

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Freedom Of Expression And The Judgment Of The European
Court Of Human Rights

Pelin ŞANLI*

ÖZET

Özgürlükler temelini insanın var oluşundan alır. İnsan düşüncesi ile vardır. Bu bakımdan düşünce insanın en temel ve vazgeçilmez özgürlüklerindedir. Ancak düşünceler, ifade edilebildiğinde anlam taşıyabilir. İfade özgürlüğü ise demokratik toplumlarda olmazsa olmaz bir şarttır. Devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde bu özgürlüğü sağlamaya çalışmaları gerektiği gibi, uluslararası hukukta da bu hak koruma altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi söz konusu düzenlemelerden biridir. Sözleşmedeki yapının uygulamada geliştirilmesi ise mahkeme kararları ile oluşmakta, bu kararlar çok önemli ilkeleri barındırmaktadır. Bunun yanı sıra, hürriyetin kullanımı sırasında kimi sınırlama nedenlerinden de söz edilmektedir. Ancak bu aşamada hürriyetin kural, sınırlamanın istisna oluşu her daim akılda bulundurulmalıdır. Tüm bu açılardan mahkeme içtihatları derinlemesine inceleme için zengin bir kaynaktır.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları, Anayasa, Sınırlama Nedenleri, İctihat.

ABSTRACT

Fundamental of freedoms take the existence from their people. There are people with ideas. In this respect the thoughts of the freedom of man's most basic and indispensable. But, when thoughts can expressed, it make sense. Freedom of expression is necessary in a democratic society. Regulation of the domestic law of the state must work to ensure that freedom, as these rights are protected in international law. European Convention on Human Rights, is one of the arrangements . Construction contract with the court decision is made in the application development and these decisions constitute a very important principle. During the use restriction of freedom of the reasons why some are mentioned. However, we musn't forget the rules of freedom, the exception is limited. All these aspects, in-depth review of court decisions is a rich source.

* Ankara Hâkim – Savcı Adayı

Keywords: Freedom of Expression, European Convention on Human Rights, Human Rights, Constitution, Restriction Clauses, interpretation

GİRİŞ

Özgürlükler, insanın doğumuyla kişiliğine bağlı olarak kazanılır. Ancak diğer yandan da özgürlüklerin korunması ve gelişimi için uygun bir ortam sağlanmalıdır. Hak, bir temel teşkil edip, özgürlüklerin konusunu oluştururken, özgürlük de hakkın gerçekleşmesini sağlayan esaslı unsur halindedir¹; normatif oluşundan çok, felsefi bir kavramdır. Bu felsefi yanı, hakkın normatif alanının belirlenmesi ve nitelendirilmesi bakımından büyük bir öneme sahiptir.²

İnsan haklarının güvence altına alınması, devletin iktidarını sınırlayan belgelerle, gerçekleştikleri ülkenin kanunları ile sağlanır. Bu nokta özgürlüklerin devlet tarafından tanınması ve onların uygulanması bakımından önemlidir; ancak güvence mekânla ilgili bir problemi de peşi sıra getirebilmektedir. Korumayı sağlayan kuralların yürürlükte olduğu alanda uygulanıyor oluşu, bireylere sınırlı bir güvence sağlamaktadır. Tarih sahnesindeki kimi durumlar değindiğimiz konuyu yansıtır. Örneğin, II. Dünya savaşı ile yaşanan olaylar, insan haklarının etkili ve gerçek bir güvenceye kavuşturulması adına uluslararası alanda ele alınması gereğini bir kez daha göstermiştir. Ardından yapılan çalışmalar ile çeşitli uluslararası koruma mekanizmaları getirilmiş, haklar ve özgürlükler uluslararası sözleşme ve bildirgelerde de yer almıştır.

Ortaya çıkan metinler; etkisi moral güçle sınırlı olan belgeler, hukuki bağlayıcılığı bulunan ve uygulamaya geçmesi amacıyla kurumsal düzenleme öngören metinler ile bir ileri adım biçiminde yargısal güvence mekanizması içeren sözleşmeler³ şeklinde ele alınabilir. Bir antlaşmayla, kurumlarınca alınan kararlara saygıyı denetlemek ve ayrıca bunların ihlali yaptırımı tabi tutmak amacıyla ulusal-üstü bir yargı organı kurulduğu zaman en ileri koruma mekanizmasına ulaşılmış olur. Uluslararası yargı güvencesini içeren bu sisteme “*derinleştirilmiş koruma mekanizması*” adı da verilebilir.⁴ En mühim örneği, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanan, ülkemizin de taraf olduğu İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri

¹ Hüseyin Nail KUBALI, Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1964, s. 318.

² Kemal ŞAHİN, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, İstanbul 2009, s. 2.

³ İbrahim KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, İstanbul 1993, s. 117.

⁴ KABOĞLU, a.g.e., s. 126.

Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Sözleşme, hak ve özgürlüklerin yargı organlarınca denetim mekanizmasını öngörerek önemli bir gelişme ve yenilik getirmiştir. 31 Ekim 1998 tarihine kadar geçen zamanda sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülüklerine aykırı davranıp davranmadığını 1954 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 1959 yılında oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi denetlemiştir. 1 Kasım 1998 tarihinde ise yürürlüğe giren 11 no' lu protokol ile söz konusu organların yerini, tek bir mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi almıştır⁵ ve mahkeme verdiği kararlarla günlük hayatın gelişmesine katkıda bulunmakla kalmamış, asgari adalet standartları koyma işlevini yerine getirmiştir.

AİHS'ye taraf olan hemen hemen bütün devletler, AİHS'i ulusal mevzuatlarıyla bütünleştirmiştir. Bu şekilde sözleşme, iç hukuk sisteminin bir parçası niteliğini kazanarak ulusal mahkemeler ve bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı hale gelmiştir. Buradan çıkan bir sonuç da söz konusu ülkelerde bireylerin sözleşmeden türeyen hak ve ödevlerinin olduğudur. Dolayısıyla, iç hukuk açısından AİHS metnine başvurulabilir. Ayrıca mahkemeler de dâhil olmak üzere ülkenin yetkili mercileri, belirtilen noktalarla çelişen herhangi bir ulusal yasa karşısında AİHS'ye öncelik tanımak durumundadır.⁶ Nitekim 1982 Anayasası'nın 90. maddesi de bu yönde uygulama yapılmasına temel oluşturacak niteliktedir.

Ülkemiz mevzuatı açısından baktığımızda, Anayasa'ya, 2004 yılında bir hüküm eklenmek suretiyle insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası koruma mekanizmasını milli hukuka yansıtmıştır. Buna göre; (md. 90/5) "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır". Bu bağlamda yapılan ve yapılması gereken geliştireci, hakların içkin yapısını koruyucu değişiklikler mevzuatları şekillendirmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruma altına aldığı haklardan ve uygulamada mahkemenin önüne en çok çıkan konulardan biri sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüdür. Sözleşmede "düşün-

⁵ Vahit BIÇAK, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Ankara 2002, s. 3.

⁶ Monica MACOVEI; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No: 2, s.5, (www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad10_ifade.pdf), 16.11.2010.

ceyi açıklama ve haber alma özgürlüğü” şeklinde yer alan bu hak düzenlenen en temel ve esaslı hükümlerdendir.

1998 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeniden yapılandırılmış ve ifade özgürlüğüne yüklediği önemi belirtmek için ilk kararını da ona dair vermiştir.⁷ Çünkü ifade özgürlüğü, bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin koruması yoluyla geniş kapsamlı bir şekilde garanti altına alınmaksızın, özgürlük ve demokrasi deyimleri eksik kalacaktır.

İfade özgürlüğü, hem kendi başına bir haktır hem de AİHS tarafından korunan başka hakların bir unsurudur. AİHM, **Handyside Birleşik Krallık Davası**’nda:

*“İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindedir, bu toplumun ilerlemesinin ve bireyin gelişmesinin temel koşullarından birisini oluşturur.”*⁸

diyerek bu adımı ileri sürmüştür.⁹

Çalışmamızda ifade özgürlüğünün, evrensel bir insan hakkı olması ile birlikte analitik çözümlenmelerle unsurları üzerinde durularak bir genel açıklama aktarılmaktadır. Ardından ifade özgürlüğü, uluslararası insan hakları hukukunun en önemli kaynaklarından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla açıklanmaya çalışılacak, minimum adalet standartlarını koyma, yeni ilke ve unsurlar getirme ve yorumlarıyla her adımda açıklamalarımızı şekillendirmede uygulamayı görmememize yardımcı olacaktır.

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

İnsana dair en belirgin özellik olan düşünce, kişinin içsel yaşamından kaynaklanır.¹⁰ İnsan düşüncesi ile vardır. Kendisini ararken dinlemekte, okumakta, seyretmekte; anlatarak, yazarak ifade etmektedir. Ancak düşünce yalnızca bir iç âlem özgürlüğü değildir. Bu şekilde algılandığı za-

⁷ Yasemin ZÖNGÜR, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İfade Özgürlüğü”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan içinde, Cilt II, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 2, İstanbul 2004, (381-404), s. 381.

⁸ Haluk ÇOLAK, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İfade Özgürlüğü, İç Hukuka Etkisi ve Yeni Türk Ceza Kanunu Perspektifinde Normatif Düzenlemeler”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yay., Yıl:1, Sayı:1, Ankara, Eylül 2006, s. 270.

⁹ 7 Aralık 1976, Series A, No.24.

¹⁰ ÇOLAK, s. 270.

man düşünce özgürlüğü de bir anlam oluşturmaz.¹¹ O nedenle, geçmişten günümüze insanlar fikirleri ile ön planda olmuş ve fikirlerin hayata geçirilmesi için zorlu uğraşlar sarf edilmiştir.

İfade özgürlüğü farklı şekillerde tanımlanır. Kimi zaman dışsal yönüyle ele alınarak “bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulması veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması” şeklinde¹² açıklanmaktadır. İfade özgürlüğü bazen “kanaat, düşünceyi açıklama, yayma ve iletişim özgürlüklerini” de içine alacak şekilde kapsamlı olarak değerlendirmekte “her türlü fikre ulaşma, ulaşılan fikirler arasında tercih yapma, bunları dışa vurma veya vurmama serbestisini de kapsayan geniş bir süreç” olarak tanımlanmaktadır.¹³ Bu tanımların yanı sıra ifade özgürlüğünün içe bakan yönü ve dışa dönük alanı birleştirilerek bir yorum getirilirse:

“ İfade özgürlüğü, temelde belirli bir düşüncenin açıklanması ve bu düşüncenin etrafında toplanmanın sağlanması hakkını kapsamaktadır. Gerçekte, salt düşünce, kişinin iç dünyası ile ilgili bir olgudur. Kişinin düşünme yetenek ve olanağının zaten sınırlandırılması veya engellenmesi söz konusu olamaz. O açıdan, düşünce hürriyeti düşüncenin açıklanması hürriyetini içine alır.”¹⁴

Bir başka anlatımla ifade özgürlüğünün temelini oluşturan ve açıklanıp, yayılıp tartışıldığında anlam kazanan düşünce özgürlüğü,¹⁵ insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.¹⁶

Kısacası, birçok özgürlük, düşünce özgürlüğü için aracı bir işlem görmektedir. Buna karşılık, düşünce özgürlüğünün kendisi de diğer hak ve

¹¹ Durmuş TEZCAN - Mustafa Ruhan ERDEM - Oğuz SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve

Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2004, s. 253.

¹² Mustafa ERDOĞAN, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü”, Liberal düşünce, Yıl: 6, Sayı: 24, Ankara 2001, s. 8.

¹³ Reyhan SUNAY, “ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Korunması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Konya 2000, s. 528.

¹⁴ Çetin ÖZEK, Türk Basın Hukuku, İ.Ü.H.F Yayını, İstanbul 1978, s. 27.

¹⁵ Diğer özgürlük boyutlarının da insan düşüncesi ile çıktığı yönünde bkz. Yahya ZABUNOĞLU, “Düşünceyi İfade Özgürlüğü”, Ankara Barosu 76. Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü konulu Konferans, Ankara 1999, s. 5 vd.

¹⁶ İbrahim KABOĞLU, “Düşünce Özgürlüğü”, İnsan Hakları Almanığı, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 106

özgürlüklerin önemli bir kısmı için “besleyici” bir kaynak oluşturur.¹⁷ Türev pek çok yapıyı ardı sıra getirir, bu da önemini vurgulayan diğer bir husustur.

Sadece doğrudan düşünüp içinde barındırdıklarına bakarsak, düşünce açıklaması yazı yoluyla yapılıyorsa basın hürriyetinden; radyo-televizyon ve sanat etkinlikleri yoluyla oluşuyorsa “görsel-ışitsel” iletişim hürriyetinden bahsedilir. Kişinin diğer insanlarla bir araya gelerek düşüncelerini açıklamasında “toplantı hürriyeti” ya da “dernek kurma hürriyeti”nden; kişinin dini konularda düşüncelerini açıklamasında “din ve vicdan hürriyeti”nden söz edilir. Düşünce açıklamaları kişiler arasındaki özel ve gizli mektup, duyuru gibi haberleşme yöntemleriyle yapılıyorsa “özel haberleşme hürriyeti” söz konusudur.¹⁸ Daha sonraki bölümde hakkın derinliğini belirginleştiren bu ifade şekillerinin belli başlıları ele alınacak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ışığında incelenecektir.

Yeni ve daha iyi fikirlerin meydana gelmesinin zeminini ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Birbirinden farklı çeşitli düşünceler ve bunların tartışılması bireylere seçim yapma olanağı sunarak çoğulcu fikirler getirmekte, eleştiri imkânı vermektedir. Bu açılardan da demokrasinin temel esaslarından birisi herkesin ifade özgürlüğüne sahip olmasıdır. Bu temel hak ve özgürlük, her bireyin ekonomik, kültürel ve siyasal gelişimi için gerekli olduğu gibi sosyal ve kültürel grupların, ulusların ve uluslararası toplulukların da insan hakları yönlü ilerlemesinin ön koşuludur.

Konuya ilişkin uluslararası belgeler ve anayasalar önce kanaat özgürlüğü ve bilgilenme hakkını, sonra anlatım özgürlüğünü düzenler¹⁹, ifade özgürlüğüne dair önemli vurgular yapar.

Belge ve sözleşmelerde tarihsel anlamda ifade hürriyetine baktığımızda;

▪ IV. Henri tarafından 13 Nisan 1598’de imzalanan ünlü Nantes Fermanı, Fransa toprakları üzerinde Katolikler ile Protestanların barış içinde bir arada yaşayabilmesini güvence altına alma çabası taşırken bir yandan da düşünce özgürlüğünün gelişimine doğrudan katkıda bulunmuştur.²⁰

¹⁷ KABOĞLU, s. 107.

¹⁸ Enver BOZKURT - Süleyman DOST, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, Isparta 2002, s. 48.

¹⁹ ÇOLAK, s. 275.

²⁰ Erol ANAR, Düşünce Özgürlüğü, Aral Yayınları, Ankara 1996, s. 25.

- 1689 İngiltere İnsan Hakları Bildirisi(Bill of Rights)' nin 5. maddesi konuşma özgürlüğünü parlamentolar için tanıdığını beyan eder.
- 12 Haziran 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi ileride ifade özgürlüğünün unsurlarından biri olarak açıklayacağımız basın özgürlüğüne vurgu yaparak “en güçlü kale” olarak betimlemiştir.
- 26 Ağustos 1789 Fransa İnsan Hakları Bildirisi “*düşüncelerin ve kanaatlerin başkalarına serbestçe iletilmesi ve ulaştırılması insanın en değerli haklarından biridir; böylece her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir*” (madde 11) ve “*açıklanması, yasayla kurulan kamu düzenini bozmadıkça, hiç kimse, dinsel olanlar da dâhil olmak üzere, düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemelidir*” (madde 5) der.²¹
- Tüm bu belgelerin en önemlilerinden biri olan, bütün insanlığın ülküsünü paylaşma yönünde ortaklaşa gerçekleştirilen ilk belge niteliğinde 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir. Buna göre; “*Herkesin düşünme, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır*” (madde 18);²² “*Her ferdin düşüncelerini serbestçe ifade etmek hakkı vardır; bu hak düşüncelerini rahatsız edilmeden başkalarına aktarmak, ülkenin sınırlarına bakılmaksızın haber ve düşünceleri her türlü iletişim aracıyla aramak, elde etmek ve yaymak özgürlüğünü de kapsar.*” (madde 19)²³ 20. madde ise barışçıl amaçlarla toplanma özgürlüğünden söz etmektedir.²⁴
- BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesi düşünce özgürlüğünü düzenlemekte, 19. maddesi ise ifade özgürlüğüne ilişkin şöyle bir ifade içermektedir:

“1. Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır.

2. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak bir kimsenin ülke hudutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı, basılı veya sanatsal ürün şek-

²¹ A.g.e., s. 27 vd.

²² ÇOLAK, s. 275.

²³ <http://www.un.org/en/documents/udhr/>, Erişim Tarihi: 18.10.2010.

²⁴ “1. Herkes toplumun kültürel yaşamına özgürce katılma ve sanattan yararlanma ve bilimsel gelişmeye katılarak yararları paylaşma hakkına sahiptir.
2. Herkesin yaratıcısı olduğu bilim, yazın ve sanat üzerlerinden doğan manevi ve maddi çıkarlarının korunmasına hakkı vardır”. (<http://www.un.org/en/documents/udhr/>, Erişim tarihi: 19.10.2010.)

linde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşüncüyü arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.

3. Bu maddenin ikinci fıkrasındaki haklar özel bir ödev ve sorumlulukla kullanılır. Bu nedenle bu hak, sadece hukuken öngörülen ve aşağıdaki sebeplerle gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir:

a) Başkalarının haklarına ve itibarına saygı;

b) Ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya sağlık ve ahlaki koruma”²⁵

▪ Yine Tahran Bildirisi (13 Mayıs 1968) madde 5/c-d, Viyana Bildirisi (25 Haziran 1993) madde 8/b-i, BM Din ya da İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirisi (25 Kasım 1982), Amerikan Hak ve Ödevleri Bildirisi (2 Mayıs 1948) madde 4/a, 5/1-c, Avrupa Güvenlik İşbirliği Konferansı Helsinki Son Belgesi (1 Ağustos 1975) madde 7/1; ayrıca Yeni Bir Avrupa için Paris Şartı,²⁶ Afrika İnsan Hakları Şartı (27 Haziran 1981) madde 8/1-b-c, 9, 10, 11 düşünce ve ifade özgürlüğünü insanın en değerli, vazgeçilmez haklarından biri olarak tanıır.²⁷

▪ Konumuz mahkeme kararlarının temel kaynağı, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, “herkesin düşüncesini serbestçe ifade etmesi” hakkını tanımakta (madde 10), 11. maddesi ile de barışçı toplanma hakkına vurgu yapmaktadır.

Bu düzenlemeler ışığında Avrupa Hukuku’nda düşünce özgürlüğü, kanaat ve kanaat oluşturma ile kanaati açıklama özgürlüğüne uzanan geniş bir uygulama alanını kapsamına alır.

AİHS’nin 10. maddesinde ifade özgürlüğü şu şekilde ele alınmıştır:

“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

²⁵ <http://www.un.org/en/documents/udhr/>, Erişim Tarihi: 19.10.2010.

²⁶ 1975 tarihli Helsinki Sonuç Belgesi ve onunla başlayan AGİT süreci içinde yer alan (Kopenhag İnsani Boyut Toplantısı Belgesi, Yeni bir Avrupa için Paris Şartı, Moskova Belgesi gibi) tüm belgelerde, demokrasinin temel unsurlarından biri olarak düzenlenmiştir.

²⁷ ANAR, s. 26.

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.”²⁸

Maddede anlam ve kapsamı daha geniş olan “kanaat” (opinions) yani bilgilenme sonucu elde edilen kişisel kanı ve “fikir” (idée) sahibi olma hususunun düzenlenmesi söz konusudur.²⁹

10. madde, 9. maddede düzenlenen düşünce özgürlüğünü tamamlayarak, düşüncelerin serbestçe açığa vurulması hakkını güvence altına alır. *Ünal*, bu maddenin tipik özelliğinin, başkalarının çıkarlarına zarar verme tehlikesini taşıyan ya da fiilen zarar veren ifadeyi, koruması olduğunu belirtir.³⁰ Madde metninde kastedilen bir diğer nokta, genel olarak erişilebilir nitelikteki bilgilere kişiler tarafından ulaşılmasında devletin herhangi bir müdahalede bulunmaması, karışmaması gereğidir.³¹

Tüm bu açıklamalar kavramın içeriğini aydınlatmak adınadır. Ancak bir kavramın anlatımı sadece tanımlarıyla değil yaşama geçen, geçmesi gereken ve temelini oluşturan unsurlarını vurgulamakla daha iyi verilebilir. Bu açıdan ifade özgürlüğünün unsurlarına baktığımızda içinde saklı haksal sınıflamalar, ayrımlar kendini gösterir:

II. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI

A. KANAAT ÖZGÜRLÜĞÜ

Tüm bu özgürlüklerin ilk adımı ve aslında çıkış noktası, kanaattir. Kanaat sahibi olma özgürlüğü, 10. maddede teminat altına alınan öteki özgürlüklerin ön koşuludur. İkinci fıkrada sayılan kısıtlamalardan muaf olmak anlamında mutlak olarak koruma altındadır. Hakka getirilecek herhangi bir kısıtlama demokratik bir toplumun doğası ile tutarsız olacaktır.³² İfade özgürlüğünün ilk görünümü olan kanaat oluşturma, bu kapsamda düşünce ve bilgiye ulaşma, düşüncelerinden ötürü kınanmamadır. Yani söz ettiğimiz enformasyon hakkı ile birebir, neden-sonuç bağı şeklinde ilgilidir.

²⁸ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>, Erişim Tarihi: 15.10.2010.

²⁹ Feyyaz GÖLCÜKLÜ/ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 282.

³⁰ ÇOLAK, s. 271.

³¹ Cavidan SOYKAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 56, Sayı: 2, Ankara 2007, s. 66.

³² ÇOLAK, s. 274.

İfade özgürlüğü, bir fikrin sadece dışa vurulması anıyla sınırlı görülme-
yen, o fikre ve bilgiye erişebilme fırsatı ve serbestisi ile birlikte düşünül-
en bir hürriyet konumundadır.³³ Bilgilenme düşüncenin oluşum süreci-
dir. Bunu serbest tartışma ve iletişim ortamı sağlayabilir.

Bu kapsamda ele alabileceğimiz bir nokta da enformasyon hakkı, yani
haber, bilgi ve belgelere ulaşabilmedir. Bu hak, kanaat oluşturma ve dü-
şünme sonucu sağladığı için düşünce özgürlüğünün temelinde vardır.
Kimse fikirleri nedeniyle rahatsız edilemez. Söz konusu özgürlük sadece
kanaatlerin açıklanmasını tehlikeye koyan her şeye karşı güvenceleri
değil, farklı siyasal, felsefi ya da dinsel inançları nedeniyle bireyleri ra-
hatsız eden her olumsuz etmene karşı güvenceyi gerekli kılmaktadır. Ka-
naatleri yönünden farklı olma hakkı, bireylerin düşüncelerinin kendine
özgü bağımlılık, hizmet ya da fedakârlıkta bulunması için hesaba katıl-
maması korumasını getirir. Farklı olma hakkı ne ilgiliye ek ödevler yük-
leyebilir ne de onu kimi olanak ve hizmetlerden yoksun kılabilir; tam
tersine, muhatabı farklı olanı saygı yükümlülüğü altına sokar. Bu yönüyle
kanaat özgürlüğü kamu kurumlarının bireylere ilişkin işlem ve eylemle-
rinde ayırım yapmaması sonucunu doğurur. Kanaat özgürlüğü demokratik
bir toplumun zorunlu ögesi olarak, hiç kimsenin fikirleri nedeniyle kaygı
duymamasını gerekli kılar. Bu özgürlük kamu görevlileri de dâhil herkes
için güvence altına alınmıştır.³⁴ Ancak kamu görevlileri bakımından kimi
bazı farklı düzenlemeler de mevcuttur. Öte yandan bireysel düşünce ve
ifade özgürlükleri de hiçbir şekilde göz ardı edilmemelidir.³⁵

Enformasyon hakkı açısından bir diğer önemli husus devletin yükümlü-
lüğüdür. Gerçek ve tüzel kişilere tanınan bu hakkın başlıca muhatabı
devlettir. Devlet bir “enformasyon ağı” kurmakla yükümlü kılınmaktadır.
Bilgilenme hakkı sadece haber ve bilgi iletme serbestliğiyle değil, aynı
zamanda iletme ödeviyle gerçekleşebilir. Bu şekilde konunun üç boyutu
ortaya konmuş bulunuyor. Birincisi, ilgili bilgi ve haberleri iletme özgür-
lüğü, ikincisi karşılıklı olarak enformasyon alışverişinde bulunma, üçün-
cüsü ise bilgi edinme ve bilgilenme hakkıdır.³⁶

³³ Metin KAYAÇAĞLAYAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Hürriyeti Sınırlanması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 2, Ankara 2007, s. 103.

³⁴ KABOĞLU, s. 108.

³⁵ Nur KARAN, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Devlet Memurlarının Siyasal İfade Özgürlüğü”, Yıldızhan Yayla'ya Armağan içinde, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s. 346.

³⁶ KABOĞLU, s. 108.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda, 10. maddenin siyasi, dinsel, felsefi, akademik, sanatsal, ticari vs. düşünce açıklamaları bakımından koruma sağladığını belirtmiştir.³⁷ Örneğin Jersild/Danimarka kararında Mahkeme “ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun esas temellerinden birisi olduğunu ve basını sağlamak güvencelerin özel öneme haiz bulunduğunu” tekrar etmektedir.³⁸

B. KANAAT VE KANAATİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

İfade özgürlüğü kişinin kanaat oluşturması kadar bunu açıklayabilmesini, yayabilmesini de içerir. Açıklama ve yayma tanımından bir düşüncenin ilanını, önerilmesini, telkinini, kişinin o düşünce açısından ikna edilmesini, bir düşüncenin propagandasını, eleştirisini, reddini, ona karşı çağrı yapılmasını anlamak gerekir.³⁹

Enformasyon özgürlüğü, Avrupa planında, açıklama özgürlüğünün sınırlarını aşarak siyasal, dinsel, felsefi söylemleri kapsamına alırken bir yandan da haber-bilgi alma ve bunları iletme özgürlüğü olmak üzere iki kurucu ögeyi içerir. Bu özgürlük söz, yazı, ses, görüntü ve benzeri yollarla enformasyonların ülke sınırları göz önüne alınmaksızın serbest dolaşımının sağlanmasını ve iletişim teknik araçlarına herkesin serbest giriş olanağının tanınmasını gerekli kılar.⁴⁰ Bir karşılıklı yön barındırır.

Söz konusu özgürlük hem bilginin hem de fikirlerin açıklanmasıyla ilgili olduğundan, AİHM tarafından yapılan ayırım bu erken aşamadan itibaren önem kazanır. Bilgi (olgular) ile kanaatler (değer yargıları) arasında açık bir ayırma giden AİHM, şöyle demiştir: “*olguların varlığı kanıtlanabilir; oysa değer yargılarının doğruluğu kanıtla başvurularak ortaya konulamaz, bu durum, AİHS'nin 10. maddesinin teminat altına aldığı hakkın asli bir bölümünü, yani fikir özgürlüğünün kendisini ihlal eder*”.⁴¹ Benzer bir biçimde Dalban Davası'nda da AİHM : “... Bir gazetecinin doğruluğunu kanıtlayamadığı sürece eleştirel değer yargılarını ifade etmesinin engellenmesi kabul edilemez bir şey” olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla doğruluğu denetlenebilir olgu veya verilerin yanı sıra, doğruluğunun ka-

³⁷ Ahmet Yaşar OCAK... ve diğerleri, Türkiye'de İfade Özgürlüğü, Bgst Yayınları, İstanbul 2009, s. 20.

³⁸ AİHM, Jersild/Danimarka, Başvuru No: 15890/89, Karar Tarihi: 23.09.1994, par.37; Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1976, par.49; Zana/Türkiye, Başvuru No: 18954/91, Karar Tarihi: 25.11.1997.

³⁹ ZÖNGÜR, s. 382.

⁴⁰ ÇOLAK, s. 277.

⁴¹ Lingens, 1986;Jerusalem-Avusturya, 2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya, 2002.

nıtlaması söz konusu olmayacak fikir, eleştiri ve spekülasyonların dile getirilmesi de 10. madde çerçevesinde koruma altına alınmıştır.⁴²

1982 Anayasası'na göre; "herkes düşünce ve kanaat hürriyetine" sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacak, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanıp suçlanamayacaktır. (md.25)

Yargı organlarının güvencesine sahip geniş kapsamlı bir ifade özgürlüğü hakkı sağlanmadan ne özgür bir ülkeden ne de demokratik bir yapıdan bahsedilebilir. Gerçekten demokratik bir siyasi süreç ve bireyin gelişmesi isteniyorsa, ifade özgürlüğünün korunması hayati önem taşır. Ayrıca bireylerin farklı görüşlerine ve bakış açılarına anlatım alanı sağlanması, demokratik siyasi sistemin önemli bir ögesidir.⁴³ Mahkeme, 10. maddenin öngördüğü ifade özgürlüğünün, demokratik toplumun başlıca temellerinden ve toplumun ilerlemesi ile bireyin gelişmesinin esaslı koşullarından biri olduğunu vurgular.

Buna ilave olarak ifade özgürlüğü, AİHM'in genellikle her kararında belirttiği gibi sadece devletin ya da toplumun benimsediği görüşleri değil, toplumun yadırgadığı, hatta kaygı verici bulduğu değişik düşünceleri de barındırır.⁴⁴ "Demokratik toplumun" varlık koşulları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük de bunu gerektirir.⁴⁵ Mahkemenin konuya dair temel bir içtihadında "*ifade özgürlüğü, sadece hoşça giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen bilgi ve düşünceler için değil aynı zamanda devletin ya da toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden, rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir*" (Handyside v. Birleşik Krallık)⁴⁶ denilerek bu hususlar anlatılır. Çünkü sadece bir onay hali kapsamında değerlendirilirse bu içe dönüş dışında anlam vermeyip, malumun ilanından öteye gitmemektedir.

⁴² MACOVEİ, s. 14,15.

⁴³ ÇOLAK, s. 277.

⁴⁴ ZÖNGÜR, s. 382.

⁴⁵ Ergin ERGÜL, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2002, s.236.

⁴⁶ Bülent ÇİÇEKLİ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Kararlarının Analizi (2002-2003) ve Ceza Muhakemesine Yansımaları", Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yay. , Yıl: 1, Sayı: 1, Ankara 2006, s. 260.

Mahkemenin *Lingens/ Avusturya* kararında⁴⁷ Avusturyalı bir gazeteci olan Bay *Lingens*, Viyana’da bir derginin editörü olup yazdığı bir makale hakkında yargılanması sonucu davasının AİHM’e taşınması üzerine, “ifade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrası sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız... görülenleri değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden “haber” ve “düşüncelere” de uygulanır. Bunlar “demokratik toplumun” olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir.”⁴⁸ diyerek hakkın genişliğine vurgu yapmıştır.

10. madde bir diğer boyutuyla bilgi edinme ve verme ödevini içerir. Bu nedenle sözleşmenin 6. maddesinin ikinci fıkrası gereği, yürütülmekte olan cezai bir soruşturma hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesi önlenemez; ancak masumluk karinesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğunda, bilginin tam bir takdir ve ihtiyatla verilmesi gerekir. (*Allenet de Ribemont/Fransa*, 10.2.1995)⁴⁹

Bununla beraber ifade özgürlüğü birbirinden ayrılması gereken iki konuyu gerçekleştirme çabası taşır. Bir yandan insanın kendisini entelektüel ve iletişimsel açıdan geliştirmesine olanak tanırken diğer taraftan da topluluğun demokratik biçimde biçimlendirilmesinde pay almasını sağlar. İfade özgürlüğü yalnız kişisel değil aynı zamanda toplumsal bir haktır.⁵⁰ Dolayısıyla bu kapsamda, halkın siyasete katılabilmesi, birbirinden farklı konu ve adaylar arasında tercihte bulunabilmesi, kararlarının sonuçlarından da haberdar olması gerekir.⁵¹ Bunu sağlayan ifade özgürlüğüdür.

Söz konusu noktanın bir diğer kolu siyasi eleştirilerdir. Bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğünün tam olarak kullanımı, özgür ve demokratik bir devlet sisteminin temel göstergesi olan hükümetin serbestçe eleştirilmesini de mümkün kılar. AİHM’e göre, “ ifade özgürlüğü, toplumun asli temellerinden, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur.”⁵² Görüldüğü gibi, mahkeme çeşitli

⁴⁷ *Lingens/Avusturya*, 8.7.1986, A 103, s.26, &41 bilgilerine sahip karar hakkında bkz. BİÇAK, s. 128.

⁴⁸ Aynı şekilde “*Müler at autres /İsviçre* (24.5.1988)”, “*Oberschlick /Avusturya* (23.5.1991)”, “*Thorgeir Thorgeirson/ İzlanda* (25.6.1992)”, “*Kom. R. Veriniginug Demokratischer Soldaten Österrichs et Berthold Gubi / Avusturya* (30.6.1993)” kararları da ifade özgürlüğünün algılanışındaki bu boyutunu içermektedir. Karar numaraları ve haklarında bilgi için bkz. KARAN, s. 343.

⁴⁹ ÇOLAK, s. 278.

⁵⁰ ZÖNGÜR, s. 382.

⁵¹ ERDOĞAN, s. 9 vd.

⁵² *Handyside- Birleşik Krallık*, 1976.

kararlarında bu açıdan bazı ilkeler koymuş hem madde içeriği hem de hakkın o çok önemli ve muhakkak korunması, müdahalelerin önlenmesi gereken yapısından söz etmiştir.

Mahkeme denetim ve gözetim yaparken, ulusal makamların ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalenin, “makul”, “dikkatli”, “iyi niyetli”, “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve bu müdahaleyi haklı göstermek için ulusal makamların ortaya koyduğu gerekçelerin “uygun” ve “yeterli” görülüp görülemeyeceğini değerlendirerek karara bağlar.⁵³

27 Nisan 1995 tarihli (Series A, No:314) Piermont/Fransa kararında “resmi görüşlere ve düşüncelere muhalefet eden bir kişinin görüşleri siyasal arenada kendisine yer bulabilmelidir” denmekte ve daha sonra bir çok kararda bu ve benzer emsal içtihatlarla atıflar yapılmaktadır.⁵⁴ Yine, Mahkemenin Jersild/Danimarka kararında⁵⁵ da sadece ifade edilen düşüncelerin ve bilginin esasını değil, ama aynı zamanda bunların iletilmiş/nakledilmiş olduğu biçimlerin de kapsam dâhilinde oluşu ele alınarak incelemekte olduğumuz unsura atıf yapılmaktadır.

Müler-İsviçre kararı ise (24.5.1998) sanatsal ifadeye işaret ederek; “10. madde özellikle bilgi ve görüşlerin alınması ve yayılması özgürlüğü vurgusuyla, kültürel, siyasal ve sosyal alanda her türlü bilgi ve görüşlerin insanlar arasında dolaşımını olanağını temin ederek sanatsal ifadeyi de kapsamaktadır.” der.⁵⁶ Oberschilck-Avusturya kararı⁵⁷ ve Muller et autres-İsviçre kararı⁵⁸ beyan edilen düşüncenin yalnız içeriğinin değil, aktarım yol ve şeklinin de ifade deyimini altında oluşunu anlatarak, açıklamada kullanılan araç ya da açıklamanın aldığı şekil farkı gözetilmeksizin 10. maddenin uygulanacağına⁵⁹ vurgu yapar.

1. Söz ve Açıklama Hakkı

Bu hakkın içeriğini 10. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesi işaret etmiştir. Metinde yer alan fikir ve kanaat özgürlüğü, resmi makamların müdahale-

⁵³ ERGÜL, s. 238.

⁵⁴ Atıf yapılan kararlardan biri olan Yıldızgöz/Türkiye Davası (20.9.2005) hakkında ve bu davada Piermont/ Fransa davasına benzer amaçlarla değinilen diğer içtihatlar olan Djavit an-Türkiye (No; 20652/92), Platform -Avusturya kararı(21.6.1988) atfı hakkında bkz. <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihm/karar/yesilgoz.doc>, Erişim Tarihi: 21.10.2010.

⁵⁵ 23.9.1994 tarih ve 15890/89 numaralı karar hakkında ayrıntı bilgi için bkz. BIÇAK, s. 165.

⁵⁶ ÇOLAK, s. 279.

⁵⁷ 23.5.1991, A 204.

⁵⁸ 22.5.1998, A133.

⁵⁹ ÇOLAK, s. 280.

si ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın “haber ile fikir almak veya vermek serbestisi” içerikli ifadeler söz ve açıklama hakkını vurgular.

Leander-İsviçre kararı⁶⁰ bu hususa değinmiştir. “*Haber alma özgürlüğünün içeriği, haber sahibinin vermek istediği haber ya da bilgiyi alma özgürlüğüdür; yoksa haber sahibinin kendisinde kalmasını istediği haberlere ulaşmak değildir.*”

2. Ticari Alanda Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü

Bilgi ve kanaati açıklama özgürlüğü içerisinde ele alabileceğimiz bir alandır. AİHM, ticari alanda, 10. maddenin ihlali ile ilgili az sayıda davaya bakmıştır.

Mahkeme, bu konuda bir soyut ilke kararı almamış, yasaklanan somut beyanın doğrudan doğruya içeriğini inceleyip, “genel yarar”la ilgili bir kanaat bulunduğunu saptarsa 10. maddenin uygulanırlığını kabul etmiştir.⁶¹

Örneğin, Markt Intern GmbH ve Klaus Beermann/Almanya davasına (20.11.1989, No: 83/10572) konu olan olayda, ticari bir dergide yayımlanan makalede, büyük bir firmanın, bir müşterisine verdiği zarar ele alınarak eleştirilmiş ve okuyuculardan aynı firma ile ilgili benzer olayları yazmaları istenmiştir. Hakkında yayın yapılan firmanın açtığı dava sonucu, yetkili ulusal mahkeme, yapılan yayının ticari icaplara uymadığını gözeterek, bir daha aynı şekilde yayın yapılmasını yasaklamıştır. AİHM, bu davada, 10. maddenin Almanya tarafından ihlal edilmediğine karar vermiş; ayrıca gerekçesinde, söz konusu firmanın makalede bahsedilen olayla ilgili araştırma yaptırdığı ve gerekli tedbirleri almak için girişimlerde bulunduğu bir sırada, makalenin yayımlanması nedeniyle şirketin ticari anlamda önemli zararlara uğramasına yol açılabileceğini belirtmiştir.

Yine, Jacobowski/Almanya kararında (1994) işten çıkarılan bir kişinin, aynı alanda faaliyette bulunarak, gazetelere eski patronunun ticari faaliyetlerini olumsuz yönde etkileyecek şekilde ilanlar vermesi nedeniyle, hakkında kamu davası açılarak yerel mahkeme tarafından mahkûm edilmiş, önüne gelen davada AİHM davacının, faaliyetleriyle ticari ahlâka aykırı olarak haksız rekabete yol açtığının anlaşıldığı gerekçesiyle cezayı 10. maddeye aykırı bulmamıştır.

⁶⁰ 23.3.1987, Series A, 116.

⁶¹ ÇOLAK, s.280.

Barthold/Federal Almanya davası⁶² ise bir veterinerin gazeteyle verdiği demeçle, acil veterinerlik servislerinin işlerliğini eleştirmesi üzerine meslek odaları tarafından gazetelere demeç verilmesinin yasaklanmasına ilişkindir. Mahkeme bu olayda 10. maddeye aykırılık bulunduğunu açıklayarak bazı meslek gruplarının kamuya açık tartışmalara girmelerini engelleyici düzenlemelerin, düşünceyi açıklama özgürlüğüne uygun düşmeyeceğini belirtir. Ayrıca, bu sınırlamanın sonucu olarak, basın topluma bilgi sunma işlevi ve toplum adına gözcülük yapmasının da engelleneceğini⁶³ vurgular.

3. Sanat Eserleri

AİHS'nin 10. maddesi düşünceyi açıklama özgürlüğünün uzantısı olan sanat özgürlüğüne yer vermiş değilse de⁶⁴ sanat eserleri de AİHM içtihatlarıyla bu maddenin kapsamına dâhil edilmiştir.

Nitekim AİHM, İsviçre'ye karşı 24.5.1988 tarihli Muler ve diğerleri kararında, sözleşme madde 10'un, kültürel, siyasal ve sosyal alanda her türlü bilgi ve görüşlerin dolaşımını sağlayarak sanatsal ifadeyi de içerdiğini belirtmiş; keza Avusturya'ya karşı Otto-Preminger İntitut kararında⁶⁵ bu görüşünü tekrarlamıştır.⁶⁶

İfade özgürlüğü içerisinde değer yargıları, demokratik bir toplumda yaşamsal öneme haiz olan kanaat çoğulculuğunun bir gereği olarak özel bir korumadan yararlanır. Ağır veya abartılı bir dille ifade edilmiş olan kanatlar de koruma altındadır, korumanın derecesi duruma ve eleştirinin amacına bağlıdır. Somut olaydaki durum incelenerek, kamusal tartışmaya veya kamu çıkarlarına ilişkin konularda, siyasal tartışmalar esnasında eleştirinin kamu otoritelerine yöneldiği durumlarda, ağır sözler ve sert eleştiriler AİHM tarafından hoşgörü ile ele alınmaktadır. Örneğin; Thorgeirson davasında⁶⁷, mahkeme yazıların çok ağır ifadeler içerdiğini kabul etmekle birlikte, gözetilen amacın, kullanılan dilin göz önüne alınması halinde,

⁶² 25.03.1985, No:79/8734.

⁶³ Ali BİLEN, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İchtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", <http://www.danistay.gov.tr/4-AIHS>, Erişim Tarihi: 25.10.2010.

⁶⁴ ZÖNGÜR, s. 382.

⁶⁵ Komisyona 20.9.1994 tarihli bu kararında; "sanatçı yaratıcı eserleri aracılığıyla dünya üzerinde kişisel vizyonunu dile getirmekle kalmaz; aynı zamanda içinde yaşadığı toplumu nasıl gördüğünü de ortaya koyar. Bu nedenle sanat, kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz; aynı zamanda kamuoyunun bir ifadesi olur ve halkın günün temel sorunlarıyla yüzleşmesini sağlayabilir." demektedir.

⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 263.

⁶⁷ Thorgeirson-İzlanda, 1992.

bu anlatımın aşırı görülmeceğine karar vermiştir. Bir gazetecinin bir politikacıyı yolsuzluk ve kamu kaynaklarının kötü kullanımından dolayı suçlamasıyla ilgili olan Dalban davasında⁶⁸, AİHM, “gazetecinin özgürlüğünün bir derece abartmaya hatta kışkırtmaya başvurmayı kapsayabileceği” ne karar vermiştir.⁶⁹

Müstehcen resimlerin sergilenmesi sebebiyle, sergi sahibinin cezalandırılması ve resimlerin müsadere edilmesi ile ilgili Müler/İsviçre davasında⁷⁰ AİHM, sözleşmede açıkça ifade edilmemesine rağmen, sanatsal ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.⁷¹

Karakaş ve Türkiye kararında ise Mahkeme, şiddete teşvik niteliğindeki ifadelerin edebi metinlerde yer alması halinde ifade özgürlüğünün alanını geniş yorumlamaktadır. Karara neden olan olayda, başvuru sahibi, şiir kitabında şiddete çağrı içeriği taşıyabilecek bazı şiirlere yer vermiştir. Komisyon, şiirlerin bazı bölümlerinin ton açısından gayet agresif olmasına ve şiddet kullanmaya davet etmesine rağmen, şiirlerin sanatsal yönü ve sınırlı bir etkiye sahip olması nedeniyle bir ayaklanmaya davet değil, derin bir üzüntü meydana getireceğini göz önünde bulundurmıştır. Ayrıca Mahkeme, uygulanan cezaların özellik ve ağırlıklarının, müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirmesi hususunda da dikkate alınması gereken etkenler olduğunu belirtmektedir. İlgili karara göre bu açıdan başvuru sahibinin mahkûmiyeti, hedeflenen amaçlar açısından orantısız olup demokratik bir toplumda gerekli görülmemektedir.⁷²

Yine mahkemenin Türkiye hakkında verdiği kararlardan Polat/Türkiye⁷³ olayında bir yazar olan şikâyetçi, 1991 yılında yayımladığı kitabında “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”ne karşı propaganda yaptığı gerekçesiyle, Terörle Mücadele Kanunu’nun 8. maddesi uyarınca hapis ve para cezasına mahkûm edilmiştir. Bunun üzerine şikâyeti inceleyen AİHM, ilk olarak Handyside Kararı’ndaki temel görüşüne işaretleyerek, ifade özgürlüğünün toplumu şoka uğratabilecek fikirleri de kapsadığını vurgulayarak uygulamaya ihlal niteliği taşıdığına karar vermiştir.⁷⁴ Mahkemenin gerekçesi eserin edebi bir tarzda yazılmış olmasına ve “milli gü-

⁶⁸ Dalban-Romanya, 1999.

⁶⁹ ÇOLAK, “Avrupa İnsan Hakları...”, s. 281.

⁷⁰ Müler/İsviçre, 1998.

⁷¹ BOZKURT/DOST, s. 64.

⁷² ÇİÇEKLİ, s.260, 261.

⁷³ Polat/Türkiye, 8.7.1999, No:23500/94, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/23500_94.pdf

⁷⁴ ÇOLAK, s. 295.

venlik”, kamu düzeni” ve “ülke bütünlüğüne” karşı etkisinin sınırlı olmasına dayanmaktadır.

C. BİLGİ VE FİKİR ALMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Bilgi alma özgürlüğü, bilgi toplama ve mümkün olan bütün kanuni kaynaklardan bilgi araştırma hakkını içerir. Bilgi alma özgürlüğü uluslararası televizyon yayınlarını da kapsamına almaktadır.⁷⁵ Bu anlamda kanaati açıklama özgürlüğü ile bir bütün oluşturarak ve birbirini tamamlayarak ifade özgürlüğü temelini kurarlar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, bilgi edinme özgürlüğü esas olarak kişinin, diğerlerinin ona açıklamak istediği ya da isteyebileceği bilgileri edinmesinin hükümet tarafından sınırlandırılması yasaklamaktadır.⁷⁶

Haber, bilgi ve düşüncelere ulaşma özgürlüğü 10. madde kapsamında ayrıca önem taşımaktadır. Örneğin, resmi bilgi ve belgelere ulaşmak açısından 10. maddenin gerekli hukuki temeli oluşturduğuna işaret edilmektedir. Kamu makamlarının açıklaması “aktif şeffaflık” olarak adlandırılırken, bu belge ve bilgilere ulaşılmasının sağlanmasına ise “pasif şeffaflık” denilmektedir. Ayrıca mahkeme başka yollardan elde edilebilme imkânı olan bilgilerin açıklanmasına yasak getirilmesini sözleşmeye aykırı bulmuştur. Devletlerin istenilen her türlü bilgiyi verme zorunluluğunun bulunmadığı, ancak, kişilerin bu bilgilere ulaşabilmeleri için elverişli hukuk yolunun sağlanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu arada devletler somut durumları, örneğin bilgi edinmek isteyen kişilerin sağlığının korunmasını dikkate almak zorundadır.⁷⁷ Tüm bu noktaları düşündüğümüzde basın özgürlüğünü bu başlık içerisinde değerlendirebiliriz:

Basın Özgürlüğü

John Keane; bir toplumda olguların ve onlarla ilgili savların bolluğu yalnızca özgür basınla mümkün olup yalnız böyle bir basın; sorgulama, görüşleri düzeltme alışkanlığını geliştirip, hakikatin yanlışa karşı zafer kazanmasını güvence altına alabilir diyordu.⁷⁸ O halde nedir basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğündeki yeri nerededir?

İfade özgürlüğünün bir türev hakkı olan bu hak, temel olarak;

⁷⁵ ÇOLAK, s. 282.

⁷⁶ ERGÜL, s. 240.

⁷⁷ BOZKURT/DOST, s. 57.

⁷⁸ KEANE, s. 42.

- Haber verme
- Eleştiri
- Eser yaratma haklarını,

bünyesinde barındırır.⁷⁹ 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesi de bu temel üç hakkın açılımına yöneliktir.

Matbaanın icadından sonra ortaya çıkan basın özgürlüğü kavramına öncülük eden “düşünce ve söz özgürlüğü” olmuştur. Kişilerin düşündüklerini, istedikleri biçim, zaman ve yerde tartışmak ve istendiği takdirde düşüncelerini açıklamamak serbestisi olamadan basın ve haberleşme özgürlüğünden söz edilemez, bu nedenle haberleşme özgürlüğünün ön koşulunu düşünce ve söz özgürlüğü oluşturmaktadır Diğer yönden ise günümüzde düşünce özgürlüğünün fiili bir değer kazanabilmesi haberleşme özgürlüğü aracılığıyla olabilmekte ve iki özgürlük bir bütünün parçaları durumunda bulunmaktadır.⁸⁰

Günümüzde bireysel ifade özgürlüğü yerini büyük ölçüde kitle iletişimine bırakmıştır. Bu nedenledir ki 10. madde bağlamında en önemli sorunlar geniş anlamda basın ve basın özgürlüğü düzeyinde ortaya çıkmaktadır.⁸¹

Örneğin, AİHM, olgulara ilişkin olarak dahi, “medyaya yanlışlar konusunda nefes alınacak bir alan” tanıma adına iyi niyet savunmasını kabul etmiştir. Dalban Davasında, şayet bir gazeteci veya yayın meşru bir amaç güdüyorsa, konu halkı ilgilendiren bir konuya ve olayları doğrulamak için makul bir çaba gösterildiyse, söz konusu olgular yanlış çıksa dahi basın sorumlu tutulmayacaktır⁸² düşüncesiyle hareket edilmiştir.

10. maddenin uygulama alanı ile ilgili olarak Divan'a ilk kez, 1960'ta, gazetecilik ve yazarlık mesleğinden ömür boyu bir yasaklamaya ilişkin De Becker⁸³ davası götürülmüştür.⁸⁴ Olayda Belçika Le Soir gazetesinin

⁷⁹ AİHM de esas olarak gelecek sayfalarda da incelenecek kararlarının işaret ettiği gibi özgürlüğün için bu

doğrultuda doldurarak konuya yaklaşmıştır. 5187 sayılı Basın Kanunumuza bakarsak AİHS'ndeki düzenleme yolunda bir hükmün yer aldığını görürüz. Kanunun 3.maddesi; “Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir” derken bu nokta işaret edilir. Ayrıca 2. fıkrasında yer alan sınırlama nedenleri de AİHS'nin 10/2 ile uyumlu hale getirilmiştir.

⁸⁰ Kayhan İÇEL, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2007, s. 17.

⁸¹ GÖLCÜKLÜ/ GÖZÜBÜYÜK, s. 318.

⁸² MACOVEI, s. 16.

⁸³ 27.3.1962 tarihli De Becker (Belçika) Kararı, Série A, No: 4 .

yayıncısı gazeteci yazar Raymond de Becker, savaş sırasında Alman kuvvetleriyle işbirliği yaptığı gerekçesiyle, Brüksel Savaş Konseyi tarafından 1946 yılında ölüm cezasına mahkûm edilmiştir. Hükümde, kendisinin Belçika Ceza Kanunu'nun 123. maddesi uyarınca bazı haklardan mahrum edilmesi de kararlaştırılmıştır. Komisyon 1960 yılında düzenlediği raporunda Belçika Ceza Kanunu'nun anılan hükmünün ifade özgürlüğünü temelinden yok ettiği gerekçesiyle, bu hükmün sözleşmenin 10. maddesiyle çeliştiğini tespit etmiştir. Somut olayda sınırlama hallerinin çok ötesine de geçildiği, konuyla hiç ilgisi olmayan yasaklar konulduğu, bunu demokratik bir toplumun gerekleriyle bağdaştırmanın mümkün olmadığı vurgulanmıştır.⁸⁵

Kullanılan araçlar, ortaya çıkış şekli yani ifade ediliş biçimi temel kaynak oluşturacak şekilde basın özgürlüğünü kategorilere ayırabiliriz.

1. Yazılı ve Görsel Basın

AİHM, basın özgürlüğünü açıkça korumamakla birlikte, bu özgürlük ifade özgürlüğün en temel şekillerinden biri olarak ele alınmıştır.

Basın, ifade özgürlüğünü kullanma araçlarından biri olduğundan, Strazburg organları (komisyon ve mahkeme) tarafından bu madde kapsamında değerlendirilmiştir. AİHM, ifade özgürlüğüne basın açısından ayrı bir önem yüklemiştir.⁸⁶ Basının temel fonksiyonu haber verme görevinde kamu yararı olduğu kabul edilmektedir. Zira halk basın sayesinde devleti ve hükümeti gözlemlemekte ve kamuoyu oluşturmaktadır.⁸⁷ AİHM, ifade özgürlüğü hakkı ile ilgili verdiği pek çok kararında, basın özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemine vurgu yapmıştır.⁸⁸ Yanlışların düzeltilebilmesi için önce onların yanlış olduğunun söylenmesi gerekir. Bu da ancak özgür, yaygın bir tartışma ve eleştiri ortamıyla⁸⁹, yani basın aracılığıyla mümkündür. Bu nedenlerle, mahkeme basın için “*bekçi köpeği*” benzetmesi yapmaktadır. AİHM siyasi hayatın bekçisi rolünü ilk kez önceden de söz ettiğimiz Lingens kararında⁹⁰ (1 Temmuz 1986, No:12/1984/84/131) vurgulamıştır. Mahkemeye göre, sözleşme çerçevesinde ortaya çıkan demokratik toplum kavramının özünü siya-

⁸⁴ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, (Çev. Durmuş TEZCAN), Avrupa Konseyi, Etki Yayıncılık, İzmir 2002, s. 14.

⁸⁵ De Becker/Belçika, 27.3.1962.

⁸⁶ ŞAHİN, s. 152.

⁸⁷ ZÖNGÜR, s. 383.

⁸⁸ ŞAHİN, s. 152.

⁸⁹ Bkz. KEANE, s. 20.

⁹⁰ Lingens/ Avusturya Kararı hakkında detaylı bilgi ve kararın çevirisi için bkz. BIÇAK, s. 115-134.

sal tartışma özgürlüğü oluşturmaktadır. Basın bu ortamın yaratılabilmesinin, halkın uygulanan politikalar hakkında bilgi sahibi edilebilmesinin en iyi araçlarından biridir.

Mahkeme Fressoz and Roire v. Fransa (21.1.1999, No.29183/95)⁹¹ kararında da basına değinmiştir. Dava Fressoz Le Canars Enchainé (Zincirli Ördek) adlı haftalık mizah ve politika dergisinin önceki yayın yönetmeni ve burada gazetecilik görevinde bulunan Fransız vatandaşı başvuranın 1989'da yayımlanan makalesinde Fransız otomobil fabrikası Peugeot'nun patronu Jacques Calvet'in maaş bordrolarını yayınladığı gerekçesiyle yargılanıp para cezasına çarptırılması hususundadır. Mahkeme büyük şirket patronlarının gelirlerinin düzenli olarak basın tarafından yayınlandığına işaret ederek, gazete yöneticilerinin ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹² Burada basın özgürlüğü açısından analiz yöntemi ışığında bir temellendirmeye gidilmiş, basının demokratik bir toplumda temel bir rol oynadığına vurgu yapılmıştır.

Türkiye'den bir örneği incelediğimizde basın özgürlüğüne ilişkin kimi noktaları işaret ettiğini görürüz. Sürek ve Özdemir Türkiye (başvuru no: 23927/94, 24277/94) kararında mahkeme, basının ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahaleyi ele almış, siyasal demokrasinin gereği gibi işleyebilmesinin ilişkin olarak medyanın temel görevi dikkate alınmalıdır demiştir.⁹³ Basının nasıl fikirleri bildirme zorunluluğu varsa halkın da bunları edinme hakkı vardır. Yani hakkın iki yönüne de değinilmektedir.

Mahkeme, Avusturya ile ilgili Oberschlik davasında aynı vurguyu yapmıştır. Somut olayda, şikâyetçi bazı kişilerle birlikte Avusturyalı politikacının işlediğini iddia ettiği suçlara ilişkin olarak birtakım bilgiler yayımlamış, şikâyetçi iftira suçundan dolayı mahkûm olmuştur. Konuyu inceleyen AİHM, "... ifade özgürlüğünün yalnız toplumda beğenilen fikir ve düşünceler açısından değil, toplumu sarsan ve şoka uğratan fikirler açısından da geçerli olduğunu" bir kez daha ifade etmiştir.⁹⁴

Mayıs 1999 tarihli Bladet Tromsø ve Stensaas⁹⁵ davasında, Divan, 10. maddenin ihlaline karar verir. Başvuru, fok avına ilişkin düzenlemedeki eksiklik iddiasına yönelik beyanların yayınlanması suretiyle hakaretten, bir gazete ile yazı işleri müdürünün zarar ziyanın tazminine mahkûm

⁹¹ Fressoz and Roire-Fransa kararı hakkında detaylı bilgi ve çeviri için bkz. BIÇAK, s. 187-210.

⁹² ÇOLAK, s. 284.

⁹³ Sürek ve Özdemir v. Türkiye kararı hakkında detaylı bilgi için bkz. BIÇAK, s. 229-270.

⁹⁴ ÇOLAK, s. 282.

⁹⁵ 20.5.1999 tarihli Bladet Tromsø ve Stensaas-Norveç Kararı, Recueil, 1999 - III.

edilmesine dairdir. Divan, ödev ve sorumluluklara saygı içinde, genel yararı olan tüm sorunlara ilişkin haber ve düşünceleri duyurmanın basının görevi olduğunu hatırlatmış, gazetenin iyi niyetli olduğunu ve içinde yazılı olan olayların doğruluğunu bizzat kontrol etmeye imkân bulamadığı resmi bir rapora haklı olarak dayanabileceğini kabul etmiştir. Demek ki somut olayda başvuranların düşünceleri açıklama özgürlüğüne konulan sınırlamalar ile başkalarının şöhretinin korunması yönünde güdülen amaç arasında makul bir oran mevcut değildir.⁹⁶

Ağustos 1998'deki Hertel/İsviçre davasında (25.08.1998, no: 94/25181), davacının, mikro dalga fırınların insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerini konu aldığı makalelerinin yasaklanmasının, 10. maddenin ihlali anlamına geldiği mahkemece kabul edilmiştir. AİHM, yasaklamanın, konunun önemiyle orantılı olmadığını şu görüşüyle açıklar: “*Getirilen yasaklama davacıya görevini yaparken sansür uygulandığını gösterir ki, zaten halk arasında yoğun bir şekilde tartışılan olayın, sansür getirilerek, makalelere konu olmasının engellenmesi, esasen başkalarının özgürce yaptığı tartışmalara davacının ortak olamaması anlamını taşır.*”⁹⁷

1998 yılının eylül ayında, Lehideux ve Isorni davasında, Divan, bir ulusal gazetede Mareşal Pétain'e itibarını iade eden reklâm broşürü yayımlamaktan dolayı zarar ziyanın tazminine ilişkin ceza mahkûmiyetinin, sözleşmenin 10. maddesinin ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir.⁹⁸

AİHM'in işaret ettiği bir konu olan kamuyu ilgilendirme birçok kararda vurgulanmıştır. Maronek Davası'nda⁹⁹, eskiden devlete ait olan apartman dairelerinin kamu mülkiyetinden çıkarılması gündemde iken Slovakya'nın konut politikasını kamu yararına ilişkin bir konu olarak görüyor ve davacının ifade özgürlüğünü daha güçlü bir koruma altına alıyordu.¹⁰⁰

2000 yılında Mahkeme, basının “bekçi” rolüne tekrar değinmiştir. Bergens Tidende ve diğerleri davasında AİHM, kendisinden memnun olmayan hastaların tanıklıklarını içeren bir seri yazıyı yayımlamaktan ötürü bir gazetenin, estetik cerrahın uğradığı zarar ziyanın tazminine mahkûm edilmesini konu edinen davayı karara bağlamıştır. Mahkeme, öncelikle, suçlama konusu yapılan yazıların “insan sağlığının önemli bir

⁹⁶ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayını, s. 14.

⁹⁷ BİLEN, <http://www.danistay.gov.tr/4-AIHS>, Erişim Tarihi: 25.10.2010.

⁹⁸ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayını, s. 13.

⁹⁹ Maronek-Slovakya, 2001.

¹⁰⁰ MACOVEI, s. 19.

yönüne ilişkin olduğunu ve bu şekilde kamu yararına ilişkin ciddi sorunları ortaya çıkardığını” belirlemiştir. Somut olayda, hastaların anlattıkları olayların, esas itibarıyla doğru olduğu ve gazete tarafından aslına uygun bir biçimde aktarıldığı sonucuna varıldı. Mahkeme, bu çerçevede sohbetlere dayalı güncel röportajların en önemli olanaklardan birini oluşturduğunu ve bunlar olmadan basının “bekçi köpeği” rolünü oynamasının mümkün olmadığını hatırlattı. Bu nedenle doktorun mesleki itibarını korumaya yönelik çıkarının, basın sağladığı kamu yararına üstün tutulmasını meşru kılacak düzeyde sayılması mümkün değildir. Mahkeme, bu gerekçeyle dayanarak, 10. maddenin ihlal edildiğine karar verdi.¹⁰¹

Gazetecilerin haber kaynakları da 10. maddenin koruması altındadır. Haber hazırlayanların haber kaynaklarını gizleme hakkı mevcuttur.

Bu konuda önemli bir karar olan, AİHM Büyük Daire'nin 27.3.1996 tarihli Goodwin Kararı vardır.¹⁰² Bir gazeteciye haber kaynaklarını açıklama konusunda mahkemece yapılan ihtar ve bu ihtara uymama nedeniyle verilen para cezası sonucu konu divan önüne getirilmiştir. Haber kaynağını açıklama ihtarının güdülen amaçla oranlı olmadığına, gazeteciye getirilen sınırlamaların haklarını savunmak amacıyla demokratik bir toplum bakımından gerekli sayılmayacağına oy çokluğu ile karar verilmiş, kararda divan, gazetecilerin haber ulaşım merkezlerini korumalarının basın özgürlüğünün temel taşlarından biri olduğunu, bu durumun üye ülkelerin pek çoğunda yürürlükte bulunan meslek kurallarından ve basın özgürlüğüne ilişkin birçok uluslararası belgeden anlaşılabilirliğini vurgulamıştır. Bunlar arasında Kitle İletişim Politikalarına İlişkin 4. Avrupa Bakanlar Konferansı'nda (Prag, 7-8.12.1994) kabul edilen İnsan Hakları ve Basın Özgürlüğüne Dair Karar ile Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi'nin No.C44/34 sayısında yayımlanan 18.1.1994 tarihli “Gazetecilerin Haber Kaynaklarının Açıklanmamasına İlişkin Avrupa Parlamentosu Kararı” da vardır. Aksi durum ortak yarara ilişkin sorunlar konusunda kamuyu bilgilendiren basının, haber kaynaklarını onlara yardım etmekten vazgeçirebilir. Bu basının rolü düşünüldüğünde oldukça önemli olup değerli ve geçerli haberler verebilme işlevinin zayıflatılmasına yol açabi-

¹⁰¹ ÇOLAK, s. 284.

¹⁰² William Goodwin v. Birleşik Krallık (Başvuru No. 17488/90), 27.3.1997, kararın çeviri bölümleri ve haber kaynaklarını açıklamama hakkıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ - Haydar Burak GEMALMAZ, Türkiye'de Bilgi Edinme, İfade ve İletişim Mevzuatı, Yazıhane Yayınları, İstanbul 2004, s. 189 vd.

lir.¹⁰³ Karar ve ışığında oluşan ilke, ifade özgürlüğünün norm alanını güçlendiren bir ek güvence yapısı taşır.

Bu konuda en yakın tarihli ve kapsamlı Avrupa Konseyi belgesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 08/03/2000 tarihinde kabul ettiği No.R.(2000) sayılı "Gazetecilerin Bilgi Kaynaklarına Açıklamama Haklarına İlişkin Tavsiye Kararı"dır.¹⁰⁴

Türk Hukukuna baktığımızda, gazetecilerin, haber kaynaklarını gizli tutma haklarının yasal güvenceye kavuşturulmuş olduğu görülür. 09.06.2004 tarihli ve ülkemiz hukukunda halen yürürlükte bulunan 5187 sayılı Basın Kanununun 12. maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

" süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dâhil her türlü

*haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz "*¹⁰⁵

Demokratik bir toplumda haber kaynağının açıklanmaması hakkının yoğun bir şekilde korunması gereği ve bu hakkın açıklanmasının ancak basın özgürlüğünden daha önemli bir kamu yararının bulunmasına bağlı olması¹⁰⁶ aksi hallerde kapsamlı bir güvenceden faydalanmasının bir zorunluluk olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

2. Radyo-Televizyon Yayınlarının Özel Konumu

Radyo-Televizyon frekanslarının dağıtımı, diğer basın araçların farklı bir izin sisteminin oluşturulmasını gerektirmiştir. Bu durum uluslararası insan hakları hukuku tarafından da benimsenmiş ve sözleşmelerde yer almıştır.¹⁰⁷ Ancak alanın niteliği ve gücü nedeniyle, özgürlük boyutu her daim en mühim nokta ve güvence altına alınması gereken bir konu olarak durmuştur.

Komisyon ve mahkeme ilk olarak radyo ve televizyon yayınlarında devletin tekel hakkı olup olmadığı, daha sonra da yapılan yayınlara müdahalenin 10. madde çerçevesinde haklılığını incelemiştir.¹⁰⁸

¹⁰³ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 261.

¹⁰⁴ ŞAHİN, s. 166.

¹⁰⁵ ŞAHİN, s. 171.

¹⁰⁶ ZÖNGÜR, s. 384.

¹⁰⁷ ŞAHİN, s. 173.

¹⁰⁸ "Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi",

http://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin089/089_00_010.pdf Erişim Tarihi: 21.10.2010.

AİHS m. 10/1'in 3. cümlesine göre “Devletler radyo, televizyon ve sinema girişimlerini izne bağlayabilirler”. Devletlere böyle bir izin yetkisi tanınmanın nedeni ulusal ve uluslararası zorunluluklardır. Devletler bu izin şartlarını belirlerken 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırlandırmaları da göz önünde bulundurmalıdır.¹⁰⁹

Sözleşmenin “bu madde, devletlerin radyo, sinema veya televizyon işletmelerini bir izin rejimine tabi kılmalarına engel değildir” ifadesinin 2. fıkra ile ilgisini kurmakta fayda vardır. Divan'ın açıklamasına göre, üçüncü cümlelerin amacı, devletlerin toprakları üzerinde radyo yayıncılığını örgütlemek, özellikle teknik yönleri açısından bir izin rejimine tabi tutabileceğini açıklamaktır. Ayrıca, 2. paragrafın öngördüğü gayelerden biriyle bağdaşmayan 1. paragrafın 3. cümlesi açısından yasal amaca bağlı olarak müdahale söz konusu olabilir. Ancak, bunların sözleşmeye uygunluğu, böyle bir müdahale için diğer zorunlulukların ışığında ele alınmalıdır. 2. fıkrada öngörülen koşullar yerine getirilmemişse, düşünceyi açıklama ve haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sözleşmenin bir ihlalini oluşturur. Hukuka uygun sınırlama halleri kanunla düzenlenmeli ve demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğinde olmalıdır.¹¹⁰

Komisyon ve mahkeme, devletlerin bu konudaki tekel hakkını kabul ederek, özel işletmeleri ruhsata bağlamak suretiyle yayınları bazı kayıt ve koşullara tabi tutmak eğilimindedir. Örneğin, AİHM, 1990 tarihli Lentinia kararında, özellikle teknik imkânlar, kurulacak istasyonun yeri, yerel ve genel seyirci sayısı gibi bazı değerlendirmelerle akit devletlerin televizyon işletmelerinin ruhsata tabi olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, ruhsat sistemine dayalı olarak özel radyo ve televizyon istasyonları kurulmasına imkân vermeme Sözleşme'ye aykırı bulunmaktadır. AİHM, Autronic AG¹¹¹ ve Groppera¹¹² kararlarında,¹¹³ frekansın sınırlı olması veya radyo-TV yayınlarının devletin tekelinde olmasına ilişkin politik çıkarlar nedeniyle bundan birkaç yıl öncesine kadar bu konuda devlet tekelinin haklı görülebileceğini, ancak bugünkü teknik

¹⁰⁹ ZÖNGÜR, s. 384.

¹¹⁰ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 262.

¹¹¹ Autronic AG-İsviçre, 22.5.1990

¹¹² Groppera-İsviçre, 28.3.1990

¹¹³ Autronic-İsviçre davasında AİHM özetle şu hususları vurgulamıştır; “... uygun bir anten aracılığıyla TV programlarının alınması 10.madde kapsamındaki hak kapsamı içindedir. Bu hükümden yararlanmak için, söz konusu hakkın sahibi kişi tarafından hangi amaçla kullanıldığını araştırmaya gerek yoktur. Yönetmelik ve yargısal kararlarla getirilen yasaklar Autronic AG'yi uydu ile yapılan yayınları almaktan alıkoymuştur. Bu da ifade özgürlüğünün kullanılmasına, kamu makamlarının müdahalesi niteliğindedir...” kararı hakkında bkz. ÇOLAK, s. 286.

gelişmeler karşısında tekelin ortadan kaldırılması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁴

Tele 1 Privayfernsehgesellschaft MBH Davasında¹¹⁵, AİHM Avusturya'nın Avusturya Yayın Kurumu dışında her kanala verici istasyonu kurma ve işletme konusunda ruhsat verme bakımından herhangi bir hukuki zemininin yokluğu dolayısıyla 10. maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.¹¹⁶

Özel radyo veya televizyon kurmanın ve işletmenin imkânsız hale getirilmesinin haberleşme özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğu AİHM'in Informationverein Lentia¹¹⁷ ve diğerleri kararında vurgulanmıştır. Divan, daha az sınırlayıcı çözüm yollarının bulunmadığının ileri sürülemeyeceğini belirtmiş; örnek olarak, ulusal radyo TV kurumunun faaliyetlerine özel katılım şekilleri öngörerek veya bazı alanlarda katılım izni vererek kimi devletlerin bunu yumuşattıklarını aktarmıştır. Sonuç olarak Divan, özel radyo TV yayını yapmak isteyen başvuranlara yapılan müdahalenin, güdülen amaçla orantılı ve bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vererek, 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu nedenle de 14. maddenin, 10. madde ile bağlantılı şekilde yeniden ele alınmasına gerek kalmadığına da değinmiş,¹¹⁸ ayrıca görsel işitsel medya alanında kamu tekelini 10. maddeye aykırı bulmuştur. Bunun ana nedeni, kamu tekelinin bilgi kaynakları bakımından çoğulculuk sağlayamayacağıdır. Bu tür tekel demokratik bir toplumda gerekli değildir, ancak acil ihtiyaçlar temelinde haklı görülebilir.¹¹⁹

Birleşik Krallığa karşı yapılan bir başvuruda, Komisyon “memleket sınırları mevzuu bahis olmaksızın” ya da “ülke sınırları söz konusu olmaksızın” deyiminin nasıl yorumlanacağını karara bağlamıştır. “Memleket sınırları mevzuu bahis olmaksızın” deyimini, sözleşmeciler devletlerin hiçbir şekilde sorumlu olmadıkları, sözleşmeciler olmayan devletin eylemleriyle ilgili bir müdahale hakkı verir şekilde yorumlanamayacak, sözleşmeciler devletin kendi yargı yetkisini kullanırken, kendisinin bu hakka saygı göstermesi yükümlülüğüne işaret edecektir.¹²⁰

¹¹⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 262.

¹¹⁵ Kararın çeviri metni ve karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BIÇAK, s. 517-531.

¹¹⁶ MACOVEI, s. 23, 24.

¹¹⁷ Informationverein Lentia-İsviçre, 24.11.1993.

¹¹⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 262.

¹¹⁹ ÇOLAK, s. 286.

¹²⁰ ERGÜL, s. 239.

Basın şiddete ve düşmanlığa araç olmamalıdır ilkesi ile AİHM, basın tarafından ifade özgürlüğü hakkı kullanılırken beraberinde gelen görev ve sorumlulukların çatışma ya da gerginlik ortamlarında daha fazla önem kazandığını vurgulamıştır. Mahkemeye göre basın, düşmanlık içeren konuşmalar ve şiddetin teşviki konusunda araç olarak kullanılmamak için devlete karşı şiddete başvuran örgüt temsilcilerinin görüşlerinin yayımlanmasında özel bir dikkat göstermelidir.¹²¹ Çünkü basın önemli gücü ile birlikte de ayrı bir etki alanına sahiptir.

Reklâmcılık konusunda AİHM'in çeşitli kararları mevcuttur. Bu alanlardan biri ticari reklâmcılıktır ve 10. maddenin koruması altındadır. Kamu otoritelerinin bu anlamda geniş takdir yetkisi söz konusudur. Markt Intern GmbH¹²² ve Klaus Beermann/Almanya davasına konu olan olayda, ticari bir dergide yayımlanan makalenin eleştiri niteliğinin ticari icaplara uymadığı gerekçesiyle yayın yasağı konulmasında, AİHM, 10. maddenin Almanya tarafından ihlal edilmediğine karar vermiş, ayrıca gerekçesinde, söz konusu firmanın makalede bahsedilen olayla ilgili araştırma yaptırdığı ve gerekli tedbirleri almak için girişimlerde bulunduğu bir sırada makalenin yayımlanması nedeniyle şirketin ticari anlamda önemli zararlara uğramasına yol açılabileceğini de belirtmiştir.

Mahkeme'nin, basının ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki vazgeçilmez önemine ayrıca dikkat çekmiş olmasının bir anlamı var mıdır? Özgürlüğün içsel yapısının etkisi burada kendini nasıl gösterir? Bu soruları iki açıdan yanıtlamak gerekir: Öncelikle, sorunun devletin negatif edim yükümlülüğü açısından yorumlanmasına bakılabilir. 1982 Anayasası'nın 28. maddesindeki, "*basını hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasa'nın 26 ve 27. maddeleri hükümleri uygulanır*" düzenlemesi basın özgürlüğünün sınırlanması rejimini, genel ifade özgürlüğü rejimine bağlaması bakımından olumludur.¹²³

Ancak devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından konuya yaklaşıldığında durum farklılık gösterecektir. Bu yükümlülüğün sonucu olarak devlet, basına bir takım ayrıcalıklar tanımalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de devletin sadece ifade özgürlüğünün kullanımına müdahale etmemesinin yeterli olmadığını, aktif bazı önlemler alması gerekebileceğini belirtmiştir.

¹²¹ Sürek/Türkiye, No:4, p.60.

¹²² 20.11.1989, No: 83/10572.

¹²³ ŞAHİN, s. 154.

Özgür Gündem/Türkiye davasında¹²⁴, günlük bir gazeteye ve gazete personeline yönelik iki yıl içerisinde gerçekleşen saldırılar mevcutken bu olayları araştırma konusunda yetkili makamlarca bir işlem yapılmaması iddiasını değerlendiren AİHM, bu özgürlüğün gerçek anlamda kullanılabilmesi için devletin, aktif bazı önlemler alması gerektiğini belirterek ele almıştır. Mahkeme, saldırılar yapıldığının ve bunların gazetenin yayım ve dağıtımını etkilediğinin bilinmesine rağmen, gazete yönetimi ile personelinin istek ve dilekçelerinin hiç birine cevap verilmemesi, yeterli araştırma ve soruşturma yapılmaması nedeniyle devletin kendisine düşen görevi yerine getirmediğini vurgulamıştır.¹²⁵

III. DÜZELTME VE CEVAP HAKKI

Düzeltilme ve cevap hakkının Avrupa Konseyi düzeyinde ele alınışının yakın bir geçmişi bulunmaktadır. Öncelikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 15 Aralık 2004 tarihli “Yeni Medya Ortamında Cevap Hakkına İlişkin Tavsiye Kararı”ndan söz edilebilir. Kararda bu hakkın, kendileri hakkında gerçek dışı olgular içeren ya da kişilik haklarını ihlal eden yayınlara karşı bir koruma işlevi gördüğüne dikkat çekilmektedir.¹²⁶

AİHM kararlarında, düzeltme ve cevap hakkı kurumunu ifade özgürlüğünün kurucu unsurları arasında almıştır. Düzeltme ve cevap hakkının tarihi, Fransız Devrimine kadar uzanmaktadır.¹²⁷ Ülkemizde bu hak ilk defa 1864 Matbuat Nizamnamesi'nde düzenlenmiştir. 1877 tarihli Matbuat Kanunu da Nizamname gibi, 1822 tarihli Fransız Basın Kanunuyla hemen hemen aynı çerçevededir.¹²⁸ Anayasa'nın 32. maddesi ise, bu hakkın ancak yayının “kişilerin şeref ve haysiyetine dokunması” ve “gerçeğe aykırı” olması halinde kullanılabileceğini ifade eder.¹²⁹ Anayasa böylelikle sınırlı bir yapı oluşturmuştur. Yasalarla bu sebeplerin dışında yeni bir sebep öngörülmesi o düzenlemeyi anayasaya aykırı hale getirecektir.¹³⁰

¹²⁴ Özgür Gündem/Türkiye, 16.3.200, No:23144/93.Kararın çevirisi için bkz. BIÇAK, s. 474–498.

¹²⁵ BOZKURT/DOST, s. 59.

¹²⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ŞAHİN, s. 201-203.

¹²⁷ İÇEL, s.168.

¹²⁸ Sulhi DÖNMEZER, Basın Hukuku, İstanbul 1968, s. 277.

¹²⁹ 1982 Anayasası madde 32: “**Düzeltilme ve cevap hakkı**Düzeltilme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.

Düzeltilme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.”,

<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=188&lang=0>, Erişim Tarihi: 12.03.2011.

¹³⁰ ÖZEK, s. 97.

Mahkeme düzeltme ve cevap hakkına ilişkin konuyu Ukrayna aleyhine¹³¹ yapılan bir başvurunun kabul edilebilirlik kararında incelemiş, cevap hakkıyla ilgili Avrupa Konseyi belgelerine “ilgili uluslararası ve iç hukuk” başlığı altında doğrudan göndermede bulunmuştur. İfade özgürlüğünün demokratik bir toplumun en önemli temellerinden, ilerlemesinin ve her bireyin kendi kendini gerçekleştirmesinin en temel koşullarından birini oluşturduğuna dikkat çeken mahkeme, cevap hakkının ifade özgürlüğündeki yerini belirtmiştir. Mahkemeye göre cevap hakkı, gerçek dışı bilgiye karşı itirazda bulunabilmek için gerekli olduğu gibi, genelin çıkarının söz konusu olduğu siyasal ve edebi tartışmalarda düşünsel çoğunluğun sağlanabilmesi adına da şarttır. Mahkemenin kararı, iki önemli noktaya vurgu yapmaktadır. İlk olarak, ifade özgürlüğü sistemine katkısına dikkat çekilmiştir. Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için düzeltme ve cevap hakkının kurumsallaştırılması gerekir. Başka bir deyişle, düşünsel çoğunluğun sağlanabilmesinin bir aracıdır. Dahası bu kurum, gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmakta; dolayısıyla da ifade özgürlüğünün en temel unsurlarından biri haline gelmektedir.¹³² Kararda temas edilen ikinci konu, hakkın, devletin pozitif edim yükümlülüğü çerçevesinde ifade özgürlüğü hakkının koruduğu çıkarlar yapısının sınırları içinde kaldığının belirtilmemiş olmasıdır. Başka bir deyişle, düzeltme ve cevap hakkı, ifade özgürlüğü hakkının norm alanı içinde kalmalı, bu korumadan faydalanmalıdır.

Bu hak sayesinde bireyin ifade özgürlüğü ile medyanın ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurulmuş olmakta¹³³ ve bu denge aracılığıyla özgürlükler alanı korunurken bireyi zedeleyici yan da ortadan kaldırılmaktadır.

IV. İÇTİHATLARDAN TEMEL İLKELER

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kuruluşundan bu yana ifade özgürlüğü ile ilgili olarak çok sayıda karar vermiş, peşi sıra temel ilkeler ve bakış açıları sistematığı oluşmuştur. Söz ettiğimiz kararlara ilave olarak bu temel ilkelere de başlıklar halinde değinmek yararlı olacaktır.

AİHM’in, yetkilerini kötüye kullanan kamu görevlilerinin isimlerinin yayınlanabileceğine ilişkin Türkiye’ye dair bir kararı Sürek/Özdemir (No:2)’dir.¹³⁴ Divan, dergide yayınlanan haberde görevin kötüye kulla-

¹³¹ Melnchuk v. Ukrayna, 28.8.2003, No:28743/03.

¹³² ŞAHİN, s. 203-205.

¹³³ A.g.e., s. 205.

¹³⁴ 8.7.1999, karar için bkz: www.echr.coe.int, Erişim tarihi: 25.10.2010.

nılması durumunda toplumun, kötüye kullanılan durumun içeriği ile birlikte, söz konusu kişilerin isimlerini de bilme hakkı olduğu; haberin diğer gazetelerde aktarılmış olması dolayısıyla yeni bir bilgi içermediği, müdahalenin 10. maddenin ihlalini teşkil ettiği hükmünü vermiştir.¹³⁵

Hâlihazırda ulaşılabilir bir kitabın yayımının engellenemeyeceği bakışına, Mahkeme, The Observer and Guardian Newspapers Ltd/İngiltere¹³⁶ kararında yer vermiştir. Davada, İngiliz gizli servisinin hukuka aykırı davranışlarda bulunduğunu iddia eden eski bir gizli servis ajanının anılarının yayımlanması konusundaki yasağın kitap ABD’de basıldıktan ve İngiltere’de de kitaba ulaşılabilir olduktan sonra dahi devam ettirilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.¹³⁷

Kürtajı serbest bırakma kampanyasının engellenemeyeceğine dair bir karar mevcut olup Bowman/İngiltere¹³⁸ davasında genel seçim öncesi kürtajın serbest bırakılması için kampanya yürütenlerin bu konuda broşür dağıttıkları gerekçesiyle mahkûm edilmesi, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlanmıştır.¹³⁹

Piermont/Fransa¹⁴⁰ davasında, gösteri yürüyüşüne katılmanın müeyyideye bağlanamayacağını vurgulayan mahkeme, ayrıca Steel ve diğerleri/İngiltere¹⁴¹ davasında da somut olayı inceleyerek gözaltına alınmaları ve tutuklanmalarının ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna değinmiştir.¹⁴²

Mahkeme, Schöpfer/İsviçre kararında¹⁴³, müvekkilinin gözaltına alınması ile ilgili olarak düzenlediği basın toplantısında yargıyı eleştiren avukata, bağlı bulunduğu baro tarafından disiplin cezası verilmesini ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.

AİHM, Hertel/ İsviçre¹⁴⁴ kararında, mikro dalga fırında hazırlanan yiyeceklerin insan sağlığı açısından tehlikeli olduğuna ilişkin makalesi yayımlanan kişinin aynı şeyleri tekrar ifade ediyor oluşunun yasaklanması durumunun ifade özgürlüğünün ihlali niteliği taşıdığını hükme bağlaya-

¹³⁵ BIÇAK, s. 25.

¹³⁶ 26.11.1991, Seriae A, No.216.

¹³⁷ BIÇAK, s. 29.

¹³⁸ 19.2.1998, Reports of Judgment and Decisions, 1998-1.

¹³⁹ BIÇAK, s. 29.

¹⁴⁰ 27.4.1995, Series A, No.314.

¹⁴¹ 23.09.1998, Reports of Judgment and Decisions, 1998-VII.

¹⁴² Kararlar hakkında bkz. BIÇAK, s. 30.

¹⁴³ 20.5.1998, Reports of Judgment and Decisions, 1998-III.

¹⁴⁴ 25.8.1998, Reports of Judgment and Decisions, 1998-VI.

rak¹⁴⁵ görüşlerin tekrarlanması yasaklanmayacağı ilkesini vurgulamıştır.

Önceden söz ettiğimiz Fressoz ve Roire/Fransa¹⁴⁶ kararında Mahkeme, Fransa'nın mizah ve politika ağırlıklı haftalık gazetesinin iki yöneticisinin bir otomobil firması patronunun maaş bordrolarını yayımladığı gerekçesiyle Fransa'da para cezasına çarptırılmaları konusunda (...) ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiş¹⁴⁷ bu şekilde izinsiz sahip olunan dokümanların yayınlanabilmesinin cezalandırılmasını engellemiştir.

Yine Mahkeme bu doğrultuda başka bir noktayı ele alan kararında, gizli resmi raporların yayınlanması hususuna dair, Bladet Troms ve Stensaas/Norveç¹⁴⁸ davasında halka açıklanmayan resmi bir rapora dayanarak yönetmeliğin nasıl ihlal edildiğine ilişkin bir gazetede yayın yapılması üzerine gazetenin ve baş editörün mahkûm edilmesini, ifade özgürlüğünün ihlali olarak hükme bağlamıştır.¹⁴⁹

Ancak Mahkeme, gizlilik teşkil eden bilgilerin bu niteliğine de değinmiş, önemsiz de olsa gizli bilgilerin açıklamayacağını Hadjianastassiou/Yunanistan¹⁵⁰ kararında, gizli olarak tasnif edilen ancak çok fazla öneme sahip olmayan bir bilgiyi ifşa ettiği gerekçesiyle bir subayın askeri mahkeme tarafından mahkûm edilmesinde ifade özgürlüğünün ihlali bulunmadığını¹⁵¹ belirtmiştir.

Bilgiyi alma hakkına ilişkin olarak yukarıda açıkladıklarımız yanında bir içtihattan daha söz edilebilir. Herczegfalvy/Avusturya¹⁵² davasında akıl sağlığı bozuk olan davacının işlediği suçlar nedeniyle hastanede gözetim altında tutulduğu zaman gazete, radyo, televizyon gibi iletişim araçlarından bilgi alışının engellenmesinin¹⁵³, 10. madde yönünden hakların ihlali olarak değerlendirmiştir. Çünkü devlet dokunmama şeklindeki negatif edimini ihlal etmiştir.

¹⁴⁵ BIÇAK, s. 31.

¹⁴⁶ 21.01.1999, karar için bkz: www.echr.coe.int, Erişim Tarihi:25.10.2010.

¹⁴⁷ ERGÜL, s. 241.

¹⁴⁸ 20.5.1999, karar için bkz: www.echr.coe.int, Erişim Tarihi:25.10.2010.

¹⁴⁹ BIÇAK, s. 24.

¹⁵⁰ 16.12.1992, Series A, No.252.

¹⁵¹ BIÇAK, s. 41.

¹⁵² 24.09.1992, Series A, No.244.

¹⁵³ SOYKAN, s. 70.

Okçuoğlu/Türkiye Davası¹⁵⁴ ise taraflı düşüncenin açıklanabilmesine bir örnek teşkil eder. Davada bir makalede, yazarın yer aldığı toplantıda açıklanan görüşlerin yayımlanması üzerine yazar “devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda” yapmaktan dolayı hapis cezasına çarptırılmış ve derginin toplatılmasına karar verilmiştir. Olayı inceleyen Divan, başvuru sahibinin etnik bir grubu oluşturan nüfusun durumunu uluslararası ilişkiler açısından açıklamaya çalıştığını, yapılan değerlendirmede kullanılan dilin tarafsız olduğu beyan edilemese de aşırı ve uç nitelikte olduğunun da söylenemeyeceği; yazarın sözleri negatif ve düşmanca bir içerik taşımakla beraber, şiddete, silahlı mücadeleye ve isyana başvurma konusunda teşvik niteliğinde olmadığı tespitinde bulunarak yapılan müdahale ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmüne ulaşmıştır.¹⁵⁵

Kararlardan ulaşılabilecek bir diğer ilke şiddet çağrısı içermeyen akademik çalışmanın engellenemeyeceğidir. Mahkeme, Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye¹⁵⁶ kararında, bir ekonomi profesörü tarafından akademik bir çalışma olarak hazırlanan kitabın yayımlanması üzerine ceza alması halini değerlendirmiş, kitapta yer alan bazı ifadelerin sert olmakla birlikte bir bilimsel ve akademik çalışmada dile getirildiği, kullanılan ifadelerde şiddete teşvik söz konusu olmadığı, şiddete çağrı anlamında bir anlatım tarzı da benimsenmediği, verilen cezaların oldukça ağır olduğu, orantı bulunmadığı gerekçeleriyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir.¹⁵⁷

Mahkemenin kararlarında dikkat ettiği bir husus da açıklanan beyanın yapıldığı topluluktur. Gerger/Türkiye¹⁵⁸ davasında AİHM, sayıca sınırlı katılımcı grubuna okunmuş bir mesajın oluşturduğu potansiyel tehlikenin oldukça sınırlı olduğu, ayrıca söylemin şiddet teşviki de taşımadığı, mahkûm edildiği cezanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı dolayısıyla bu sınırlama ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.¹⁵⁹

Mahkeme Tommer/Estonya¹⁶⁰ davasında, sorulan sorunun ve burada seçilen kelimelerin kullanılışının önemine, olaydaki çelişen dengelere; Handyside kararında ilk olarak vurguladığı ve daha sonra birçok kez atf

¹⁵⁴ 8.7.1999, karar için bkz. www.echr.coe.int, Erişim Tarihi:25.10.2010.

¹⁵⁵ BIÇAK, s. 32.

¹⁵⁶ 8.7.1999, karar için bkz. www.echr.coe.int, Erişim Tarihi:25.10.2010.

¹⁵⁷ BIÇAK, s. 32.

¹⁵⁸ 8.7.1999, karar için bkz. www.echr.coe.int, Erişim Tarihi:25.10.2010.

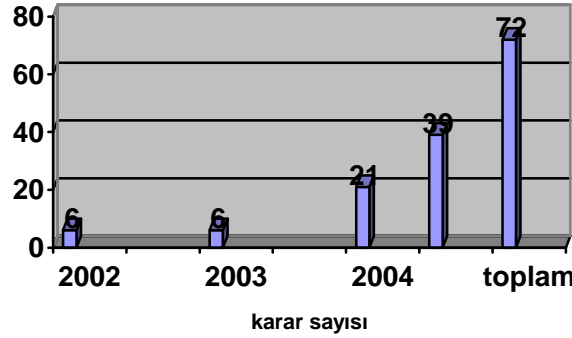
¹⁵⁹ BIÇAK, s. 33

¹⁶⁰ 06.2.2001, karar için bkz. www.echr.coe.int, Erişim Tarihi:25.10.2010.

yaptığı üzere sert bir üslupla düşüncelerin açıklanabileceğine; Ceylan/Türkiye davasında¹⁶¹, şiddeti övmek, şiddete çağrı yapmadıkça saldırgan ifadeler kullanılabileceğine; Şener/Türkiye¹⁶² davasında basın özgürlüğünden hareketle de haberin abartılı ve provoke edici olabileceğine; Wingrove/İngiltere¹⁶³ kararında kutsal değerlere küfür içerdiği gerekçesiyle bir filme İngiliz Film Konseyi tarafından Tasnif Sertifikası verilmesinin reddi ve bu yaptırımın orantısızlığına bakılarak söz konusu olayın ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirileceğine¹⁶⁴; Sürek/Türkiye(No:1) davasında ise kin ve nefret arttırmaya yönelik beyanların yasaklanabileceğine vurgu yapmıştır.

Türkiye ile ilgili olarak tüm bu örnekler de göstermektedir ki Türkiye hakkında en çok başvuru yapılan maddelerin başında 10. madde gelmektedir. Örneğin, tablo 2.1'deki gibi 2002-2005 yılları arasında Türkiye ile ilgili olarak verilen toplam 546 ihlal kararının 72 tanesi 10. madde ihlali ile ilgilidir.

Tablo 2.1. Yıllara göre 10. madde



V. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

İfade özgürlüğünün çerçevesini belirlemek her zaman tartışmalı bir konu olmuştur. Bu özgürlüğün demokrasilerde içerik yönünden sınırlanamayacağı ileri süren mutlak korumacı görüşlerden, bazı düşüncelerin katego-

¹⁶¹ Karar açıklaması için bkz. ÇOLAK, s. 296, dipnot 101.

¹⁶² 18.7.2000 tarihli karar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 278.

¹⁶³ 25.11.1996, Reports of Judgments and Decision, 1996-V.

¹⁶⁴ BIÇAK, s. 40.

rik olarak bu özgürlükten yararlanmayacağını savunan veya kamu düzeninin korunması gibi “meşru” amaçlar ileri sürerek ölçsüz sınırlamalara kapı aralayan görüşlere kadar farklı bakış açıları vardır. Sınırların belirlenmesi yalnızca bir hak sorunu değil, aynı zamanda bir rejim sorunudur. Bu özgürlük, günümüzde, siyasal rejimlerin demokratik olup olmadığının belirlenmesinde en önemli göstergelerden biri olarak kabul edilir.¹⁶⁵

İfade özgürlüğünün kişi ve toplum için taşıdığı önemle birlikte, bu hürriyetin kullanılması esnasında diğerlerinde olduğu gibi farklı değer ve menfaatlerin karşı karşıya gelmesi söz konusu olabilir. Bunun çözümü menfaatlerden birinin diğerini ortadan kaldırması değil, her ikisinin birlikte yaşamasının temin edilmesidir. Birlikte yaşama karşılıklı sınırlama ve dengeyi gerektirir. Fakat hürriyetin esas, sınırlamanın istisna olduğuna ilişkin temel hukuk kuralı hatırlandığında, bu dengenin ifade hürriyetinin aleyhine işleyen ve onu etkisiz hale getiren bir sınırlama olmaması gerekir. İfade hürriyeti, ancak zorunlu olduğunda ve istisnai olarak sınırlanmalıdır.¹⁶⁶ Demokratik rejimler bireylere temel hak ve özgürlükler tanırken aynı zamanda onlara sorumluluk da yüklemektedir.

İfade özgürlüğü mutlak bir özgürlük değildir. AİHM bunu her kararında belirtme ihtiyacı duymuştur. Ancak diğer birçok özgürlüğün temelini oluşturan bu özgürlüğün, özüne dokunulmadan sınırlandırılması oldukça zordur.¹⁶⁷ Bu anlamda sınırların doğru bir şekilde çizilmesi büyük önem arz eder.

Bir diğer nokta bazı statüler için getirilen sınırlamalardır. Örneğin, kamu görevlisinin vatandaş kimliği ön planda tutulursa memur bütün yurttaşların sahip olduğu haklara sahip olacaktır. Ancak, kamu görevlisi kimliği belirleyici olarsa, idarenin tarafsızlığını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğü sınırlanabilecektir.¹⁶⁸ Bu yüklenen sorumluluklarla da ilişkili bir noktadır. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “kullanılması görev ve sorumluluğu” içeren bu özgürlükler şeklindeki ifade herkesin sürekli olarak özeleştirici yapmasını zorunlu kılmaktadır. Örneğin, yargıçlar, askeri görevliler ifade özgürlüğünden sade vatandaşa göre daha sınırlı olarak yararlanacaktır.¹⁶⁹ Sözleşme uygulamasında, görev ve sorumluluk çerçevesi ayrı bir sınırlama nedeni olarak değil diğer sınırlama nedenleri

¹⁶⁵ OCAK..., s. 15.

¹⁶⁶ KARAÇAĞLAYAN, s. 111

¹⁶⁷ ZÖNGÜR, s. 385.

¹⁶⁸ KARAN, s. 343.

¹⁶⁹ ZÖNGÜR, s. 385.

varsa görevleri nedeniyle bazı kişilerin diğer bireylere göre daha geniş kapsamlı sınırlamalara tabi olması olarak anlaşılmıştır.¹⁷⁰ Mahkemenin Thorgeirson/Ízlanda kararı bu noktayı vurgular. Ancak o çerçevede, kamu görevlisi olmak ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesine olanak tanısa da sınırlama memurun görevinin niteliğine göre değişir ve getirilen kısıtlama ancak sözleşmenin öngördüğü şekilde olabilir.¹⁷¹ Ayrıca AİHM, düşünce özgürlüğünün sınırlanabileceğini ancak burada dar yorumun geçerli olduğunu belirtmektedir.¹⁷²

Sınırlama sisteminde devletlerin takdir yetkisine baktığımızda, AİHS'nin devletlere kendi toplumunu düzenlemeleri ve bu çerçevede ifade özgürlüğünün sınırlarını çizebilmeleri için takdir yetkisi bıraktığı görülür. Bu yetkinin çerçevesi, AİHS'nin 10. maddesi 2. fıkrasında belirtilen her meşru amaç için aynı değildir. Bazı konularda devlet daha fazla takdir yetkisine sahipken, bazı konularda daha sınırlı yetki ile donatılmıştır. Ancak devletlerin bu takdir yetkisi sınırsız değildir. AİHM bu ulusal önlemlerin sözleşmeye uygun olmasını sağlamak için nihai denetimi elinde tutar.¹⁷³ Devlete tanınan takdir yetkisinin kullanılmasında, oran ilkesi muhakkak gözetilmelidir.¹⁷⁴

Mahkeme kararlarının iç hukuka etkisini yansıtan bir noktadan, ifade özgürlüğü sınırlamasının anayasal düzenlemesinden söz etmekte yarar bulunmaktadır.

1982 Anayasası, olağanüstü dönemlerde dahi düşünce özgürlüğünü sınırlandırmaz kabul etmektedir. Anayasa'ya göre "kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz"¹⁷⁵. Olağanüstü durumlar için bile böyle bir mutlak koruma geçerlidir. Bunun, olağan dönem için evleviyetle geçerli olması gerekir. Anayasa ayrı madde olarak düzenlediği "düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü" ile herkese, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına ya da toplu olarak açıklama ve yayma hakkını tanıdıktan¹⁷⁶ sonra, bunu amaçlar ve araçlar bakımından bazı sınırlamalara tabi tutmuştur. İfade özgürlüğünün kullanılması, suçların önlenmesi, cezalan-

¹⁷⁰ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s. 356.

¹⁷¹ KARAN, s. 344.

¹⁷² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 264.

¹⁷³ ZÖNGÜR, s. 385.

¹⁷⁴ Gürbüz SARI, "İnkâr Yasağı ve İfade Özgürlüğü", Güncel Hukuk Dergisi, Ankara 2006, s. 41.

¹⁷⁵ Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası, 7.11.1982, md.15.

¹⁷⁶ Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası, 7.11.1982, md.26/1.

dırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanması ve diğer nedenlerle sınırlanabilir.(26/f.2).¹⁷⁷

İç hukukta sınırlamalara bakmanın ardından, yapılan müdahalenin AİHS'nin 10. maddesini ihlal etmemesi için öncelikle aşağıda inceleyeceğimiz koşulları taşıması gerekir. Başlıca; sınırlamanın kanunla belirlenmiş olması yani yasal olması, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması ve de meşru bir amacının olmasıdır.¹⁷⁸

Ayrıca, 10. maddede sıralanan sınırlama ölçütlerinin yanı sıra “görev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiği” şeklinde genel bir çerçeve çizilmektedir.¹⁷⁹

Hangi ifadelerin korunduğu hangilerinin korunmadığı sorunu ise yalnızca içeriğe bağlı olmayıp, zaman, yer ve yöntem; kimi zaman da kişinin özel konumuna ya da ifade muhatabına bağlı olarak değişken bir yapı sergilemektedir. Temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunduğu sistemde, bütün bu sınırları öngörülebilir biçimde düzenlemek kuşkusuz devletin görevidir.

Bir diğer belirtebileceğimiz nokta, 10. madde ile koruma altına alınan “ifade hürriyetinin”, sadece söz edeceğimiz 2. paragrafa göre değil, sözleşmenin diğer maddelerine göre kısıtlanması hususudur.

Örneğin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde uyarınca, basın mensuplarının bir duruşmayı izlemelerinin engellenmesi 10. maddenin işleyişine müdahale teşkil edebilir. İngiltere'ye karşı yapılan bir başvuruda, kamuyu ilgilendiren temel olaylarla ilgili mahkeme kararlarını geniş bir şekilde vermeyi amaçlayan “Mahkeme Haberleri” isimli bir televizyon programını hazırlayıp yayınlayanlar, duruşmaların istedikleri şekilde yayınlanmasını yasaklayan mahkeme kararlarının, sözleşmenin 10. maddesine aykırı olduğunu öne sürmüş, Komisyon başvuruyu kabul edilemez bulmakla birlikte, hem 10 hem de 6. maddeye atıfta bulunduğu kararında;

“...hâkimin yasaklama için açıkladığı sebepler; bu yasaklamanın, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi, özellikle de (bireylerin) adil yargılanma hakkı için gerekli görüldüğünü ortaya koymaktadır. Komisyon, bu amaçların 10. maddenin 2. paragrafında öngörülen “yargılama organının

¹⁷⁷ ÇOLAK, s. 303.

¹⁷⁸ ZÖNGÜR, s. 386.

¹⁷⁹ KARAN, s. 343.

otorite ve tarafsızlığının korunmasına” karşılık geldiğinin göz önünde (bulundurulacağına)¹⁸⁰ işaret etmiştir.”¹⁸¹

Komisyon bu kararında ayrıca, mahkemelere duyulan itimadın sürdürülmesi araçlarından biri olarak, davaların kamuya duyurulmasının sözleşmenin 6. maddesinin demokratik toplumda işgal ettiği yer nedeniyle sınırlanabileceğini hatırlatmıştır. Komisyon, hükümetin getirdiği kısıtlamaların “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığına karar verirken iki maddenin kısıtlayıcı hükümleri arasında bir değerlendirme yaparak De Becker/Belçika Kararında¹⁸² şu görüşü savunmuştur:

“... somut bir müeyyide ifade hürriyetini kısıtlıyor ya da ortadan kaldırıyorsa, bu müeyyidenin meşruiyetinin, 10. madde yerine yaşama hakkını, kişi güvenliği ve özgürlüğünü ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen; iki, üç ve dördüncü maddelerde aranması sözleşmenin ruhuna aykırıdır”

Sözleşmenin 17. maddesi, sözleşmede koruma altına alınan haklardan birinin zedelenmesini amaçlayan bir eylemde bulunulmasını veya sözleşmedeki düzenlemelerden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasını yasaklayan hükmü, devletlerin ifade hürriyetine getirecekleri sınırlamada meşru bir hususu teşkil ederken aynı zamanda bu hakka yönelik sınırlamanın sınırını da çizmektedir.

Bu tartışma bağlamında dikkat çekmeye değer bir başka konu da devletlerin yabancıların siyasi faaliyetlerine sınırlama getirmesine izin verilmesi yönündedir ki bu husus, sözleşmenin 16. maddesinde düzenlenmiştir. Fransız hükümeti bu maddeyi nükleer deneye karşı düzenlenen barışçıl ve yasal bir gösteride konuşma yapan Avrupa parlamentosu Alman üyesine karşı uygulamış; başvuru bir Avrupa topluluğu vatandaşı ve Avrupa parlamentosu üyesi olarak kendisine 16. maddedeki kısıtlamaların uygulanmayacağı görüşünü ileri sürerek mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, deniz aşırı ülkelerde yaşayan Fransız vatandaşlarının parlamento seçimlerinde oy kullanıyor olmaları nedeniyle, başvurusunun Avrupa Birliği üyesi olması sıfatının 16. maddenin başvurucuya uygulanmasını engelleyeceği sonucuna ulaşmıştır. Sözleşmenin “ özel hayatın ve aile hayatının korunması” nı düzenleyen 8 maddesi; düşünce, din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 9. maddesi; ifade hürriyetini düzenleyen 10.

¹⁸⁰ Clive Pontig/İngiltere, 9.3.1987, No.11553/85.

¹⁸¹ KAYAÇAĞLAYAN, s. 112.

¹⁸² De Becker/Belçika, 8.1.1960.

maddesi ve dernek kurma ve toplanma hürriyetini düzenleyen 11. maddesi benzer bir yapıyı paylaşırlar. Anılan maddede koruma altına alınan hakların bir listesi sunulmuş, ardından da devletlerin bu hakları sınırlamak için başvuracakları meşru nedenler sıralanmıştır.¹⁸³ Ancak temel nokta tüm bu sınırlamada dar yorumun geçerli olacağı, kısıtlayıcı olan hükümlerden sadece orada belirtilen neden ve koşullar da asgari ölçüde dikkate alınarak sınırlamaya gidileceğidir.¹⁸⁴ Bu açıdan sınırlamanın uygulanışı hassasiyetle ele alınmalıdır.

A. SINIRLAMA TÜRLERİ

Konumuz sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası, düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirilecek sınırlamaları, bu özgürlüğü merasime, koşullara, sınırlamalar ve yaptırımlara bağlama biçiminde göstermiştir. Ancak bu özel sınırlama hallerine geçmeden önce sözleşmenin içkin yapısında yer alan ve 15., 17., 18. maddelerinde düzenlenen hakların askıya alınması, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve hakları sınırlamanın sınırı hükümlerine, tüm haklar için ve inceleme konumuz ifade özgürlüğü adına getirilmiş genel sınırlama nedenleri diyebileceğimiz hususlara değinmek yerinde olacaktır.

1. Genel Sınırlamalar

İlk olarak hakları askıya alma niteliği taşıyan ve sözleşmede “*Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir*” şeklinde düzenlenen 15. madde ifade hürriyetine de istisna getirme veya askıya alma hakkı vermektedir.

Burada amaç, kişi menfaati ile genel yararın tartılması, devlete, kamusal görevini yerine getirirken gerekli olan makul yetki olanağının sağlanmasıdır. Devletin ifade hürriyetini, 15. madde çerçevesinde askıya alabilmesi için esasa ve şekle ilişkin bir takım koşulları yerine getirmesi gerekmektedir. Bu amaçla, her şeyden önce, olağanüstü bir durumun varlığı şarttır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki ilgili devletin sahip olduğu yetki sınırsız değildir. Mahkemenin İrlanda/İngiltere kararında¹⁸⁵ da belirttiği

¹⁸³ KAYAÇAĞLAYAN, s. 112.

¹⁸⁴ Bkz. ZÖNGÜR, s. 386.

¹⁸⁵ İrlanda/İngiltere, 18.1.1978, Series A 25, Başvuru No:No.5310/71. Karara atf yapan diğer içtihatlardan olan Sabuktekin/ Türkiye (Başvuru numarası: 27343/95) davası için bkz. <http://aihmkararlari.blogspot.com/2006/10/sabuktekin-trkiye-davasi.html>, bir diğer karar

gibi, ifade hürriyetini sınırlamak için alınan önlemlerin, devamlı bir denetime tabi tutulması ve gerektiğinde, bunlarda uygun değişikliklerin yapılması hususu önemlidir. Ayrıca, kriz döneminin gerektirdiği “gerçek ihtiyaç” ölçüsünün aşılmayıp aşılmadığını denetleyen Mahkeme, Lawless/İrlanda kararında¹⁸⁶, “ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike” kavramının, halkın tamamını etkileyen, devleti oluşturan topluluğun düzenli yaşamı için bir tehdit teşkil eden istisnai ve pek yakın bir kriz ya da tehlike anlamına gelmesi gerektiğini ve tehdit ile tehlikenin ağır, yakın, ciddi niteliğinin, normal zamanlarda, normal yoldan getirilen sınırlama ve düzenlemeleri etkisiz kıldığı için 15. madde hükmünün getirildiğini belirtmiştir. Nihayet, 15. madde uyarınca alınan önlemlerin, uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle de ters düşmemesi gerekmektedir.¹⁸⁷ Her sınırlamanın, dokunduğu alanın önemi itibarıyla çok yönlü düşünülmesi şarttır.

Sözleşmenin 17. maddesi ise hakkın dürüst kullanılması genel ilkesinden de yola çıkarak aksi durumda meydana gelecek olan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklamıştır.¹⁸⁸ 17. madde, bireylerin sözleşmede koruma altına alınan tüm haklardan değil, hak ve özgürlükleri yok etmeye elverişli faaliyetlerine izin veren maddelerden, bir bakıma da ifade hürriyetinden yararlanmalarını engelleme amacına yönelmiştir. Dolayısıyla, bireyler hak ve özgürlüklerin, demokratik toplumun özgürce ilerlemesi yoluyla korunmasına engel olacak şekilde bu hakkı kullandıklarında, sözleşmenin 17. maddesi uyarınca, taraf devletler kötüye kullanma yasağının sağladığı imkânlardan hareketle, bu hürriyeti meşru bir biçimde sınırlandırılabilir.¹⁸⁹

AİHS'nin 18. maddesi hakların kısıtlanmasının sözleşmenin izin verdiği sınırları aşmamasını, hükme bağlamıştır.¹⁹⁰ Sözleşmenin hiçbir hükmü, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin, sözleşmede öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara tabi tutulmasını mümkün kılacak bir bi-

olan Ülke/Türkiye davası (başvuru numarası:39437/98),
http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/39437_98.pdf, Erişim tarihi: 25.10. 2010.

¹⁸⁶ Lawless/İrlanda kararı, 1.6.1961, Series A, No. 3.

¹⁸⁷ KAYAÇAĞLAYAN, s. 112-113.

¹⁸⁸ AİHS'nin Hakkın Kötüye Kullanımının Yasaklanması olan 17.maddesi; “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz”

¹⁸⁹ KAYAÇAĞLAYAN, s. 113.

¹⁹⁰ Maddeye göre; “Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.” Madde çevirisi için bkz. GEMALMAZ/GEMALMAZ, Türkiye’de Bilgi..., s.194.

çimde yorumlanamaz. Böylece, özellikle sözleşmecî devletlere tanınan sınırlama yetkisinin sınırlılığına işaret olunmaktadır.¹⁹¹

2. Özel Sınırlama Halleri

10. madde, herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunu, hakkın kamusal makamların müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlar söz konusu olmaksızın görüşlere sahip olma, bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerdiğini belirtmektedir. Böylece maddenin ilk fıkrasında hakkın norm alanı belirlenmiştir. İlerleyen paragraflar ise, hakkın sınırlanabileceği durumları tespit etmiş, başka bir deyişle uygulanabilecek sınırlamaların hangi hallerde meşru sayılabileceğini açıklamıştır.¹⁹² Ayrıca, sözleşmeye taraf devletlerin sınırlama yetkisini dayandırabileceği üç noktayı vurguladığı görülür. Birincisi, ilk fıkrada belirtilen radyo, televizyon ve sinema işletmeciliğın izne bağlanmasının sözleşmeye aykırı olmayışıdır. İkincisi, bu hakkı kullananlara bazı “ödev ve sorumluluklar” yükleneyeceğinin belirtilmesidir. Üçüncüsü ise ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına izin veren meşru amaçların uzun bir liste olarak¹⁹³ sayılmasıdır.

Ancak, belirttiğimiz sınırlama yetkisinin dayanacağı üç hale, bu anlamda bir sınırlama hali daha eklemek gerekmektedir. Basın ve yayın için ön sansür getirilmesi de m. 10/2 anlamında sınırlamadır. Her ne kadar AİHM, sansürün sözleşme ile yasaklanmadığını belirtmiş ise de bu tür ön denetimin, basın özgürlüğü açısından barındırdığı tehlike nedeniyle özellikle dikkatli bir biçimde ele alınması lüzumuna değinmiştir.¹⁹⁴

Tüm bu durum, gösteriyor ki 10. maddenin 2.fıkrası taraf devletlere ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Madde metninin sınırlamaya vurgu yapan içeriği ile birlikte AİHM kararlarında ifade özgürlüğüne büyük önem vermiş, onu demokratik toplumun asli unsurlarından biri olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda mahkeme, sözleşmede düzenlenen ifade özgürlüğünün yalnızca beğenilen, hoş karşılanan ya da zararsız kabul edilen görüşleri değil, devleti ya da halkın bir kesimini rahatsız eden, tedirginlik ve kızgınlık yaratan görüşleri de kapsadığının üzerinde durmuştur.¹⁹⁵ Mahkemeye göre:

¹⁹¹ KAYAÇAĞLAYAN, s. 113.

¹⁹² ŞAHİN, s. 387-388.

¹⁹³ Söz konusu haller için bkz. OCAK..., s. 21.

¹⁹⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 264.

¹⁹⁵ İlk olarak Handyside kararı (Handyside/Birleşik Krallık, başvuru no.5493/72,7.12.1976) olmakla birlikte ardından ilerleyen yıllarda da mahkeme birçok kararında aynı hususa değinmiş-

*“İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırları içinde, sadece taraftar bulan, zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “bilgi” ve “düşünceler” için değil, aynı zamanda devlet ya da nüfusun bir bölümüne kırıcı gelen, şok eden ya da rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğunluğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir, bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”*¹⁹⁶

Bu noktada müdahalenin meşru sayılacağı halleri belirlemek gereği doğar. AİHM müdahalenin meşru olabilmesi için, sözleşmenin 10. maddesinde güvence olarak müdahalenin bir yasada öngörülmüş olması, ikinci olarak müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçlardan birini gerçekleştirmeye yönelmiş olması ve demokratik bir toplumda zorunlu olması gerektiğini ifade eder.¹⁹⁷ Getirilen sınırlamanın ise haklı gerekçelerinin ve ölçülülüğünün objektif olarak değerlendirilmesi önemlidir.¹⁹⁸

O halde tüm bu başlıklar ayrıntılarıyla ve AİHM kararları doğrultusunda ele alınabilir:

a. Sınırlamanın Kanunla Yapılmış Olması

İfade özgürlüğüne bir sınırlama getirildiğinde böyle bir müdahale ancak yasada öngörülmüşse meşru kabul edilebilir. Bu kural meşru sayılmasının önkoşuludur.

Temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Bu durum temel hak ve özgürlükler açısından bir güvencedir. Böylece devletin keyfi davranışlarının önüne geçilmiş olur. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında, ilkeye uygun olarak öncelikle sınırlamanın bir kanuna dayanması gerekliliği aranmaktadır.¹⁹⁹

Sözleşmenin 10. maddesinde kanunilik ilkesinin içeriği içtihatlarla doldurulmuş, kavrama ayrıntılı bir biçimde yer verilmemiştir. Komisyon, kararlarında “kanun” kavramının maddi anlamını kullanarak, genel, soyut ve kişisel olmayan kuralları içeren işlemlerle bir hürriyetin sınırlanabileceğini belirtmektedir. Bu saptamaya uygun olarak komisyon, yasamadan alınan açık yetkiye dayanarak yürütmenin düzenleyici işlemleri ile ger-

tir. Jersild/Danimarka (başvuru no:15890/89,23.9.1994) kararı ve Türkiye'den bir örnek olarak Zana/Türkiye davası (Başvuru no:18954/91, 25.11.1997)

¹⁹⁶ OCAK..., s.21.

¹⁹⁷ KAYAÇAĞLAYAN, s. 113.

¹⁹⁸ SARI, s. 41.

¹⁹⁹ ZÖNGÜR, s. 387.

çekleştirilen sınırlamanın sözleşmeye uygun olduğuna karar vermiştir.²⁰⁰ Ancak, AİHM için sınırlamanın kanunla yapılmış olması yeterli değildir. Buna ilave olarak, bu kanun tüm vatandaşlarca ulaşılabilir ve belirli bir davranışın sonuçlarını makul ölçüde gösterebilecek kadar açık, kesin ve belirgin olmalıdır.²⁰¹ Öngörülebilir ve ulaşılabilir olma noktalarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Mahkeme kararlarında kanunla düzenlenme koşulunun çerçevesi çizilmiştir. Buna göre kanun hükmünün ilgililerce ulaşılabilir olması ve gerektiğinde bir hukukçu yardımıyla anlaşılabilir olması durumunda, müdahale bir kanun tarafından öngörülmüş kabul edilecektir.²⁰² Ulaşılabilir olma, kişinin uygulanacak hukuk kuralı konusunda yeterli bilgiye kolayca sahip olabilmesi ve o kuralı kolayca anlayabilmesidir.²⁰³ Yani bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilmesi önemli bir noktadır. Mahkeme bu hususu Sunday Times/Birleşik Krallık kararında²⁰⁴ da belirtmiş,²⁰⁵ özellikle makul olarak öngörülebilir olma unsurunu belirli faaliyetlerin uygulanmasında dikkate almıştır. Case of Karademirci and others v.Turkey²⁰⁶ kararında ise mahkeme, düzenlemenin muhatapları tarafından söz konusu formalitelerin makul olarak öngörülebilir olması gerektiğini²⁰⁷ ifade etmiştir.

Üzerinde durabileceğimiz bir nokta da “kanun”dan anlaşılması gereken husustur. AİHM burada kanun deyimini, parlamento çekincesi olarak ele almamakta ve yazılı olmayan yasaları da hukuki dayanak olarak kabul etmektedir. Hatta örf, adet ve etik kuralları dahi yasa deyimini altında ele alınmaktadır.²⁰⁸ Çeşitli kararlarında da sınırlamanın toplumda oluşan örf,

²⁰⁰ KAYAÇAĞLAYAN, s. 113.

²⁰¹ ZÖNGÜR, s. 387

²⁰² GÖLGÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s. 320.

²⁰³ KAYAÇAĞLAYAN, s. 113.

²⁰⁴ 26.4.1979, Series A, No.30.

²⁰⁵ Kararın çevirisi ve ayrıntılı bilgi için bkz. BIÇAK, s. 47-86.

²⁰⁶ 25.1.2005, 37096/97, 37101/97.

²⁰⁷ Karara ve bu unsura atf yapan bir başka karar olan Piroğlu ve Karakaya/Türkiye kararı için bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/pirogluvekarakaya29.05.2008.doc>, Erişim tarihi: 20.10.2010. Kararda atf yapılan nokta şöyle der: “Öngörülülük meselesi ile ilgili olarak AİHM, 34. maddenin içeriğinin derneklerin yalnızca federasyon veya konfederasyon biçiminde örgütlenebileceklerini belirttiğini gözlemler. Öte yandan, AİHM'e göre, bu içerik, başvuranın Derneği'nin üyelerinin, bir hareket veyahut “platform” etrafında toplanmanın kendilerine uygulanacak cezai müeyyidelere yol açacağına farkına varmalarını sağlayacak derecede açık değildir. AİHM, böyle bir eylemin 34. madde çerçevesinde ne ölçüde bir örgüt kurulduğu biçiminde farz edilebileceğini anlamakta güçlük çekmektedir. Yerel mahkemelerin, 34. maddenin kapsamını, davanın koşullarında makul biçimde öngörülebileceğin ötesinde genişlettikleri kanısındadır (bkz. Karademirci ve Diğerleri- Türkiye, 37096/97 ve 37101/97).”

²⁰⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 264.

adet, teamülle meydana gelen sınırlar olabileceğini de düzenlemiştir.²⁰⁹ Observer&Guardian/ Birleşik Krallık Kararı²¹⁰ buna bir örnektir. Bir diğer örnek söz ettiğimiz Sunday Times olabilir. Mahkeme bu kararda, kanun kavramının içine yazılı hukuku olduğu kadar yazılı olmayan örf ve adet hukukunu da aldığını belirtir.

Aynı şekilde düzenlemenin yazılı olması zorunlu olmadığı gibi teknik anlamda bir yasa normu olması da gerekmemektedir. AİHM'e göre, meslek odası niteliğindeki bir kurum tarafından çıkarılan yönetmelikler teknik anlamda bir yasa olmasalar da bu bağlamda geçerli bir hukuk normu niteliğindedir. Mahkemenin Barthold v. Gemany²¹¹ Kararı²¹² bu yöndedir.

AİHM, kişilere karşı gizli denetim konusunda, gizli tedbirlerin alınmış olması halinde kısıtlamaların hukuki temelini özelliklerini yorumlamıştır. Malone Davası²¹³ kararında AİHM, yasayla öngörülen ibare için şunu belirtmiştir:

*“ bu ibare korunmuş olan haklara kamu otoritelerince yapılacak keyfi müdahalelere karşı ülke mevzuatında hukuki bir koruma olması gerektiği anlamına gelir... Özellikle yürütmenin bir yetkisi gizlilik içinde uygulanıyorsa, keyfilik tehlikesi açıktır”*²¹⁴

O halde hakka sağlanan güvence açısından sınırlamanın hukukla öngörülmüş olması ölçütünün sağlanması gerekir.

b. Sınırlamanın Demokratik Toplum Düzenine Aykırı Olmaması

Düşünceyi açıklama özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini, toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartı oluşturmaktadır. AİHM'in kararlarıyla şekillenen görüşü de bu yöndedir. AİHS uyarınca, söz konusu özgürlük, kabul gören veya zararsız ya da kayıtsızlık içeren bilgiler, fikirler için değil, aynı zamanda kırıncı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, çok

²⁰⁹ Bkz. Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı, 26.4.1979, Series A, No.30. (ŞAHİN, s. 290, dipnot:194.)

²¹⁰ 26.11.1991, Series A, No.216. Söz konusu karara bu noktada atıf yapan Ulusoy ve Diğerleri/Türkiye kararı hakkında bkz. www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ulusoyvedigerleri.doc, Erişim Tarihi: 27.10.2010, kararda sınırlamaların son derece titiz inceleme gerektiren büyük tehlikeler arz ettiğinden söz eder.

²¹¹ 25.5.1985. No:8734/79.

²¹² ŞAHİN, s. 193.

²¹³ Malone v. United Kingdom, Judgment of 2 Aug. 1984, Series A, No. 82; (1985) 7 EHRR 14.

²¹⁴ MACOVEİ, s. 60-61.

seslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir.²¹⁵ O nedenle AİHS'nin ön-sözünde yer alan “demokratik toplum kriteri” sözleşmenin önemli parçasını oluşturur.

Demokratik toplum düzeni ilkesi sözleşmede bazı hakların sınırlandırılmasına sınır çizen bir ilke olarak kullanılmıştır. Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında öngörülen meşru nedenlere dayanılarak bu hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması koşuluna bağlanmıştır. Bu ilkenin hangi öğelerden oluştuğu konusu ele alınmadan önce, demokrasi anlayışında ortak bir standart bulma çabası içinde olduğunun belirtilmesi gerekir. Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukukları, Avrupa genelindeki sosyal, siyasal ve hukuki gelişmeler, sözleşme organlarıncaya göz önüne alınmakta ve bu yöntemle insan hakları ve demokrasi anlayışında bir standart oluşturulmaktadır.²¹⁶ Demokratik toplum düzeni şartı daha çok AİHM içtihatlarıyla belirlenmiştir.

Mahkeme, Marcks kararında²¹⁷, Avrupa Konseyine üye ülkelerdeki gelişmelerin, evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasındaki haklar yönünden ayırım yapmama yönünde olduğunu vurgulayarak, bu konuda Belçika mevzuatındaki eşitsizlik yaratan ilkelerin mantıklı ve objektif bir gerekçesi bulunmadığını belirtmiştir.²¹⁸ Kararlarda bir ilke olarak, anti-demokratik görüş ve düşüncelerin korunmazken, “demokratik toplumda gereklilik kriterinin” üç alt dalı ortaya konulmuştur. Bunlar; baskın sosyal ihtiyaç, gereklilik ve orantılılıktır.²¹⁹ Ancak bunlar yanında, demokratik toplum düzeni konusunda bir standart belirlenerek esnek bir tutum izlenmekte ve sözleşmeye taraf devletlerin içinde buldukları somut koşullar dikkate alınmaktadır. Delcourt kararında²²⁰, AİHS'ye aykırılığı ileri sürülen düzenlemenin ortak Avrupa standardını yansıtmadığı tespit edilmekle birlikte, Belçika'nın özel koşulları göz önünde bulundurularak, sözleşmenin ihlal edilmemiş olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Görüldüğü gibi, mahkeme ve komisyon ülkelerin kendi özelliklerini de göz önünde bulundurarak, genel ve ortak bir payda bulmaya çalışmaktadır.²²¹

²¹⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 269.

²¹⁶ KAYAÇAĞLAYAN, s. 114.

²¹⁷ 13.6.1979. Series A, No.31.

²¹⁸ KAYAÇAĞLAYAN, s. 114.

²¹⁹ ZÖNGÜR, s. 386.

²²⁰ 17.1.1970, Başvuru No.2689765 karar ve bu hususa dair benzer kararlar için bkz. http://profdrferidunyenisey.com/?page_id=932, Erişim Tarihi: 21.10.2010.

²²¹ KAYAÇAĞLAYAN, s. 115.

- **Baskın Sosyal İhtiyaç**

Bu kavram, ifadenin toplumda yaratacağı aşırı huzursuzluk, kaos ortamını tanımlamak için kullanılmaktadır. Uyumsuz, rahatsız veya şok edici ifadelerin de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğini dikkate alırsak bir ifadenin basın sosyal ihtiyaç sebebiyle sınırlanabilmesi için ifadenin toplumun güvenliğini ya da huzurunu bozacak nitelikte olması gerekir.²²²

- **Demokratik Toplumda Gerekli Olma / Gereklilik**

Bu husus, sınırlamanın etkinliği ile ilgilidir. AİHM, Observer&Guardian/Birleşik Krallık Kararında²²³, bu noktayı vurgulamış, bazı gizli bilgilerin yayımının yasaklanmasına ilişkin verilmiş yerel mahkeme kararını inceleyerek, bu bilgilerin yazar tarafından daha önce bir kitapta yayınlanmasından ötürü, kısıtlamanın gereksiz ve etkisiz hale geldiğini belirtmiştir.²²⁴ Ancak yine de mahkemeye göre, “gerekli” sıfatı, “vazgeçilmez” kelimesi ile eşanlamlı değildir. Bu terim, örneğin 2. maddenin 2. fıkrası ile 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan “mutlak surette gerekli”, “kesinlikle gerekli” ya da 15. maddenin 1. fıkrasındaki “durumun zorunlu olarak icap ettirdiği” ölçüde deyimlerinin taşıdığı kesinlik ve yoğunluğu içermemektedir.²²⁵ Taraf devlet, hakka yapmış olduğu müdahalenin gerekliliğini mahkeme kararında belirtilen gerekçelerin ötesinde zorunluluğa yakın bir tarzda aramak durumundadır.²²⁶ Mahkeme içtihatlarında “gerekli” sözcüğü, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” ifade etmektedir. Handyside Kararı dışında Sunday Times/İngiltere²²⁷, Barthold/Almanya Kararları²²⁸ da bu yöndedir. Gereklilik denetiminde zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığı araştırılırken soyut bir değerlendirme yapılmayıp, çeşitli unsurlar göz önünde bulundurulmaktadır. Bu unsurlara örnek olarak; sınırlamanın amacı ile aracı arasındaki makul denge, sınırlamanın şartları ve sınırlamanın konusu yapılan hakkın niteliği gösterilebilir. Devletler gerekliliğin belirlenmesinde, takdir hakkına sahip olsalar da bu husus yetki denetime tabidir. Söz konusu denetim, özgürlüklerin demokratik toplum bakımından sahip olduğu özel önem nedeniyle, ayrın-

²²² ZÖNGÜR, s. 386.

²²³ 26.11.1991, Series A, No.216.

²²⁴ ZÖNGÜR, s. 386.

²²⁵ KAYAÇAĞLAYAN, s. 115.

²²⁶ ŞAHİN, s. 391.

²²⁷ 26.4.1979, Series A, No.30.

²²⁸ 25.3.1985, Series A, No.90.

tılı bir biçimde yapılmakta ve müdahalenin gerekliliğinin inandırıcı bir biçimde ortaya konulması beklenmektedir. Glasenapp/Almanya kararı²²⁹ bu noktayı vurgular.²³⁰

Mahkeme kararlarda²³¹, eleştiri ile hakaret arasındaki hassas dengeye de işaret etmiş ve eleştiri niteliğindeki düşüncenin suç sayılamayacağı, buna karşılık hakaretin demokratik bir toplumda düşünce özgürlüğü olarak kabul edilemeyeceği sonucunu doğuran açıklamaları yapmıştır.²³²

• Orantılılık

Mahkemenin özenle üzerinde durduğu bir başka husus, hak ve özgürlüğü sınırlayıcı önlemin, güdülen amaçla orantılı olmasıdır. Ancak bu noktada gereklilik unsuruyla ayrılmaz bir yan vardır. Amaçla orantılı olabilmesi için müdahalede kullanılacak aracın, amaç için elverişli, gerekli ve ölçülü olması aranır. Miaillhe/Fransa kararı²³³ da bu yöndedir.²³⁴

Diğer konu, müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçenin ilgili ve yeterli olmasıdır. Bu husus mahkemece tespit edilmelidir. Mahkeme bunu yaparken de ulusal otoritelerin 10. madde kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve değerlendirdiğine dair olumlu kanaate varmalıdır.²³⁵ Bowman/İngiltere Kararı²³⁶’nda mahkeme, sınırlamanın ve yasak olmayan noktaların üzerinde durduktan sonra “meşru amaca ulaşmak bakımından başvuru için yapılan sınırlama zorunlu değildir. Bu nedenle müdahale izlenen amaçla orantısız olup AİHS m. 10’un ihlali söz konusudur” demektedir.

AİHM kimi kararlarında (örneğin; 23.09.1994 tarihli Jersild/Danimarka) verilen para cezasının miktarını fazla bulurken, kimi kararlarında ise (örneğin; 8.7.1986, Lingens/Avusturya kararı) sınırlamanın kişi üzerinde

²²⁹ 11.5.1984, Series A, No.104.

²³⁰ KAYAÇAĞLAYAN, s. 115.

²³¹ Bu ifadeyi kullandığı bir kararına örnek olarak Grigoriades-Yunanistan (25.11.1997, No.855, p.47) kararı verilebilir.

²³² EREN, s. 234.

²³³ 25.2.1993, Series A, No.256. Karar hakkında bkz. Mualla Buket SOYGÜT ARSLAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Miaillhe/Fransa Kararı” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı 16, İstanbul 2009, s. 159-171.

²³⁴ Orantı kistasının ABD Yüksek Mahkemesi’nin, yapılan müdahalenin izlenen amacı gerçekleştirecek ölçüde dar olarak biçimlendirilmesi gerektiği (narrowly tailored to servet hat governmental interest) ve mahkemenin kullanmış olduğu, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ölçütüyle paralelliğine ilişkin bilgi için bkz. ŞAHİN, s. 391.

²³⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 269.

²³⁶ 19 Şubat 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-I, bkz. Vahit BIÇAK, “AİHM Işığında İfade Özgürlüğü, İzmir Barosu Dergisi”, Sayı: 1, İzmir 2002, www.oocities.com/vbicak/izmirbar.htm, Erişim Tarihi: 27.10.2010.

yapacağı olumsuz etkileri orantısızlık olarak değerlendirmiştir.²³⁷ Tüm bu karar örnekleri, oluşan ilkeleri, uygulamada karşılaşılan somut olayları değerlendirmede bir ölçüt olarak ele almak adına önemlidir.

c. Sınırlamanın Meşru Bir Amacı Olması

İfade özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla kullanılacak gerekçeler 10. maddenin 2. fıkrasında sayılanlarla sınırlıdır. Ülke otoritelerinin, kısıtlamaları ikinci fıkrada belirtilen gerekçelerin dışında herhangi başka bir nedene dayandırmaları meşru değildir.²³⁸ 10. maddede meşru amaçlar “ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması ya da yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması” şeklindedir ve tahdidi olarak sayılmıştır.

Bu nedenleri, 3 başlık altında bir araya getirebiliriz. Bunlar; “kamu yararını korumak, kamu yararını korumak amacıyla, kişi haklarını korumak amacıyla ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacı ile öngörülen sınırlamalardır. Bu nedenlere dayanılarak ifade hürriyetinin kısıtlanması için, müdahalenin kanunla öngörülmüş olması ve “demokratik bir toplumda” zorunluluk taşıması gerekmektedir.²³⁹ AİHM’nin her üç koşulun da gerçekleştiği yolunda karar vermesi halinde müdahale meşru olacaktır. Ulusal mahkemeler, ifade özgürlüğü sorununu ilgilendiren bütün davalarda bu şartları arayacaktır. Çünkü, sözleşmenin başlıca amacı, düzenlemelerinin taraf ülkelerin mahkemeleri tarafından AİHM içtihadı temelinde uygulanmasını sağlamaktır.²⁴⁰

• **Kamu Yararını Korumak**

Genel yararı korumaya yönelik bu kategori içerisinde, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğünü, kamu güvenliğini, düzeni koruma, suç önleme, sağlığı veya ahlâkı koruma incelenebilir. Bu sınırlamalarda amaç kamuoyu ve devleti güvence altına almaktır.

İlk olarak kamu düzeni ve ulusal güvenlik kavramlarını ele alırsak, ikisi arasındaki bazı farklılıklar göze çarpar. İç güvenliği bozan durumun kamu düzenini bozduğu söylenebilir ise de kamu düzeni bozan her olgu iç güvenliği bozmamaktadır. Bir diğer fark, ulusal güvenliğin yalnızca hal-

²³⁷ ZÖNGÜR, s. 387.

²³⁸ MACOVEI, s. 63.

²³⁹ KAYAÇAĞLAYAN, s. 114.

²⁴⁰ ÇOLAK, s. 289.

kın değil, ülkenin ve yerleşmiş düzenin devamını sağlayan üst düzeyde hukuki, siyasi ve ekonomik yönleri de oluşudur. Ayrıca zaman açısından da farklılık söz konusudur. Ulusal güvenliği bozan hareketler genelde uzun sürece yayılırken, kamu düzenini bozan faaliyetlerin geçici süre için ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir.²⁴¹

Bu kategori ile devlet örneğin, terörü teşvik etmeyi, etnik ayrımcılığı, kargaşa çıkarmayı yasaklayabilir. Buna ilişkin olarak mahkeme önüne gelen bir karar Karakaş/Türkiye²⁴² dir. Yine devlet bu sınıflandırma ile ülkeyi bölmeyi, demokratik rejimi ortadan kaldırmayı amaçlayan açıklama ve yayınları yasaklayabilir, bunlara dair verilen cezalar orantı çerçevesinde değerlendirildiğinde uygunsuz kabul edilir.

Müstehcen yayınlar ise toplumsal ahlak kavramı değerlendirmesinde en tartışmalı gruptur. Müstehcenliğin tanımını yaparken bazı kriterler kullanılabilir. Yarsuvar, bunlardan ilkinin makul çağdaş bir insanın bir eserin tümünü göz önüne aldığında şehvet hislerini tahrik edip etmediğinin tespit edilmesi, ikinci olarak ise o eserin tamamında edebi veya politik bir niteliğin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiği görüşündedir.²⁴³ Elbette tüm bu kıstaslar yer ve zamana göre farklılık göstermekte bu anlamda müstehcenliğe dair yorum ve tanımlar da farklı olarak değerlendirilebilmektedir. Mahkemenin içtihatları bu yönden önemli bir kaynaktır:

Handyside Davası'nda Divan, Aralık 1976'da, söz konusu kitabın Muzır Yayınlarla İlişkin Kanun çerçevesinde İngiltere makamları tarafından yasaklanmasının, toplum ahlakının korunması açısından 10. maddenin 2. paragrafında öngörülen koşullara uygun olduğunu tespit etmiştir. Bu karara benzer şekilde Sunday Times davasında da Divan, düşüncüyü açıklama özgürlüğünün demokratik toplumda önemli yeri konusunda ısrar etmiştir.

Müller ve Diğerleri Davası'a baktığımızda ise bir ressam tarafından sergilenen resimlere el konulmasının ve bu sanatçı ile diğer başvuranların muzır yayınlar nedeniyle bir para cezasına çarptırılmalarının, düşüncüyü açıklama özgürlüğünün kullanılması bakımından "demokratik bir toplumda zorunlu" sınırlamaları oluşturduğu ve bu nedenle 10. maddeyi ihlal etmediği yönünde karara varılmıştır.

²⁴¹ ZÖNGÜR, s. 388.

²⁴² Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİÇEKLI, s. 260-261.

²⁴³ Aktaran: ZÖNGÜR, s. 389.

Mahkeme, düşünceyi açıklama özgürlüğünün, şoke eden ya da üzüntüye sevk eden anlatım şekillerini de içerdiğini vurgulayıp, kararda koşullara bağlı olarak ve söz konusu resimlerde ahlâka saygı bakımından bulunabilecek takdir hakkı kapsamında resmi makamların resimlere el koyma kararlarının ve para cezası vermelerinin ahlâkın korunması adına zorunlu önlemler olduğuna karar vermiştir. Özellikle el koyma önlemine ilişkin olarak, bunun orantısız olmadığını, çünkü sınırsız değil, sınırlı bir süre için kararlaştırıldığını belirterek, bu bakımdan, toplumsal ahlâkın korunması adına artık tehlike yaratmama halinde veya daha az önlemin yeterli olması durumunda, el koyma kararının kaldırılması ya da değiştirilmesinin, resimlerin sahibi tarafından istenebileceği konusuna vurgu yapmıştır.²⁴⁴

Değinebileceğimiz diğer karar Ekim 1992’de görülen Open Door Counselling ve Dublin Well Woman Davası’dır. Mahkeme, İngiltere’de çocuk aldırma olanakları konusunda dava başvurusu yapan şirketlere getirilen sınırlamaların 10. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Şirketler, diğerleri yanında, bu yasağın 10. madde ile güvence altına alınan haberleri yayma hakkına haksız bir müdahale oluşturduğunu ileri sürmüş, bu hüküm kanunla öngörülmüş olmasına, kavramın İrlanda’da ceninin yaşam hakkının korunmasını içermesine ve ahlaki güvence yasal amacı izlemesine rağmen, mahkeme bizatihi başvurana uygulanan sınırlamanın orantılı olmadığı noktasını değerlendirerek dahi ihlal sonucuna varmıştır.²⁴⁵ Bu açıdan özgürlüğe getirilen sınırlamanın sözleşmenin aradığı tüm şartları taşıması son derece önemlidir.

AİHM, İngiliz mahkemesinin Observer ve Guardian gazetelerine koyduğu geçici yayın yasağının milli güvenlik açısından gerekli olduğuna işaretle sözleşmeye aykırılık görmemiştir. Kararda, iki önemli ilke ortaya konulmuştur. Birincisi, ulusal güvenlik konusundaki bilgilerin, bir kez kamu alanına çıktıktan sonra yasaklanamayacağı, yayının toplatılmayacağı ve bilginin yayılmasına aracı olanların cezalandırılmayacağıdır. İkinci ilke ise, ulusal güvenlik anlamında her türlü bilginin kayıtsız koşulsuz gizli olarak nitelendirilmesi ve ulaşma olanağının önceden sınırlandırılması konusunda devletlere yasak getirilmesidir.²⁴⁶

²⁴⁴ Bkz. 24. 5. 1988 tarihli Müller ve diğerleri kararı, Série A No. 133.

²⁴⁵ Bkz. 29.10.1992 tarihli Open Door Counselling Ltd ve Dublin Well Woman Centre Ltd kararı, Série A, No. 246.

²⁴⁶ ÇOLAK, s. 291.

Mahkeme, Ağustos 1993 tarihinde Chorherr Kararı'nda da başvuranın askeri bir merasim sırasında bildiri dağıtması ve pankart taşınması üzerine, buna son vermesi istemine uymaması nedeniyle kamu düzenini bozmaktan yakalanmasına, tutuklanmasına ve mahkûmiyetine ilişkindir. Başvuruyu inceleyen AİHM, müdahalenin kanunla öngörülmüş olduğuna ve demokratik bir toplumda zorunlu müdahale saymak için 10. maddenin 2. paragrafı (düzenin korunması) açısından yasal dayanakları bulunduğuna karar vermiştir.²⁴⁷ Otto-Preminger-Institut Davası'nda ise, dava konusu filme el konulmasına ve ardından filmin müsadere edilmesine ilişkin Avusturya mahkeme kararlarının 10. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Söz konusu önlemler, diğer kişilerin düşüncelerinin kamusal anlatımıyla yurttaşların dini hislerine saldırılmaması hakkının korunmasını amaçlıyordu. Divana göre, davanın koşulları ve bırakılan takdir hakkı dikkate alındığında, el koymanın da müsaderecinin de güdülen amaçla orantısız olduğu söylenemez.²⁴⁸ Kasım 1997'de, Divan, Zana Davası'nda, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar verdi. Divan'a göre, dava konusu olayda, resmi makamların müdahalesi, kamu güvenliğinin ve düzeninin korunmasını amaçlıyordu. Somut olayda, başvuranın şiddet eylemlerine yeteri kadar açıklıkla taraftar olmama yönünde irade açıklamadığı ölçüde, verilen cezanın, güdülen amaçla orantılı olduğu ve bir sosyal gereksinime yanıt verdiğinin söylenebileceğini ifade etmektedir.²⁴⁹

Divan, İncal Davası'nda, "*Demokratik bir sistemde, hükümetin eylemleri veya hareketsizlikleri sadece yasama ve yargı gücünün değil, kamuoyunun da titiz denetimi altında olmalıdır*" (paragraf 54) hükmünü dikkate alarak, dava konusu müdahalenin sosyal bir gereksinime cevap vermeyecek aşırılığına değinmiş, bu davanın özelliklerinin Zana davasınıninkilerle karşılaştırılmaz olduğu sonucuna vararak ²⁵⁰ "*Türkiye'de terörizmin ortaya koyduğu sorunlar konusunda başvuranın herhangi bir sorumluluğu sonucuna götürülen unsurlar bulunmamaktadır*" demiştir.²⁵¹

Mayıs 1999'da, Rekvényi Davası'nda, divan, emniyetin siyasal tarafsızlığını sağlamayı amaçlayan sınırlamaların, ulusal güvenliği ve kamu güvenliğini korumak şeklinde yasal amaçlar izlediğini kabul ederek sözleş-

²⁴⁷ Bkz. 25.8.1993 tarihli Chorherr kararı, Série A No.266-B, paragraf 30-34.

²⁴⁸ Bkz. 20.9.1994 tarihli Otto-Preminger-Institut kararı, Série A No. 295-A.

²⁴⁹ Bkz. 25.11.1997 tarihli Zana kararı, Recueil 1997-VII.

²⁵⁰ Bkz. 25.11.1997 tarihli Zana kararı, Recueil 1997-VII.

²⁵¹ Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, s. 50.

menin 10. maddesinin ihlal edildiğinin söylenemeyeceğine karar vermiştir.²⁵²

Temmuz 2001’de, Bask kültürünün ve niteliğinin çeşitli yönlerine hasredilen bir kitabın Fransa’da dağıtımını yasaklayan bir bakanlık kararına ilişkin Association Ekin (Derneği) Davası’nda, 10. maddenin ihlali ne hükmedilmiştir. Söz konusu önlem, İçişleri Bakanı’na yabancı dilde yazılmış veya yurt dışından gelen yazılı eserleri yasaklama yetkisi veren bir kanun maddesinde alınmıştı. Mahkeme böylesine önceden sınırlamaların Sözleşme ile bağdaşmadığına, fakat “yasaklamanın sınırına ilişkin çok sert ve muhtemel kötüye kullanmalara karşı, etkin yargısal denetimin olduğu bir yasal çerçeve içinde gündeme gelebileceğine” karar vermiştir.²⁵³ Ayrıca, karara göre, yayının içeriği, güvenlik ve kamu düzeni bakımından, başvuranın düşüncüyü açıklama özgürlüğüne yapılan saldırının ağırlığını haklı göstermiyordu. Bu halde müdahale, “demokratik bir toplumda gerekli” değildir.²⁵⁴

● **Kişisel Hakları Korumak**

Bu kategori içerisinde şeref ve haysiyeti korumak incelenebilir.

Genel bir ifadeyle, şeref, şöhret ve haklara tecavüzün, bir kimsenin toplumun değer yargılarına aykırı bir suçlama ile küçük düşürülmesi olduğu söylenebilir. Bu durum yazılı ya da görsel basın, sanat eseri veya diğer ifade biçimleriyle meydana gelebilir.²⁵⁵ Özel hayat ta bu anlamda önemlidir. Devlet adamı, politikacı, bilim adamı, sanatçı gibi tanınmış kişilerin özel yaşamlarına yönelik koruma vatandaşlardan daha kısıtlı düşünülmüştür.

AİHM, bu alanda başta basına ilişkin olmak üzere ifade özgürlüğüne tanınan yüksek düzeyli korumayı ortaya koyan içtihatlar geliştirmiştir.

Kasım 1996’da yargılaması yapılan Wingrove Davası’nda, Divan, İngiltere Film Tasnif Ofisi’nin, başvuranın yazıp çevirdiği filmde, küfürlü olduğu gerekçesiyle, tasnif belgesi vermeyi reddetmesinin, 10. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.²⁵⁶

²⁵² Bkz. 20.5.1999 tarihli Rekvényi kararı, Recueil 1999-III.

²⁵³ Bkz. 17.7. 200 tarihli Association Ekin (Derneği) kararı, paragraf 58

²⁵⁴ Sözü edilen yukarıdaki kararlar ve benzerleri için bkz. Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, s. 46 vd; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 270.

²⁵⁵ ZÖNGÜR, s. 389.

²⁵⁶ Bkz. 25.11.1996 tarihli Wingrov Kararı, Recueil 1996-V, paragraf 58. Komisyonun kabul edilebilirlik kararı

Şubat 1999'da yargılaması yapılan Janowski Davası'nda, Divan, başvuranın iki belediye zabıtasına hakaret nedeniyle ceza mahkûmiyeti almasının, 10. maddenin ihlalini oluşturmadığına değindi. Bu çerçevede “kamu görevlilerinin, görevlerini yerine getirmek için toplumun güveninden, bu güveni haksız yere bozmaksızın, yararlanmak zorunda oldukları” ifade edilerek²⁵⁷, kamu görevlilerinin saygınlığı, kabul edilebilir bir eleştirinin ötesine giden, hakaret ve sövme sözlü saldırılarına karşı korunmak istenmiştir.

1999 yılında, iki sohbette, bir İspanyol kamu televizyon kanalı yöneticilerine karşı hakaret içeren sözler sarf etmekten bir program yapımcısının işine son verilmesine ilişkin Fuentes Bobo Davası'nda,(29.3.2000 tarihli Fuentes Bobo Kararı) Divan, 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca “basında genel yarar olan ciddi sorunlar söz konusu olduğunda dahi, sözleşmenin 10. maddesinin düşünceyi açıklama özgürlüğünü hiçbir sınırı olmaksızın güvence altına almadığını” vurgulamış, tazminatsız iş sözleşmesinin feshinde, “daha hafif ve daha uygun diğer disiplin cezaları öngörülebilecekken, aşırı bir sertliğin söz konusu ” (paragraf 49)²⁵⁸ olduğu anlatılmıştır.

Wabl Davası'nda ise Mahkeme 2000 yılında 10. maddenin ihlal edilmediğine karar verdi. Avusturya Parlamentosu'ndan bir milletvekili, saygınlığına zarar veren bir yazıda kullanılan “nazi gazetecilik” deyiminin tekrar edilmesinin yasaklanmasını eleştiriyordu. Divan, yayının hakaret edici niteliğini ve milletvekilinin bundan hoşnut kalmama hakkını kabul etti. Bununla birlikte, genel yarar olan bir konunun mevcudiyeti tartışmalıydı. Ayrıca, ulusal makamların, “nasyonal-sosyalist fikirler tarafından esinlenen faaliyetlere bağlanan özel yararı” dikkate alarak, çıkarlar arasında uygun dengeyi koyduğuna karar verilmiştir.²⁵⁹

Thorgeirson Davası'nda AIHM, kamu görevlilerine yönelik eleştiriler bağlamında ifade özgürlüğünü koruyan bir karar almıştır.²⁶⁰

Jerusalem Davası'nda Mahkeme, 10. maddenin ihlal edildiğini belirtmiştir. Viyana Belediye Meclisi üyesi olan başvuran, iki dernek konusunda kimi hakaret nitelikli deyimleri tekrar etmenin yasaklanmasına ilişkin karardan şikâyetçiydi. Divan, başvuranın siyasi bir görevi bulunduğunu

İçin ayrıca bkz: D.R. 76-B, s. 26.

²⁵⁷ Bkz. 21.1.1999 tarihli Janowski Kararı, Recueil 1999-I, paragraf 33.

²⁵⁸ Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, s. 64.

²⁵⁹ Bkz. 26.3.2000 tarihli Wabl Kararı, yayınlanmadı.

²⁶⁰ ÇOLAK, s. 293.

tespit etmiş, bu bakımdan düşünceyi açıklama özgürlüğünün halkın temsilcileri için çok önemli olduğunu hatırlatmış ve ayrıca siyaset adamları gibi özel kişiler ve derneklerin kamuya açık bir tartışma çerçevesinde dikkatli bir denetime açık olduklarının altını çizmiştir.²⁶¹

Nisan 2001'de yargılaması yapılan Marônek Davası'nda²⁶², başvuran bir lojmanı yasadışı işgal eden iki kişiyi suçladığı açık mektup nedeniyle zarar ziyanın tazminine mahkûm edilmiştir. Divan, dava konusu açık mektubun, genel yararı olan sorunları ortaya koyduğunu gözlemlemiştir. Diğer yandan da bütün olarak alındığında başvuranın demeçleri aşırı görünmüyordu. Onun aktardığı olayların çoğu, basın tarafından daha önce kamuya duyurulmuştu. Divan, başvuranın çarpıtıldığı tazminat miktarının yüksekliği dikkate alındığında, dava konusu önlemlerle izlenen yasal amaç arasında orantılı bir ölçünün bulunmadığını tespit etmiştir.²⁶³

Temmuz 2001 tarihli Feldek Davası, başvuranın, bir bakana karşı eleştirel sözler sarf etmiş olmaktan mahkûm edilmesine dairdir. Mahkeme, dava konusu sözlerin değer yargısı olduğunu ifade etmiştir. Somut olayda, eleştiri daha önce basın tarafından kamuya açıklanan haberler ile bizzat bakanın kendi yaşam öyküsünü anlattığı kitaba dayanıyordu. Ayrıca dava konusu sözler kamuya mal olmuş bir kişiye ilişkindi. AİHM, görüşünü açıklayan başvuranın sözlerinin, bakanın ne mesleğini ne de özel hayatını etkilediğine, mahkûmiyetinin orantısız olduğuna karar vermiştir.²⁶⁴

• Yargının Etkinlik ve Saygınlığının Korunması

Bu hususun korunması bir toplumda düzenin sağlanması için temel şarttır. O nedenle AİHM, üye devletin ifade özgürlüğünün, yargının baskı altında olmaksızın görevini tam bir tarafsızlık içinde yerine getirebilmesi için sınırlanabileceğini kabul etmiştir.²⁶⁵

AİHM'in bu konudaki içtihatları, yargının özel bir korumadan yararlanmasına rağmen, bunun belirli bağlamda gerçekleştiğini ve adaletin işleyişiyle ilgili konuların kamusal tartışmaların bir parçası olabileceğini kanıtlamak yönündedir.²⁶⁶

²⁶¹ Bkz. 27.2.2001 tarihli Jerusalem Kararı.

²⁶² Bkz. 19.4.2001 tarihli Marônek Kararı, Série A No.116.

²⁶³ Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü, s. 65.

²⁶⁴ Bkz. 12.7.2001 tarihli Feldek Kararı.

²⁶⁵ZÖNGÜR, s. 389.

²⁶⁶ MACOVEI, s. 112.

Bu konuda Sunday Times Kararı önem arz eder.²⁶⁷ Mahkeme kararda, demokratik toplumda uyuşmazlıkların yargı organlarına yansımalarının, uyuşmazlığın basında tartışılmasına engel teşkil etmeyeceğine işaret etmiştir. Bu nedenle olayda konulan yayın yasağının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.²⁶⁸ Mayıs 2001’de yargılaması yapılan Schöpfer Davası’nda, Divan, müvekkillerinden birinin tutukluluğu hakkında, bir basın konferansında yaptığı gözlemler nedeniyle, baro tarafından başvurana verilen disiplin cezasının 10. maddenin ihlalini oluşturmadığına karar verdi. Mahkeme, somut olayda, başvuranın aleni olarak bir ceza mahkemesi önünde görülen dava konusundaki üzüntülerini genel ve ağır bir dille açıkladığını ve ardından sadece ulusal istinaf mahkemesi önünde istinaf başvurusu yaptığını belirtmiştir.

Divan, adalet dağıtımında, mahkemelerle yargılananlar arasında arabuluculuk yaparak temel bir konuma sahip olan avukatların, özel statüsünü hatırlatır. İçtihatlarına göre, avukatlar, bu alanda anahtar bir rol üstlenmektedir.²⁶⁹ Divan’a göre:

“Onlardan yargının iyi işleyişine ve ayrıca yargıya halkın güvenmesine katkıları beklenebilir. (...) Düşünceyi açıklama özgürlüğünün, şüphesiz yargının işleyiş hakkında aleni olarak konuşma hakları bulunan avukatlar için de geçerli olduğunu söylemeye gerek yok, fakat eleştirilerinin belli bir sınırı aşmaması gerekir. Bu çerçevede, yargı erkinin iyi işleyişini ilgilendiren sorunlar konusunda; toplumun bilgilendirilme hakkı, yargının iyi işleyişinin gerekleri ve avukatlık mesleğinin saygınlığının yer aldığı çeşitli çıkarlar arasındaki dengeyi dikkate almak gerekir (paragraf 33).”

Bu çerçevede, Divan, başvurana verilen disiplin cezasının demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar verdi.²⁷⁰

AİHM, görülmekte olan bir davaya ilişkin bilgileri bir basın konferansında açıklayarak, soruşturmanın gizliliğini ihlalden para cezasına mahkûm edilen bir gazeteciye ilişkin olarak, Weber Kararı’nda, bu mahkûmiyetin, düşünceyi açıklama özgürlüğüne yapılan müdahaleye istinaden izlenen

²⁶⁷ Aynı yönde bir karar olan De Haes ve Gijles/Belçika kararında mahkeme, çocukların velayetinin ensest ilişki ve çocuklara kötü muamele suçundan mahkumiyeti bulunan birisine verilmesini, kararın siyasi nedenlere dayandığını ileri sürerek, eleştiren yazılardan dolayı ceza alan gazetecilerin, düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir, karar hakkında bkz. www.echr.coe.int, Erişim Tarihi: 29.11.2010.

²⁶⁸ ZÖNGÜR, s. 400.

²⁶⁹ Bkz. 20.5.1998 tarihli Schöpfer Kararı, Recueil 1998-III, paragraf 29.

²⁷⁰ Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, s. 69.

yasal amacın gerçekleşmesi açısından demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı ölçüde, 10. maddeyi ihlal ettiği; bu bilgilerin daha önceki basın konferansında açıklandığı ve toplumun önceden bilmesi nedeniyle olayların gizliliğini korumada artık yarar bulunmadığı sonucuna varmıştır.²⁷¹

Preger ve Oberschlick/Avusturya Davası'nda²⁷², birkaç hâkim hakkında yapılan eleştirilerin hakaret oluşturduğu gerekçesiyle yayının nüshalarının toplattırılması ve sorumluların cezalandırılması ele alınmıştır. Mahkeme bu kapsamda gazetecinin iyi niyetle hareket ettiği ve gazetecilik etiğine uygun davrandığının kabul edilemeyeceğini, iddiaları için yeterli araştırmayı yapmadığını ve hâkime iddialarla ilgili yorumda bulunma imkânı tanımadığını belirtmiş; bu nedenle başvuru hakkında yapılan işlemlerin ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelmediğine karar vermiştir.²⁷³ Bu açıdan hâkimlere yönelik eleştiri sınırlarını da tespit etmiştir.

Tine Worm/Avusturya Davası²⁷⁴, ceza mahkemesinin yanlış yönlendirilmesine izin verilemeyeceğine dairdir. Kararda bir ceza mahkemesinin sonucunu yanlış olarak etkileyen bir gazetecinin yazısına müdahale ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmemiştir.²⁷⁵

Her ne kadar haberin olgu ve kişisel değerlerden meydana geldiği belirtilmiş olsa da AİHM'e göre gazetecinin yargıya intikal etmiş olayları topluma aktarmada objektif olma yükümlülüğü vardır. Gerçekten de toplum ancak basın sayesinde yargıya yansıyan olaylardan haberdar olabilmektedir. Dolayısıyla basın bu noktada çok önemli bir görevi ifa etmektedir.²⁷⁶ Tüm bu nedenlerle üzerinde titizlikte durulması gereken söz konusu konularda ifade özgürlüğü korunarak ancak bir yandan da yanlış bilgilendirme durumu ortadan kaldırılarak eleştiri hakkı özenle kullanılmalıdır.

SONUÇ

İnsan, kendini arama sürecinde, düşüncesini anlatarak, yazarak, aktararak ifade etmektedir. O nedenle, hayattan ifade hürriyetini soyutlamak mümkün değildir. Düşünme ve düşündüklerini ifade edebilme hakkı, demokratik sürecin temel taşlarından. Böylece yeni düşünceler dile gelmekte, hatalı yanlar ortaya çıkmakta, toplumsal gelişmelere katkıda bulunulmak-

²⁷¹ Bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 270 vd.

²⁷² 26.4.1995, Series A, No.313.

²⁷³ Karar için bkz. BIÇAK, Avrupa İnsan..., s.41.

²⁷⁴ 29.8.1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997-V .

²⁷⁵ Karar hakkında bkz. BIÇAK, s. 41

²⁷⁶ Bkz. ZÖNGÜR, s. 400.

tadır ve ifade özgürlüğü, en önemli fonksiyonunu, eleştirel, merak edici, sorgulayıcı düşüncelerin aktarımının güvenceye alınması bakımından göstermektedir. Bu hürriyetin sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız bulunan, ilgilenilmeyen “bilgi” ve “fikirler” için değil, ayrıca rahatsız edici düşüncelerin açıklanması için de geçerliliğini sürdürmesi demokratik toplumun olmazsa olmaz koşulu halinde karşımızda durmakta, hoşgörünün, açık fikirliliğin gerekleri olarak canlanmaktadır.²⁷⁷ Hakkın içkin yapısı bunu barındırmakla beraber, böyle bir adım için yüzyıllarca yoğunlaşan bir emek hamuru gerekmiştir. İşte bu çabanın bir yansıması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplumun gereği olarak söz ettiğimiz özgürlük yapısını yansıtan kararları ve daha birçok içtihadıyla gözler önüne serer. Kararların dayanak noktasını oluşturan, derinleştirilmiş bir koruma mekanizması içeren, uluslararası anlamda güvence sağlayıp, bireylerin ve taraf devletlerin, yargı organına başvurarak, ihlalcı iddiasında olduğu devleti şikâyet etmesine olanak tanıyan sözleşme ve mahkeme kararları ifade özgürlüğünü en önemli hükümlerden biri olarak kabul etmiştir. Aradan geçen zaman da bu noktada temel prensipleri oluşturmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde ifadesini bulan düşünceyi açıklama özgürlüğü, demokrasinin en önemli temellerinden biri olarak ele alınmaktadır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, aynı zamanda, sözleşmeyle korunan diğer hak ve özgürlüklerin kullanımı için de bir öncüdür. Bu anlamda geniş yorumlanması, demokratik düzenin esaslı yanı olması yaşama koşullarındandır.

Kanaat sahibi olabilme ve kanaatini açıklayabilme özgürlüğü ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. İkinci yan, kanaati açıklayabilme noktasında kilitlenir. Elbette düşünce ve kanaati alma, elde edebilme de ifade özgürlüğünün bir kolunu oluşturan düşünceyi aktarabilmeyle karşılıklı bütünlük arz eden bir özgürlüktür.

Devletin, ifade özgürlüğünün engellenmesini önlemesi gerekli iken yeterli olmayıp, devlet hakkın kullanılabilmesi için gerekli tedbirleri almakla da yükümlü bulunmaktadır. Örneğin, süresiz ve süreli yayınların dağıtımının engellenmesini önleme devletin sorumluluğundayken; ifade özgürlüğünü kullanan bireye yönelik saldırı ve tehditlerin kaynağı ile ilgili araştırmaları yapmak ta görevleri arasındadır.

²⁷⁷ BIÇAK, s. 19 vd.

İfade özgürlüğünün bireysel anlamda ve toplumda taşıdığı önem ile sahip olduğu ayrıcalıklı konum inkâr edilemez, ancak bu mutlak bir özgürlük değildir ve kullanılmasında farklı değerlerin, menfaatlerin karşı karşıya gelmesi söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla üye devletler, demokratik bir toplumda gerekli olan ve sözleşmede yer alan meşru amaçlardan biriyle ifade özgürlüğünü “kanun”la sınırlayabilirler. Ancak her üç koşulun birlikte gerçekleşmesi şarttır. Çünkü sözleşmenin asli işlevi herkesin ifade özgürlüğünü korumak olup dolayısıyla kısıtlamaların yorumu bakımından kurallar belirlenmiştir. Sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olması için, baskın sosyal ihtiyaç, gereklilik, orantılılık sağlanmalıdır. AİHM kararlarıyla şekillenen bu ayrımlara ilave olarak meşru amaç gerekmesi hususunda sözleşmede yer alan haller sınırlayıcı olarak belirtilmiş, aksi halde hakkın kısıtlanamayacağı sonucuna varılmıştır. Tüm sayılan amaçlar için mahkeme kararlarında karanlık noktalar aydınlatılmış, belirlilik getirilmeye çalışılmıştır. Bu hallerde, hürriyetin esas, sınırlamanın istisna olduğu temel kuralı dikkate alınmalı, bu sınırlamanın hürriyeti adeta etkisiz hale getiren bir sınırlama olmamasına özen sarf edilmelidir.

Bütün bu değinilen hususlar ile uluslararası, hürriyet yönlü uygulamalar saptanmalı, bakış açısı dikkate alınmalı ve iç hukuk uygulamasında kaynak olarak değerlendirilmelidir. İfade özgürlüğü güncel demokrasi ve insan hakları incelemelerinin başında gelmektedir. Bu önemi itibariyle “ifade özgürlüğü” demokratik düzenin gerektirdiği şekilde ele alınmalı ve Avrupa İnsan hakları Mahkemesi içtihatları ışığı ile değerlendirilerek geniş bir şekilde yorumlanıp uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

ANAR, Erol, Düşünce Özgürlüğü, Aral Yayınları, Ankara 1996.

ATAMAN, Hakan, İnsan Hakları Savunucuları, İnsan Hakları Gündemi Deneği, Ankara 2008.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü, (Çev: Durmuş TEZCAN), Avrupa Konseyi, Etki Yayıncılık, İzmir 2002.

BIÇAK, Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Ankara, 2002.

BIÇAK, Vahit, AİHM Işığında İfade Özgürlüğü, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1, 2002, www.oocities.com/vbicak/izmirbar.htm.

BİLEN, Ali, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, <http://www.danistay.gov.tr/4-AIHS>, 27.10.2010.

BOZKURT, Enver - DOST, Süleyman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye” Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C.7, S.1, Isparta 2002, ss. 48–62.

CAN, Osman, "Kutsallar" ve Düşünce Özgürlüğü-TCK 301. Madde”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, Yıl: 2, Sayı: 5, Ankara, Aralık 2007.

ÇİÇEKLİ, Bülent, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Kararlarının Analizi (2002–2003) ve Ceza Muhakemesine Yansımaları”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yay., Yıl:1, Sayı:1, Ankara 2006, ss. 252–271.

ÇOLAK, Haluk, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İfade Özgürlüğü, İç Hukuka Etkisi ve Yeni Türk Ceza Kanunu Perspektifinde Normatif Düzenlemeler”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yay., Yıl:1, Sayı:1, Ankara 2006, ss. 268-329.

DÖNMEZER, Sulhi, Basın Hukuku, İstanbul 1968.

ERDOĞAN, Mustafa, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce, Yıl:6, Sayı:24, Ankara 2001, ss. 3-27.

EREN, Abdullah, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yay., İstanbul 2004.

ERGÜL, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara 2002.

ERSOY, Hamit, Ulusalüstü ve Ulusal Mevzuat Işığında İfade Özgürlüğü, <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/39/web/makale>, 25.10.2010.

GEMALMAZ Mehmet Semih - GEMALMAZ, Haydar Burak, Türkiye’de Bilgi Edinme, İfade ve İletişim Mevzuatı, Yazıhane Yayınları, İstanbul 2004.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz - GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

İÇEL, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 2007.

KABOĞLU, İbrahim, “Düşünce Özgürlüğü”, İnsan Hakları Almanağı, 1.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, İstanbul 1993.

KARAN, Nur, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Devlet Memurlarının Siyasal İfade Özgürlüğü”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003.

KAYAÇAĞLAYAN, Metin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Hürriyeti Sınırlanması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, S. 2, Ankara 2007, ss. 105.121.

TAAD, Cilt:1,Yıl:2, Sayı:7 (20 Ekim 2011)

KEANE, John, Medya ve Demokrasi, (Çev: Haluk Şahin), Ayrıntı Yayınları, 3.baskı, İstanbul 1999.

KUBALI, Hüseyin Nail, Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1964.

MACOVEİ, Monica, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No:2, http://www.yargitay.gov.tr/abroje/belge/kitaplar/AIHS_mad10_Ifade.pdf, 16.11.2010.

MOWBRAY, Alastair. Cases and materials on the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, , 2 ed New York 2007.

OCAK , Ahmet Yaşar ... vd., Türkiye’de İfade Özgürlüğü, Bgst Yayınları, İstanbul 2009.

ÖZEK Çetin, Türk Basın Hukuku, İ.Ü.H.F Yayını, İstanbul, 1978.

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

SARI, Gürbüz, “İnkar Yasağı ve İfade Özgürlüğü”, Güncel Hukuk Dergisi, Kasım 2006, ss. 38-43

SCHAUER, Frederick, İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme, (Çev: M. Bahattin Seçilmişoğlu), Libelar Düşünce Topluluğu, Ankara 2002.

SOYGÜT ARSLAN, Mualla Buket, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Miailhe/Fransa Kararı” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı 16, İstanbul 2009, ss. 159-171.

SOYKAN, Cavidan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı”, A.Ü.H.F.D, C.56, S.2, Ankara, 2007, s.66.

“Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, http://www.tbmm.gov.tr/kultursanat/yayinlar/yayin089/089_00_010.pdf, 21.10.2010.

SUNAY, Reyhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Korunması” , S.Ü.H.F.D, Sayı: 1, Konya 2000, ss. 514-532.

ŞAHİN, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, İstanbul 2009.

TANÖR, Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 3.baskı, İstanbul, Kasım 1994.

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Ankara 2004.

ZABUNOĞLU, Yahya, “Düşünceyi İfade Özgürlüğü”, Ankara Barosu 76.Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri “ Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü” konulu Konferans, Ankara 1999, ss. 2–16.

ZÖNGÜR, Yasemin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında İfade Özgürlüğü”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan: Cilt II, G.Ü.H.F.D., Yıl: 3, Sayı: 2, İstanbul 2004, ss. 381–404

DIĞER KAYNAKLAR

AİHM karar örnekleri için ;

<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=188&lang=0>.

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>.

<http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihm/karar>.

<http://www.un.org/en/documents/udhr/>.

www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aihs.html.

www.echr.coe.int

http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/39437_98.pdf.

http://profdrferidunyenisey.com/?page_id=932