

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ*

Murat Volkan Dülger**

GİRİŞ

Üretim araçlarına sahip çıkma mücadelesi, yeryüzündeki tüm çıkar çatışmalarının, savaşların ve günümüze dek gelen sosyo-ekonomik yapının nedeni olmuştur. Hele ki alt yapının üst yapıyı önemli ölçüde belirlediği gerçeğinden hareket edildiğinde bu mücadelenin etkileri tüm çıplaklığıyla karşımıza çıkmaktadır¹. Bu mücadeleyle başat giden ve unutulmaması gereken önemli bir faktör ise “düşünce özgürlüğü” kavramı ve “düşünce özgürlüğünün önüne çıkarılan engellerdir”. Günümüz uygarlığının ve kültürünün ortaya çıkışında fikirleri uğruna hayatlarını kaybetmiş kişilerin ne kadar çok olduğu akla geldiğinde ise “düşünce özgürlüğünün” anlamı ve uğruna verilen amansız mücadeleler daha iyi kavranabilmektedir.

Bu çalışmada yukarıda bahsedilen mücadelelerin çoğuna kaynaklık etmiş Avrupa ülkelerinin yarattığı ve Türkiye'nin de içinde olduğu ortak hukuk kültüründe “düşünce özgürlüğünün” ne aşamaya geldiği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metni ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında incelenmeye ve uğruna nice canların verildiği bu soyut kavramın, somut hukuksal çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır.

I. Kavram

Düşünce özgürlüğü kavramı için, bu güne kadar pek çok tanım yapılmış ve hem lehinde hem de aleyhinde olmak üzere bir o kadar da görüş ileri sürülmüştür. Bu konuda yeni bir tanım yapmak yerine; neden “ifade özgürlüğü” veya “düşünceyi açıklama özgürlüğü” kavramlarının değil de “düşünce özgürlüğü” kavramının tercih edildiğinin açıklanması bu çalışma açısından daha yerinde olacaktır. Ancak yine de bir tanım vermek gerekirse “ifade özgürlüğü” kavramını da açıklaması yönünden Çetin Özek'in konuya ilişkin tanımını vermek yerinde olacaktır:

“Düşünce hürriyeti, 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. Bu nedenledir ki, 'düşünce hürriyeti', düşüncenin açıklanması hakkını da içermektedir. Bu nedenledir ki, siyasal bilim açısından, gerçekte, düşünce hürriyeti düşüncenin yaygınlaştırılması, etrafında birleştirilmesi hakkını da kapsadığından, düşüncenin açıklanıp, propagandasının yapılması olanakları da,

* Bu makale, Aybay Hukuk Vakfı tarafından düzenlenen Kapani Savcı İnsan Hakları Hukuku İnceleme Ödülü 2000 yılı ikincilik ödülünü almış olup, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s.283-298'de yayınlanmıştır.

** Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

¹ Server Tanilli, Uygarlık Tarihi, 5. Bası, İstanbul, Say Kitapçılık, 1981, s.99.

düşünce hürriyeti çerçevesi içine girmektedir. Bazı yazarların, düşünce hürriyetini belirlemek için 'ifade hürriyeti' terimini kullanmaları bu nedenledir."²

İnsanı insan yapan en önemli unsurlardan ikisi düşünebilme ve konuşabilme yetisidir. O halde canlı bir varlık, düşünme ve düşündüklerini ifade edebilmesiyle insan kavramı içerisine girmektedir. Düşüncelerin derli toplu bir araya getirilmesiyle de ideolojiler ortaya çıkmaktadır. "İdeoloji; geniş ya da dar kuşatımlı bir insan öbeğinin, bir ulusun, bir toplumun, toplumsal bir sınıfın, bütünüyle evreni yorumlayışı; tüm yaşamaya çekidüzen vermedeki tutumudur."³ Demek ki bilinçli ya da bilinçsiz ideolojik bir yaklaşım olmaksızın düşünmek ve bunları ifade etmek mümkün değildir. İdeolojiler ise salt bir sözcük yığını değildir. "Her ideoloji, anlamı gereği, eylemi içerir. Dönüp dolaşıp eylemle sonuçlanmayı istemeyen, bireyleri ve toplulukları belli eylemlere itelemeyi amaçlamayan bir ideoloji yoktur. Mantıkça bir eylemsellik programıdır 'ideoloji'; baştanbaşa sözlerle de örülse, belirli eylemleri başlatmak, yağdırmak, biriktirmek, gütmekle alışverişi olmayan bir ideoloji tasarlanamaz..."⁴ Kısaca üst bir kavram olarak "kuram ile eylem" ve buna göre belirlenen "düşünme ve düşünceyi dile getirme" kavramları asla birbirinden ayrılarak düşünülemez.

"İfade özgürlüğü" veya "düşünceyi açıklama özgürlüğü" kavramları ise düşünceyi dile getirmeyi, düşünme eyleminden soyut bir şekilde ayırmaktadır. Zira geçmişte ve günümüzde, yurdumuzda ve yurt dışında ilerici, bilimsel düşünen aklın önüne ket vurmaya çalışan zihniyetler bu iki ayrılmaz kavramı soyut bir şekilde ayırma tabi tutarak "düşünme özgürlüğünüz var ama bunları açıklama özgürlüğünüz yok" diyebilme cesaretini göstermişlerdir. Nitekim Bülent Tanör bu konuyu açıkça ifade etmiştir:

"Düşünce özgürlüğünü, düşünme özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü diye ikiye bölen, birincisinin tam olarak korunduğunu, ikincisinin ise sınırlı olduğunu ileri süren, böylece bu temel özgürlüğü kendi kendine düşünebilme ya da eşî dostuyla dertleşebilme özgürlüğüne indirgeyen anlayış, ...kendine taraftar bulmuştur. Bütün bu görüşlerin özü, düşünce özgürlüğünü, düşünme özgürlüğü (?) ve açıklama özgürlüğü diye ortadan ikiye bölerek düşünce özgürlüğünün özünü sırf bir ön-denetim yasağına yani sansür sorununa indirgemek, açıklama özgürlüğünü keyfi birtakım sınırlamalarla bağılı saymak ve fikir suçlarını meşru göstermekten ibarettir."⁵

Bu nedenle bu çalışmada ilke olarak "düşünce özgürlüğü" kavramı, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında düşünceye ket vurmak için bu tür yapay bir ayırım yapanlarla aynı kefeye konulmama amacıyla çalışmanın başlığı olarak tercih edilmektedir.

Ancak şu da hemen ifade edilmelidir ki, inceleme konusunun ana unsurunu oluşturan AİHS'de "düşünce özgürlüğü hakkı" ve "ifade özgürlüğü hakkı" ayrı ayrı haklar olarak düzenlenmişlerdir. Tam olarak "düşünce özgürlüğü" kelimelerini karşılayan madde ise AİHS m.9'da "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" orijinal metindeki haliyle "freedom of thought, conscience and religion" olarak düzenlenmiştir. Düşünce özgürlüğü AİHS açısından geleneksel sınırlarını aşmış her türlü siyasal, dinsel, felsefî söylemleri de kapsamına almıştır⁶. "9. maddede söz konusu olan 'düşünce' veya 'düşünme'; (pensée, thought) özgürlüğü,

² Çetin Özek, Türk Basın Hukuku, , İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978, s.27.

³ Nermi Uygur, Kuram - Eylem Bağlamı Çözümleyici Bir Felsefe Denemesi, İstanbul Yapı Kredi Yayınları, 1996, s.89.

⁴ Uygur, a.g.e., s.94.

⁵ Bülent Tanör, TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, , İstanbul, Forum Yayınları, 1979, s.82,83.

⁶ İbrahim Kaboğlu, "Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları", Düşünce Özgürlüğü, İstanbul, Afa Yayıncılık, 1998, s.208.

‘vicdan’ veya ‘inan’ (conscience); ‘din’, ‘kanaat’, ‘inanç’ (conviction, belief) terimlerinden de anlaşılacağı üzere, felsefi öğreti bütünlüğüne sahip bir inanç anlamındadır. Buna mukabil 10. madde ise anlamı ve kapsamı daha geniş olan ‘kanaat’ veya ‘görüş’, ‘içtihat’ (opinion, opinions) yani bilgilenme sonucu edinilen kişisel kanı, düşünme ve bir değer yargısına varma tarzı, ‘fikir’ (idée, idea) sahibi olma söz konusudur.”⁷ Böylece AİHS m.9’da yer alan “düşünce özgürlüğü” kavramına burada incelemeye çalışılan konudan daha farklı bir içerik yüklenmiştir. Bu durumun sebebi az önce değinilen ve özellikle ülkemizde sıkça karşılaşılan düşünce yapısından kaynaklanmamakta aksine tarihi gelişim süreci içerisinde ifade özgürlüğünün daha çok basın özgürlüğüyle birlikte düşünülmesinden dolayı bu şekilde ayrılmaktadır.

Bu çalışmada ise teknik hukuka ilişkin bir inceleme yapıldığı için AİHS’nin metnine sadık kalmak amacıyla bundan sonraki açıklamalarda “ifade özgürlüğü” (freedom of expression) kavramı kullanılacaktır.

II. Düşünce Özgürlüğünün İçeriği

“Düşünce özgürlüğü” kavramını soyut, salt bireysel bir özgürlük olarak algılamak hatalıdır. Kavram her ne kadar tek bir bireyin düşünme ve düşündüklerini aktarma özgürlüğünü içeriyorsa da günlük yaşamımızda bu özgürlüğe en çok ihtiyaç duyulan alanlar “kitle iletişimi” ve “siyasi faaliyetlerdir”.

Kitle iletişimi, kitle haberleşme araçlarının başlıcaları olan basın, radyo ve televizyon, sinema filmleri, video bantları, plaklar, ses bantları ve internet aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Kitle haberleşme araçlarının halkı aydınlatma ve eğitme gibi fonksiyonları bunların bir özelliğidir⁸. Siyasi faaliyetlerin konuyla en yakından ilgili bölümü ise propaganda çalışmaları, siyasi fikirlerin (ideolojilerin) yayılması ve her iki faaliyet için de kitle iletişim araçlarının kullanılmasıdır.

Günümüzün karmaşık ve gittikçe insanların, makinelerin dışlisi haline geldiği toplumsal yapısında bireylerin düşünce özgürlüğü önemini yitirirken, kamuoyunu oluşturan özellikle sivil toplum örgütlerinin ve basın organlarının düşünce özgürlükleri ön plana çıkmaktadır. Bunlar arasında kitle iletişimini sağlayan özellikle basının özgürlüğü çok önemlidir. Basın sadece düşüncelerin açıklanması yönünden değil, bu düşüncelerin meydana çıkması açısından da son derece önemli bir role sahiptir⁹.

Görüldüğü gibi insanların hayata bakışı ve olayları yorumlayışı ve de siyasi tercihlerde bulunarak siyasi iktidarı belirleyişi ya da belirleyemeyişi üzerinde düşünce özgürlüğü tam bir egemenliğe sahiptir. Çünkü kitle iletişim araçları sansür kısılacına alınarak ve hatta anlamsız basın suçları¹⁰ yaratılarak, siyasi faaliyetler için de düşünce suçları uydurulup failleri ağır cezalara çarptırılarak bu özgürlük yok edilebilir. Bunların sonucu olarak, düşünme için gerekli araçlar insanların ellerinden alınarak toplum istenilen şekilde kontrol edilebilir. Bu nedenle ifade özgürlüğü kavramının içeriği iyice belirlenmeli ve salt yazılı basın değil her türlü haberleşme aracı ve düşünce açıklama şekli bu özgürlüğün koruma kapsamı içine alınmalıdır.

⁷ A. Feyyaz Gölcüklü/A. Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 1998, s.317.

⁸ Kayıhan İçel, Kitle Haberleşme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi 2001, s.11.

⁹ Nevzat Toroslu, “Basın Özgürlüğü ve Sınırları”, T.C. Başbakanlık Basın – Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü, basım tarihi ve yeri belli değil, s.4.

¹⁰ Bu konuda geniş açıklama için bkz: Çetin Özek, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1972, s.7-18; Özek, Türk Basın Hukuku, s.521 vd.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan AİHS'nin teorisi ve uygulamasında da bu alan geniş tutulmaya çalışılmış ve çok gerekli olan ve belirli ölçütlere göre yapılan kısıtlamalar dışında, bu özgürlüğün ihlalleri yaptırım altına alınmıştır.

III. AİHS ve İfade Özgürlüğü

1. AİHS'nin Doğuşu ve Türk Hukuk Düzenine Girişi

AİHS'de ifade özgürlüğünün yapısını incelemekten önce bu belgenin ortaya çıkış ve ülkemizde uygulanma sürecinin kısa bilgisini vermekte yarar vardır. AİHS, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Batı Avrupa'nın askeri ve iktisadi yönden birleştirilmesi projesi çerçevesinde bunun bir parçasını oluşturulan ve özellikle siyasi temel yapı olarak düzenlenen Avrupa Konseyi tarafından üretilmiştir. Sözleşme 04.09.1950 tarihinde, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu on iki ülke tarafından imzalanmıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girme tarihi 03.09.1953, Türkiye'nin gerekli işlemleri tamamlayarak sözleşmeye taraf olmasının tarihi ise 18.05.1954'tür.

AİHS ile birlikte yargılama faaliyeti yürütmek amacıyla iki önemli kurum ihdas edilmiştir. Bunlar 11 nolu protokolün yürürlüğe girmesiyle¹¹ ortadan kalkan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (bundan sonra kısaca Komisyon olarak anılacaktır) ile tek ve sürekli olarak yargılama faaliyetine devam eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan sonra kısaca Mahkeme olarak anılacaktır)'dir.

Türkiye'nin iç hukuku bakımından AİHS, kanunlara eş tutulmuştur; ancak 1982 Anayasa'nın 90. maddesi gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar aleyhine diğer kanunlarda olduğu gibi Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemiyle dava açılmamakta, bu da uluslararası andlaşmaları diğer kanunlara göre farklı bir konuma getirmektedir¹².

Türkiye, 28 Ocak 1987'de bireysel başvuru hakkını tanıyarak AİHK'nin, 22 Ocak 1990'da da AİHM'nin yargılama yetkisini kabul etmiştir¹³. Türkiye AİHM'nin yargılama yetkisini kabul ederek tam anlamıyla bu hukuk sisteminin içine girmiş, sözleşme Türkiye açısından tam işlerlik kazanmış ve bir anda aleyhine yapılan çok sayıda başvuru ile karşı karşıya kalmıştır¹⁴. On yılı aşan bir uygulama sonucu bugün artık AİHS ile çelişen bazı iç hukuk normlarımız AİHS metni ve AİHM kararları ışığında yavaş yavaş yeniden düzenlenmektedir. Düzenleme yapılması gereken konuların başında gelen iki önemli konu da düşünce suçlarının mevzuatımızdan tamamen çıkarılması ve daha demokratik bir basın yasasının yapılmasıdır. Bunların yanında Avrupa Birliği'ne girişte bir ön şart olarak getirilen Kopenhag kriterlerinde de düşünce özgürlüğünün tamamen sağlanması istenilmektedir.¹⁵

¹¹ Bu protokolün yürürlüğe giriş tarihi 01.11.1998'dir. Bununla AİHM'nin yapısı tamamen değiştirilmiş ve tam zamanlı çalışan bir mahkeme haline getirilmiştir.

¹² **Süheyl Batur**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1993, s.55–58.

¹³ **Gölcüklü/Gözübüyük**, a.g.e., s.VI.

¹⁴ **Hakan Karakuş**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşıoylarında Türkiye, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2001, s.2-5.

¹⁵ Bu konuda geniş açıklama için bkz: **İbrahim Ö. Kaboğlu** (Ed), Kopenhag Kriterleri - Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin Ortak Paydası mı?, İstanbul, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayını, 2001.

2. AİHS’de İfade Özgürlüğü

a. AİHS’de İfade Özgürlüğü Kavramı

AİHS’de ifade özgürlüğü, sözleşmenin 10. maddesinde¹⁶ düzenlenmiştir. Sözleşmenin orijinal metninde bu “freedom of expression”¹⁷ terimiyle ifade edilmiştir. Bunun tam kelime karşılığı ise “açıklama özgürlüğü” yani dilimizdeki uygun kelimeleriyle “ifade özgürlüğüdür”. Ancak Batı Avrupa ülkelerinde kavram açıklaması bölümünde yapılmış olduğu şekilde bir ayırım ve bu ayırma dayanılarak yaratılmış düşünce suçları söz konusu olmadığı için sözleşmede “ifade özgürlüğü” kavramıyla anlatılmak istenilen bu çalışmanın kavram bölümünde “düşünce özgürlüğü” kavramıyla anlatılmak istenilen ile aynı anlamı içermektedir; bu nedenle bir çelişki söz konusu değildir.

b. AİHS’de İfade Özgürlüğünün İçeriği

Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasında “herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir” ibaresinden sonra “görüşlere sahip olma, bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir” demek suretiyle bu özgürlüğün içeriği belirlenmiştir. Ayrıca bu özgürlüğün kullanılması açısından resmi makamların müdahalesi ve ülke sınırlarının söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir. İlk fıkranın son cümlesiyle de radyo, televizyon ve sinema işletmeciliğinin izne bağlanmasının sözleşme açısından mümkün olduğu belirtilmiştir.

İfade özgürlüğü, haber-bilgi alma ve bunları iletme özgürlüğü olarak iki ögeden oluşur. Böylece her türlü bilgi, hiçbir kamusal otoritenin kısıtlaması olmaksızın ve hiçbir ülkesel sınır tanınmaksızın iletilme özgürlüğünden yararlanır. AİHM’ye göre “ifade özgürlüğü” özerk bir kavramdır. Bu tanım kavramı genişletmekte, ilan duyuruları ve müzik parçaları gibi her türlü iletişim araçları bu kavramın içerisine ithal edilmektedir¹⁸.

Aşağıda sayılanlar ise uygulamada da gösterildiği üzere sözleşmenin 10. maddesinin ihlalini oluşturacaklardır: Radyo ve televizyon yayın lisansının yasaklanması, izin talebinin reddi veya geri alınması; bazı haber veya düşüncelerin yayınlanmasının veya açıklanmasının ceza yaptırımı veya disiplin cezası ile karşılanması; belirli bilgilerin yayınlanmasının bir mahkeme kararı ile kısıtlanması veya gizli ya da sır teşkil eden haberin yayınlanmasından elde edilen kardan bir bölümünün ödenmesi yönünde mahkeme kararı; bir yayının veya filmin nüshalarının piyasadan toplatılması, el konulması, sanat eserlerinin müsaderesi; yayın yasağı; pornografik yayın veya video filmlerinin yayını, satışını veya kiralamasını yapanların mahkum edilmesi (çocuk pornografisi hariç)¹⁹; bir röportajın yasaklanması; habere ulaşmanın

¹⁶ Sözleşmenin ve ek protokollerinin Türkçe çevirisi için bkz: **M. Semih Gemalmaz**, İnsan Hakları Belgeleri (Bölgesel Sistemler), İstanbul, Alkım Kitapevi 1999. İngilizce-Türkçe karşılaştırmalı metin için bkz: **Osman Doğru**, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı – International Human Rights Instruments, İstanbul Beta Yayınevi, 1998. Ayrıca sözleşme metinlerinin İngilizce ve Fransızca orijinal metinleri için AİHM’nin www.echr.coe.int adresindeki web sitesine bakılabilir.

¹⁷ **Council of Europe**, European Convention on Human Rights – As Amended By Protocol No.11, European Treaty Series, No.5, Strasbourg.

¹⁸ **Kaboğlu**, Düşünce Özgürlüğünün Sınırları, s.209.

¹⁹ Çocuk pornografisine ilişkin üretim ve iletim yapılması 23 Kasım 2001’de Macaristan’ın başkenti Budapeşte’de imzalanarak yürürlüğe giren “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi”nde suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle bu sözleşmede gösterilen eylemlere karşı yine bu sözleşmede gösterilen önlemlerin alınması her iki sözleşmeyi meydana getiren kaynak Avrupa Konseyi olduğu için AİHS ve uygulaması açısından ihlal oluşturmayacaktır. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin İngilizce orijinal metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/CadreListeTraites.htm> 06.05.2002, Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.c4group.net/ivhp> 15.04.2002.

kısıtlanması; basın mensubunun haber kaynağını açıklaması yönünde verilmiş mahkeme kararı²⁰.

Burada belirtmesi gereken önemli bir konu Mahkemenin, basının haber sınırlarını aşmaksızın toplumu ilgilendiren haber ve bilgileri verme görevinin ve basının bu konudaki rolünün ve buna bağlı olarak ifade özgürlüğünün demokratik toplumun esaslı temellerinden birisi olduğunu sürekli olarak vurgulamasıdır²¹.

Bunların yanı sıra Mahkeme, 1980 tarihli Sunday Times²² kararında, çok önemli bir tespitte bulunarak sözleşmeye taraf devletlerin politikalarıyla ters düşen veya toplumun bazı kısımlarına hoş gelmeyen düşüncelerin de bu hakkın içinde olduğunu belirtmiştir. Bu konuda bir ilke karara neden olan olayların gelişimi kısaca şöyledir:

1950 senesinin sonlarına doğru Distillers ilaç şirketi, içerisinde “thalidomide” maddesini içeren bir ilacı piyasa sürmüştür. 1960 senesinin başlarında yapılan araştırmalar neticesinde “thalidomide” maddesini içeren bu ilacın, bunu kullanan hamile bayanların çocuklarında çeşitli deformasyonlara sebep olduğu anlaşılmıştır. Bunun üzerine şirket ilacı piyasadan çekmiştir. Daha sonra şirket tarafından test sonuçlarının savsaklandığı iddiasıyla ilaçtan zarar gördüğü iddia edilen çocuklar adına davalar açılmıştır. 1968 yılına dek 70 davada uzlaşmaya gidilmiştir. Sayıları birkaç yüzü bulan diğer davalarda ise davacı avukatları ile şirket arasında görüşmelere devam edilmiştir. 1972 yılında Sunday Times gazetesi ilaç şirketlerinin sorumluluklarına ilişkin uygulanacak hukuku ve “tekrar düşün” diyerek Distillers şirketinin “thalidomide” mağdurlarına ödeyeceği tazminatı eleştiren bir makale yayınlamıştır. Distillers, başsavcıdan Sunday Times gazetesi aleyhine mahkemeye saygısızlıktan dava açmasını istemiş, ancak bu istek savcılıkça ret edilmiştir. Bu gelişmeleri takiben gazetenin editörü başsavcıya konuya ilişkin yayınlanması düşünülen yeni bir makale göndermiştir. Bu makalede Distillers’in ilacın pazarlamasını yapmadan önce gerekli güvenlik testlerini yapmadığını kanıtlayan deliller ve dokümanlar mevcuttur. Buna bağlı olarak savcılık “mahkemeye saygısızlık kanununa” dayanarak söz konusu makalenin yayınlanmasını önlemek amacıyla bir emirname yayınlamıştır. Bölge Mahkemesi bu kararı onaylamış, Temyiz Mahkemesi ise bozmuştur. Bunun üzerine gidilen Lordlar Kamarası’nda ise emirname yenilenmiştir. Bunun üzerine gazetenin yayıncısı, editörü ve bir grup gazeteci komisyona AİHS m. 10’un ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuşlardır. Komisyon beşe karşı sekiz oyla söz konusu emirnamenin, başvuruçuların ifade özgürlüklerini ihlal ettiği kararını vermiş bunun üzerine söz konusu olay Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelmiş²³ ve aşağıdaki karar verilmiştir:

“Mahkemenin Handyside kararında²⁴ dediği gibi, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturur; düşünce özgürlüğü 10. maddenin 2. fıkrası sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca, Devlete

²⁰ **M. Şükrü Alpaslan**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1999, s 29.

²¹ **Philip Leach**, Taking a Case to the European Court of Human Rights, London, Blackstone Press Limited, 2001, s 166.

²² Sunday Times v. Birleşik Krallık; Seri A, No. 38; E.H.R.R. c.3, s 317. Kararın Türkçe çevirisi için bkz: **Osman Doğru** (ed.), İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C.I, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 1998, s 341-385.

²³ **Alastair Mowbray**, Cases And Materials On The European Convention On Human Rights, London Edinburgh Dublin, Butterworths, 2001, s 453.

²⁴ Handyside v. Birleşik Krallık; Seri A, No. 24; E.H.R.R. c.1, s 737. Kararın Türkçe çevirisi için bkz: **Doğru**, Kararlar Derlemesi, C.I, s 221-244.

veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, ona çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır."

Böylece Mahkeme; demokrasinin, çoğunluğun yanında azınlığın da fikirlerinin diğerlerini rahatsız edici nitelikte de olsa, savunulabildiği ve özgürce yayınlanabildiği bir rejim olduğunu vurgulamıştır.

Bu konuya ilişkin, özgürlükleri kişilerin politik tavırları açısından inceleyen önemli bir karar da 1998 tarihli *Incal v. Türkiye*²⁵ kararıdır. İzmirli bir avukat ve daha sonra Anayasa Mahkemesi'nce kapatılan Halkın Emegi Partisi'nin İzmir İl Başkanı olan İbrahim Incal'ın parti adına yayınlattığı ve İzmir'de Kürt kökenli vatandaşlara yönelik yapıldığını iddia ettiği muamelelere yönelik eleştirileri içeren bildiri, yetkili makamlarca dağıtılmadan toplatılmış ve başvuru ve diğer parti yönetim kurulu üyeleri hakkında Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde ceza davası açılmıştır. Yapılan yargılama sonucunda aralarında başvurucağın da bulunduğğ sanıklar TCK m.312/2'yi ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılmışlardır. Başvurucu hakkında diğer fer'i cezaların yanı sıra 6 ay hapis cezası verilmiş ve bu para cezasına çevrilmemiştir. Bunun üzerine de AİHK'ye başvuru yapılmış Komisyon'dan geçen başvuru da Mahkeme'nin önüne gelmiştir.

Mahkeme burada 10. maddenin ihlal edildiğğ görüşüne varmıştır. Mahkeme bu karara varırken siyasi fikirlerin savunulması ve ifade edilmesi özgürlüğünü şu şekilde belirtmiştir:

"Mahkemenin sık sık söylediğğ gibi, 10. maddede yer alan ifade özgürlüğğ, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturur; bu demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendi kişiliğğini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. İfade özgürlüğğ, 10. maddenin ikinci fıkrasının sınırları içinde, sadece lehte olduğğ kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değğmez görğlen 'haber' ve 'düşünceler'e değğil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden 'haber' ve 'düşünceler'e de uygulanır; bunlar, 'demokratik toplumun' olmazsa olmaz unsurları olan çoğğlculuk, hoşğörğ ve açık fikirliliğğin gerekleridir.

İfade özgürlüğğ, herkes için, önemli olmakla birlikte, siyasi partiler ve onların aktif üyeleri için özellikle önemlidir. Siyasi partiler seçmenlerini temsil ederler, onların sorunlarına dikkat çekerler ve onların menfaatlerini savunurlar. Bu nedenle, başvurucağ gibi bir muhalefet partisi üyesi siyasetçğinin ifade özgürlüğğüne müdahale edilmesi, Mahkemenin konu üzerinde çok dikkatli bir inceleme yapmasını gerektirmektedir."

Görğldüğğ üzere Mahkeme başvurucağın muhalefet partisinden oluşuna özel bir önem vermiş bunu konuyu daha detaylı incelemek için bir sebep saymıştır. Mahkeme çoğunluğğın yanında azınlığın da fikirlerinin önemli olduğunu bunların hem de öncelikle ifade özgürlüğğünden faydalanacaklarının altını çizmiştir.

AİHS'de her türlü düşünce böylesine geniş bir koruma içerisindeyken anti-demokratik düşünceler bu korumadan yararlanamamaktadırlar. Komisyon Glimmer Veen ve Hagenbeek kararında ırk ayrımını tahrik eden düşünce ve haberlerin 10. maddenin koruma kapsamına girmeyeceğğini vurgulamıştır²⁶.

²⁵ *Incal v. Türkiye*; Karar sıra no. 933, Karar tarihi 09.06.1998, Kararın Türkçe çevirisi için bkz: **Doğğru**, Kararlar Derlemesi, C.II, s 395-418.

²⁶ **Alpaslan**, a.g. m., s 32.

c. AİHS m.10/II, İfade Özgürlüğünün Sınırlanabildiği Haller

Burada öncelikle belirtilmesi gereken konu AİHS’de T.C. 1982 Anayasası’nın 2001 yılında yapılan değişiklikten önceki 13. maddesinde olduğu gibi genel bir sınırlama hükmünün bulunmadığıdır. Bu tür anti-demokratik düzenleme şekli, sözleşmenin genel sistematiğiyle bağdaşmamaktadır. Nihayet özellikle Anayasa Hukuku uzmanlarınca yıllardan beri çok sık ve sert bir şekilde eleştirilen bu anti demokratik Anayasa maddesi 03.10.2002 tarih ve 4709 sayılı kanunla değiştirilmiş ve AİHS’deki şekil ile bir sınırlama getirilebileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu da AİHM kararlarının ve sözleşme sisteminin iç hukuk düzenlememize açık ve çok olumlu bir etkisi olsa gerektir.

Sözleşmede düzenlenen bir hakka getirilen kısıtlama, o hakkı düzenleyen maddenin içerisinde gösterilmiş ve böylece soyut ve her tarafa çekilebilecek sınırlama nedenleri yaratılmamaya çalışılmıştır. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında “ifade özgürlüğü” hakkı için getirilebilecek sınırlama nedenleri gösterilmiştir.

Bu sınırlama nedenleri, sözleşmenin ifadesiyle “ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, başkalarının şöhret ve haklarının korunması için, gizli bilginin edinilerek açığa çıkmasının önlenmesi için veya yargılama organlarının yetki ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için” şeklinde sıralanmıştır.

Madde 10’un birinci fıkrasında ifade özgürlüğünün içeriği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise sınırlamalar yer almaktadır. İlk bakışta bu tür bir sınırlama maddesinin çok geniş ve muğlak olduğu düşünülse de sözleşmenin metnindeki ölçütler ve AİHM’nin kendi yarattığı içtihatlar çerçevesinde bu sınırlamalar kayıt altına alınmıştır. Burada öncelikle belirtilmesi gereken husus; AİHM’nin 1980 yılında vermiş olduğu Sunday Times kararında düşünce özgürlüğünün sınırsız olmadığı ancak burada kısıtlamaya gidilirken “dar yorum” yapılmasının gerektiğidir. Kararda Klass ve diğerleri²⁷ kararına atıf yapılarak “Mahkeme ... dar yorumlanması zorunlu birkaç istisna ile sınırlanan ifade özgürlüğü ilkesi ile karşı karşıyadır” denilmek suretiyle bu ilke açıkça ifade edilmiştir. Böylece AİHM kararları açısından elde ettiğimiz ilk veri, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama nedenlerinin dar yoruma tabi olduğudur²⁸.

Mahkeme yine Sunday Times kararında Handyside kararına atıfta bulunarak Sözleşmede tanınan hakları korumakla öncelikle Sözleşmeciler Devletlerin yükümlü olduklarını ve bunun için kendilerine bir hareket alanı sağlandığını ancak son aşamada her halükarda Mahkemenin bunları denetleme yetkisinin bulunduğu aynen şu ifadelerle belirtilmiştir:

“Mahkeme..., Sözleşmede kabul edilen hak ve özgürlüklerin korunmasında sorumluluğun, öncelikle Sözleşmeciler Devletlerin kendilerinde olduğunu vurgulamıştır. Bu bakımdan, 10. maddenin 2. fıkrası Sözleşmeciler Devletlere bir takdir alanı bırakır. Bu alan, hem ulusal yasakoyucuya... hem de, aralarında bağımsız yargı organlarının da bulunduğu, yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş organlara bırakılmıştır.

Bununla beraber, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası, Sözleşmeciler Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez; Mahkeme... bir yasağın 10.

²⁷ Klass ve diğerleri v. Almanya; Seri A, No. 28; E.H.R.R. c.2, s 214. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Doğru, Kararlar Derlemesi, C.I, s 303-328.

²⁸ Andrew Nicol/Gavin Millar/Andrew Sharland, London, Media Law & Human Rights, Blackstone Press Limited, 2001, s 12.

maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai karar vermekle yetkilidir; bu denetim, sadece temel hukuki düzenlemeleri değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar.”

Bu kararda açıkça ifade edilen bir diğer önemli nokta ise, Mahkemenin yaptığı denetlemenin yalnızca hukuki düzenlemelerle sınırlı olmadığı bu kapsamın içine bağımsız mahkemelerin vermiş olduğu ifade özgürlüğünü sınırlayan kararların da girdiğidir.

AIHS’de “ifade özgürlüğü” kavramıyla özellikle basın özgürlüğünün de ifade edildiğini belirtmiştik. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da son yıllara kadar sürekli olarak “basının haber verme özgürlüğünden” bahsedilirken artık bunun “kişilerin haber alma hakkına” dönüştüğüdür²⁹. Mahkeme de yukarıda sözü edilen aynı kararda bu kez 1976 tarihli Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen kararına³⁰ atıf yaparak bu değişimi ve toplumdan olan beklentiyi ortaya koymuştur. Mahkemeye göre:

“Basın söz konusu olduğunda bu ilkeler (10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama nedenleri)³¹ özel bir önem kazanır. Bu ilkeler, önemli ölçüde toplumun yararına hizmet eden ve aydınlatılmış bir halkın işbirliğini gerektiren adaletin dağıtılması alanına da aynı ölçüde uygulanır..., basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdür. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır.”

Yine aynı kararda şu ifadeye de yer verilmiştir:

“Mahkemenin daha önce de belirttiği gibi 10. madde, halkı bilgilendirmek için sadece basın özgürlüğünü değil, halkın doğru olarak bilgilendirilme hakkını da güvence altına alır.”

Burada ele alınması gereken diğer iki önemli sınırlama ölçütünden ilki “ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama ile izlenen amacın meşru olması” diğeri ise bunun “hukuk tarafından öngörülmüş” olmasıdır. Bu konuya ilişkin olarak hem yeni tarihli olması hem her iki ölçütü de açıkça incelemesi ve hem de ülkemizi ilgilendirmesi nedeniyle Zana v. Türkiye³² davası iyi bir örnektir.

Söz konusu davada, Diyarbakır eski Belediye Başkanı olan Mehdi Zana’nın yaptığı bireysel başvuru nedeniyle Türkiye Devleti’nin birçok sözleşme maddesinin yanı sıra AIHS m.10’u da ihlal edip etmediği incelenmiştir. Eski bir politikacı olan Zana, Diyarbakır Askeri Cezaevi’nde mahkum olarak bulunurken Ağustos 1987’de gazetecilere verdiği bir röportajda; yakın tarihe kadar yoğun terör eylemlerinin meydana geldiği Türkiye’nin Güneydoğu Bölgesi’nde ayrılıkçı bir siyaset izleyen, başta muhatap Türkiye olmak üzere diğer Avrupa Konseyi üyesi olan devletlerce de “ayrılıkçı terör örgütü olarak kabul edilen PKK”nın yaptığı faaliyetleri övücü ve yapılan terörist eylemler sonucu öldürülen siviller için “yanlışlık

²⁹ Çetin Özek, Basın Özgürlüğünden Bilgilendirme Hakkına, Alfa Yayınevi, İstanbul 1999, s XIX.

³⁰ Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Danimarka; Seri A, No. 23; E.H.R.R. c.1, s 711. Kararın Türkçe çevirisi için bkz: Doğru, Kararlar Derlemesi, C.I, s 206-220.

³¹ Metne eklenmiştir.

³² Zana v. Türkiye; Karar sıra no. 854, Karar tarihi 25.11.1997, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Doğru, Kararlar Derlemesi, C.II, s 304-326.

yapıldığı” yönünde açıklamalarda bulunmuştur. Bu açıklama neticesinde harekete geçen savcılık Zana hakkında kamu davası açmış ve uzun bir yargılama süreci sonucunda Zana’nın yaptığı açıklamanın TCK m.312’de yazılı suç oluşturduğu kabul edilerek hakkında 12 ay hapis cezasına hükmedilmiştir. Türkiye’de son hukuki karar mercii olan Yargıtay da bu hükmü onamıştır. Bunun üzerine Zana yukarıda belirttiğimiz üzere AİHK’na Türkiye aleyhine AİHS m.6/1, 3, 9 ve 10. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunmuştur.

AİHM, Zana tarafından yapılan başvurunun esasını saptarken incelemekte olduğumuz “ifade özgürlüğünü sınırlayabilen ölçütleri” somut olaya uygulamıştır. Buna göre Mahkeme öncelikle başvurunun gazetecilere yaptığı açıklamalar nedeniyle yargılanmasını ve hapis cezası almasını “ifade özgürlüğünün kısıtlanması olarak” kabul etmiştir. Bundan sonra da kısıtlamanın “hukuk tarafından öngörülmemişse”, “10. maddenin 2. fıkrasında anılan meşru amaçların birine ya da birkaçına yönelik değilse” 10. maddeye aykırılık teşkil edeceğinin altını çizmiştir.

Buna göre Mahkeme önündeki olayda; ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın hukuk tarafından öngörülüp öngörülmediği, diğer bir ifadeyle bu duruma ilişkin bir “yasa”nın mevcut olup olmadığı; yasa var ise hangi meşru amaca dayalı olarak sınırlamanın gerçekleştirildiği ve son olarak da bütün bu şartların gerçekleşmesine rağmen müdahalenin zorunlu olup olmadığını araştırarak ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın “zorunlu toplumsal gereksinimden kaynaklanıp kaynaklanmadığı” ölçütlerini kullanarak neticeye varmış ve bu ölçütleri bir kez daha teyit etmiştir³³.

Mahkeme kararın 47. paragrafında “Mahkeme, başvurunun mahkumiyetinin ve cezasının Türk Ceza Yasasının 168. ve 312. maddelerine... dayandığını belirterek itiraz edilen müdahalenin hukuk tarafından öngörüldüğünü kabul eder” diyerek bu ölçütlerden ilki olan hukuka uygunluğun varlığını somut olay açısından ortaya koymuştur.

Mahkeme bundan sonra kararın 51–62. maddeleri arasında “ifade özgürlüğüne ilişkin” başvuruyu incelemiştir. 51. paragrafta öncelikle yukarıda belirtilen ilke kararlara atıf yapılarak konunun çerçevesini belirlemiş ve bu ilkelerin geçerliliğini teyit etmiştir. Ayrıca her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğinin altını şu ifadelerle çizmiştir:

“Mahkeme, yukarıda 51. paragrafta ortaya koyulan ilkelerin terörizme karşı mücadelede ulusal güvenlik ve kamu güvenliğinin sürdürülmesi için alınan önlemler açısından da geçerli olduğunu düşünmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, her olayın özel koşullarını ve devletin takdir yetkisini özenle göz önünde tutarak, bireylerin ifade özgürlüğüne ilişkin temel haklarıyla demokratik bir toplumun meşru hakkı olan kendini terörist örgütlerin eylemlerine karşı korumak arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını araştırmalıdır.

Sonuç olarak, Mahkeme önündeki davada, Zana’nın mahkumiyetinin ve cezasının zorlayıcı bir toplumsal gereksinime yanıt verip vermediğini ve bunların izlenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu amaçla Mahkeme, başvurunun sözlerinin içeriğini o dönemde Türkiye’nin Güneydoğu Bölgesi’nde hüküm süren durumun ışığında çözümlemenin önemli olduğu görüşündedir.”

³³ Fikret İlkiz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Özgürlüğü”, T.C. Başbakanlık Basın-Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü, basım tarihi ve yeri belli değil, s 57.

Mahkeme bundan sonraki paragraflarda ise kısaca olayın gelişim aşamalarını göstererek “demokratik bir toplumdaki gereklilik”(ki bu bir sonraki paragrafta incelenecek olan sınırlamanın sınırı ölçütlerinden birisidir) meşru amacını elde etmek amacıyla söz konusu kısıtlamanın yapıldığını ve bu durumun Sözleşmeye aykırı bir durum sonucu ihlal oluşturmadığını aşağıdaki ifadelerle belirtmiştir:

"Mahkeme başvurucunun açıklamasını, kendisinin de esas olarak reddetmediği, 30 Ağustos 1987'de günlük ulusal gazete Cumhuriyet'te yayınladığı biçimiyle... temel alacaktır. Açıklama iki cümleden oluşmaktadır. Birinci cümlede başvuru, katliamlardan yana olmadığını söylerken PKK ulusal kurtuluş hareketini desteklediğini belirtmektedir. İkinci cümlede ise şunu söylemektedir: 'herkes hata yapar, PKK, kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyor'.

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

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

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

Bu nedenle Mahkeme, başvurucuya verilen cezanın zorlayıcı bir toplumsal gereksinime yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun olduğunu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin uygun ve yeterli olduğunu düşünmektedir; her halde, başvuru cezasının yalnızca beşte birini hapiste geçirmiştir.(...)

Bütün bu etkenleri ve böyle bir davada ulusal makamların sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarını göz önünde tutarak Mahkeme, incelenen müdahalenin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu düşünmektedir.

Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmemiştir."

Bu açıklamalardan çıkarılan sonuç, ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için üç önemli ölçütte belirtilen şartların gerçekleşmesi gerektiğidir:

1. Sınırlama, yasa şeklindeki bir hukuki düzenleme (prescribed by law) ile yapılmış yani “hukuk tarafından öngörülmüş” olmalıdır. Bu yasalar tüm vatandaşlarca ulaşılabilir olmalı ve yasaya aykırı davranışın sonucu net olmalıdır. Ayrıca bu yasa klasik anlamda bir şekli kanunla değil örf, adet veya teamül gibi hukukun diğer kaynaklarıyla da oluşabilir. Kimi etik kuralları dahi bu alan içerisinde değerlendirilmektedir.

2. Sınırlama meşru bir nedene yani 10. maddenin 2 fıkrasında belirtilen nedenlerden birine dayanmalıdır. Bu nedenler şöyledir:

- i) Milli güvenlik, ülkenin bütünlüğü, kamu güvenliği;
- ii) Adliyenin otoritesini ve bağımsızlığını korumak;
- iii) Güven içinde elde edilmiş bilgilerin açıklanmasının önlenmesi;
- iv) Düzenin korunması, suçun önlenmesi;
- v) Genel ahlakın ve sağlığın korunması;
- vi) Üçüncü şahısların şeref, şöhret ve hakların korunması.³⁴

3. Sınırlama nedenleri dar olarak yorumlanmalı, özgürlüğün esas olduğu unutulmamalıdır.

Bu ölçütler sözleşme metninden anlaşılabilirdiği gibi, Mahkemenin 1986 tarihli Barthold³⁵ ve 1991 tarihli Sunday Times³⁶ kararlarında da belirtilmiştir.

d. AİHS m.10/II, Sınırlamanın Sınırı

AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında gösterilen ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı kılan sebeplerin de bir sınırı vardır. Bu sınır AİHM kararlarında ortaya konulmuş olup “demokratik bir ülkede gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere iki tanedir. Mahkemenin konuyla ilgili diğer kararlarında duruma göre bazı farklı ölçütler getirilmişse de sınırlama ile ilgili tüm kararlarda bu iki ölçüt göz önüne alınmaktadır³⁷.

Bu ölçütlerden ilki için Mahkeme, demokratik bir ülkede önündeki konuya ilişkin olarak yapılan kısıtlamanın gerekli olup olmadığını incelemekte yapılan kısıtlama için “sosyal gereksinim” aramaktadır³⁸.

Mahkeme 1991 tarihli Observer ve Guardian kararında³⁹ ise geçici nitelikteki yayın durdurmanın hukuken öngörülebilir olduğuna ancak bunun süreklilik arz etmesi durumunda hak ihlali oluşturacağına karar vermiştir. Ancak burada hemen belirtilmelidir ki iç hukuktaki yayının geçici durdurulması kararı savcının yayının tamamen durdurulması için açtığı dava sırasında bir kitabın içindeki bilgilerin gazetede yayınının geciktirilmesine ilişkin olarak verilmiştir. Yani ne gazetenin tümünün yayını durdurulmuş ne de gazete toplatma gibi bir yola gidilmemiş, yalnızca bir makalenin yayınlanması önlenmiştir. İngiliz iç hukukunda konuya bu kadar hassasiyetle yaklaşılmasına rağmen Mahkeme makalenin sürekli olarak yayımını durdurmaya ilişkin kararı hak ihlali olarak nitelendirmiştir. Ancak bu durum bize Mahkemenin her geçici yayın durdurma tedbirini sözleşme hükümlerine uygun bulduğunu göstermez; zira unutulmamalıdır ki Mahkeme önündeki somut olayı dikkate alarak sözleşme hükümlerini yorumlamakta ve karar vermektedir.

³⁴ Alpaslan, a.g.m., s 30.

³⁵ Barthold v. Almanya; Seri A, No. 98; E.H.R.R. c.13, s 431.

³⁶ Sunday Times v. Birleşik Krallık; Seri A, No. 217; E.H.R.R. c.14, s 229.

³⁷ Alpaslan, a.g.m., s 30; Gölcüklü/Gözübüyük, a.g.e., s 328,329.

³⁸ Alpaslan, a.g.m., s 30.

³⁹ Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık; Seri A, No. 216; E.H.R.R. c.14, s 153.

Yine aynı kararda Mahkeme, gizliliği kalkmış bir materyal açısından geçici tedbirle de olsa yayın durdurmanın hak ihlali oluşturacağına karar vermiştir. Mahkeme, bilgi alenileştikten sonra gizliliğin korunmaya çalışılmasının demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olamayacağı yönünde görüş bildirmiştir. Aynı bilgilerin gazete de yayının durdurulmasının kendilerini de etkileyeceğinden bahisle konuyu Avrupa organlarının önüne götüren Sunday Times gazetesine ilişkin verdiği 1991 tarihli kararda da Mahkeme yukarıda belirttiğimiz gerekçelere dayanarak sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

Denetlemede göz önüne alınan ikinci ölçütte ise Mahkeme, iç hukukta alınan ifade özgürlüğünü sınırlama kararıyla, elde edilmek istenilen amaç arasında bir orantılılık aramaktadır. Bu ise hukukun her alanında geçerli olan bir ilkedir. Hukukun her disiplininde daima alınan önlemlerle elde edilen amaç arasında makul bir oran aranmaktadır.

Sınırlamanın sınırını oluşturan “demokratik bir ülkede gereklilik” ve “orantılılık” ölçütlerine verilebilecek güzel bir örnek de yukarıda değinilen Incal kararıdır.

Mahkeme bu davada sınırlama nedenlerinin bulunup bulunmadığı hususunu öncelikle araştırmış ve bunların varlığını teyid etmiştir. Daha sonra da sınırlamanın sınırını oluşturan iki ölçütü dikkate almış ve her iki ölçütün de aşıldığına hükmederek burada 10. maddenin ihlal edildiği görüşüne varmıştır. Özellikle Mahkeme’nin alınan tedbirlerin orantısızlığına işaret ettiği şu bölümler önemlidir:

“Eleştirinin izin verilebilir sınırları, Hükümet için, sade bir vatandaş ve hatta bir siyasetçi için olan sınırdan daha geniştir. Demokratik bir sistemde Hükümetin fiilleri ve ihmalleri sadece yasama ve yargı organlarının değil, aynı zamanda kamu oyunun da yakından denetimine tabi olmak zorundadır. Ayrıca Hükümetin işgal ettiği üstün mevki, özellikle muhaliflerin haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabileceği yerde, ceza davasına sınırlı hallerde başvurmasını gerektirir.... Mahkeme, dava konusu müdahalenin radikal niteliğini not eder...”

Sözleşmeciler devletler kamu düzenini sağlamak için tedbirler alırken mahkeme kararlarını ve sözleşmeyi mutlaka dikkate almalı ve alınan tedbirle sağlanan fayda arasındaki dengeyi ifade özgürlüğünü zedelemeyecek şekilde çok iyi kurmalıdır. Bunun yanı sıra hukukun genel ilkelerinden biri olan Mahkemenin yukarıdaki paragrafta da belirttiği Ceza Hukukunun ikincil nitelikte olması ve hemen ilk etapta devreye sokulmaması gerektiği akıldan çıkarılmamalıdır. Aksi takdirde bu yeni ihlal kararlarının çıkmasına yol açacaktır; zira Incal kararında görüldüğü üzere Mahkemenin bu konudaki tavrı nettir.

Yukarıda ayrıntılı olarak değinilen ve geniş bir kısmı aktarılan Zana davasında da bu ölçütler açıkça ortaya konulmuş ve bu sınırlamanın sınırı ölçütleri de uygulanarak AİHS m.10 açısından ihlal olmadığına yani bu ölçütlerin aşılmadığına karar verilmiştir.

SONUÇ

Bu çalışmanın sonucunda elde edilen en önemli veri AİHS’yi yorumlama ve buna ilişkin bir hukuk yaratma yetkisini kendisinde gören AİHM’ye göre, düşünce özgürlüğü açısından genel prensibin özgürlük yönünde olduğudur. Bu özgürlük öyle bir yapıya sokulmuştur ki sözleşme metninde yer alan sınırlama nedenleri en dar yoruma tabi tutulmakta hatta bu da yetmemekte ve Mahkeme kendisi buna ek olarak “demokratik bir ülkede gereklilik” ve “orantılılık” gibi sınırlamanın sınırını oluşturan yeni ölçütler meydana getirmekte ve bunlara göre denetim yapmaktadır.

Mahkeme bunun yanında her somut olayı kendi şartları içerisinde değerlendirmekte ve buna göre sonuca ulaşmaktadır. Bir ülkenin belirli bir kısmında getirilen sınırlamalar ifade özgürlüğü hakkının ihlali oluşturamazken, aynı ülkenin bir başka bölümünde aynı sınırlamalar bu hakkın ihlali oluşturabilmektedir.

Ayrıca Mahkeme yıllar içerisinde oluşan içtihatlarında basın ifade özgürlüğü ve siyasi ifade özgürlükleri alanında çok hassas davranmıştır. Bu iki durum söz konusu olduğunda Mahkeme ifade özgürlüğü kavramını çok daha geniş yorumlamış ve bunların demokrasinin olmazsa olmaz unsurları olduğunu belirtmiştir.

Netice olarak AİHS’ye taraf olan devletlerin “ifade özgürlüğü”nü ilgilendiren bir düzenleme yaparken çok dikkatli davranmaları ve idari cihazlarını da bu konuda eğitmeleri gerekmektedir, aksi takdirde o devletin AİHM’de ihlal kararlarıyla karşılaşması kaçınılmaz görünmektedir.

Ülkemizin konuya ilişkin düzenlemelerine bakıldığında ise “özgürlük ilkedir” denildikten sonra her “özgürlüğün” altında birçok sınırlama nedenleri sayılmakta ve bunlar yetmezmiş gibi bir de genel sınırlama nedenleri getirilmekte idi; ancak 1982 Anayasa’nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan yukarıda değinilen değişikliklerin yapılması sonucu en azından genel sınırlama nedeni kaldırılmış oldu. Şimdi ise sırada tek tek Anayasa maddelerindeki ve çeşitli kanunlardaki anti demokratik maddeleri değiştirmeye geldi.

Özellikle Basın Hukuku için özelde verilebilecek şu örnekler çarpıcıdır; kişilerin sorumluluğu açısından Basın Kanununun 16. maddesinde olduğu gibi suç oluşturan eylemle alakası bulunmayan üçüncü kişiler, başkalarının hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu tutulabilmekte⁴⁰; basın, radyo ve televizyon kuruluşları için anlamsız derecede oransız kapama ve para cezaları getirilmekte ve de hala düşünce özgürlüğünden bahsedilebilmektedir. Ne yazık ki ülkemizde basın hukuku ile yakından ilgilenmiş iki büyük değerli hukukçunun 1953 yılında eserlerinin ilk basısının ön sözünde dile getirdikleri düşünce özgürlüğünün önündeki engeller, aradan 47 yıl geçtikten sonra eserin son basısının yapıldığı 2000 yılının önsözünde de yine aynı şekilde ifade edilmektedir⁴¹. Bu da ülkemizde bu konuda, Avrupa Konseyi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku’nun bir parçası olması ve Avrupa ile bütünleşme sürecinde

⁴⁰ Bu konuda bkz: **Çetin Özek/Sahir Erman**, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Alfa Yayınevi, 2000, s 114–162.

⁴¹ **Özek/Erman**, a.g.e., s I-III.

önemli adımlar atma yolunda olmasına karşın çeşitli dayatmalara rağmen bir arpa boyu yol kat edilemediğini göstermektedir.

Geçtiğimiz aylarda Avrupa Birliği trenini kaçırmamak adına yapılan “demokratikleşme paketi” değişikliklerinin tam anlamı ve içeriği ise ancak uygulamayla görülebilecektir, demek ki demokratikleşme için hala zamana ihtiyaç olduğu gerçeğiyle karşı karşıya kalınmaktadır.

Bu karamsar tabloya rağmen vakit kaybetmeksizin AIHS metni ve AIHM kararları ışığında iç hukuktaki gerekli demokratikleştirme hareketlerine girişilmeli ve bunlar cılız reform hareketleri olarak kalmadan, uygulamaya da geçirilerek ve bunun için hem bireyler ve hem de idare bilinçlendirilerek düşünce özgürlüğünün önündeki engeller, yurdumuz insanının kaderi olmaktan çıkarılmalıdır. Fikri hür, vicdanı hür nesiller ancak bu yolla meydana getirilebilir.

KAYNAKÇA

- Alpaslan, M. Şükrü**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1999.
- Batum, Süheyl**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul, İÜHF Yayını, 1993.
- Council of Europe**, European Convention on Human Rights – As Amended By Protocol No.11, European Treaty Series, No.5, Strasbourg.
- Doğru, Osman**, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı – International Human Rights Instruments, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998.
- Doğru, Osman**, (ed.), İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C.I, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 1998.
- Doğru, Osman**, (ed.), İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C.II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 1998.
- Gemalmaz, M. Semih**, İnsan Hakları Belgeleri (Bölgesel Sistemler), İstanbul, Alkım Kitapevi, 1999.
- Gölcüklü, A. Feyyaz/Gözübüyük, A. Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1998.
- İçel, Kayıhan**, Kitle Haberleşme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001.
- İlkiz, Fikret**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Özgürlüğü”, T.C. Başbakanlık Basın-Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü, basım tarihi ve yeri belli değil.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.**(ed), Kopenhag Kriterleri-Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği’nin Ortak Paydası Mı?, İstanbul, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayını, 2001.
- Kaboğlu, İbrahim**, “Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları”, İstanbul, Düşünce Özgürlüğü, Afa Yayıncılık, 1998.
- Karakuş, Hakan**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşıoylarında Türkiye, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2001.
- Leach, Philip**, Taking a Case to the European Court of Human Rights, London, Blackstone Press Limited, 2001.
- Mowbray, Alastair**, Cases And Materials On The European Convention On Human Rights, London Edinburgh Dublin, Butterworths Publishing, 2001.
- Nicol, Andrew/Millar, Gavin/Sharland, Andrew**, Media Law & Human Rights, London, Blackstone Press Limited, 2001
- Özek, Çetin/Erman, Sahir**, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Alfa Yayınevi, 2000

Özek, Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1999.

Özek, Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul, İÜHF Yayını, 1978.

Özek, Çetin, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, İstanbul, İÜHF Yayını, 1972.

Tanilli, Server, Uygarlık Tarihi, İstanbul, Say Kitapçılık, 5. Bası, 1981.

Tanör, Bülent, TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, İstanbul, Forum Yayınları, 1979.

Toroslu, Nevzat, “Basın Özgürlüğü ve Sınırları”, T.C. Başbakanlık Basın-Yayın Enformasyon Genel Müdürlüğü, basım tarihi ve yeri belli değil.

Uygur, Nermi, Kuram-Eylem Bağlamı Çözümleyici Bir Felsefe Denemesi, İstanbul Yapı Kredi Yayınları, 1996.

<http://conventions.coe.int/Treaty/CandreListeTraites.htm>, 06.05.2002.

<http://www.c4group.net/ivhp>, 15.04.2002.

www.echr.coe.int 20.05.2002.

İncelenen AIHM Kararları

Barthold v. Almanya; Seri A, No. 98; E.H.R.R. c.13, s 431.

Incal v. Türkiye; Karar sıra no. 933, Karar tarihi 09.06.1998,

Handyside v. Birleşik Krallık; Seri A, No. 24; E.H.R.R. c.1, s. 737,

Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka; Seri A, No. 23; E.H.R.R. c.1, s. 711,

Klass ve diğerleri v. Almanya; Seri A, No. 28; E.H.R.R. c.2, s 214,

Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık; Seri A, No. 216; E.H.R.R. c.14, s 153,

Sunday Times v. Birleşik Krallık (I); Seri A, No. 38; E.H.R.R. c.3, s 317,

Sunday Times v. Birleşik Krallık (II); Seri A, No. 217; E.H.R.R. c.14, s 229,

Zana v. Türkiye; Karar sıra no. 854, Karar tarihi 25.11.1997.