHM, ucuz saldırı yani herhangi bir toplumsal tartışmaya katkısı olmayan, ifade türleri karşısında çok titiz davranmaktadır. AİHM, bu tarz ifadeler söz konusu olduğunda, inanç sahiplerini koruma bağlamında, AİHS 9. maddesi kapsamında devletin bir sorumluluğu olabileceğini belirtmiştir⁷⁸.

Söz konusu koruma bazı durumlarda, AİHS 10. maddenin 2.paragrafında açıkça belirtilen sınırlamalar çerçevesinde de yapılabilmektedir. Diğer bir deyişle ilgili maddenin 2. fıkrasında geçen görev ve sorumluluklar kapsamında, bu hakka sahip olan her bir birey aynı zamanda, bu özgürlüğün kullanımı sırasında bazı ödev ve sorumluluklar da üstlenmektedir. Bu ödev ve sorumlulukları arasında dini inançlara ilişkin olarak *“diğer bireylerin inançlarını basit bir şekilde rencide edici fikirleri ifade etmekten kaçınmak”* ta yer almaktadır. Söz konusu fikirler, başkalarının inançlarına saldırı niteliği taşıyan, kamusal tartışmalara hiçbir katkısı olmayan söylemlerdir.⁷⁹

AİHS’nin 10. maddesinin 2. paragrafında düzenlenen 3 tür kısıtlama nedeninden, *“başkalarının haklarının korunması”* dini değerlere tanınan koruma kapsamında yararlanılan hukuki gerektir. AİHM, dini değerlerin aşağılandığı veya dini değerleri aşağılama söyleminin engellendiği, kısıtlandığı ya da yaptırımı tabi tutulduğu durumlarda, az önce belirtilmiş olan başkalarının haklarının korunması bağlamında inceleme yapmaktadır.

Düşünce, vicdan ve din özgürlükleri, büyük oranda, kişinin içsel dünyasında yer alan ve birbirinden kolayca ayrılması mümkün olmayan kavramlardır. Kamu otoriteleri, birey tarafından din ya da inancın açıklanması durumunda bunların varlığı ve yapısı hakkında bilgi sahibi olabilir. Ayrıca, birey dinini ya da inançlarını açıkladığında, bu açıklama çoğu kez, 9. maddenin olduğu kadar 10.

⁷⁸ Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, Cilt 2, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013, s. 191-192.

⁷⁹ Otto-Preminger-Instut/Avusturya-13470/87, para.49, 20 Eylül 1984, Murphy/İrlanda-44179, 10 Temmuz 2003, para.67, (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/> site, 07.09.2014.

maddenin ya da 8. maddenin koruma alanına da girebilmektedir.⁸⁰

Dini değerlerin ve vicdani kanaatlerin korunması ile ifade özgürlüğünün arasındaki ilişki açısından kullanılabilir olan sınırlama sebepleri “*genel ahlâk*” ve “*başkalarının şeref ve haklarının korunması*”dır. AİHS’nin 10. maddesi çerçevesinde, dini değerler ve inançlar başlı başına bir sınırlandırma sebebi oluşturmadığı görülmektedir. Ancak diğer taraftan özellikle dine hakaret edildiği gerekçesiyle ifade özgürlüğünün kullanımının sınırlanması sonucu AİHM’nin önüne gelen başvurularda ileri sürülen “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” ile bir başka sınırlandırma sebebi olan “*genel ahlâkın korunması*” arasında, dolaylı da olsa bir ilişki kurulabilir.⁸¹

AİHM, dine hakaret ve vicdani kanaat kavramlarını sığ ve dar bir bakış ile değil AİHS’nin evrimci yorumu ışığında, günün şartları ile Üye Devletler nezdinde oluşan *consensus*’a göre yorumlamaktadır. AİHM bu bağlamda ahlâk için olduğu gibi dinin de toplum içindeki anlamına ilişkin Avrupa düzeyinde genelinde, tek bir anlayışın olmadığına ve kapsayıcı bir din tanımı yapmanın zorluğuna işaret etmektedir.⁸²

AİHM Handyside kararında, 10. maddedeki ifade özgürlüğü güvencesinin, “*zedeleyci, şok edici veya rahatsızlık uyandırıcı*” fikirleri de kapsadığını vurgulamıştır. Çoğulcu toplumun devamı için bir inanç mensuplarının aynı zamanda bu inançlarının sebebiyle eleştiriye uğrayabileceğini ve kendi inançlarına doğrudan karşı çıkan fikirlerin de savunulabileceğini kabul etmesi gerekmektedir. Diğer yandan, toplumdaki bir kesime karşı art niyetli, herhangi bir mesaj verme amacı taşımayan veya kötü niyeti teşvik eden zedeleyici ifadelerin yani nefret ifadelerinin, hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan AİHS 17. madde ışığında değerlendirildiğinde, herhangi bir korumadan yararlanmasının muhtemel olmadığı düşünülmektedir.⁸³

AİHM içtihatlarına bakıldığında genel olarak dini hislerin ve değerlerin korunması bağlamında ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirildiği görülmektedir. AİHM’nin ifade özgürlüğü bağlamında verdiği ünlü

⁸⁰ Sabahattin Nal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü**, Mustafa Kemal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ankara üniversitesi SBF Dergisi,57-4, (Erişim)“<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/469/5371.pdf>”, s.88 ,11 Eylül 2014.

⁸¹ Hülya Dinçer, s,8.

⁸² Hülya Dinçer, s,9.

⁸³ Jim Murdoch, **Düşünce vicdan ve din özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9.maddesinin uygulanmasına dair klavuz kitap, İnsan hakları el kitapları, Çev.Serkan Cengiz, 1.Baskı, Ankara, Şen Matbaa, 2013 s.50.**

Handyside kararında ifadelerin “*kırıcı, şok edici ya da rahatsız edici*” olsa dahi korunması yönündeki kararında, bu noktada bir sapma olduğu görülmektedir.⁸⁴

B. Konuya İlişkin AİHM Kararları

AİHM'nin dini değerlere hakaret nedeniyle ifade hürriyetine sınırlama getirilebileceğini belirttiği ilk kararı 1994 tarihli Otto Preminger Institute-Avusturya davası⁸⁵ sonucunda verdiği karardır. AİHM, Otto Preminger Institute kararında, ifade özgürlüğü ve dine hakaret içeren söylemler arasında sınırın nasıl çizileceği konusunda tespitler yapmıştır.⁸⁶ Başka bir deyişle söz konusu karar “*başkalarının hakları*” kavramı üzerinden anılan ilişkiyi incelemiş ve sınırın nasıl çizileceği konusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur.⁸⁷ Mahkemenin bu kararı dini kanaatlerin korunmasına yönelik içtihadın metodolojisini oluşturduğu söylenebilir.

Başvuran Otto Preminger Institute, “Cennette” adlı filmi 6 kez göstermeyi planlamıştır. Film, Hıristiyan inancının aşırılıklarını ve basit görsel dini temsillerini eleştirmeyi hedeflemektedir. Roma Katolik Kilisesi Innsburck Piskoposluğu tarafından yapılan başvurunun üzerine, filmin gösterime girmesinden 3 gün önce Enstitü müdürü aleyhine dini değerleri aşağılama suçuna teşebbüsten cezai takibat başlatılmış, filme de el konulmuştur.⁸⁸ Bölge Mahkemesi Avusturya Anayasası'nda yer alan sanatsal ifade özgürlüğünün aşıldığını belirterek söz konusu filme el konulmasına karar vermiştir. Enstitü de film gösteriminin yerine, filmin oyunun okumasını yapmak zorunda kalmıştır.⁸⁹

Otto Preminger Institute davasında AİHM hukuki değerlendirme yaparken

⁸⁴ N. Nathwani, *Human Rights Law Review*, 2008/4, s. 490.

⁸⁵ Otto Preminger Institut/Avusturya-13470/87, 20 Eylül 1994(Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.11.2014.

⁸⁶ Osman Doğru, Atilla Nalbant, s.192.

⁸⁷ Monica Macoevi, *İfade Özgürlüğü, Avrupa Konseyi, El Kitapları no.2*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasburg, 2001. s.106.

⁸⁸ Otto Preminger Institut/Avusturya, para.9,10,11.

⁸⁹ Mahkumiyete sebep olan filmde Tanrı yaşlı, halsiz ve kudretsiz, Şeytan'ın önünde eğilen ve onunla öpüşen bir bunak, İsa düşük zekalı bir 'ana kuzusu', Meryem Ana ise şehvet düşkün bir kadın olarak gösterilmektedir. Üçü birlikte, insanlığı ahlâksızlığı yüzünden cezalandırmak isterler. İnsanlığı toptan imha etme ihtimalini reddedip, bunun yerine insanlığı 'kurtuluş ihtiyacı' ve 'kurtarıma imkanı' içine sokan bir ceza vermeyi seçerler ve bu konuda Şeytandan yardım isterler. Şeytan kendilerine cinsel yoldan kadın ve erkeğin birbirlerine bulaştıracakları bir hastalığın yayılmasını önerir. Sonuçta frengi hastalığının ortaya çıkmasını sağlar. Film İsa, Meryem ve Tanrı'yı şeytanı alkışlarken göstermektedir.

öncelikli olarak söz konusu müdahalenin yasa ile düzenlendiğini belirtmiştir.⁹⁰ AİHM'e göre din hürriyeti, inananların gerek kimlik gerekse yaşam tarzların oluşturan en önemli unsurlardan biridir. Kokkinakis/Yunanistan⁹¹ kararına atfı yapan AİHM, AİHS 9. maddesinde koruma altına alınan, düşünce, din, vicdan özgürlüğünün demokratik toplumun bir ögesi olduğunu vurgulamıştır.⁹² AİHM, inanç sahipleri bakımından kendi inançlarına yönelik eleştiri ve yorumlara her ne kadar şok edici olsa da hoşgörü ile karşılamaları gerekmektedir. Ancak bu ifadeler düşmanca bir şekilde dile getirilirse, Devlete inanç sahiplerini korumak için pozitif yükümlülük düşecektir. AİHM'ye göre Devlet tarafından alınacak olan söz konusu tedbir "*başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma*" şeklinde meşru amaca sahiptir.⁹³

Bu davada AİHM tarafından tartışılan asıl sorun, yerel makamlar tarafından yapılan müdahalenin "*demokratik toplumda gerekli*" bir müdahale olup olmadığı hususuydu. Kararda bu yönde değerlendirmeler yapan AİHM, ilk olarak ifade özgürlüğünün, toplumun bir kesimine çarpıcı gelen, aykırı düşen veya rahatsız edici düşüncelerinde ifade özgürlüğü korumasından yararlanması gerektiği yönündeki içtihatlarına atıfta bulunmuştur.⁹⁴ Söz konusu hakkın kullanılmasının bir takım ödev ve sorumluluklar dahilinde kullanılması gerektiğini kaydeden AİHM, başkalarını sebepsiz yere rahatsız eden inciten, ucuz ve kamusal olarak herhangi bir katkısı olmayan tartışmalardan kaçınılması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, Müller⁹⁵ karardaki gerekçeyi izleyerek, genel ahlak konusunda Avrupa genelinde bir konsensus olmadığını belirtip, sözleşmeciler devletlerin dine hakaret içerikli ifadeler konusunda daha geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Dini hassasiyetlere gereken önemin verilmesinin, ahlakın korunması ile karşı karşıya gelmesi durumunda, dini hassasiyetlerin korunmasının daha önemli olduğunu vurgulamıştır. Diğer yandan AİHM, bu takdir marjının Avrupa denetimi ile birlikte yürüyen bir denetim olduğunu, sınırsız bir yetki olmadığını altını çizmiştir.⁹⁶

Netice olarak AİHM, ulusal makamların dini barışı sağlama ve inananların dinlerine karşı haksız bir saldırı yapıldığı duygusuna kapılmalarını engellemek

⁹⁰ Otto Preminger Institut/Avusturya, para.45

⁹¹ Anılan karar için bk. Kokkinakis/Yunanistan-14307/88, 25 Mayıs 1993(Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.11.2014.

⁹² Otto Preminger Institut/Avusturya, para.47

⁹³ Otto Preminger Institut/Avusturya, para.48

⁹⁴ Otto Preminger Institut/Avusturya, para.49

⁹⁵ Anılan karar için bk. Müller ve Diğerleri/İsviçre-10737/84, 24 Mayıs 1988 para.36 (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014.

⁹⁶ Otto Preminger Institut/Avusturya, para.50.

için söz konusu müdahaleyi yaptığını belirtmiş ve el koyma tedbirinin orantısız olmadığını saptamıştır. AİHM, belirtilen gerekçelerle AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHM'nin son yıllarda dine hakarete ilişkin vermiş olduğu kararlarda, ilk yıllarda vermiş olduğu kararlara nazaran ılımlı hareket ettiği görülmektedir. 2006 tarihli *Giniewski/Fransa* kararında⁹⁷ düşüncenin özgür bir biçimde ifade edilmesi ile dini inançların ve kutsal değerlerin korunması arasında çatışma olması durumunda ne yönde hukuki bir yorum yapılması gerektiği hususuna cevap aramaya çalışmıştır. Kararın yenilikçi yorumuna rağmen AİHM'nin yerleşik içtihadın sapma şeklinde değerlendirmek mümkün olmamaktadır.⁹⁸

Söz konusu davaya konu olan olayda bir gazeteci olan *Giniewski* Paris'te yayınlanan bir gazetede yazmıştır. Makalede Katolik Kilisesi'nin yahudileri hor gören bir doktrin yaydığını iddia etmiştir. Yazara göre *"kutsal kitabın yahudi karşıtlığının ve Eski Ahit'in yenisiyle "tamamlanmış olduğunu savunan öğreti"nin antisemitizme; Auschwitz fikrinin oluşmasını ve gerçekleştirilmesini sağlayan zemine yol açtığını pek çok Hıristiyan kabul etmiştir."*⁹⁹ Irkçılığa Karşı ve Fransız Hıristiyan Kimliğine Saygı İçin Genel İttifak adlı dernek tarafından yapılan suç duyurusu üzerine başvurucuya karşı dava açılmıştır. Yerel mahkemeler kullanılan ifadelerin, hristiyanların Auschwitz katliamından sorumlu olduğu yönünde anlaşılabilir ifadeler olarak yorumlanmış ve başvurucunun hristiyan cemaatine hakaret ettiği sonucuna varmıştır. Netice olarak başvurucu ve gazetenin yayıncısını dine hakareten mahkum edilmiş ve 6.000 Fransız Frangı para cezası verilmiştir.

Başvurucu AİHM'ye yaptığı başvuruda, *"tarihçi ve gazeteci kimliğiyle, antisemitizmin doğuşu ve yahudilerin katledilmesiyle ilgili düşünsel çalışmalara katkı yaptığını ve ifadelerinin kamu yararı taşıyan bir tartışmaya katılmaktan öte bir amacı olmadığını"* iddia etmiştir.¹⁰⁰

AİHM, *Garaudy/Fransa*¹⁰¹ kararına atıf yaparak, başvurucu tarafından yazılan yazının Holocaust'un nedenlerine dair doktrine katkı sağlayacak fikirler ürettiğini kabul etmiştir. AİHM, ayrıca makalenin hoşgörüsüzlüğe veya nefrete tahrik etmediğine, kanıtlanmış tarihsel gerçekler ile ilgili bir şüphe uyandır-

⁹⁷ *Giniewski/Fransa* -64016/00, 31 Ocak 2006, (Erişim)<http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 08.11.2014.

⁹⁸ Hülya Dinçer, s,24.

⁹⁹ *Giniewski/Fransa*, para.13,14, Hülya Dinçer, s,24.

¹⁰⁰ Hülya Dinçer, s.23.

¹⁰¹ Anılan karar için bk. *Garaudy/Fransa*-65831/01, 24 Haziran 2003, (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.11.2014.

madığına karar vermiştir.¹⁰² Ayrıca AİHM kararına göre Giniewski'nin kaleme aldığı ifadeler ucuz saldırı veya hakaret niteliği taşımamakta ve hiç bir şekilde düşmanlık ya da nefrete çağrıda bulunmamaktadır. AİHM'ye göre makale Pa-pa'nın görüşleri hakkındadır ve bu durumda kullanılan ifadelerin tüm Hristi-yanlığa mal edilmesi mümkün değildir.¹⁰³

AİHM verdiği kararda öncelikle verilen mahkûmiyet kararının AİHS 10/2 bağlamında meşru bir amacı olduğunu kabul etmiştir. Söz konusu meşru ama-cın ise "başkalarının şeref ve itibarını korumayı" amaçladığını belirtmiştir. AİHM "başkalarının haklarının korunması"na ilave olarak 9. maddedeki din özgürlüğüne de atf yapmıştır.¹⁰⁴

AİHM, Başvurucuya verilen cezanın demokratik toplumda gerekliliğine iliş-kinde değerlendirme yapmıştır. Başvurucunun yayınlanan makalede, bir ta-kım şok edici veya rahatsız edici ifadelerin bulunduğunu kabul ettiğine vurgu yapan AİHM, De Haas ve Gijzel/Belçika¹⁰⁵ kararına atf yaparak, her ne kadar başvuru tarafından bu tarz ifadeler kullanılsa da ifade özgürlüğünün korun-masından yararlanmasını gerektiğini belirtmiştir.

AİHM, dini hislere yönelen, ucuz ve saldırgan ifadelerle, kamu yararı taşı-yan bir tartışma hakkın da yapılan katkı arasında ayırım yapmaktadır. Söz ko-nusu ayırım dini hislere tanınan korumanın alanını çizmek için değil, kamusal tartışmanın sınırlarını belirlemek için kullanılmıştır.¹⁰⁶ AİHM, belirtilen gerek-çelerle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Konuya ilişkin bir diğer başvuru dini reklam yasağına ilişkin olan Murphy-İr-landa davasıdır. Bu davada AİHM, ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların, söz konusu kısıtlamalar din, vicdan ve inanç konularını içeren hususlar olması durumunda AİHS ile ne oranda bağdaşır nitelikte olduğunu ele almıştır. Baş-vurucu, dinsel içeriğe sahip olan bir reklamın İrlanda Bağımsız Radyo ve Tele-vizyon Komisyonu tarafından, yayımlanmasına izin verilmemesinin AİHS'nin 9. ve 10. maddeleri kapsamında AİHM'ye taşımıştır.¹⁰⁷ Başvurucu, Handyside kararına dayanarak, dini içerikli bir reklam yapmasının engellenmesinin, ifade özgürlüğüne açık bir şekilde yapılmış bir müdahale olduğunu iddia etmiştir.¹⁰⁸

¹⁰² Giniewski/Fransa, para. 50,52.

¹⁰³ Giniewski/Fransa, para. 49.

¹⁰⁴ Giniewski/Fransa, para.39,40.

¹⁰⁵ Anılan karar için bk. De Haas ve Gijzel/Belçika-19983/92, 24 Şubat 1997, para.46 (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 21.11.2014.

¹⁰⁶ Hülya Dinçer, s.24.

¹⁰⁷ Murphy/İrlanda-44179,(Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/> site, 07.09.2014.

¹⁰⁸ Murphy/İrlanda,para.46.

Başvurucu, Otto-Preminger ve Wingrove kararına¹⁰⁹ dayanarak, Sözleşmeciler devletlerin bu konuda geniş takdir yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Ancak, AİHM tarafından her iki başvurunun da incelenerek bu konuda ki takdir marjının denetlendiğini belirtmiştir. Sözleşmeciler devletlerin takdir marjının sınırsız olmadığını, bu konuda belirleyici olan hususun AİHM tarafından yapılan denetim olduğunu vurgulamıştır.¹¹⁰ Başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerini karşıladığını belirten AİHM, söz konusu müdahalenin başvurunun dini inanç açıklamasına değil başvurunun ifade yöntemlerinin düzenlenmesine yönelik olduğunu dolayısıyla konunun AİHS 10. madde kapsamında değerlendirilmesinin daha uygun olacağını ifade etmiştir.¹¹¹ Sonrasında, başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını inceleyen AİHM, ifade özgürlüğüne müdahale eden yerel makamlar tarafından yeterli ve ilgili gerekçe gösterilip gösterilmediğinin incelenmesinin gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda Jersild/Danimarka¹¹² kararına atıf yapan AİHM, müdahalenin orantılılığını değerlendirirken kullanılan ifadenin aracının önemli olduğunu vurgulamış ve görsel işitsel medyanın, yazılı medyadan daha hızlı ve güçlü etkisinin olduğunu belirtmiştir.¹¹³

Lingens/Avusturya¹¹⁴, Thorgeir Thorgeirson/İzlanda¹¹⁵ ve Castells/İspanya¹¹⁶ kararlarına atıf yapan AİHM, AİHS 10/2 anlamında sınırlandırmanın, politik konular ve kamu yararını ilgilendiren konular bağlamında daha dar olduğunu vurgulamış ve kişilerin mahrem hislerini, ahlaki duyarlılıklarını ve kanaatleri zedeleyebilecek hususlarda, ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler yapılması ve takdir marjının belirlenmesinde Sözleşmeciler devletlerin, uluslararası bir mahkemeye oranla daha uygun bir konuma sahip olduğuna değinmiştir.¹¹⁷ Bu takdir yetkisinin bilhassa dini konularda özgür ifadeye getirilen kısıtlamalara ilişkin olarak kullanılmasının uygun olacağını; zira belirli bir dini kanaate sahip

¹⁰⁹ Wingrove/İngiltere-17419/90, 25 Kasım 1996, (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014.

¹¹⁰ Murphy/İrlanda, para.49.

¹¹¹ Murphy/İrlanda, para.61.

¹¹² Jersild/Danimarka -15890/89, 23 Eylül 1994,(Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014.

¹¹³ Murphy/İrlanda, para.69.

¹¹⁴ Lingens/Avusturya-9815/82,8 Temmuz 1986, para.42,(Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014

¹¹⁵ Thorgeir Thorgeirson/İzlanda-13778/88,25 Haziran 1992,para.63 (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014.

¹¹⁶ Castells/İspanya-11798/85, 23 Nisan 1992, para.43, (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014

¹¹⁷ Murphy/İrlanda, para.43.

kişilerin önemli ölçüde zarar görmesine neden olabilecek şeyler zaman ve yer bağlamında, hele ki sürekli genişleyen inanç ve mezhepler dizisinin damgasını vurduğu bir çağda çok çeşitlilik göstereceğini ifade etmiştir. Sonuç olarak yukarıdaki değerlendirmeler ışığında AİHM, davalı Devletin, İrlanda toplumunun belirli dini hassasiyetlerinin herhangi bir dini reklam yayını zedeleyici olarak niteleyebileceğini tespit konusunda haklı olduğunu kabul etmiştir.¹¹⁸

Dini değerlere karşı aşağılayıcı sahneler ve ifadeler yer aldığı için dağıtımına izin verilmeyen bir filmi konu olan Wingrove/İngiltere davası yukarıda değinilen Otto-Preminger/Avusturya davası ile büyük ölçüde benzerlikler taşımakta olup AİHM, bu dava da AİHS 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹¹⁹ Başvurucu, bir film yönetmenidir. Hz. İsa'nın hayatı ile ilgili 18 dakikalık bir film çekmiş ve yayın için onaydan geçirmek üzere İngiliz Film Kuruluna sunmuştur.¹²⁰ Söz konusu kurul, filme ruhsat vermemiştir. Kurul, Hz. İsa'nın vücuduna odaklanmış +18 görüntülerin olmasının uygun olmadığını bu sebeple ruhsat vermediğini belirtmiştir.¹²¹ İfade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini iddia eden başvurucu konuyu AİHM'ye taşımıştır. Anılan müdahalenin AİHS standartlarına uygun olup olmadığını değerlendiren AİHM, müdahalenin, yasallık, meşruluk ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığı testleri yönünden değerlendirme yapmıştır. Müdahalenin yasal olduğunu vurgulayan AİHM, Kurul tarafından itiraz gerekçesinde belirtilen, başkalarının dini hassasiyetlerinin korunması gerekçesini kabul etmiştir.¹²² Ayrıca AİHM, AİHS 10/2 çerçevesinde başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlayan söz konusu müdahalenin, AİHS 9.maddesinin de koruma altına alınan din özgürlüğü ile de uyumlu olduğunu belirtmiştir. Demokratik toplumda bu tip bir müdahalenin gerekliliği konusunda değerlendirme yapan AİHM, Sözleşmeye taraf devletlerin dini değerlerin aşağılanması durumunda, ifade özgürlüğüne müdahale konusunda takdir yetkilerinin bulunduğunu ancak bu yetkinin sınırsız olmadığını belirlemiştir. Anılan takdir yetkisinin kullanımı, AİHM tarafından, acil bir sosyal gereklilik veya hedeflenen meşru amaçla orantılılık açısından denetlendikten sonra müdahalenin meşru olup olmadığına karar verilecektir.¹²³ Başvurucu, filmin kısa süreli olmasının, filmin bir Hıristiyan tarafından izlenilme ihtimalini azaltacağını, dağıtımının ise belli yerler ile sınırlanabile-

¹¹⁸ Murdoch, s.50.

¹¹⁹ Leo Zwaak, Kasım Karagöz, Kemal Şahin, Murat Tümay, s.139.

¹²⁰ Wingrove/İngiltere, para.9,11.

¹²¹ Wingrove/İngiltere, para.13.

¹²² Wingrove/İngiltere, para.48.

¹²³ Wingrove/İngiltere, para.53.

ceğini, müdahalenin bu sebeple orantılı olmadığını iddia etmiştir.¹²⁴ Ancak, AİHM filmin bir kez piyasaya sürüldükten sonra kopyalanabileceğini, bunun kontrol edilmesinin mümkün olmadığını, farklı şekillerde gösterime konu olabileceğini, bu sebeple İngiliz yerel makamları tarafından yapılan müdahalenin orantılı olduğunu ve yetkililerin takdir marjı içerisinde hareket ettiklerine karar vermiştir.¹²⁵

C-Türkiye Hakkında Verilmiş Kararlar

AİHM'nin Türkiye hakkında konuya ilişkin verilmiş fazlaca kararı bulunmaktadır. Bugüne kadar verilmiş 2 adet karar vardır ve bu kararlardan birisinde ihlal bulunmazken diğerinde ise ihlal kararı verilmiştir. Bu kapsamda Basın ve yayın yolu ile dini değerleri aşağılamanın ifade özgürlüğünün koruması kapsamına girmeyeceğine ilişkin incelenebilecek ilk karar AİHM'nin 13 Eylül 2005 tarihinde verdiği I.A./Türkiye kararıdır.¹²⁶

Söz konusu dava Abdullah Rıza Ergüven'in "Yasak Tümceler" isimli romanının dine hakaret içeren ifadeler taşıması gerekçesi ile yayınevi sahibinin para cezasına çarptırılması üzerine açılmıştır. **Kararda AİHM, Handyside kararına atıf yaparak ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini belirlemiştir. Diğer yandan 10. maddenin 2. paragrafı gereğince, kabul gören, zararsız veya kayıtsızlık içeren "bilgiler" ve "fikirler" için değil, aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğunu vurgulamıştır. AİHM kararının 24. paragrafında ifade özgürlüğünün birtakım görev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiğini belirtmiştir. Otto-Preminger kararına atıf yapan AİHM, söz konusu görev sorumluluklar arasında yer alan din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerektiğinin altını çizmiştir. Bu bağlamda, bireyler

¹²⁴ Wingrove/İngiltere, para.62.

¹²⁵ Wingrove/İngiltere, para.63, 64.

¹²⁶ I.A./Türkiye-42571/98, 13 Eylül 2005, (Erişim)<http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 08.11.2014.

** 1993 yılı Kasım ayında Berfin yayınevi tarafından yayımlanan Yasak Tümceler romanı ilk basıda iki bin adet basılmıştır. Savcılık yazar hakkında "Allah'a, dine, peygambere ve Kutsal Kitaba hakaret" suçundan ceza davası açılmasını istemiştir. Kitap hakkında önce Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim üyesi tarafından, başvurucunun itirazı üzerine de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku uzmanı öğretim üyelerinden oluşan heyet tarafından bilirkişi raporu düzenlenmiştir. Bu rapora dayanarak I.A., Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edilmiş; mahkûmiyeti 6 Ekim 1997 tarihinde Yargıtay tarafından onanmıştır.

tarafından büyük saygı duyulan ve sevilen dini değerleri hedef alan aşağılayıcı eleştirilerin yaptırımı tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir. AİHM'ye göre davaya konu olan romanda şok edici fikirlerin yanı sıra İslam dinin peygamberine hakaret edici ifadeler yer almaktaydı Kararın 29. Paragrafında yer alan *"Tanrının ulaşı orucunu cinsel ilişki ile açıyordu... Muhammed ölü bir insanla ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkiyi yasaklamıyordu"* ifadeleri söz konusu tespit konusunda AİHM'yi ikna edici olmuştur. AİHM, dini inançlara ve ahlaki görüşlere karşı sergilenen saldırılar söz konusu olduğunda başkalarının haklarının korunması gerektiğini de belirtmiştir. İfade özgürlüğün kullanımının nezaket normlarına uygun olması gerektiği ve 3. kişilerin haklarını ihlal eden, dini inançlara saygısızlık içeren söylemlerden kaçınılması gerektiği belirtilmiştir. AİHM söz konusu müdahale ile Müslümanlar ve İslam dini tarafından kutsal sayılan bazı hususlara yapılan saldırıların önlenmesinin amaçlandığına dikkat çekmiştir. AİHM, ulusal yargı mercilerinin gerekçelerinin yeterli, başvuran hakkında aldıkları önlemlerin yerinde olduğunu ve yetkililerin takdir paylarını aşmadıklarının da altını çizmiştir.¹²⁷

Nihayetinde I.A.-Türkiye kararında da AİHM, müdahaleye konu olan yayının toplumun genel görüşleriyle sadece çatışan, şok eden, kışkırtıcı fikirler içermekle kalmadığını, İslam dininin peygamberinin kişiliğine yönelik de hak-sız bir saldırı taşıdığını kabul etmiştir. AİHM'yi bu sonuca yönelten, kitapta yer alan *"Allah'ın elçisi iftardan sonra ve namazdan önce orucunu cinsel ilişkiyle açıyordu, Muhammed ölü bir insanla ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkiyi yasaklamıyordu"* ifadeleridir. Kitabın toplatılma kararı verilmemesi ve oldukça cüzî bir para cezasına hükmedilmesi, AİHM'nin uygulanan cezanın sosyal bir ihtiyacı karşıladığı ve orantılı olduğu yönündeki kararında etkili olmuştur. Sonuç olarak AİHM, belirtilen gerekçelerle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHM tarafından oybirliği ile ihlal olduğuna hükmedilen karar ise Aydın Tatlav/Türkiye¹²⁸ başvurusudur. Yukarıda yer verilen karardan farklı olarak, Aydın Tatlav/Türkiye kararında AİHM, başvurusunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvuruya konu olan olaylar şu şekildedir. Gazeteci olan başvuran, *"İslamiyet Gerçeği"* isimli 5 ciltlik kitabın yazarıdır. Akademik olarak Kuran'ın

¹²⁷ I.A./Türkiye-42571/98,13 Eylül 2005, para.32 (Erişim)<http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 08.11.2014.

¹²⁸ Aydın Tatlav/Türkiye-50692/99, 2 Mayıs 2006, (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 16.11.2014

yorumunu ve eleştirisini içeren 5. cildin baskısının yapılması üzerine, başvuran hakkında Eski Türk Ceza Kanunu'nun (765 sayılı kanun) 175/3 maddesi çerçevesinde, *“dinlerden birini tahkir etmek amacıyla yayın yapmak”* suçundan dolayı suç duyurusunda bulunulmuştur. Yerel mahkemelerde yapılan yargılamalarda başvuran, kitabının bilimsel bir kitap olduğunu, kişilerin inançları ile din adına Devlet yönetme arasında ayırım yaptığını ve dine dayalı siyaseti eleştirdiğini belirtmiştir.¹²⁹ Yerel mahkeme başvurucuyu, dine hakareten önce 12 ay hapis ve para cezasına çarptırmış, sonrasında ise hapis cezasını da para cezasına çevirmiştir. Yargıtay yerel mahkeme kararını onamıştır. Yerel mahkeme karara gerekçe olarak başvurucunun kitapta bulunan *“temel olarak eser Allah'ın olmadığını, cahil toplumu uyutmak için yaratıldığını, İslam'ın ilkel bir din olduğunu, halkı cennet ve cehennem hikayeleri ile kandırdığını, sömürü ve köleliği kutsallaştırdığı”* ifadelerine yer vermiştir.¹³⁰ Yerel mahkeme, Söz konusu ifadelerin dine hakaret suçunun unsurlarını oluşturduğuna kanaat getirmiştir. Başvurucu, AİHS 10. madde ile teminat altına alınan ifade özgürlüğü hakkına müdahale edildiğini belirtmiştir. Hükümet ise, Otto-Preminger/Avusturya kararına atıf yapmak suretiyle, söz konusu müdahalenin, AİHS 10/2 de belirtilen, ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla yapıldığını, AİHM tarafından müdahalenin Devlet'in takdir payı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

AİHM kararında, iki temel özgürlüğün arasında denge kurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu özgürlükler, bilgi ve fikirleri yayma özgürlüğü ile diğer insanların, düşünce, inanç ve dini özgürlüklerine saygıdır. AİHM, davaya konu eserde dine yönelik ağır eleştiriler olduğunu kabul etmiştir. Başvurucu kitapta yer alan ifadelerin doğrudan doğruya, inananları ya da dini sembollerini hedef almadığını, toplumdaki adaletsizlikleri *“Tanrı'nın isteği”* şeklinde meşrulaştırmaya çalışmanın yanlış olduğunu vurguladığına değinen AİHM, inananları, dinleri hakkında yapılan bazı eleştirilerden rahatsızlık duyabileceklerini belirtmiştir.¹³¹ Netice olarak, AİHM oybirliği ile, AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edilmesine karar vermiştir.

D. AİHM Kararlarının Değerlendirilmesi

Yukarıda kararları incelenmiş olan AİHM, dini değerlere hakarete ilişkin bir başvuru olduğunda ifade ve din vicdan hürriyeti arasında dengeyi gözetmeye çalışmaktadır. Bu kapsamda ifade özgürlüğünü sınırlarken, başkalarının hak

¹²⁹ Aydın Tatlav/Türkiye, para. 9-12.

¹³⁰ Aydın Tatlav/Türkiye, para.14.

¹³¹ Aydın Tatlav/Türkiye, para.28.

ve özgürlüklerini korumak gerekçesinden yola çıkmaktadır. Ancak her ne kadar AİHM tarafından bu konuda bir içtihat oluşturulduğu ileri sürülebilse de kanaatimizce, ihlal kararlarının oy oranı dikkate alındığında, söz konusu mahkemenin kararlarında istikrar bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Nitekim, yıllar süregelen ve temel insan hakkı olarak kabul edilen iki hak, ifade özgürlüğü ve din vicdan hürriyeti arasında sınır çizmek pek de kolay olmamaktadır. Bu zorluğun farkında olan AİHM, bu iki hak çatıştığında devletlerin daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamaktadır. AİHM'ye göre dine hakaret davalarında AİHS tarafından korunan iki hak yarışmaktadır. Bu haklar ifade özgürlüğü ve din ve vicdan özgürlüğü hakkıdır. Bu sebeple AİHM, öncelikli olarak tartışılması gereken hususun dine hakaret edilip edilmediği değil bu ifadelerin inananların duygularına saldırı niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi olduğunu belirtmiştir. Örneğin Otto-Preminger davasında, AİHM, dinin kendisini değil, dinsel duyguları saldırıya uğrayanları dikkate almıştır. İkinci olarak ise dine hakaret söylemine konu olan ifadenin hangi araç vasıtasıyla dış dünyaya yayıldığıdır. AİHM, sözlü ve görsel medyanın, yazılı medya ile kıyaslandığında toplum içerisinde daha hızlı yayılabilmekte olduğuna vurgu yapmıştır. Ayrıca AİHM, Wingrove/İngiltere davasında belirttiği üzere bir kez gösterime girmesi durumunda filmin kopyalanması ve el değişiminin denetiminin kontrolünün zor olabilmesinin karar verme sürecinde değerlendirmiştir. Yerel mahkemeler tarafından verilen karar gerekçeleri de AİHM tarafından bağlayıcı olmamakla birlikte iki hak arasında dengeyi kurarken gözettiği bir husustur.

AİHM tarafından verilen kararlar ve bu konudaki içtihadın gelişimi ise şu şekilde özetlenebilir. Otto-Preminger Institute ve Wingrove kararları diğer kararlara kıyasen daha önce verilmiş kararlar olup ilk dönem kararlar şeklinde nitelendirilebilir. Bu kararlar AİHS'nin önceki halinde ifadesini bulan Komisyon tarafından verilen kararlardır. Gerek Otto-Preminger gerekse Wingrove kararı karşıt oylar sonucu verilmiş kararlar olup bunlara ilaveten İ.A kararı da 4'e karşı 3 oyla verilmiş bir karardır. Anılan kararlar dine hakaret içerikli ifadelerin kamu gücü tarafından sınırlandırılabilceğini, devletlerin bu konuda takdir yetkisi olduğunu belirten kararlardır. AİHM söz konusu tespitini "ifade özgürlüğü hakkının başkalarının dini duygularını rencide edecek şekilde kullanılması halinde bu hakka yapılacak hangi tür müdahalenin makul olabileceği konusunda kapsamlı bir tanıma ulaşmanın" mümkün olmadığı gerekçesine dayandırmıştır. Bununla birlikte AİHM, son dönem kararlarından olan Aydın Tatlav-Türkiye kararında verilen cezanın küçük bir miktar olsa bile diğerleri üzerinde caydırıcı bir etki yapabileceğinden bahisle AİHS 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Öte yandan AİHM, ifade özgürlüğünün kullanımı sırasında uyulması gereken ödev ve sorumluluklar çerçevesinde de ele almış, söz konusu dini düşünce ve inançlara yönelik yapılan ifade açıklamalarında bu sorumluluğun “gereksiz yere başkalarına saldırıda bulunan ve böylece onların haklarını ihlal eden ve bu şekilde insan ilişkilerinde gelişme kaydetmeye elverişli kamusal hiçbir tartışmaya katkı yapmayan anlatımlardan da mümkün olduğunca kaçınma ödevini de içereceği belirtilmektedir.” şeklindedir¹³² AİHM tarafından “ödev” olarak nitelendirilebilecek şekilde getirilen bu sınırlandırmanın, kamusal tartışmaya hiçbir etkisi olmayacak, inanç sahiplerine karşı, kaba sövme ya da saldırı niteliğinde sayılan ayrıca toplumsal barışı zedeleyecek şekilde olan ifadelerin sınırlandırılması amacıyla konulduğu söylenebilir. Diğer bir deyişle kullanılan ifadenin kamusal tartışmaya hiçbir katkısı olmamakla birlikte dini hislere karşı “ucuz saldırı” şeklinde kullanıldığında AİHM tarafından korunması gereken ifade kapsamında olmayabilecektir.¹³³

Netice olarak bahsedilen hususlar AİHM tarafından her davada ayrı ayrı değerlendirilmeye tabi tutulsa da son verilen kararlar, bireylerin ifade özgürlüğü hakkını, din, vicdan ve kanaat özgürlüğüne tercih eder nitelikte olduğu görülmektedir.

6- 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA (TCK) YER ALAN HALKIN BİR KESİMİNİN DİNİ DEĞERLERİNİ AŞAĞILAMA SUÇU

A- Genel Bilgiler

İfade özgürlüğü serbestçe kullanılan bir insan hakkı olmasına rağmen bünyesinde birtakım sınırlandırmaları da taşımaktadır. Uluslararası ve ulusal düzeydeki metinlerde ifade özgürlüğünden bahsedilirken aynı zamanda belli sınırlamalar ve yaptırımlardan bahsedilmektedir.¹³⁴ Ulusal hukuki bir belge olarak Anayasal düzeyde yer alan bu sınırlamalar farklı mevzuatlarda karşılığını bulabilmektedir. Nitekim Düşünce ve kanaat özgürlüğü sınırsız iken bunların dış dünyaya açıklanması aşamasında bir takım gerekçelerle sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Makalede AİHM kararları çerçevesinde inceleme konusunu yapılan Dini Değerleri Aşağılama Suçu, 5237 sayılı TCK’nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının, Topluma Karşı Suçları Düzenleyen üçüncü kısmının beşinci bölümünde yer almaktadır. Kanunun 216/3 maddesinde yer alan suç

¹³² Kerem Altıparmak. s.106.

¹³³ Osman Doğru, Atilla Nalbant, s.19.

¹³⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, ifade özgürlüğünün aynı zamanda bir takım ödev ve sorumluluklar getirdiği belirtilmektedir. Bu sorumluluk ve ödevlere uyulmaması durumunda kullanılan ifade belli sınırlamalara tabi olabilecektir.

tipi kamu barışını korumak için yasa koyucu tarafından öngörülmüştür. 216. maddenin son fıkrası, “*halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması*” suç olarak düzenlenmiştir. Dini değerleri aşağılayan ifadeler, ifade özgürlüğünün sınırlama nedenlerinden birisidir.

TCK'nın 216/3 fıkrasındaki düzenleme,

“Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan bir kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” şeklindedir. Söz konusu düzenleme yani halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması, 5237 sayılı yasa ile suç haline getirilmiştir.

Suçun daha ağır cezaı gerektiren şekli ise 218. maddede yer almaktadır. Buna göre; *“Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz”*. TCK' da yer alan ve ifade özgürlüğünü sınırlandıran söz konusu hüküm, eylemin kamu barışını bozmaya elverişli olması durumunda uygulanabilecektir.

B- Eski ve Yeni Yasa Karşılaştırması

5237 sayılı yasanın 216/3 maddesinde düzenlenen Dini Değerleri Aşağılama Suçunun karşılığı 765 sayılı kanunda mevcut değildir.¹³⁵765 sayılı eski TCK'da “Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler” babının ikinci faslında “Din Hürriyeti Aleyhine Cürümler” (m.175-178) düzenlemesi yer almıştır. Ancak söz konusu düzenlemeler dini değerleri aşağılama suçunu da içine alacak, kapsamlı bir şekilde din hürriyetine ilişkin suçları düzenlemektedir. Belirtmek gerekir ki, tez konusu olan ve ifade özgürlüğünün bir sınırı olan dini değerleri aşağılama suçuna benzer düzenleme 765 sayılı TCK'nın 175. maddesinin 3.fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre; *“Allaha veya dinlerden veya bu dinlerin peygamberlerinden veya kutsal kitaplarından veya mezheplerinden birine hakaret eden veya bir kimseyi dini inaçlarından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden veya yasaklarından kaçınmasından dolayı kınayan veya tezyif veya tahkir eden veya alaya alan kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmi beş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.”* şeklindeydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunda söz konusu düzenleme *“dini değerler”* olarak yer almış ve daha kısa bir şekilde düzenlenmiştir.

¹³⁵ Ahmet Gökçen, **Kamu Barışına Karşı Suçlar** (m. 213-222), (Erişim) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc,s.1., 18.11.2014>.

C- Dini Değerleri Aşağılama Suçu

a- Korunan Hukuki Menfaat

Her suçun bir hukuki konusu vardır. Suçun hukuki konusu, hareketin doğrudan yöneldiği birey ya da şey suçun hukuki konusunu oluşturur. Öte yandan, suçun doğrudan ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaat suçun konusunu oluşturur.¹³⁶Hukuki konu ya da hukuk tarafından korunan menfaat denildiğinde elle tutulur veya gözle görünür bir maddi menfaat değil, aksine toplumdaki güvenliğe, sükuna ve birey olarak var olmanın onuruna dayanan toplumsal düzenin manevi değerleri olarak anlaşılmalıdır.¹³⁷Dini değerleri aşağılama suçu yönünden ise suçla korunan hukuki değer “kamu barışıdır”. Tehlike suçu niteliğinde olan dini değerleri aşağılama suçunda korunan menfaat açısından sadece tehlikenin doğması yeterli olmaktadır. Yani, zarar doğma tehlikesi korunan hukuki menfatı ihlal etmek için yeterli olmakta, zararın ortaya çıkması şartı aranmamaktadır.¹³⁸

b- Kamu Barışı

216/3'te yer alan fıkrasında yer alan kamu barışı kavramı aynı zamanda 5237 sayılı TCK'nın Özel Hükümler Başlıklı ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar'ı” düzenleyen üçüncü kısmının “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığında da yer almaktadır. Kamu barışı bireylerin bir birleri ile ilişkide hukukun egemen olduğu düzendir. Kamu barışı kavramı; kamu güvenliğinden geniş, kamu güvenliği kavramından ise daha dar bir anlama sahiptir.¹³⁹ Dini değerleri aşağılama suçunda yer alan “*kamu barışını bozmaya elverişlilik*” unsuru maddenin uygulama kapsamını daraltmaktadır. Bu nedenle, söz konusu fiilin kişinin kendisi ile ilgili olması durumunda kamu barışının bozulmasından söz edilemeyeceği için ilgili kanun hükmü uygulanamayacaktır.¹⁴⁰

c- Suçun Faili

Dini değerlerin aşağılanması suçunda, faillik müessesesi bakımından özel bir durum öngörülmemiştir. Yani herhangi bir kişi suçu faili olabilir. Nitekim

¹³⁶ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, 5237 sayılı **Yeni TCK'ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler** I, 7.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.280.

¹³⁷ Mahmut Koca, İlhan Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5.baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2013, s.107.

¹³⁸ Pervin Aksoy İpekçioğlu, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.183.

¹³⁹ Ahmet Gökçen, **Kamu Barışına Karşı Suçlar**, s.1.

¹⁴⁰ İsmail Malkoç, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde150-241)**, Ankara, Sözkese Matbaacılık, s.3610.

kanununda “*Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse*” şeklindeki hüküm ile failin suç işleme ehliyetine sahip herhangi bir kişi olabileceği belirtilmiştir.¹⁴¹

d- Suçun Mağduru

Her suçun koruduğu bir değer olduğu ve buna bağlı olarak hukuki bir menfaatin ihlali olması ve sonuç olarak suçtan zarar gören birisinin bulunması gerekmektedir.¹⁴²Buna göre suçun mağduru, suç konusunun muhatabı olan kişidir ve sadece gerçek kişiler bu suçun mağduru olabilir.¹⁴³ Suç olarak düzenlenen dini değerleri aşığılama kavramının, yasa koyucu tarafından kamu barışını bozduğu kabul edilmektedir. Suçun mağduru, halk ve halkın benimsediği dini değerler olmaktadır. Nitekim kanun metninde “*halkın bir kesiminin benimsediği dini değerler*” ifadesi ile korunan değer olarak halka yer verilmiştir. Kanun koyucu tarafından halk¹⁴⁴ ile kastetmiş olduğunun belirlenebilir olmayan insan topluluğu şeklinde anlaşılması gerekmektedir.¹⁴⁵

D-SUÇUN UNSURLARI

a- Maddi Unsurlar

TCK'nın 216/3 fıkrasındaki “*dini değerleri aşığılama*” suçunun maddi unsuru; halkın bir kesimi tarafından benimsenen dini değerleri kamu barışını bozmaya elverişli bir biçimde alenen aşığılamaktır. Madde metninde belirtilen asıl hareket unsuru dini değerlerin aşığılanmasıdır. Aynı zamanda suçun oluşması için aşığılama fiilinin alenen yapılması gerekmektedir. Son olarak söz konusu fiilin basın ve yayın yolu ile yapılması durumunda TCK 218. madde gereğince verilecek ceza yarı oranına kadar artırılabilir.

¹⁴¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.23.

¹⁴² Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2014, s.373.

¹⁴³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.24-25.

¹⁴⁴ Suçun oluşumu açısından, hedef alınan kesimi gerek sayı itibari ile gerek toplum hayatı bakımından önem ifade etmelidir. Örneğin, işçiler, işverenler, memurlar, çiftçiler, yabancılar, yerliler, siyasi gruplar, yabancılar, masonlar, aynı bölge insanları halk olarak kabul edilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.03.2005, 2004/8-201-2005/30

¹⁴⁵ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Madde 197-251**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 6544.

aa- Aşağılama Fiili

Türk Dil Kurumu sözlüğünde, Aşağılama; “değerinden düşük gösterme, küçültücü davranışlarda bulunma, hor görme” olarak tanımlanmıştır.¹⁴⁶ Diğer bir tanıma göre ise aşağılamak; değer vermemek, boş, anlamsız ve yarasızlığını belirterek bireylerin o şeye karşı sahip olduğu güven duygusunu sarsmaktır.¹⁴⁷ Aşağılama fiilinin şekli ve kullanılacak vasıta hususunda kanun metninde bir sınırlama bulunmadığından sözlü ifade, sanatsal ifade, resim veya karikatür, şeklinde aşağılama fiili işlenebilir. Önemli olan, bu yollarla açığa vurulan şekillerinin maddede korunan dini değerleri aşağılama kastı taşımasıdır.

Tehlike suçları zarar tehlikesi doğması mümkün suçlardır. Bu tip suçlarda zarar tehlikesinin doğması ihtimalinin bulunması tehlike anlamına gelmektedir.¹⁴⁸ Bu sebeple, suça ilişkin fiilin yani aşağılama teşkil eden sözün söylenmesi yeterli olup, halkın dini değerlerinin aşağılandığı duygusuna kapılmasına gerek yoktur. Objektif açıdan eylemin aşağılayıcı olması yeterlidir. Netice olarak, kanunda düzenlenmiş olan dini değerleri aşağılama suçu, zarar değil tehlike suçu olup aynı zamanda soyut değil somut bir tehlike suçudur.¹⁴⁹

bb- Aleniyet

Bu suç tipinin maddi unsurlarından biriside aleniyettir. Alenen; “açıktan açığa herkesin gözü önünde, herkesin içinde, gizlemeden, açıkca” anlamına gelmektedir.”¹⁵⁰ Öte yandan, hukuk dilinde ise aleniyet kavramı teknik bir tabir olarak kullanılmaktadır. Aleniyet tabiri, daha ziyade “Herkesin vakıf olabileceği bir şekilde” “kamuya açık olarak” anlamlarında kullanılmaktadır.¹⁵¹ Suçun işlenmesinde basın, internet veya sosyal medya kullanılarak yapılan açıklamalar söz konusu olduğunda aleniyet unsuru kendiliğinden gerçekleşecektir.

b. Manevi Unsur

Bir suçun oluşması için iradi bir hareket tek başına yeterli olmamakta, aynı zamanda o suça ilişkin manevi unsurun gerçekleşmesi de gerekmektedir. Bu

¹⁴⁶ **Aşağılamak Nedir**, (Erişim) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gt-s&g uid=TDK.GTS.547dd86935e750.16548548, 20.11.2014.

¹⁴⁷ İsmail Malkoç, s.3611.

¹⁴⁸ Pervin Aksoy İpekçioğlu, s.183.

¹⁴⁹ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, s.6558.

¹⁵⁰ **Aleniyet Nedir**, (Erişim)http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=keli-me&g uid=TDK.GTS.547de43d3cb.588388, 12.08.2014.

¹⁵¹ Fehmi Şener Gülseren, **Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı**, Haziran 2014, s.33, (Erişim) <http://en.lau.edu.tr/euljss/si513.pdf>, 12.07.2014

kapsamda kast ve taksir suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır.¹⁵² TCK'nun 22. maddesinde taksirle işlenen fiillerin kanunla açıkça belirlendiği hallerde cezalandırılacağı belirtilmiştir. TCK 216/3 de düzenlenen dini değerleri aşağılama suçu düzenlemesinde ise, kanunen öngörülen suç tipinin taksirle işlenebileceğine dair bir düzenleme bulunmadığından, bu suç yalnızca (doğrudan veya olası kastla) kasten işlenebilen suçtur.¹⁵³

c. Hukuka Aykırılık Unsuru

Maddi ve manevi unsurların varlığının yanında atipik bir davranış olan suçun oluşması için, suçun oluşumunda herhangi bir hukuka uygunluk sebebinden faydalanmaması gerekmektedir.¹⁵⁴

5237 sayılı TCK'nın ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlıklı ikinci bölümünde hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler bir arada düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk sebebi olarak; kanun hükmünü yerine getirme (TCK m. 24/1), meşru savunma (TCK m. 25/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) ve ilgilinin rızası (TCK m. 26/) yer almaktadır.

Dini değerleri aşağılama suçu bakımında ise, TCK'nin 218. maddesinde, bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, halinde cezanın artırılacağı belirtilmiştir. Diğer yandan söz konusu maddeye göre, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı belirtilmiştir. Anayasal anlamda teminat altında olan ifade özgürlüğü ve Basın Kanunda düzenlenen ve ifade özgürlüğünün bir görünümü olan haber verme hakkı şeklindeki fiiller madde belirtilen sınırlamalar dahilinde suç oluşturmayacaktır. Yukarıdaki açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, dini değerleri aşağılama suçu nedeniyle yapılacak her hangi bir soruşturma veya kovuşturma aşamasında fail, hukuka uygunluk nedeni olarak TCK 26/1 fıkrasında belirtilen hakkın kullanılmasından faydalanabilecektir.

d. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

aa- Teşebbüs

Tamamlanmış bir suç, icrai hareketleri sonuçlandırılmış ve tüm unsurları ile neticelendirilmiş olması gerekmektedir. Bunlardan birinin eksik kalması halinde suç tamamlanmamış olacaktır. Bir suçun icrasına başlanıp tamamlanama-

¹⁵² Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.181.

¹⁵³ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 3.Cilt, 3.Baskı, Ankara, 2010.

¹⁵⁴ Hakan Hakeri, s. 240.

ması hali maddi unsurdaki eksikliği ifade etmektedir.¹⁵⁵ Suça teşebbüs olarak tanımlanan bu durumda, unsurlardan birinin eksik olmasına rağmen fiil cezalandırılmaktadır. Ancak teşebbüsün cezalandırılması TCK'nın 35. maddesindeki şartların gerçekleşmesine bağlıdır. TCK'nın 35. maddesine göre "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu tutulur." Söz konusu hükme göre, fail suç işlemek amacıyla icrai hareketlere başlamakta ancak elinde olmayan sebeplerden dolayı sonuç gerçekleşmemektedir.

Doktrinde dini değerleri aşağılama suçunun sırf hareket suçu olması dolayısıyla ile kural olarak teşebbüse elverişli olmadığı belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile neticesi harekete bitişik olan suçlarda icrai hareketin yapılması ile birlikte sonuç gerçekleştiğinden icrai hareketin tamamlanıp, sonucun gerçekleşmemesi pek mümkün olmamaktadır.¹⁵⁶ Ancak suça ilişkin icrai hareketlerin kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüs olanaklı olmaktadır.¹⁵⁷ Bu bağlamda dini değerleri aşağılama suçunun maddi unsurlarından birisinin de aleniyet olduğu düşünüldüğünde, failin herhangi bir söz ya da ifadenin aleniyet kazanmasını engellemesi halinde bu durum gerçekleşebilir. Örneğin, basın ve yayın yolu ile işlenmesi mümkün olan bu suçun, yazının ilgili yayın organına gönderilip sonrasında ise yayınlanmaması yönünde talebinin olması gösterilebilir.¹⁵⁸

bb- İştirak ve İçtima

Suça iştirakten söz edilebilmesi için suçun işlenmesinde birden fazla fail olması gerekmektedir. Suça katılım maddi olabileceği gibi manevide olabilir. Suçun oluşumu açısından yapılan katkının bir önemi olmamakla birlikte farklı nitelikte fiiller söz konusu olabilir. Ancak, iştirak edenlerin hareketlerinin illiyet bağı açısından değer taşınması gerekmektedir.¹⁵⁹ Bu suç tipi bakımından her türlü iştirak mümkündür. Zira yasa koyucu bu suç tipi bakımından özel bir faillik statüsü aramamıştır. Dolayısıyla ile bu suç tipine iştirakte, iştirake ilişkin TCK'da yer alan genel hükümler dikkate alınacaktır.¹⁶⁰

¹⁵⁵ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.206.

¹⁵⁶ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, 7.Baskı, Beta yayıncılık, 2011, s.458.

¹⁵⁷ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, s.6567.

¹⁵⁸ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, s.6567-6568.

¹⁵⁹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Aydın, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, 2012, s.518.

¹⁶⁰ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, s.6567-6568.

TCK 216/3 de düzenlenen suç tipine ilişkin içtimanın uygulanıp uygulanmayacağına geçmeden önce, içtimanın ne olduğunu tanımlamak gerekmektedir. Ceza hukukun da her bir fiil karşılığında ayrı bir yaptırım düzenlenmiştir. Bunun istisnası suçların içtimadır. Yani içtima, birden fazla fiil için tek bir suç belirlenmesidir.

Suçların içtimasında belirli bir hukuki menfaati korumakla birlikte birden çok suçun tek bir failde birleşmesi söz konusudur. Diğer bir ifade ile işlenmiş bir, birden fazla suç olmasına karşın tek bir hukuki yararın ya da aynı hukuki yararın farklı eymeler ile ihlal edilmesidir.¹⁶¹ Bu durum gerçek içtima şeklinde olabileceği gibi, fikri içtima şeklinde de olabilmektedir. Eğer birden fazla fiil ile birden fazla hukuki yarar ihlal edilmişse orta birden fazla suç bulunmakta olup gerçek içtima durumu söz konusu olmaktadır.¹⁶² Ancak fikri içtima durumunda birden fazla fiil ile aynı hukuki yarar ihlal edildiğinden failin sorumluluğu belirlenirken her suç için ayrı ayrı ceza verilmemektedir.

Dini değerleri aşağılama suç tipi bakımından yasa koyucu suçların içtimasına ilişkin herhangi bir istisna ya da özel bir düzenleme öngörmediğinden, suçların içtimasına ilişkin TCK'da yer alan genel hükümler bu suç içinde uygulanabilecektir.

cc- Yaptırım

Ceza, diğer bir ifade ile yaptırım, bir suç işleyen bir kişiye işlemiş olduğu suçun ağırlığının karşılığı olarak uygulanan ve kişiyi bir takım hak yoksunluklarına uğramasına sebep olan müeyyidelerdir.¹⁶³ Yaptırım bireyin işlemiş olduğu suç ile topluma vermiş olduğu zarar karşılığında bazı yoksunluklara tabi tutmak, özellikle suçluyu rehabilite etmek amacıyla sınırlamak ve bu şekilde toplumun söz konusu hareketleri onaylamadığını belirtmek amacıyla yargısal bir karar sonucu verilen caydırıcı bir cezadır.¹⁶⁴

Dini değerleri aşağılama suçu için ise TCK 216/3. Maddesinde öngörülen yaptırım altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. TCK'nun 218.maddesi¹⁶⁵ uygulandığında ceza yarı oranında artırılabilecektir.

Suçun cezası 2 yıldan az bir ceza olduğu için sanığın rıza göstermesi durumunda yargılamayı yapan mahkemece 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanu-

¹⁶¹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Aydın, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, s.535.

¹⁶² Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Aydın, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, s.535-536.

¹⁶³ Ali Şafak, **Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)**, Ankara, Selim Kitapevi, 1.Baskı, 2005, s.60.

¹⁶⁴ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 8.Baskı, 2012, s.531.

¹⁶⁵ İlgili kanun metninde, suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde verilecek cezanın artırılması öngörülmüştür.

nu'nun 231/5 maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

dd- Kovuşturma Usulü ve Görevli Yetkili Mahkeme

Resen soruşturulan yani şikayete tabi olmayan dini değerleri aşığılama suçuna ilişkin yargılama, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10. maddesi uyarınca Sulh Ceza Mahkemeleri tarafından yapılmaktadır. Eğer suç basın ve yayın yolu ile işlenirse 5187 sayılı Basın Kanunu 7. maddesi gereğince Asliye Ceza Mahkemesi yetkili olacaktır. Yetkili yargı merci ise aşığılama eyleminin yapıldığı yerdeki mercidir.

SONUÇ

İfade özgürlüğü birçok hakkın temelini oluşturur. Bu hak demokrasilerin temel taşlarından biridir. İfade özgürlüğü, tarihsel süreç içerisinde insanlığın sahip olduğu en önemli kazanımlardan birisidir. Fakat nerdeyse bütün haklar için geçerli olan hakların sınırlandırılması meselesi bu hak içinde gündeme gelmektedir.

İfade özgürlüğünün en önemli sınırlama sebeplerinden biriside nefret söyleminin söz konusu olduğu durumlardır. Her hakkın kötüye kullanımı söz konusu olabileceği gibi ifade özgürlüğü hakkının da kötüye kullanımı sonucu nefret söylemi ve bunun sınırlandırılması son dönemlerin en çok tartışılan hususu olmuştur. Ne yazık ki bu tartışmalar genellikle hukuk ve hukukun bir parçası olan mevzuat ve uluslararası mahkeme kararları ile sınırlı kalmıştır. Hâlbuki meselenin sosyolojik ve siyasi sebepleri de aynı şekilde önemli bir nokta olup üzerinde konuşulmasını fazlası ile hak ettiği değerlendirilmektedir. Bu bağlamda gerek dini, gerekse etnik köken, cinsel kimlik benzeri özellikleri nedeniyle bireylerin bir birine karşı kullandıkları nefret söylemleri toplumsal şartlardan bağımsız değildir.

Demokratik toplumların hukuk sistemlerinde ifade özgürlüğü ve bunun sınırlarına ilişkin tartışmanın yoğunlaştığı ve herkesi tatmin edecek bir sonuca varılmadığı sorunlardan birisi "ırk, din ya da başka kimlikleri referans alan nefret içerikli" düşüncelerin kullanılmasıdır. İnsan haysiyet ve onuruna yönelik bir saldırı olarak nitelendirilebilecek nefret söyleminin sınırlandırılmadığı durumlarda, kendisine karşı ifade kullanılan bireyler rencide olabileceği gibi devletin pozitif yükümlülükleri ihmal edilmiş olabilecektir. İnsan hakları alanında özgül bir ağırlığa sahip olan ifade özgürlüğü hakkı insan haysiyet ve şerefine bir ge-

reği olarak kullanılmakta ise, bir başka bireyin insan hak ve özgürlüğüne saldırı olması durumunda da yine insan onuru gereği sınırlandırılması gerekecektir.

Bu kapsamda hukuk bilimi açısından karşımıza iki soru çıkmaktadır, acaba hangi tür ifadelere müdahale edilmeli ve bu müdahale ne tür bir müdahale olmalıdır. Buna göre ne tür nefret söylemi içeren ifadelerin sınırlandırılması gerektiği tartışmalı bir alandır. Bu konuda en zor konulardan olan dini hisler ve değerlere tanınan korumadır. Nitekim nelerin dini değer olarak kabul edileceği ve hangi unsurlar bir araya geldiğinde bu korumanın devreye gireceği muğlaktır. AİHM, yerel makamlar tarafından ahlaki ve dini konuları ilgilendiren durumlarda, Avrupa genelinde ortak bir konsensus bulunmaması dolayısı ile, dini değerlere saygı duyma eğilimindedir. AİHM, Otto Preminger kararında belirttiği gibi her toplumun kendine özgü dinamikleri olabileceğini, Devletlerin dinsel barışı sağlama amacıyla bu dinamikler arasında orantı kurma konusunda takdir marjı olduğunu belirtmiştir. Ancak söz konusu takdir marjı bu konuda devletlere verilen bir ruhsat olabilmekle birlikte, içeriğinin doldurulması yine o devletlerin yetkisinde bulunmaktadır. Kanaatimizce bu takdir marjını kullanma eğilimi ceza hukukunun işletmek şeklinde olmamalıdır.

Nefret söylemi şiddete teşvik ve tahrik içeriyorsa bu durumda ifade özgürlüğü hakkı kötüye kullanıldığı kabul edilebilecek ve ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacaktır. Suçun unsurlarından olan zarar tehlikesinin şiddetin teşvik edildiği durumlarda olduğu kabul edilebilecektir. Ancak, kullanılan ifadenin şiddeti içermeyen, salt konuya ilişkin fikir beyanı olduğu kabul edilen durumlarda, cezai müeyyideye başvurmak yerine toplumsal iletişim kanallarının açık tutularak tarafların karşılıklı görüş alışverişi yapması ile, şayet bu şekilde sorun çözülemiyorsa, tazminat hukuku mekanizmalarını işleterek konuya yaklaşmanın daha uygun olacağı kanatındeyiz. Nitekim devletin bu konularda cezai müeyyideler uygulaması, bazı durumlarda kamu barışını veya huzurunu korumaktan çok, ona zarar verebilmektedir. AİHM vermiş olduğu kararlarda başvuruculara verilen cezanın hapis cezası olması durumunda konuya daha ihtiyatlı yaklaşmakta ve yaptırımın ağırlığına göre ihlal kararları verebilmektedir.



KAYNAKÇA

ALTIPARMAK, Kerem, **Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. ifade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap**, bk. İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye, 1.Baskı, İstanbul İletişim Yayınları, Sena Ofset, 2007.

ARSLAN, Zühtü, İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: Açık ve Mevcut Tehlikenin Tehlikeleri, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, (Editör: Bekir Berat Özipek), Ankara, 2003.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, **5237 sayılı Yeni TCK'ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, 7.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

ASAD, Talal, **Reflections on Blasphemy and Secular Criticism**, "In Religion: Beyond a Concept", Hent de Vries, Fordham University Press, 2008.

ASAD, Talal, **Free Speech, Blasphemy, and Secular Criticism, in Is Critique Secular?: Blasphemy, Injury and Free Speech**, The Townsend Papers in Humanities No. 2, University of California Press, Los Angeles, 2009.

AYDIN, Öykü Didem, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Huku-ku-ABD**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

BAKIRCIOĞLU, Önder, **Freedom of Expression and Hate Speech**, Tulsa Journal of Comparative-International Law, Vol.16, 2008.

BEYDOĞAN, T.Ayhan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasî İfade Hürriyeti**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu, Cantekin Matbaası 2003.

BIÇAK, Vahit, **AİHM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Özgürlüğü** (Editör: Bekir Berat Özipek), Ankara 2003.

CAN, Osman, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?**, Liberal Düşünce Topluluğu, (Editör Bekir Berat Özipek), 2003.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, 7.Baskı, Beta Yayıncılık, 2011.

ÇAĞLAR Bakır, ÇAVUŞOĞLU Naz, **Parti Kapatma Davalarında Mermer – Mozaik İkilemi: Demokratik Toplum Düzeni Hukuku Tartışması Üzerine Notlar**, Ankara, Anayasa Yargısı 16, 1999.

- ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları**, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2000.
- DEMİR, Hande Seher, **AİHS sisteminde Din ve Vicdan Özgürlüğü**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 8.Baskı, 2012.
- DOĞRU, Osman; NALBANT, **Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, .Cilt 2, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.
- GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012.
- GÖKÇEN, Ahmet, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, (TCK madde 312/2), Ankara, Pano Ofset, 2001.
- GÜRSEL, Esra Demir, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8-11 maddesinde korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları**, Doktora Tezi, İstanbul, 2014.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, US-A Yayıncılık, 2014.
- HAKERİ, Hakan , **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012
- İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- KABOĞLU, İbrahim Ö, **Özgürlükler Hukuku 1**, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2013
- KAMBER, Suat, **İfade Özgürlüğü**, Ankara, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, 2012.
- KAPANİ, Münci, **Kamu Özgürlükleri**, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara, Yetkin Yayınları, 1993.
- KARAGÖZ, Kasım, **İfade Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Sınırlandırılması**, Ankara, 2004 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- KARAN, Ulaş, **Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk**, 1.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, (Editör;Yasemin İnceoğlu) 2012.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2.baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2012.
- KÜÇÜK, Adnan, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, 1.Baskı, Liberal Düşünce Topluğu/Avrupa Komisyonu, Cantekin Matbaası, Eylül 2003.

KÜZECİ, Elif, **AİHS'nin 10. maddesi ışığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.71, 2007.

MACOEVI, Monica, **İfade Özgürlüğü**, Avrupa Konseyi, El Kitapları no.2, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasburg, 2001.

MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 150-241)**, Ankara, Sözkese Matbaacılık.

MURDOCH, Jim, **Düşünce vicdan ve din özgürlüğü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin uygulanmasına dair klavuz kitap, İnsan hakları el kitapları, Çev.Serkan Cengiz, 1.Baskı, Ankara, Şen Matbaa, 2013

NATHWANI, N, **Human Rights Law Review**, 2008/4.

OKUMUŞ, Ali, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye de İfade Hürriyeti**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.

ÖKTEM, Akif Emre, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Ankara, Liberte Yayınları, Aralık 2002.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013.

ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, AYDIN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3.Baskı, 2012.

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 3.Cilt, 3.Baskı, Ankara, 2010.

REİSOĞLU, Safa, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta, 2001.

RIJN, Arjen Van, **İfade Özgürlüğü (10. madde)**, 1.Cilt, Ankara, Başkent Klişe Matbaacılık, (Editör;Birsen Erdoğan, Derleyenler;Birsal Erdoğan, Ulaş Karan) .

SELÇUK, Sami, **Düşün Özgürlüğü**, Yeni Türkiye, S. 17, Yıl. 3, Ankara, 1997.

SELÇUK, Sami, **Bağımsız Yargı Özgür Düşünce**, İmge Yayınları, Ankara 2007.

SUNAY, Reyhan, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, 3.Baskı, Ankara, Pano Ofset, 2001.

ŞAHBAZ, İbrahim, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

ŞAHİN, Kemal, **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gereklere ve Sınırları**, İstanbul, XII Levha Yayınevi, 1.Baskı, 2009.

ŞAFAK, Ali, **Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)**, Ankara, Selim Kitapevi, 1.Baskı, 2005.

TAHZEB-LIE, Bahia, **Freedom of Religion or Belief Is An Asset**,“Fundamental Rights And Principles”, Liber Amicorum, Pieter van Dijk, Marjolein van Roosmalen, Ben Vermeulen, Fried van Hoof, Marten Oosting, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersantia Publishers, 2013.

TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2004.

TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SANCAKDAR, Oğuz; ÖNOK, Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, 5.baskı, Ankara, Seçkin Yayınları,2014.

TRAGER, Robert - DICKERSON Dona L.:**21. Yüzyıl da İfade Özgürlüğü**, Çev.A. Nuri Yurdusev, Ankara: 2003.

VURAL, Hasan Saim, **Türkiyede Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence**, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2013.

YAŞAR, Osman; GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa: **Türk Ceza Kanunu Cilt V Madde 197-251**, Ankara, Adalet Yayınevi 2014.

WEBER, Anna, **Nefret Söylemi El Kitabı**, Çev. Metin Çuhaloğlu Avrupa Konseyi Yayınları, Eylül 2009.

ZARPLI, Çağdaş, **İnsan Hakları: İçeriği ve Sınırları**, Kütahya Yüksek Lisans Tezi, 2008.

ZWAAK, Leo, Kasım Karagöz, Kemal Şahin, Murat Tümay; **Matra “Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi” İfade Özgürlüğü Ders Kitabı**, Ankara Adalet Akademisi Yayınları 2013.

İNTERNET KAYNAKLARI

Adnan Küçük, **Fikir Özgürlüğünün Unsurlarıyla Birlikte Arzettiği Ayrılmaz Bütünlük**, (Erişim) http://www.akader.info/KHUKA_2003_mart/fikir_hurriyeti.htm. 13.12.2014

Aleniyet Nedir, (Erişim)http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bt-s&arama=kelime&g_uid=TDK.GTS.547de43d3cb.588388, 12.08.2014.

Fehmi Şener Gülseren, **Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı**, Haziran 2014, s.33, (Erişim)<http://en.lau.edu.tr/euljss/si513.pdf>, 12.07.2014.

Aşağılamak Nedir, (Erişim)http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gt-s&arama=gts&g uid=TDK.GTS.547dd86935e750.16548548, 20.11.2014.

Erdoğan Tezic, **“Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”**, Anayasa yargısı, 1990, c.7 (Erişim) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg7/tezic.pdf>, 15.10.2014.

Ahmet Gökçen, **Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)**, (Erişim) <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc,s.1.>, 18.11.2014.

Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses, Annual Report for 2006, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, 2007, s.9, (Erişim) <http://www.osce.org/odihhr/26759>, 12.06.2014.

Hülya Dinçer, **“İnsan Hakları Söylem Ve Pratiğinde Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü Ve Dini Hislere Tanınan Koruma”**, Marmara Üniversitesi resmi web sitesi, (Erişim) <http://marmara.academia.edu/hulyadincer>, 16.08.2014.

“Nefret Söylemi”, (Erişim)<http://www.nefretsoylemi.org>, 14.09.2014.

Ş. Özen, **“İslam Hukukunda Zındıklık Suçu Ve Molla Lürfi’nin İdamının Fikhîliği”**, İslam Araştırmaları Dergisi, Sayı 6, 2001, s.6. (Erişim) <http://www.isam.org.tr/documents%5Cdosyalar%5Cpdfler%5Cisla%5Cmarastirmalaridergisi%5Csayi06%5C017062.pdf>, 12.09.2014.

Tarlach McGonagle, **“Protection of Human Dignity, Distrubition of Racist Content (Hate Speech)”**, Institute for Information Law, Faculty of Law, University of Amsterdam (Erişim) <http://www.ivir.nl/publications/mcgonagle/humandignity.html>. 16.08.2014.

Sabahattin Nal, **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”**, Mustafa Kemal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi,, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,57-4, (Erişim)<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/469/5371.pdf>, s.88 ,11 Eylül 2014.

AİHM KARARLARI

Aydın Tatlav/Türkiye (no. 50692/99), (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 16.11.2014

Castells/İspanya (no.11798/85), (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014

De Haas ve Gijssels/Belçika (no.19983/92),(Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 21.11.2014.

Dink/Türkiye (no.64915/01), p.69, (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 18.06.2014.

Handyside/Birleşik Krallık (no: 5493/7), (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.09.2014.

Garaudy/Fransa (no.65831/01),(Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.11.2014.

Giniewski/Fransa (no. 6401/2006) (Erişim)<http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 08.11.2014.

Jersild/Danimarka (no. 15890/89), (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014

I.A./Türkiye (no:4571/98), (Erişim)<http://www.hudoc.echr.coe.int/site> 07.08.2014.

Kokkinakis/Yunanistan(no.14307/88),(Erişim)<http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.11.2014.

Lingens/Avusturya (no. 9815/82), (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014

Murphy/İrlanda (no.44179),(Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 07.09.2014.

Müller ve Diğerleri/İsviçre (no.10737/84), (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014.

Otto Preminger Institut/Avusturya (no.13470/87), (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.11.2014

Thorgeir Thorgeirson/İzlanda (no.13778/88),(Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014

Wingrove/İngiltere (no. 17419/90), (Erişim) <http://www.hudoc.echr.coe.int/site>, 06.10.2014

TERÖR PROPAGANDASI YAPAN VEYA TERÖRÜ ÖVEN İNTERNET SİTELERİNİN İDARİ YOLDAN ENGELLENMESİNE DAİR 13 KASIM 2014 TARİHLİ FRANSIZ YASAL REFORMU¹

La Réforme Française Du 13 Novembre 2014 Sur Le Blocage Administratif Des Sites Internet Provoquant Au Terrorisme Ou En Faisant L'apologie

Mustafa AKGÜN²

ÖZET

21. yüzyıl, küresel terör örgütlerinin ses getiren eylemleriyle başlamıştır. Bu saldırılar, birçok devleti, fazla baskıcı hükümler de içeren terörle mücadele düzenlemeleri yapmaya yönlendirmiştir. Fakat bu düzenlemeler terörün küresel çapta yaygınlaşmasını önlemeye yetmemiştir. Hatta kimi aşırı baskıcı önlemler, terör örgütlerinin daha fazla güç kazanmasına sebep olmuştur.

Günümüzde terör örgütleri, insan kaynağı bulmak, daha geniş bir eylem alanı edinmek, üyelerine ve sempatanlarına görüşlerini empoze etmek için iletişim çağının imkânlarını aktif olarak kullanmaktadır. Küresel terörün mevcut durumu ve bu amaçla internet sitelerinin yoğun olarak kullanılıyor olması gerçeği, birçok ülkeyi bu alanda özel düzenlemeler yapmaya yönlendirmiştir.

Bu şartlar altında, Fransa, terör propagandası yapan veya terörü öven internet sitelerinin idari yoldan engellenmesine dair yasaları 13 Kasım 2014'te kabul etmiştir. Bu durum, Fransa'da ifade özgürlüğü ve iletişim özgürlüğü çerçevesinde bir tartışmanın da doğmasına sebep olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Küresel Terör, İnternet, İdari engelleme, İfade Özgürlüğü, İletişim Özgürlüğü

RESUMÉ

Le 21ème siècle a commencé avec de fortes attaques de groupes terroristes mondiaux. Ces attaques ont conduit la plupart des pays à faire des réglementations spécifiques antiterroristes y compris des réglementations très répressives. Mais ces réglementations n'étaient pas assez pour finir la dissémination du terrorisme mondial. En fait, certaines mesures exagérées a eu même des effets renforçant pour les groupes terroristes.

Actuellement, les organisations terroristes profitent bien les possibilités de l'ère de communication dans la rémunération des terroristes, l'élargissement de leur

¹ Makale, Human Rights Review 11. sayısında yayımlanacak olan Fransızca aslından Türkçe'ye çevrilmiştir.

² Paris'teki Türk Büyükelçiliği'nde hukuk stajyeri, mustafaakgun91@gmail.com

champ de violence et pour enseigner leurs membres et sympathisants. La situation actuelle du terrorisme mondiale et l'utilisation fréquent des sites internet pour ce but a amené certaines pays faire des règlementations spécifiques sur ce domaine.

Dans ces circonstances, la France a adopté, le 13 novembre 2014, des lois relatives au blocage administratif des sites internet provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie, qui a lancé un vif débat autour de la liberté d'expression et de communication.

Mots Clés: Terrorisme Mondial, Internet, Blocage Administratif, Liberté D'expression, Liberté de communication



GİRİŞ

1. Reformun sosyo-politik sebepleri

Küresel durum

Terör, "Bir Devlet ve/veya topluluğa karşı, başka türlü bir dış devlet desteğine sahip olsa bile devlet dışı olarak değerlendirilebilecek bir aktör tarafından, söz konusu ülkede yapılan şiddet eylemi"³ olarak tanımlanabilen hukuki bir kavramdır. Üç tür terör mevcuttur: ulusal, uluslararası ve küresel terör⁴. Küresel terör, teknolojik küreselleşme olanaklarını kullanma niteliği ile tanımlanmaktadır⁵.

İletişim ve ulaşım teknolojilerinin gelişimi terörün küreselleşmesine yol açmıştır. Günümüzde internet ve özellikle sosyal medya ağları küresel terör aktörlerinin vazgeçilmez araçlarıdır. Propagandalarını yapmak, teröristleri seçmek ve eğitmek için iletişim araçlarını kullanmaktadırlar. İnternetin kontrolünün zor olması, yukarıda sözü edilen amaçlarını gerçekleştirmek için onlara serbest bir alan sunmaktadır.

Terörün küreselleşmesi olgusu iki önemli değişikliğe sebep olmuştur: eski duruma kıyasla terör örgütlerinin coğrafi olarak daha geniş bir kompozisyonları bulunmakta⁶ ve eylem alanları kolaylıkla daha geniş hale gelebilmektedir.

³ H. LAURENS, M. DELMAS-MARTY, «Le terrorisme comme concept juridique de transition», in. *Terrorismes. Histoire et droit*, H. LAURENS, M. DELMAS-MARTY, Biblis, CNRS éditions, Paris, 2010, s.323.

⁴ E. DECAUX, «Terrorisme et droit international des droits de l'homme» in. *Terrorismes. Histoire et droit*, H. LAURENS, M. DELMAS-MARTY, Biblis, CNRS editions, Paris, 2010, s.307

⁵ Ibid. s.309.

⁶ G. CHAILAND, "Guérillas et terrorismes", in. *Politique étrangère*, (Fransız Uluslararası İlişkiler Enstitüsü tarafından basılan üç aylık dergi), No. 2, 2011, s.291.

Günümüzdeki en tehlikeli terör aktörlerinden birisi olan Daeş Suriye'deki iç savaşın ardından Ortadoğu'da doğmuştur ve dünyanın çeşitli ülkelerinde bulunan teröristlerden oluşan yapısının yanı sıra, Ortadoğu'dan daha büyük bir etki alanına da sahiptir. Diğer bir deyişle küresel insan kaynakları ve mali kaynaklarına ek olarak, küresel bir eylem alanına da sahiptir. Diğer yandan, küresel terörizmin önemli ve daha eski bir aktörü olan El-Kaide, terör örgütü tarafından verilen bir eğitim veya talimat olmaksızın sempatizanlarını bireysel terör saldırıları yapmaya davet eden bir bireysel cihat çağrısında bulunmuştur⁷. El Kaide, terör saldırılarının yapılması için, sempatizanlarının gerekli kavramları kendi kendilerine öğrenerek bunları gerçekleştirmelerini istemektedir. Norveç'te 77 kişinin ölümüne sebep olan Anders Behring Breivik saldırısında ve Fransa'da 7 kişinin ölümüne sebep olan Mohammed Merah saldırısında bireysel terörün birincil etkilerini görmüş bulunmaktayız. İnternet olanaklarının bireysel terör üzerinde de çok önemli etkileri bulunmaktadır. Terör örgütlerinin propagandalarını yapan, kendi kendine patlayıcı madde/silah hazırlama yöntemlerini ve suç izlerini yok etmeyi öğreten internet siteleri ve sosyal medya hesaplarına rastlamak mümkündür.

Konuya Fransa'daki durumun incelenmesi ile devam etmek uygun görülmektedir. Fransa, bilinen terör gruplarının merkezlerine coğrafi açıdan oldukça uzak olmasına rağmen, küresel terörden zarar gören ilk ülkeler arasındadır. 7 Temmuz 2014 tarihli Meclis raporuna⁸ göre Fransız kurumları, terör şebekeleri tarafından etki altına alınmış Fransız – veya Fransa'da ikamet eden – kişi sayısının 899 olduğunu ve altı ayda %58 artış teşkil ettiğini kaydetmiştir. Son yıllarda, Charlie Hebdo gazetesinin merkezine yapılan saldırıda olduğu gibi, Fransız vatandaşları tarafından Fransız topraklarında terör grupları adına gerçekleştirilen terör saldırılarının arttığını görmüş bulunmaktayız. Terör gruplarındaki Avrupalı militanların varlığı Avrupa düzeyinde de aynı şekilde önemli bir konudur. Nitekim Avrupa'da terörün yaygınlaşması, mevcut gereksinimlere daha iyi uyarlanmış bir terörle mücadele politikası yürütmenin gerekliliğini bizlere göstermiştir. Bu politikanın en önemli amaçlarından bir tanesi, terör örgütlerinin internet üzerinden propaganda yapmalarının önlenmesidir. Nitekim internette terör propagandası yapılması, teröristlerin seçilmesi ve eğitilmesi, Avrupa ülkelerinin çoğunun bu alanda özel düzenlemeler yapmasına sebep olmuştur.

⁷ G. STEINBERG, Al- Al-Qaida 2011, in. Politique étrangère, (Fransız Uluslararası İlişkiler Enstitüsü tarafından basılan üç aylık dergi), No. 2, 2011, s.267.

⁸ "Terörle mücadeleye ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı", Komisyon Raporu No. 2173, 22 Temmuz 2014'te teslim edilmiş, Millet Meclisi, Erişim adresi: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta-commission/r2173-a0.asp>

Bu şartlar altında, Fransa, terör propagandası yapan veya terörü öven internet sitelerinin idari yoldan engellenmesine dair yasaları 13 Kasım 2014'te kabul etmiştir.

2. İnternet sitelerini engelleme yöntemleri

29 Temmuz 1982 tarihli kanunun 1'inci maddesi uyarınca "görsel ve işitsel iletişim serbesttir". Bu özgürlüğün anayasal dayanağı, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (DDHC)'nin aşağıda belirtilen 11'inci maddesinde bulunmaktadır: "Düşüncelerin ve inançların serbestçe dışavurumu en değerli insan haklarından bir tanesidir. Bu nedenle, her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve yayınlatabilir, ancak bu özgürlüğün yasada belirlenen kötüye kullanılması hallerinden sorumlu olur.". Ayrıca, bu özgürlük Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) tarafından da korunmaktadır⁹. Normal olarak bu özgürlüğün sınırları bulunmaktadır. AİHS'nin 10-2 sayılı maddesi, bu özgürlüğün sınırları konusunda büyük bir öneme sahiptir. Bu madde, Fransız hukukunu da oldukça derinden etkilemiştir¹⁰. Bu madde, ifade özgürlüğünün "demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olması" sebebiyle kanun tarafından kısıtlanabileceğini öngörmektedir.

Suçlar konusunda internetin önemli bir role sahip olduğu dikkate alındığında, yeni teknolojilere uygun özel düzenlemelerin yapılması kaçınılmaz hale gelmiştir. Terör propagandası, çocuk pornosu ve diğer suçlar sanal ortamda da normal olarak yasaktır ve cezalandırılmaktadır. İnternet, kanunların hükmünün geçmediği bir alan değildir ama bu alanda hukuku güvence altına almak için internetin niteliklerine uyarlanmış özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

⁹ Sözleşme'nin 10. maddesi aşağıdaki gibidir: "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

Erişim adresi: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf

¹⁰ A. LEPAGE, Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet, Litec, Editions Jurisclasseur, Paris, 2002, s.89

İnternet sitelerinin iki şekilde engellenmesi söz konusudur: adli yolla engelleme ve idari engelleme. Bir mahkeme kararının ardından gelen ilk yöntem, Avrupa hukukundaki temel engelleme yöntemidir. İdari engelleme yalnızca olağanüstü durumlarda mümkün olmaktadır. Fransız hukukunda idari engelleme, yalnızca çocuk pornosu¹¹ içeriklerine yer sağlayan siteler ve belirli bir ölçüde yasadışı şans oyunlarına¹² hizmet veren siteler için mümkündür. Geri kalanlar için adli karar gereklidir. Diğer bir örnek olarak, Türk hukukunda, idari engelleme yalnızca içerik ve yer sağlayıcısının Türkiye’de bulunmadığı durumdaki suçları kapsayan bir kategori için ve içerik ve yer sağlayıcısının Türkiye’de bulunduğu durumdaki suçları kapsayan daha kısıtlı bir kategori için mümkün olmaktadır¹³.

¹¹ 14 Mart 2011 tarihli ve 2011-267 sayılı İç Güvenlik Performansı İçin Oryantasyon ve Programlama Kanunu (LOOPSI 2)’nin 4’ncü maddesi, çocuk pornosu niteliğine sahip sitelerin idari yoldan engellenmesini öngörmek için Dijital Ekonomide Güven Kanunu (LCEN)’nin 6’ncı maddesini değiştirmiştir.

¹² “Ek olarak, çevrimiçi para oyunları ve şans oyunlarının rekabete açılması ve düzenlenmesine ilişkin 12 Mayıs 2010 tarihli ve 2010-476 sayılı kanunun 61’inci maddesinin uygulanmasıyla ve izinsiz çevrimiçi bahis teklifi veya para ve şans oyunu faaliyetine erişimin engellenmesine yönelik yöntemlere ilişkin 30 Aralık 2011 tarihli ve 2011-2122 sayılı kararnamenin uygulanmasıyla ortaya konan «karma» engelleme (yani idari bir makamın inisiyatifıyla kanuni olarak), yasa dışı oyun sitelerinin engellenme yöntemlerini tanımlar. İç Güvenlik Kanunu’nun III. Kitabının II. Bölümü’nde yer alan hükümleri ihlal eden para veya şans oyunları operatörlerinin tespit edilmesi ve mahkeme emri çıkarılmasının ardından, ARJEL (Çevrimiçi oyunları Düzenleme İdaresi) Başkanı, yer sağlayıcıların hizmetinin durdurulması ve uygun olduğu durumda İnternet Servis Sağlayıcıları (İSS)’na ait suçlanan sitelerin engellenmesi amacıyla Paris Asliye Hukuk Mahkemesi (TGI) Başkanı’na başvurabilir.”
“Terörle mücadeleyle ilişkin hükümleri güçlendiren kanun tasarısı”, 2173 sayılı komisyon raporu, 22 Temmuz 2014 tarihli, Millet Meclisi, Erişim adresi: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta-commission/r2173-a0.asp>

¹³ 04.05.2007 tarihli ve 5651 sayılı kanunun 8’inci maddesi uyarınca, Ceza Kanunu’nda tanımlanan ve aşağıda belirtilmiş olan kimi suçları işleyen internet sitelerinin engellenmesine karar verilebilir:

- İntihara yönlendirme
- Çocukların cinsel istismarı
- Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma
- Sağlık için tehlikeli maddelerin temini
- Müstehcenlik
- Fuhuş
- Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama

Bu madde aynı zamanda Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun’da tanımlanan suçları işleyen internet sitelerinin de engellenebileceğini öngörür.

Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Gerekli bulunan hallerde, soruşturma evresinde de cumhuriyet savcısı erişimin engellenmesine karar verebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını 24 saatlik bir mühlet içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını en geç 24 saatlik yeni bir mühlet içerisinde açıklar.

Adli engellemede iki yöntem mevcuttur: hâkim kararı ile engelleme ve mahkeme kararı ile engelleme. 5 Mart 2007 tarihli kanunla değiştirilen 29 Temmuz 1881 tarihli basın özgürlüğü ile ilgili kanunun 6.I.8 ve 50-1 sayılı maddeleri uyarınca, “hizmetin durdurulması, başsavcının ve konuya müdahil olmak isteyen gerçek veya tüzel herhangi bir kişinin talebi üzerine hâkim kararıyla mümkündür”. Başka bir örnek olarak Türkiye’de, 04.05.2007 tarihli 5651 sayılı kanunun 6’ncı maddesinin 1’nci paragrafında listelenen suçlar için hukuki engelleme kararı soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Gerekli bulunan hallerde, soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı erişimin engellenmesine karar verebilir. Bu durumda cumhuriyet savcısı kararını 24 saat içinde hâkimin onayına sunar. Hâkimin, kararını en geç 24 saat içerisinde açıklaması gerekir. Diğer suçlar için mahkeme karar verebilir.

Prensip olarak, bireylerin ifade ve iletişim özgürlüklerini kısıtlayan bir müdahale, siyasetten bağımsız bir makamın kararını gerektirmektedir. Fakat internet kullanıcılarının korunması, çocukların korunması ve terörle mücadele gibi kimi gereklilikler, bu prensipte kimi istisnaların yapılmasına sebep olmuştur.

İdari engelleme için temel olarak iki yöntem mevcuttur¹⁴. İlk yöntem, yargı erki aksi yönde karar alıncaya kadar engellenmenin geçerli olacağı salt idari yöntemdir. İkincisi ise, tedbirin başlatılması veya devam etmesi için idari merci tarafından yargı erkine başvurulmasını gerektiren karma bir engellemedir. Bu durumda, yönetimin idari engellemesi geçicidir ve adli bir karar olmaksızın yalnızca kısıtlı bir süre boyunca geçerlidir. Fransa’da, Ceza Kanunu’nun 227-23 sayılı maddesi kapsamında çocuklarla ilgili cinsel içerikli resim veya tasvirler yayınlayan internet sitelerinin idari yoldan engellenmesi, salt idari engelleme yöntemine tabiidir. Buna karşılık, yasa dışı şans oyunlarının engellenmesi için Çevrimiçi Oyunları Düzenleme İdaresi (ARJEL) Başkanı, yer sağlayıcıların hizmeti durdurması veya bu mümkün olmadığı durumda İnternet Servis

Yukarıda belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) idari engelleme kararı verebilir. BTK, bu içeriklerin sorumlularını bulduğunda hâkime başvurmalıdır. Bir hâkimin aksi yönde kararı olmadıkça, idari engelleme geçerli kalır.

BTK, içerik ve yer sağlayıcısının ülkede ikamet etmesi durumunda dahi çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik suçlarından dolayı idari engelleme kararı alabilir. Fakat bu durumda BTK’nın hâkime 24 saat içinde başvurusu gerekir. Hâkimin kararını en geç 24 saat içinde bildirmesi gerekir. Aksi takdirde, idari engelleme derhal geçersiz olacaktır.

¹⁴ Fransa’da yasa dışı şans oyunlarının engellenmesi için ARJEL Başkanı, yer sağlayıcıların hizmetinin durdurulması ve uygun olduğu durumda internet servis sağlayıcılarının suçlanan sitelerinin engellenmesi amacıyla Paris TGI Başkanı’na başvurabilir. Dolayısıyla idari makamın inisiyatifinde olan bir hukuki engelleme söz konusudur. Bazı yazarlar bunu idari engellenmenin başka bir türü olarak kabul etmektedir.

Sağlayıcıları (İSS)'nin suçlanan siteleri engellenmesi amacıyla Paris Asliye Hukuk Mahkemesi (Tribunal de grande instance de Paris) Başkanı'na başvurabilir. Dolayısıyla, idari makamın insiyatifinde olan yarı-adli bir engelleme söz konusudur. Diğer bir örnek olarak Türkiye'de, özellikle belirtilmiş suçlara ilişkin idari engelleme kararları için, yer sağlayıcısı ve içerik sağlayıcısının yurt dışında buldukları durumda, salt idari engellemeye izin verilmektedir. Bu durumda, yargı makamı aksi yönde karar alana kadar idari engelleme geçerli kalır. Ayrıca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), içerik ve yer sağlayıcısının ülkede bulunması durumunda dahi çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik gerekçeleriyle idari engelleme kararı alabilir. Fakat bu durumda, BTK'nın 24 saat içinde hâkime engelleme konusunda başvurması gerekir ve hâkimin kararını en geç 24 saatlik bir mühlet içinde açıklaması gerekir. Aksi takdirde idari engelleme derhal geçersiz olacaktır.

Reformlardan önce Fransa'da, terörü öven internet sitelerinin engellenmesi kararını hâkim almaktaydı. Uluslararası terörün güçlenmesi ve özellikle Daeş'in ortaya çıkması karşısında, adli engelleme yönteminin de önemli zayıf noktaları bulunduğu görülmüştür. Bu durum, idari engellenmenin güçlenmesine yol açmıştır.

A. REFORMUN TANITIMI

1. Reformun içeriği

Fransa'da, internet ortamı da dâhil olmak üzere, terör propagandası yapmak bu reformdan önce de Ceza Kanunu'nun 421-2-5 sayılı maddesi uyarınca yasaktı ve cezalandırılmaktaydı. Terör propagandası yapan internet sitelerinin engellenmesine adli engelleme ile karar verilmekteydi¹⁵. Reformdan önce, 29 Temmuz 1881 tarihli kanunun 50-1 sayılı maddesi, internet üzerindeki kimi yasa dışı içerikler – ihlallerde bulunmaya yönlendirmek, savaş suçlarını veya insanlık suçlarını övmek, insanlık suçlarını inkâr etmek, terör propagandası yapmak ve terör olaylarını övmek, ayrımcılık veya nefret propagandası yapmak – alenen yasa dışı bir durum oluşturulduğunda aşağıdaki maddeyi öngörmekteydi: “hizmetin durdurulması, başsavcının ve konuya müdahil olmak isteyen gerçek veya tüzel herhangi bir kişinin talebi üzerine hâkim kararıyla mümkündür”. Dolayısıyla internet sitelerinin engellenmesi adli bir engellemeyi gerektirmekteydi. İnternet sitelerinin idari yoldan engellenmesi yalnızca yasa dışı şans oyunlarının ve çocuk pornografisinin engellenmesi için mümkündü.

¹⁵ S. PIETRASANTA, “Terörle mücadeleye ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı (no. 2110) hakkında meclis raporu”, Millet Meclisi, Anayasa kanunları, yasama ve cumhuriyetin genel idaresi komisyonu adına, no. 2173, 22 Temmuz 2014, s.125.

13 Kasım 2014 tarihli kanunun 12'nci maddesi kapsamında, terör propagandası yapan veya terörü öven internet sitelerinin idari yoldan engellenmesi kabul edilmiştir. Yapılan revizyon ile aşağıdaki hükümler eklenmiştir:

- terör propagandası ve teröre övgü eylemlerini teknik olarak sağlayanların sorumluluğundaki özel yükümlülük alanlarının genişletilmesi (madde 9)
- ve bu durumda idari engelleme olanağı.

Bu yasal değişikliğin sonunda, 21 Haziran 2004 tarihli ve 2004-575 sayılı Dijital Ekonomide Güven Kanunu'nun (La loi pour la confiance dans l'économie numérique) 6-1 sayılı maddesi aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

“Ceza Kanunu'nun 421-2-5 sayılı maddesinde belirtilen terör eylemlerinin propagandasının yapılmasına veya bu eylemlerin övülmesine karşı veya aynı kanunun 227-23 sayılı maddesinde belirtilen çocuklarla ilgili resim veya tasvirlerin yayınlanmasına karşı mücadele gereklilikleri kanıtlandığında, idari makam, mevcut kanunun 6'ncı maddesinin III'ünde belirtilen her türlü kişiden veya aynı 6'ncı maddenin I'inin 2'sinde¹⁶ belirtilen kişilerden, 421-2-5 ve 227-23 sayılı aynı maddeleri ihlal eden içerikleri kaldırmalarını talep edebilir. İdari makam, eşzamanlı olarak mevcut kanunun 6'ncı maddesinin I kısmının 1'inde¹⁷ belirtilen kişileri de bu konuda bilgilendirir.”

Ceza Kanunu'nun 421-2-5 sayılı maddesi uyarınca¹⁸ “terör eylemlerinin doğrudan propagandasını yapmak veya bu eylemleri kamusal alanda övmek”

¹⁶ “2. Çevrimiçi kamusal iletişim hizmetleri vasıtasıyla kamunun erişimine sunulmak üzere bu hizmetlerin alıcıları tarafından temin edilen sinyal, yazı, görüntü, ses veya her türlü mesajın saklanması bedava da olsa sağlayan gerçek veya tüzel kişilerin, eğer bu verilerin yasa dışı özelliklerine veya bu özelliği sağlayan olgular ve koşullara dair fiilen bilgileri bulunmadıysa veya eğer bu verilerin yasa dışı özellikte olduklarını öğrendikleri anda bu verileri kaldırmak veya bunların erişimini engellemek üzere derhal bir eylemde bulunmuşlarsa, bu hizmetlerin alıcısının isteği üzerine saklanmış olan faaliyet veya bilgilere ilişkin sivil sorumlulukları bulunmamaktadır. Hizmet alıcılarının, sözü edilen paragrafta belirtilen kişinin otoritesi veya kontrolü altında hareket ettiği durumda yukarıdaki paragraf uygulanmamaktadır.”

¹⁷ I.-1. Çevrimiçi kamusal iletişim hizmetlerine erişim sunma faaliyetinde bulunan kişiler, kullanıcılarını, kimi hizmetlere erişimin kısıtlanmasını veya bunların seçilmesini sağlayan teknik yöntemlerin mevcudiyetine dair bilgilerden ve bu yöntemlerden en az birini onlara önerir. Bir önceki paragrafta sözü edilen kişiler, Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L.336-3 maddesinde tanımlanan yükümlülüğün ihlal edildiğine dair uyarı sağlayan güvenlik yöntemlerinin mevcudiyetini de onlara aynı şekilde iletir ve aynı kanunun L.331-26 maddesinin ikinci paragrafında öngörülen listede bulunan yöntemlerden en az birini onlara önerir.

¹⁸ Ceza kanununun 421-2-5 sayılı maddesi “Terör eylemlerinin doğrudan propagandasını yapmak veya bu eylemleri kamusal alanda övmek, beş yıl hapis ve 75.000 € para cezası ile cezalandırılır. Eylemlerin bir çevrimiçi kamusal iletişim hizmeti kullanarak gerçekleştirilmesi durumunda cezalar yedi yıl hapis ve 100.000 € para cezası şeklinde artırılır” öngörmektedir.

yasaktır ve cezalandırılmaktadır. Bu madde, idari makamın internete müdahalesinin asli gerekçesini oluşturmaktadır. Terör eylemlerinin propagandasını yapan veya bunları öven sitelerin ve çocukların resim veya tasvirlerini pornografik nitelikte yayınlayan sitelerin engellenmesine yönelik 5 Şubat 2015 tarihli ve 2015-125 sayılı kararnamenin 1'inci maddesi uyarınca, idari engellemeden sorumlu idari makam, Ulusal Polis Genel Müdürlüğü'nün bir bölümü olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Suçlarıyla Mücadele Merkezi'dir.

Bu merkez, içerik sağlayıcılarından (diğer bir değişle, kanunun 6'ncı maddesinin III'ünde¹⁹ belirtilen ve çevrimiçi kamusal iletişim hizmetlerini düzenleme faaliyetinde bulunan kişiler) veya içeriğin yer sağlayıcılarından (diğer bir değişle, aynı 6'ncı maddenin I'inin 2'sinde belirtilen ve bu hizmetlerin alıcıları tarafından temin edilen sinyal, yazı, görüntü, ses veya her türlü mesajın saklanması ücretsiz de olsa sağlama faaliyetinde bulunan gerçek veya tüzel kişiler) yasa dışı içeriği kaldırmalarını isteyebilmektedir. İdare, bu konuda erişim sağlayıcılarını da bilgilendirmektedir. Erişim sağlayıcıları, çevrimiçi kamusal iletişim hizmetlerine erişim sunma faaliyetinde bulunan kişilerdir.

21 Haziran 2004 tarihli ve 2004-575 sayılı kanunun 6-1 maddesi uyarınca:

“Bu içeriklerin yirmi dört saatlik bir mühlet içerisinde kaldırılmaması durumunda, idari makam, sözü edilen 421-2-5 ve 227-23 maddelerini ihlal eden çevrimiçi kamusal iletişim hizmetlerinin elektronik adreslerinin listesini, yine 1'de belirtilen kişilere bildirebilir. Bu durumda bu kişilerin derhal bu adreslere erişimi engellemesi gerekir. Bununla birlikte, yine 6'ncı maddenin III'ünde belirtilen kişi tarafından yine III'de belirtilen bilgilerin ortaya konmaması durumunda, idari makam, mevcut maddenin ilk paragrafının ilk cümlesinde öngörülen koşullara uygun olarak içeriklerin kaldırılmasını önceden talep etmeksizin, mevcut paragrafın ilk cümlesinde öngörülen bildirimde bulunabilir.”

Bir içerik kaldırma talebine konu olan içerik sağlayıcıları ve yer sağlayıcılarının bu içerikleri 24 saatlik bir mühlet içerisinde kaldırmamaları durumunda, idari

¹⁹ “III.-1. Çevrimiçi kamusal iletişim hizmetlerine erişim sunma faaliyetinde bulunan kişiler, aşağıdaki maddeleri açık bir standartta kamunun erişimine sunar: a) Gerçek kişiler söz konusuysa soyadları, adları, evleri ve telefon numaraları ve odalar ve borsalar birliği ile esnaf ve sanatkârlar sicil kaydı formalitelerine tabii olmaları durumunda kayıt numaraları, b) Tüzel kişiler söz konusuysa, unvanları veya isimleri ve şirket merkezleri, telefon numaraları ve odalar ve borsalar birliği ile esnaf ve sanatkârlar sicil kaydı formalitelerine tabii olmaları durumunda kayıt numaraları, hisse sermayeleri ve şirket merkezlerinin adresi, c) Yayının direktörünün veya direktör yardımcısının ismi ve mümkünse yukarıda belirtilen 29 Temmuz 1982 tarihli ve 82-652 sayılı kanunun 93-2 sayılı maddesi yönünden redaksiyon sorumlusunun ismi, d) I'in 2'sinde belirtilen alıcının unvanı veya ismi, adresi ve telefon numarası.”

makamın başka bir olanağı daha mevcuttur. Bu durumda, bu adresleri derhal engellemesi gereken erişim sağlayıcılarına başvuru yapılabilir.

Ayrıca 6'ncı madde uyarınca, içerik sağlayıcılarının, kimliklerine dair kimi verileri kamuya açık hale getirmesi gerekmektedir²⁰. Bu yükümlülüğü yerine getirmemeleri halinde, idari makam, içerik sağlayıcılarından içeriği kaldırmalarını önceden talep etmek mecburiyetinde değildir.

21 Haziran 2004 tarihli ve 2004-575 sayılı kanunun 6-1 maddesi uyarınca:

“İdari makam, kaldırma taleplerini ve sırasıyla birinci ve ikinci paragraflarda belirtilen listeleri, Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu [CNIL] bünyesinde, bu komisyondaki yetki süresini kapsayacak şekilde atanan bir uzman kişiye iletir. Bu kişi, Bilişim, Fişler ve Özgürlükler konusundaki 6 Ocak 1978 tarihli ve 78-17 sayılı kanunun 13'üncü maddesinin 1'inde belirtilen kişiler arasından seçilir.”

4 Mart 2015 tarihli ve 2015-253 sayılı kararnamenin 2'nci maddesi uyarınca, idari makam, Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu üyeleri arasından atanan uzman kişiye engelleme listelerini derhal iletir. Uzman kişinin tarafsızlığını sağlamak amacıyla, sırasıyla Millet Meclisi ve Senato tarafından atanmış olan iki milletvekili ve iki senatörün uzman kişi olarak atanması mümkün olmamaktadır. 5 Şubat 2015 tarihli ve 2015-125 sayılı kararnamenin 5'nci²¹ maddesi uyarınca, uzman kişi, görevlerini yerine getirirken CNIL'in

²⁰ “Çevrimiçi kamusal iletişim hizmetlerine erişim sunma faaliyetinde bulunan kişiler, aşağıdaki maddeleri açık bir standartta kamunun erişimine sunar:

- a) Gerçek kişiler söz konusuysa soyadları, adları, evleri ve telefon numaraları ve odalar ve borsalar birliği ile esnaf ve sanatkârlar sicil kaydı formalitelerine tabii olmaları durumunda kayıt numaraları,
- b) Tüzel kişiler söz konusuysa, unvanları veya isimleri ve şirket merkezleri, telefon numaraları ve odalar ve borsalar birliği ile esnaf ve sanatkârlar sicil kaydı formalitelerine tabii olmaları durumunda kayıt numaraları, hisse sermayeleri ve şirket merkezlerinin adresi,
- c) Yayının direktörünün veya direktör yardımcısının ismi ve mümkünse yukarıda belirtilen 29 Temmuz 1982 tarihli ve 82-652 sayılı kanunun 93-2 sayılı maddesi yönünden redaksiyon sorumlusunun ismi,
- d) l'in 2'sinde belirtilen alıcının unvanı veya ismi, adresi ve telefon numarası.

2. Bir çevrimiçi kamusal iletişim hizmetini profesyonel olmayan bir şekilde düzenleyen kişilerin, gerçek isimlerini saklamak adına, 1'de öngörülen kişisel tanımlayıcıları iletmek şartı ile l'in 2'sinde belirtilen alıcının yalnızca adını, unvanını veya ismini ve adresini kamuya açık hale getirmesi mümkündür.

l'in 2'sinde belirtilen kişiler, bu kişisel tanımlayıcıların veya ilgili kişinin tanımlanmasını sağlayan her türlü bilginin açığa vurulması konusunda, Ceza Kanunu'nun 226-13 ve 226-14 sayılı maddelerinde öngörülen koşullardaki profesyonel gizliliğe tabiidir. Bu profesyonel gizliliğe karşı bir itirazın yargı makamına taşınması mümkün değildir.”

²¹ “Uzman kişinin atanması Fransa Cumhuriyeti Resmi Gazetesi'nde yayınlanır. Uzman kişi, Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu (CNIL) hizmetlerine ilişkin görevlerini yerine

imkanlarından faydalanabilecektir.

21 Haziran 2004 tarihli ve 2004-575 sayılı kanunun 6-1 sayılı maddesi uyarınca:

“Uzman kişi, kaldırma taleplerinin ve listenin oluşturulma, güncellenme²², iletilme ve kullanılma koşullarının uygunluğunu temin eder. Bir uygunsuzluk tespit etmesi durumunda, bu uygunsuzluğa son verilmesini herhangi bir zamanda idari makama tavsiye edebilir. İdari makamın bu tavsiyeye uymaması durumunda, uzman kişi, yetkili idare mahkemesine duruşma olmaksızın veya tek taraflı olarak başvurabilir.”

Bu uzman kişi, engelleme kararlarının uygunluğunu ve karar listesini kontrol etmektedir. Bu kontrol, listenin oluşturulmasını, iletilmesini, kullanılmasını ve güncellenmesini kapsamaktadır. Uzman kişi, engellemeye karar veren idari makama tavsiyede bulunma hakkına sahiptir. İdari makamın tavsiyeye uymaması durumunda, uzman kişi hâkime başvurabilir.

5 Şubat 2015 tarihli ve 2015-125 sayılı kararnamenin 5'inci maddesi uyarınca, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Suçlarıyla Mücadele Merkezi, yer sağlayıcıları ve içerik sağlayıcılarına yönelik kaldırma taleplerinin yanı sıra, internet sitelerinin içerikleri tarafından Ceza Kanunu'nun yukarıda belirtilen 227-23 ve 421-2-5 sayılı maddelerinin ihlaline sebep olan öğeleri de uzman kişinin erişimine sunmaktadır. Ayrıca, 4 Mart 2015 tarihli ve 2015-253 sayılı Kararname'nin 4'üncü maddesi uyarınca, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Suçlarıyla Mücadele Merkezi, bildirimde bulunan elektronik adreslerin halen yasa dışı özellikte bir içeriğe sahip olup olmadığını her üç aylık dönemde en az bir kere kontrol eder.

getirmek için çalışır. Ceza Kanunu'nun 227-23 ve 421-2-5 sayılı maddelerini ihlal eden çevrimiçi kamusal iletişim hizmetlerinin içeriklerinin Fransızca diline tercüme edilmesi gerektiğinde kendisine bir çevirmen eşlik eder. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Suçlarıyla Mücadele Merkezi, yer sağlayıcıları ve içerik sağlayıcılarına yönelik kaldırma taleplerinin yanı sıra, çevrimiçi kamusal iletişim hizmetlerinin içerikleri tarafından Ceza Kanunu'nun 227-23 ve 421-2-5 sayılı maddelerinin tanınmamasına sebep olan öğeleri de uzman kişinin erişimine sunar.”

²² Bilgi Teknolojileri ve İletişim Suçlarıyla Mücadele Merkezi, ihlalde bulunan iletişim hizmeti içeriğinin halen yasa dışı özellikte olup olmadığını her üç aylık dönemde en az bir kere kontrol eder.

Bu hizmetin yok olması veya içeriğinin artık yasa dışı özellikte olmaması durumunda, Merkez, listeden ilgili elektronik adresleri çıkartır ve bu durumu derhal uzman kişi ve yukarıda sözü edilen 21 Haziran 2004 tarihli kanunun 6'ncı maddesinin 1'inin 1'inde belirtilen kişilere bildirir. Bu bildirim takip eden yirmi dört saatlik mühlet içinde, bu kişiler, uygun olan herhangi bir yöntemle, listeden çıkarılan elektronik adresler tarafından sunulan hizmetlere erişilmesini ve bu hizmetlere doğru aktarım yapılmasını sağlarlar.

21 Haziran 2004 tarihli ve 2004-575 sayılı kanunun 6-1 maddesi uyarınca:

“İdari makam, içerikleri Ceza Kanunu’nun 421-2-5 ve 227-23 sayılı maddelerini ihlal eden elektronik adresleri, çevrimiçi kamusal iletişim hizmetine referans verilmesini durdurmaya yönelik her türlü gerekli önlemi almakla yükümlü olan arama motorlarına veya dizinlere aynı şekilde ihbar edebilir. Mevcut maddenin üçüncü paragrafında öngörülen prosedür uygulanır”

Birinci ve ikinci paragraflarda öngörülen yolların tüketilmesinin ardından yine aynı prosedür uygulanır. 4 Mart 2015 tarihli ve 2015-253 sayılı Kararname’nin 3’üncü²³ maddesi uyarınca, ihbarı takip eden kırk sekiz saatlik mühlet içinde, arama motorlarının ya da dizinlerin operatörleri bu adreslere referans verilmesini durdurmaya yönelik her türlü yararlı önlemi alırlar.

21 Haziran 2004 tarihli ve 2004-575 sayılı kanunun 6-1 maddesi uyarınca:

“Üçüncü paragrafta belirtilen uzman kişi, özellikle kaldırma talebi sayısı, kaldırılan içerik sayısı, kaldırma sebepleri ve idari makama verilen tavsiye sayısını vurgulayan, çalışma şartları ve faaliyetinin sonuçları hakkındaki faaliyet raporunu her yıl kamuoyuna duyurur. Bu rapor, Hükümet’e ve Meclis’e iletilir.

Sorumluluğu operatörlere verilmiş olan yükümlülüklerden doğan ve mümkün olan durumlarda ispatlanan ek maliyetlerin tazminatını da kapsayan mevcut maddeye başvuru yöntemleri kararname ile belirtilmiştir.

Mevcut maddede belirtilen yükümlülüklerin herhangi bir şekilde ihlali, mevcut kanunun 6’ncı²⁴ maddesinin VI’sının 1’inde öngörülen cezalarla cezalandırılır.”

2- Reform Prosedürü

Bu reform, Fransa’da terörle mücadeleyi güçlendiren bir yasal düzenleme

²³ “İhbarı takip eden kırk sekiz saatlik mühlet içinde, arama motorlarının ya da dizinlerin operatörleri bu adreslere referans verilmesini durdurmaya yönelik her türlü yararlı önlemi alırlar. Elektronik adreslerde ekleme, gizleme veya düzeltme yoluyla değişiklik yapmazlar.”

²⁴ “I’in 1 ve 2’sinde belirtilen faaliyetlerden birini gerçekleştiren, ne mevcut maddenin I’inin 7’sinin dördüncü ve beşinci paragraflarında tanımlanan, ne de mevcut kanunun 6-1 sayılı maddesinde öngörülen yükümlülükleri yerine getiren, mevcut maddenin II’sinde belirlenen bilgi unsurlarını saklamayan veya bir yargı makamının talebi üzerine söz konusu unsurların yazışmalarını adalete teslim etmeyen bir gerçek kişi veya bir tüzel kişinin yasal ya da gerçek yöneticisi, bir yıl hapis ve 75.000 Euro’luk para cezası ile cezalandırılır. Tüzel kişiler, Ceza Kanunu’nun 121-2 sayılı maddesinde öngörülen koşullarda, bu ihlallerden cezai olarak sorumlu tutulabilir. Bu kişiler, aynı kanunun 131-38 sayılı maddesinde öngörülen yöntemlere uygun olan para cezasının yanı sıra, bu kanunun 131-39 sayılı maddesinin 2 ve 9’unda belirtilen cezalara da çarptırılırlar. Bu maddenin 2’sinde belirtilen yasaklama, en fazla beş yıllık bir süre için belirtilmiştir ve eylemdeki profesyonel faaliyetle veya ihlalin hangi vesileyle gerçekleştirildiğiyle ilgilidir.”

çerçevesinde yapılmıştır. Terörle mücadeleyle ilişkin hükümleri güçlendiren 2110 sayılı yasa tasarısının 9'uncu maddesi, terör propagandası yapan veya terörü öven internet sitelerinin idari yoldan engellenmesini öngörmüştür. Yasa tasarısı, 29 Ekim 2014 tarihinde Millet Meclisi tarafından, 4 Kasım 2014 tarihinde de Senato tarafından kabul edilmiştir.

Yasa tasarısı ile yasa karşılaştırıldığında, her ikisi de Millet Meclisi tarafından konu edilen iki önemli ve somut farklılık gözlemlenmektedir. İlki, idari makamın, içerik sağlayıcısı veya yer sağlayıcısından içeriğin kaldırılmasını önceden talep etme yükümlülüğüdür²⁵. Yasa tasarısında, içerik sağlayıcısı veya yer sağlayıcısından talepte bulunma prosedürü öngörülmemiştir²⁶. İnternet üzerinden terör propagandasına karşı kamu güçlerinin müdahalesini daha etkin kıldığı gibi içeriğin içerik sağlayıcısı veya yer sağlayıcısı tarafından kaldırılması olanağıyla, engellenmenin "ikincil"²⁷ bir önlem haline gelmesini de sağlayan bir değişiklik yapılmıştır²⁸.

Yasa tasarısına göre, idari makam erişim sağlayıcılarına doğrudan ihbarda bulunabilmekteydi ve bunların derhal erişimi engellemesi gerekmektedir. Buna karşılık mevcut kanunda, idarenin ilk önce en yakın kişilerden (diğer bir deyişle, içerik sağlayıcısı ve yer sağlayıcısından) yasa dışı içeriği kaldırmalarını talep etmesi gerekmektedir. Yirmi dört saatlik bir mühlet içinde kaldırılmadığı durumda, İSS'lere derhal bu içerikleri engelleme emri vermektedir. Bizce bu revizyonun iki avantajı bulunmaktadır. İlk olarak, içerik sağlayıcısı veya yer sağlayıcısının içeriği kaldırması, kamu kuruluşlarının daha az müdahalede bulunmasını sağlar ve bu durum "olması gerekenden fazla engelleme"yi önleyebilir²⁹. İkinci olarak, içerik sağlayıcıları ve yer sağlayıcıları ile kurulacak işbirliği sayesinde, içerikler hem ulusal, hem de uluslararası düzeyde daha etkin bir şekilde engellenebilir.

İkinci farklılık idari engellemelerin kontrolü hakkındadır. Yasa tasarısının ilk metninde, Adalet Bakanı tarafından atanan bir adli yargı hâkiminin bu misyon-

²⁵ "Terörle mücadeleyle ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı", Millet Meclisi tarafından kabul edilen 406 nolu rapor, 18 Eylül 2014. Erişim adresi: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0406.asp>

²⁶ "Terörle mücadeleyle ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı", Komisyon raporu no. 2173, 22 Temmuz 2014'de verilmiş, Millet Meclisi, s.91. Erişim adresi: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta-commission/r2173-a0.asp>

²⁷ "Terörle mücadeleyle ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı", M. Sébastien PIETRASANTA'nın 2173 nolu raporu, hukuk komisyonu adına, Millet Meclisi, 22 Temmuz 2014. Erişim adresi: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2173.asp>

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

dan sorumlu olacağı öngörülmüştür; fakat güçler ayrılığı ilkesine karşı gelineceğinden dolayı, idari makam karşısında kendisine herhangi bir imtiyaz verilmemiştir³⁰. Komisyon, yenilenmeyecek üç yıllık bir süreyle bir uzman kişinin CNIL tarafından atanmasını önermiştir³¹. Bu kişiye, idari makamın kaldırılmasını talep ettiği içeriklerin veya engellenmesini emrettiği sitelerin, Ceza Kanunu'nun terör propagandası yapılması, terörün övülmesi veya pornografik nitelikte çocuk resimlerinin yayınlanmasına yaptırım uygulayan hükümlerini gerçekten ihlal edip etmediğini kontrol etme misyonu emanet edilecektir. Bu kişinin, idari makama karşı bir tavsiye gücü olacaktır. İdari makamın bu tavsiyeye uymaması durumunda, uzman kişinin idare mahkemesine başvurma yetkisi olacaktır. Senato'da yasa tasarısı üzerinde önemli değişiklikler yapılmamıştır ve bu yasa tasarısı Senato tarafından 4 Kasım 2014 tarihinde nihai olarak kabul edilmiştir³².

Bu reform, ifade ve iletişim özgürlüğü konusunda bir tartışmanın doğmasına sebep olmuştur. Millet Meclisi'nin Dijital Çağın Hak ve Özgürlükleri Komisyonu, internet sitelerinin idari yoldan engellenmesini öngören ve terörle mücadele ile ilgili hükümleri güçlendiren yasa tasarısının 9'uncu maddesi ile ilgili ayrı bir rapor iletmiştir. Öte yandan Anayasa Konseyi'ne bu reformla ilgili bir başvuruda bulunulmadığı için Konsey bu reformu incelememiştir. Esasen, aynı dönemde, internet sitelerini idari yoldan engellemenin kapsamını genişleten bir reform da Türkiye'de yapılmıştır. Türkiye'de, temel olarak iş kanununu güncelleme amacıyla çıkarılan 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı torba yasanın³³ ardından idari engellemenin içeriği genişletilmiştir. İnternet sitelerinin engellenmesi hakkındaki maddeye eklenen yeni paragraf uyarınca: "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkan'ın talimatı üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlık'tan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde

³⁰ S. PIETRASANTA, op.cit.

³¹ "2173 sayılı komisyon raporu".

³² "Terörle mücadeleye ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı", komisyon raporunun değerlendirilmesiyle sunulan değişiklikler, Senat. Erişim adresi: <http://www.senat.fr/amendements/commissions/2013-2014/807/accueil.html>

³³ Torba yasa, Türkiye'de hükümetlerin sıklıkla kullandığı bir yasa tasarısı şeklindedir. Yasa, temel konusunun yanında farklı konuları da içerebilmektedir. Örneğin, incelediğimiz yasa başlangıçta iş kanunu üzerineyken, terörle mücadele revizyonlarını da kapsamıştır. Bu uygulama doktrinde çok eleştirilmektedir.

açıklar.” Bu yasa tasarısı yasalastırıldıktan sonra, ana muhalefet partisi Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuş ve Mahkeme 2 Ekim 2014³⁴ tarihinde iptal kararı vermiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’ne göre, bu revizyon, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası tarafından korunan ifade özgürlüğü ve iletişim özgürlüğüne karşı ihlal teşkil etmiştir. Mahkeme’ye göre, millî güvenlik gereksinimleri, kamu düzeninin korunması ve suç işlemenin önlenmesi ifadelerini yorumlama yetkisinin, internet sitelerinin engellenme sürecini hızlandırmak için BTK Başkanı’na atanması orantılı bir tedbir niteliği taşımamıştır.

B- REFORMUN ANALİZİ

21. yüzyıl, küresel terör örgütlerinin ses getiren saldırılarıyla başlamıştır. Bu saldırılar, birçok devleti, fazla baskıcı düzenlemeler de barındıran özel terörle mücadele düzenlemeleri yapmaya yönlendirmiştir. Fakat bu düzenlemeler, küresel terörün yaygınlaşmasını önlemeye yetmemiştir. Hatta kimi aşırı önlemler, terör örgütlerinin daha fazla güç kazanmasına bile sebep olmuştur. Örneğin, Prof. Andreani’ye göre: “Amerika Birleşik Devletleri, terörle mücadelesinde istemsiz olarak düşmanını büyötmüştür”³⁵.

Temel özgürlükler olan ifade özgürlüğü ve iletişim özgürlüğünün, siyasi bakımdan bağımsız makamlar tarafından sınırlandırılması ve yasama erkinin metinlerini temel alması gerekir. Prensip olarak, alınan bu kısıtlama kararının adli bir karar olması gerekir³⁶. Fakat adli engelleme, bazı noktalarda, etkili bir terörle mücadele politikası için yeterli olmadığından dolayı, idari engellemeye bu alanda ayrıcalık tanınmıştır.

Reformun ardından, terörle mücadele yöntemlerini güçlendirmek için internet sitelerinin engellenmesi yetkisi idari makama atanmıştır. Bu atama, internet engelinin siyasallaşması riskini ve dolayısıyla “orantısız engelleme” riskini doğurmaktadır. İdari engellenmenin gerekli, uygun ve orantılı olup olmadığının incelenmesi uygun olacaktır.

³⁴ AYM, 02.10.2014 tarihli E.S.2014/149, K.S.2014/151, yayın tarihi: 01.01.2015, Erişim adresi: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-9283-40dade21b8a4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

³⁵ G. ANDREANI, «La guerre contre le terrorisme: un succès incertain et couteux», in. politique étrangère, (Fransız Uluslararası İlişkiler Enstitüsü tarafından basılan üç aylık dergi), No. 2, 2011, s.253.

³⁶ Ö. ÖZBEY, Restrictions on freedom of expression concerning the european convention on human rights, TBB Dergisi, 106, 2013, s.57.

1. İdari yoldan engelleme gerekli ve yeterli midir?

Öncelikle adli engellenmenin eksikliklerini inceleyeceğiz. Ardından, idari engellenmenin bu eksiklikler için sunduğu çözümleri inceleyeceğiz.

“İnternette terör propagandası yapılmasını önlemek için, kısıtlı süreler içinde etkin bir şekilde müdahalede bulunmak gerekir”³⁷. Bir yandan söz konusu sitelerin sayısının ve bu sayıyı arttırmak için üretilen internet yöntemlerinin giderek artması, diğer yandan ise adli süreçlerin uzunluğu sebebiyle adli engelleme, kısa süreler içerisinde etkin bir şekilde müdahalede bulunabilen bir yöntem değildir.

Terörün küreselleşmesi ile beraber, terör propagandası yapan internet sitelerinin sayısının arttığı görülmektedir. Ayrıca, bu artışa katkıda bulunan “aynalama” ve “kopyalama” gibi internet yöntemleri mevcuttur³⁸. Bunlar, URL’leri kopyalamaya ve aynı içerikten farklı hesaplar oluşturmaya yarayan tekniklerdir. Kopyalanan hesaplar için yeni mahkeme kararlar alınmasının gerekliliği, hâkimlerin iş yükünü arttıran önemli bir faktördür. Bu işlemleri ele almak için yeterli sayıda hâkimin bulunmaması sebebiyle, adli engelleme zamanında müdahalede bulunmak için uygun olmayan bir yöntem haline gelmektedir. Diğer yandan, yargı erkinin çalışması detaylı bir süreç gerektirmekte, dolayısıyla yargı erki tarafından zorunlu olarak daha uzun bir süreye ihtiyaç duyulmaktadır³⁹.

Süreci hızlandırmak için idari engellemede farklı çözümlere başvurulabilmektedir. İdari engelleme, daha hızlı tepki gösterme olanağını sunmaktadır. Esasen, idari makam daha fazla işgücüne sahiptir ve kararlarını alırken formalitelerden daha uzak bir süreç izlemektedir.

Fransa’da idari engellemeden sorumlu idari makam, Ulusal Polis Genel Müdürlüğü’nün bir bölümü olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Suçlarıyla Mücadele Merkezi’dir. Uzmanlık alanı ve personel sayısı göz önünde bulundurulduğunda, kısıtlı sürelerde müdahalede bulunabilen bir idari makamın söz konusu olduğu söylenebilmektedir.

İdari engelleme, sitelerin sayısını arttıran aynalama ve kopyalama gibi internet yöntemlerine karşı basit ve hızlı bir çözüm sunmaktadır. Bu tekniklere başvurulduğunun tespit edilmesinin ardından, formalitelerden daha uzak

³⁷ J. CATTAN, «Le droit et les communications électroniques», Doktora tezi, H. ISAR(s. dir), Ecole Doctorale Sciences Juridiques et Politiques (Aix-en-Provence), 2012, s.467.

³⁸ «Terörle Mücadele ile ilgili Hükümleri Güçlendiren Yasa Tasarısı», Etki çalışması, Millet Meclisi, 8 Temmuz 2014. Bölüm 2.6.2

³⁹ D. ROUSSEAU, La place du juge: le rôle du juge dans les sociétés contemporaines, Droit européen des libertés fondamentales, Université Paris 1’de Hukuk Dersi, 2015.

bir sürecin kullanılıyor olması, idari makama, kısa süre içerisinde engelleme kararı alma imkânını sağlamaktadır. Fransız engelleme sistemi çerçevesinde engelleme kararları üzerinde mecburi bir yargısal denetimin olmaması, daha önce bahsedilen yöntemlerin kullanımı halinde artabilecek adli iş yükünü önlemektedir.

Ek olarak, internetin engellenmesi hakkındaki en büyük eksikliklerden birisi de etkililiğidir. İnternet, kanunların hükmünün geçmediği bir alan değildir ama bu alanda hukukun etkin olarak uygulanması için internet aktörleriyle bir işbirliği yapılması gerekmektedir. Örneğin, “[LCEN’nin 6’ncı maddesi] bir sitenin kapatılmasına (veya bir içeriğin kaldırılmasına) ancak çocukların resim veya tasvirlerini pornografik nitelikte yayınlayan sitenin Fransa’da bulunması durumunda izin vermektedir. Buna karşılık, bu yapıdaki sitelerin çoğu yurt dışında bulunmaktadır. LOPPSI’nin etki çalışması “2007’nin sonuna kadar, Rus bir yer sağlayıcısı dünya çocuk pornosunun %50’sine yakınına yayınlamaktaydı” durumunun altını çizmektedir. Sonuç olarak, İnternet Hakları Derneği, 29 Ekim 2008 tarihinde pedofil sitelerin İSS’ler tarafından filtrelenmesini önceden bildiren bir tavsiye yayınlamıştır”⁴⁰. Ülke dışında internetin engellenmesi eksikliğinin yanı sıra, farklı yazılımlar ve “proxy” gibi yöntemler ülke içinde bile etkili bir engelleme yapılmasına mani olmaktadır. Örneğin Türkiye’de Twitter’ın idare tarafından engellendiği gün, o yıl içerisinde bu sosyal medya ağı üzerinden en fazla tweet’in atıldığı gün olmuştur. Twitter’ın engellendiği günkü kullanıcıları arasında, internet üzerinde her türlü sansüre karşı olduğunu yazan Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı da bulunmaktaydı⁴¹. Dolayısıyla, ulusal bir engelleme olsa dahi, yer sağlayıcı, içerik sağlayıcısı ve servis sağlayıcıları ile işbirliği kurulmadan bu engellenmenin etkililiği her zaman düşük kalacaktır. Bu durumda internet, pratikte kanunların hükmünün geçmediği bir alan olacaktır. Buna karşılık, içerik sağlayıcısı veya yer sağlayıcısının içeriği kaldırması durumunda söz konusu içeriğe erişmek, ilgili ülkenin yanı sıra, yurt dışında da mümkün olmayacaktır. Türkiye’de Twitter’ın engellenmesi kararında, internet aktörleri ile işbirliği kurulmadan yapılan bir engellenmenin hiçbir işe yaramadığı görülmüştür. Bu engellenmenin ardından, BTK ve Twitter sitesinin temsilcileri bir araya gelmiştir. Twitter yönetimi yasa dışı içerikleri silmiştir ve idari engelleme son bulmuştur. İdari makamların, yargı makamlarına kıyasla, internet aktörleriyle daha çok bağlantı kurma yetisi bulunmaktadır. Esasen, bu

⁴⁰ J. CATTAN, «Le droit et les communications électroniques», Doktora Tezi, H. ISAR(s. dir), Ecole Doctorale Sciences Juridiques et Politiques (Aix-en-Provence), 2012, s.513.

⁴¹ Türk gazetesi, Erişim adresi: <http://www.hurriyet.com.tr/cumurbaskani-abdullah-gulden-yasaga-ragmen-tweet-26053467>

fonksiyondan sorumlu olan bağımsız ulusal idari makamlardan oluşan uluslararası bir örgüt kurulması oldukça faydalı bir çözüm olacaktır.

Diğer yandan, terör propagandası yapan içeriklerin çoğunun yerleri Twitter, Facebook ve Youtube gibi sosyal medya ağları tarafından sağlanmaktadır. İçerik sağlayıcıları ve yer sağlayıcıları ile işbirliğine girilmeden sitenin tamamının engellenmesi, ifade özgürlüğü bakımından orantılı değildir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin Twitter ve Youtube⁴² hakkındaki çeşitli kararlarda hatırlattığı üzere, belirli içerikleri engellemek için milyonlarca kullanıcısı olan bu sitelerin tamamen engellenmesi orantılı değildir ve ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir.

İnternet aktörleri ile işbirliğinin gerekmesi sorunu konusunda Fransa'da yeni bir prosedür oluşturulmuştur. Bu prosedüre göre, idari makamın, içerik sağlayıcılarından ve yer sağlayıcılarından yasa dışı içeriği kaldırmalarını istemesi gerekir. Talebe konu olan içerik sağlayıcıları ve yer sağlayıcılarının bu içerikleri 24 saatlik mühlet içinde kaldırmamaları halinde, idari makamın başka bir seçeneği daha vardır. Bu durumda, idari makam erişim sağlayıcılarına talepte bulunabilir ve bunların derhal bu adreslere erişimi engellemesi gerekir. Bu prosedür, engellenmenin etkili ve demokratik özelliğinin arttırılmasına katkıda bulunacak şekilde, internet aktörleriyle işbirliğini sağlamaktadır.

Terör eylemlerinin propagandasını yapan veya terörü öven internet sitelerinin etkin bir şekilde engellenmesi, uluslararası bir işbirliğini de gerektirmektedir. İster hâkimler arasında, isterse idari makamlar arasında olsun, uluslararası işbirliğinin arttırılması gerekmektedir. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Ban Ki-moon'un "İnternet, teröristlerin çokuluslu bir davranış sergileyebilmesinin mükemmel bir örneğidir. Buna karşılık Devletlerin de aynı şekilde çokuluslu düşünmesi ve faaliyet görmesi gerekmektedir"⁴³ şeklindeki beyanı bu anlamda çözüme yönelik büyük bir önem arz etmektedir.

2. İdari yoldan engelleme orantılı mıdır?

Fransa'da engellemeleri oluşturan birimin hiyerarşik olarak siyasi erke bağlı bir makam olması, bireylerin ifade özgürlüğü ve iletişim özgürlüğü için önemli bir risktir. Bu alanda uzmanlaşmış bağımsız bir idari makamın üyeleri arasından seçilen uzman kişi tarafından, amacından sapmaları önlemek için

⁴² AYM, Yaman Akdeniz ve diğerleri başvurusu, B.N. 2014/3986, 02.04.2014 ve AYM, Youtube LLC corporation service company ve diğerleri başvurusu, B.N. 2014/4705, 29.05.2014

⁴³ United Nations Office on Drugs and Crime, The Use Of The Internet For Terrorist Purposes, United Nations, New York, 2012, s.III.

gerçekleştirilen idari bir kontrol bulunmaktadır. Engelleme kararından sonra müdahale edildiği için, bu kontrol, engellemenin kısıtlı süreler içerisinde yapılmasına mani olmamaktadır. Dolayısıyla, iki seviyesi olan bir idari engelleme oluşturulmuştur: engelleme seviyesi ve kontrol seviyesi. Engelleme makamı siyasi erke bağlı bir makam iken, engellemenin idari kontrolü, siyasi erkten bağımsız bir makam tarafından gerçekleştirilmektedir. Uzman kişi, bağımsız bir idari makam olan CNIL'nin üyelerinden oluşmaktadır. CNIL, Fransa'da kurulan ilk bağımsız idari makamdır. Yasama erki, yargı erki ve sosyal güçleri temsil etmeye yarayan çok yönlü bir yapısı vardır. İyi çerçevelenmiş ve korunmuş bir bağımsızlığa sahiptir⁴⁴. Ayrıca, uzman kişinin tarafsızlığını garanti altına almak için, Millet Meclisi ve Senato tarafından atanan iki milletvekili ve iki senatörün uzman kişi olarak atanması yasaklanmıştır. Dolayısıyla uzman kişi, güçlü bir bağımsızlığa sahiptir. İkinci olarak, uzman kişi, görevlerini yerine getirirken CNIL'in bütün imkanlarından yararlanma hakkını haizdir. CNIL, bilişimin vatandaşın hizmetinde olmasını sağlamak ve ne insan kimliğine, ne insan haklarına, ne özel hayata, ne de bireysel veya sivil özgürlüklere zarar vermemesini sağlamak ile görevlidir. Uzman kişinin bağımsızlığı ve CNIL'nin bu alandaki özel yetkinliği, etkili bir kontrolün ve bireylerin etkin bir şekilde korunmasının önemli bir garantisidir.

Buna karşılık, uzman kişinin güçleri, bireylerin temel haklarının korunması için yeterince geniş değildir. Uzman kişinin, idari makama karşı bir tavsiye gücü olacaktır ve idari makamın bu tavsiyeye uymaması durumunda, uzman kişinin idare mahkemesine başvurma yetkisi olacaktır. Dolayısıyla uzman kişinin kararları yönetim için mecburi değildir ve uzman kişinin yönetime karşı tek ağırlığı, idare mahkemesine başvurma yetkisidir. Engellemenin siyasallaşmasını daha iyi önlemek ve bireysel haklar için daha iyi bir koruma sağlamak için uzman kişiye daha güçlü yetkiler tanımak gerekmektedir.

İnternet sitelerinin idari yoldan engellenmesinden sorumlu olan idari makamın bağımsız bir idari makam olması, ifade özgürlüğü için daha korumacı bir çözüm olabilmektedir. Örneğin Türkiye'de, idari engelleme ile ilgili 10.09.2014 tarihli revizyonda, idari engellemeye karar veren makam, internet alanında uzmanlaşmış olan bağımsız bir idari makamın, BTK'nın başkanıydı. İlk olarak, bu yetkiyi idari bir makama veya bu makamın başkanına atamak, idari prosedürlerden daha karmaşık olan adli prosedürden kaçınılmasını sağlamaktadır.

⁴⁴ M. AKGÜN, «L'indépendance des autorités nationales chargées de la protection des données personnelles en droit comparé: La France et la Turquie», Mémoire de Master, G. Marcou(s. dir.), Paris 1, 2015, s.89.

Uzmanlık alanı göz önünde bulundurulduğunda, bilişim sektöründe uzmanlaşmış bağımsız bir idari makamın, kısıtlı sürelerde müdahalede bulunabilen bir idari makam olduğu söylenebilmektedir. Ek olarak, bütün siyasi görüşlerden bağımsız olan bir makam, bireylerin ifade özgürlüğü ve iletişim özgürlüğü konusunda daha korumacı olacaktır. Dolayısıyla, bu yetkinin bağımsız bir idari makama atanması, önlemin orantılı olması yönünde pozitif bir adım olacaktır.

“Aşırı engelleme” hususundaki bir diğer endişe de engelleme koşulları ile ilintilidir. İnternette tartışma konusu olan içeriklerin hukuki değerlendirmeleri, daha önce incelenmiş olan idari makamlar tarafından yapılacaktır. Buna karşılık, bu makamların takdir yetkilerinin genişliğini de analiz etmek uygun olacaktır.

2014 reformundan sonra Fransa’da, terör eylemlerinin propagandasını yapan veya terörü öven internet sitelerinin idari yoldan engellenmesi mümkün olmuştur. Terör propagandası, doğrudan terör eylemlerini provoke etme durumudur. Terörü övmek, terörü, olumlu açıdan bakılan, pozitif bir olgu olarak sunma durumudur. Teröre değer veren ve onu öven bir hitap şeklidir. Teröre övgünün yorumlanması, yönetime geniş bir yorumlama alanı tanımaktadır. Engellemeyi oluşturan makamın bağımsız bir makam olmayan Ulusal Polis olduğu değerlendirildiğinde, “teröre övgü”de olduğu gibi çok geniş bir yorumlama alanının bulunması, ifade özgürlüğü ve iletişim özgürlüğüne karşı önemli bir probleme yol açmaktadır.

Sonuç

21’nci yüzyılda terörün küreselleşmesi, Devletleri, terörle mücadele ile ilgili sistematik bir araştırmaya yönlendirmiştir. Bunun sebebi, yalnızca klasik yöntemlere dayalı bir yaklaşımın, internet üzerinden terörü engelleyebilmek için yeterli olmamasıdır. Öte yandan, özellikle internet üzerinden terör yöntemlerinin aktif olarak yayılması, teröristlerin insan kaynaklarına ve mali kaynaklara erişmelerini önlemek amacıyla aciliyet gerektirmektedir.

Bu bağlamda, Fransız vatandaşlarınca Fransa’da yapılan terör saldırılarının görülmeye başlaması, terör konusunda bu çalışmaya da konu olmuş olan özel düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir. Teröre karşı idari önlemlerin kuvvetlendirilmesini ve özelde internet üzerinde idari blokajı öngören düzenlemeler birçok Avrupa ülkesinin gündemine girmiştir. Bu bağlamda Fransa idari makamın yer ve içerik sağlayıcılarına doğrudan bildirimde bulunabilmesini öngören düzenleme diğer ülkelerdeki düzenlemelerden farklı, orijinal ve etkili bir yöntem olarak görülmektedir. Ayrıca, terörün yayılmasında internetin oynadığı büyük rol göz önünde bulundurulduğunda, medeni internet (internet civilisé) önerisi de incelenmeye değerdir.

Her şeye karşın, ifade özgürlüğü ve özel hayata müdahale bu alandaki en önemli konulardan bir tanesidir. Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin de altını çizdiği üzere, bu özgürlüklerde yapılacak kısıtlamaların, izlenilen ve kanun tarafından öngörülen amaç için gerekli ve bu amaçla orantılı olması zorunluluğu her zaman gözetilmelidir. İdari engellemenin etkililiği de terörle mücadele ile bir diğer önemli sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebepten dolayı, bağımsız idari makamlardan oluşan uluslararası bir örgütün ve Devletlerarası daha yoğun bir işbirliğinin oluşturulmasının faydalı bir çözüm olacağını akılda tutmak uygun olacaktır.



KAYNAKÇA

Kitaplar

A. LEPAGE, Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet, Litec, Editions Jurisclasseur, Paris, 2002, s.328.

A.Ş. GÖZÜBÜYÜK, T. TAN, *İdare hukuku*, Seçkin, 10'ncu baskı, 2014, s.1037.

E. DECAUX, «Terrorisme et droit international des droits de l'homme» in. Terrorismes. Histoire et droit, H. LAURENS, M. DELMAS-MARTY, Biblis, CNRS éditions, Paris, 2010, s.291-323

G. ANDREANI, «La guerre contre le terrorisme: un succès incertain et coûteux», in. Politique étrangère, (Fransız uluslararası ilişkiler enstitüsü tarafından basılan üç aylık dergi), No 2, 2011, s.253-267

G. CHAILAND, «Guerillas et terrorismes», in. Politique étrangère, (Fransız uluslararası ilişkiler enstitüsü tarafından basılan üç aylık dergi), No 2, 2011, s.281-293.

G. STEINBERG, «Al-Qaida 2011», in. Politique étrangère, (Fransız uluslararası ilişkiler enstitüsü tarafından basılan üç aylık dergi), No 2, 2011, s.267-281

H. LAURENS, M. DELMAS-MARTY, «Le terrorisme comme concept juridique de transition», in. Terrorismes. Histoire et droit, H. LAURENS, M. DELMAS-MARTY, Biblis, CNRS éditions, Paris, 2010, s.323-335.

Ö. ÖZBEY, Restrictions on freedom of expression concerning the european convention on human rights, TBB Dergisi, 106, 2013, s.41-92.

The use of the Internet for terrorist purposes, United Nations Office on Drugs and Crime, New York, 2012. Erişim adresi: https://www.unodc.org/documents/frontpage/Use_of_Internet_for_Terrorist_Purposes.pdf

Tezler

J. CATTAN, «Le droit et les communications électroniques», These de doctorat, H. ISAR(s. dir), Ecole Doctorale Sciences Juridiques et Politiques (Aix-en-Provence), 2012.

M. AKGÜN, «L'indépendance des autorités nationales chargées de la protection des données personnelles en droit comparé: La France et la Turquie», Mémoire de Master, G. Marcou (s. dir.), Paris 1, 2015.

Seminer

D. ROUSSEAU, La place du juge: le rôle du juge dans les sociétés contemporaines, Droit européen des libertés fondamentales, Université Paris l'de Hukuk Dersi, 2015.

Raporlar

“Terörle mücadeleye ilişkin hükümleri güçlendiren kanun”, Hukuki Dosya, Senat, Erişim adresi: <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl13-807.html>

S. PIETRASANTA, «Rapport parlementaire sur le projet de loi (no. 2110), renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme», Millet Meclisi, Anayasa kanunları, yasama ve cumhuriyetin genel idaresi komisyonu adına, no. 2173, 22 Temmuz 2014. Erişim adresi: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2173.asp>

“Terörle mücadeleye ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı”, Millet Meclisi tarafından kabul edilen Rapor no. 406, 18 Eylül 2014, s.91. Erişim adresi: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0406.asp>

“Terörle mücadeleye ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı”, Komisyon raporunun değerlendirilmesiyle sunulan değişiklikler, Senat. Erişim adresi: <http://www.senat.fr/amendements/commissions/2013-2014/807/accueil.html>

“Terörle mücadeleye ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı”, Hukuk Komisyonu'nun toplantı tutanakları, Komisyon raporundaki değişikliklerin incelenmesi, Senat, 15 Ekim 2014, Erişim adresi: <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20141013/lois.html#toc6>

“Terörle mücadeleye ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı”, MM. Jean-Jacques HYEST ve Alain RICHARD'ın hazırladığı Rapor no. 9 (2014-2015) de, Hukuk Komisyonu adına, Senat, 9 Ekim 2014'te teslim edilmiş, Erişim adresi: <http://www.senat.fr/rap/l14-009/l14-009.html>

“Terörle mücadeleyle ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı”, Komisyon Raporu no.10 (2014-2015) 9 Ekim 2014’te teslim edilmiş, Senat, Erişim adresi: <http://www.senat.fr/leg/pjl14-010.html>

“Terörle mücadeleyle ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı”, MM. Jean-Jacques HEST ve Alain RICHARD’ın hazırladığı Rapor no. 37 (2014-2015), eşit sayıda üyeli karma komisyon adına, 21 Ekim 2014’te teslim edilmiş. Erişim adresi: <http://www.senat.fr/rap/l14-037/l14-037.html>

“Terörle mücadeleyle ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısı”, Etki çalışması, Millet Meclisi, 8 Temmuz 2014, Bölüm 2.6.2

“Terörle mücadeleyle ilişkin hükümleri güçlendiren yasa tasarısının 9’uncu maddesi hakkında öneriler”, Dijital Çağda Hak ve Özgürlükler Komisyonu. Erişim adresi: <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions-permanentes/numerique/a-la-une/recommandation-sur-l-article-9-du-projet-de-loi-contre-le-terrorisme>

İnternet Siteleri

«Combattants européens de l’EI: débat sur les menaces à la sécurité intérieure de l’UE», 03.10.2014, Erişim adresi: <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/content/20141017IPR74303/html/Combattants-europ%C3%A9ens-de-l’EI-d%C3%A9bat-sur-les-menaces-%C3%A0-la-s%C3%A9curit%C3%A9-de-l’UE>

«Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’den yasağa rağmen tweet», 21.03.14, Hürriyet, Erişim adresi: <http://www.hurriyet.com.tr/cumurbaskani-abdullah-gulden-yasaga-ragmen-tweet-26053467>

«France on its way to total Internet censorship?», 27 Haziran 2011, Erişim adresi: <https://www.indexoncensorship.org/2011/06/france-on-its-way-to-total-internet-censorship/>

«Les ratés de la première vague de blocages administratifs de sites djihadistes», 18.03.2015, Le Monde, Erişim adresi: http://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/03/18/les-rates-de-la-premiere-vague-de-blocages-administratifs-de-sites-djihadistes_4596149_4408996.html

«Quel contrôle du blocage administratif des sites Internet ?», 13 Şubat 2015, Erişim adresi: <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/quel-contrôle-du-blocage-administratif-des-sites-internet/>

- 1. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**
Freedom of Expression in the Decisions of European Court of Human Rights
Professor Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
- 2. RADYO VE TELEVİZYON YAYINCI KURULUŞLARINA UYGULANAN İDARİ YAPTIRIMLAR HAKKINDA DANIŞTAYIN İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ YAKLAŞIMI**
Council of State's Freedom of Media and Speech Approach about the Administrative Sanctions Imposing on Radio and Tv Broadcasting
Assoc. Prof. Dr. Selami DEMİRKOL – Dr. Emrah ÖZCAN – Emre ERMAN
- 3. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA DEVLETİN GÜVENLİĞİNE VE SİYASAL YARARLARINA İLİŞKİN BİLGİLERİ AÇIKLAMA SUÇU**
The Crime of Disclosure of Information Relating to Public Security and Political Interests of the State within the Framework of Freedom of Press
Ebru YAVUZ YAYLA – Dr. Mehmet YAYLA
- 4. AİHS'YE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI KAPSAMINDA KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN GÖREV VE SORUMLULUK KAVRAMI**
The Notion of Duty and Responsibility in Respect of Civil Servants According to the ECHR, within the Scope of the Right to Freedom of Expression
Abdi SAĞLAM
- 5. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI**
Freedom of Expression within the Boundaries of European Convention on Human Rights
Mehmet YÜKSEK
- 6. BİLİMSEL, SANATSAL VE EDEBİ DEĞER TAŞIYAN ESERLERDE MÜSTEHCENLİĞİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**
A Review of Obscenity with Respect to Freedom of Expression in Scientific, Artistic and Literary Works
Tahir Hami TOPAÇ – Caner GÜRÜHAN – Aydın AYGÜN
- 7. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDE NEFRET SÖYLEMİ VE DİNE HAKARET**
Hate Speech and Blasphemy in the Light of the Decision of European Court of Human Rights
Hüseyin GÖKTEPE
- 8. TERÖR PROPAGANDASI YAPAN VEYA TERÖRÜ ÖVEN İNTERNET SİTELERİNİN İDARİ YOLDAN ENGELLENMESİNE DAİR 13 KASIM 2014 TARİHLİ FRANSIZ YASAL REFORMU**
La Réforme Française Du 13 Novembre 2014 Sur Le Blocage Administratif Des Sites Internet Provoquant Au Terrorisme Ou En Faisant L'apologie
Mustafa AKGÜN



Ahlatlıbel Mah.
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya Ankara - TÜRKİYE
T. +90.312 489 81 80 F. +90.312 489 81 01
www.taa.gov.tr