



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**YÜKSEK
LİSANS
TEZİ**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN
BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA
İFADE HÜRRİYETİ**

RIDVAN ÖMER SAKARYA

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

MAYIS 2019



**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA
MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA İFADE
HÜRRİYETİ**

Rıdvan Ömer SAKARYA

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

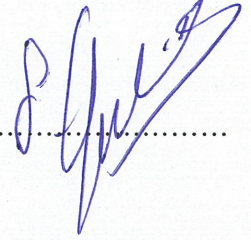
MAYIS 2019

Rıdvan Ömer SAKARYA tarafından hazırlanan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında İfade Hürriyeti” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında Anayasa Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Doç. Dr. Süheyla Suzan Gökalp ALICA

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

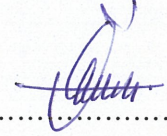
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Başkan : Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

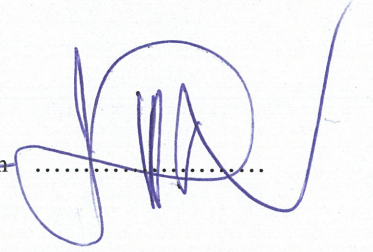
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Üye : Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

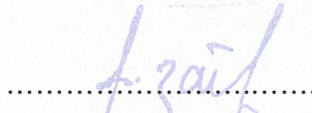
Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Hacettepe Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~



Tez Savunma Tarihi: 28/05/2019

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.


.....
Prof. Dr. Figen ZAF
Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.



Rıdvan Ömer SAKARYA

28/05/2019

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA İFADE HÜRRİYETİ

(Yüksek Lisans Tezi)

Rıdvan Ömer SAKARYA

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Mayıs 2019

ÖZET

Çağdaş anayasal demokrasilerin temelini oluşturan ifade hürriyeti insan hakları hukuku açısından üstün ve ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. İnsanın özgün kişiliğini gerçekleştirip maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirebilmesi ancak düşüncelerini serbest bir şekilde ifade etmesi ile mümkündür. Bu kapsamda ifade hürriyeti özgür bir birey olma ve hür bir toplum oluşumu açısından önemli bir yere sahiptir. İfade hürriyetinin kişinin kendi gelişimi ve diğer kişiler ile etkileşimindeki önemi bu hürriyeti ilginç bir konu yapmanın yanı sıra yaşamsal da kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi (AYM), bireysel başvuru kararlarında “ifade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.” demek suretiyle konunun önemine ayrıca işaret etmektedir. Türkiye Cumhuriyetinde 2010 yılı Anayasa değişikliği ile birlikte temel hak ve hürriyetlerin ihlaline ilişkin iddialar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’den önce AYM tarafından ulusal ölçekte incelenebilecek konuma gelmiştir. Bu çalışmada öncelikle ifade hürriyetinin kavramsal analizi, niteliği ve yapısı, unsurları, önemi, kapsamı, sınırlama rejimi açıklanmış ve 2010 yılında yapılan değişiklikten itibaren günümüze kadar AYM’nin ifade hürriyeti ihlali iddialarına ilişkin vermiş olduğu kararlar incelenmiştir. AYM, ifade hürriyetine ilişkin incelemelerinde genellikle AİHM kararlarına atıf yapması nedeniyle bu çalışmada AYM kararlarının yanı sıra AİHM kararlarına da yer verilmiştir. Bu incelemeler neticesinde, AYM’nin ifade hürriyeti ile ilgili genel olarak özgürlükçü bir yaklaşım sergilediği anlaşılmaktadır. Mahkemenin karar değerlendirmelerinde esas olarak ifadenin bağlamı ile birlikte bütüncül ele alınmasının gerekliliği vurgulanmaktadır. Bu kapsamda ifade hürriyetinin geniş yorumlanması hürriyetin kullanımı açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır.

Bilim Kodu : 50201

Anahtar Kelimeler : İnsan Hakları, İfade Hürriyeti, Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Sayfa Adedi : 150

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Süheyla Suzan Gökalep ALICA

FREEDOM OF EXPRESSION IN THE FRAME OF INDIVIDUAL APPLICATION
DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE
TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

(M. Sc. Thesis)

Rıdvan Ömer SAKARYA

GAZİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES

May 2019

ABSTRACT

Freedom of expression, which forms the basis of contemporary constitutional democracies, has a privileged position in terms of human rights law. It is only possible to realize the original personality of the human being and to maintain and develop its material and spiritual existence in a free way. In this context, freedom of expression has an important place in terms of being a free individual and forming a free society. The freedom of the expression of the person's own development and the importance of the interaction with other people makes this freedom as well as making an interesting subject vital. The Constitutional Court (CC) also points out the importance of the issue in the individual application decisions by saying that “freedom of expression is a value we need to define ourselves and others, to understand and to perceive our relations with others in this framework”. The Republic of Turkey on fundamental rights with the constitutional amendments of 2010, and allegations of violations of the freedoms of European Court of Human Rights (ECHR) to before the CC has come to a position to be examined by national scale. In this study, the conceptual analysis, nature and structure of the freedom of expression, its elements, its importance, its scope, the regime of restriction has been explained and the decisions made by CC about the alleged violations of freedom of expression have been examined since the change made in 2010. In this study, in addition to the judgments of the CC, the judgments of the ECHR were also included in this study, since it usually refers to the judgments of the ECHR in its investigations into the freedom of expression. As a result of these investigations, it is understood that the CC has a generally liberal approach to freedom of expression. The Court's decision-making is mainly emphasized in the context of the context of the statement. In this context, the broad interpretation of freedom of expression carries a vital importance for the use of freedom.

Science Code : 50201
Key Words : Human Rights, Freedom of Expression, Individual Application
Constitutional Court, European Court of Human Rights
Page Number : 150
Supervisor : Assoc. Prof. Dr. Süheyla Suzan Gökalp ALICA

TEŞEKKÜR

Bu tez çalışmasının hazırlanması sürecindeki değerli yardımları için tez danışmanım kıymetli hocam Doç. Dr. Süheyla Suzan Gökalp ALICA'ya,

Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları alanına yönelmemde önemli rol oynayan lisans sürecinde eğitim aldığım değerli hocalarıma,

Manevi destekleriyle her zaman yanımda olduklarını hissettiren çok değerli ailelerim SAKARYA ve DENİZ ailesine, özellikle de tezin düzeltme işlemlerinde yardımlarını esirgemeyen babam Coşkun DENİZ'e ve beni bu süreçte hep destekleyen sevgili eşim Merve DENİZ SAKARYA'ya çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İFADE HÜRRİYETİNİN GENEL İLKELERİ

1.1. İnsan Haklarına Genel Bir Bakış	3
1.2. İfade Hürriyetinde Terminoloji Sorunu	6
1.3. İfade Hürriyetinin Tanımı	9
1.4. İfade Hürriyetinin Niteliği ve Yapısı	10
1.4.1. Nitelik İtibariyle İfade Hürriyeti.....	10
1.4.2. Yapısı İtibariyle İfade Hürriyeti	12
1.5. İfade Hürriyetinin Önemi.....	12
1.6. İfade Hürriyetinin Unsurları	15
1.6.1. Bilgi Edinme ve Haber Alma/Verme (Enformasyon) Hürriyeti	15
1.6.2. Düşünce Hürriyeti	17
1.6.3. Kanaat Hürriyeti	20
1.6.4. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti.....	21

İKİNCİ BÖLÜM

İFADE HÜRRİYETİNİN KAPSAMI

2.1. İfade Hürriyetinin Kapsamına Genel Bir Bakış.....	25
--	----

Sayfa

2.2. İfade Hürriyetinin Konusu	25
2.2.1. İfadenin Tanımı	26
2.2.2. İfadenin Korunma Ölçütleri.....	26
2.2.2.1. Tanımlama gerekliliği.....	27
2.2.2.2. Zarar ilkesi	28
2.2.2.2.1. Zarar ilkesinin inceleme seviyeleri.....	28
2.2.2.3. İfade fazlası eylem.....	30
2.2.2.4. Sembolik eylemsel ifade.....	31
2.2.2.5. Açık ve mevcut tehlike ölçütü	32
2.2.2.6. İfadenin bağlamı	36
2.2.3. İfadenin Türleri.....	37
2.2.3.1. Siyasi ifade	37
2.2.3.2. Sanatsal ifade	41
2.2.3.3. Müstehcen ifade.....	44
2.2.3.4. Akademik ifade.....	50
2.2.3.5. Ticari ifade.....	52
2.2.3.6. Dini içerikli ifade.....	56
2.2.3.7. Şiddete teşvik eden ifade	60
2.2.3.8. Nefret içerikli ifade.....	65
2.3. İfade Hürriyetinin Araçları	68
2.3.1. Sözel İletişim ve Kendi Kendini İfade	70
2.3.2. İfade Hürriyeti ile Kullanılan Araç Olarak Dil İlişkisi.....	71
2.3.3. Eylemsel İfade	74
2.3.4. Kitle İletişim Araçları.....	75
2.3.4.1. Basın	76
2.3.4.2. İnternet.....	81

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İFADE HÜRRİYETİNİN SINIRLANDIRILMA REJİMİ

3.1. İfade Hürriyetinin Sınırlandırılma Rejimine Genel Bir Bakış	85
3.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Düzenlemesi.....	86
3.1.2. 1982 Anayasası Düzenlemesi	87
3.1.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin İfade Hürriyeti İhlaline Yönelik Vermiş Olduğu Kararların İstatistiksel Bilgileri.....	88
3.2. Müdahalenin Varlığı	89
3.2.1. Genel olarak.....	89
3.2.2. Müdahale Biçimleri	89
3.2.2.1. Ceza hukuku alanında müdahale örnekleri.....	89
3.2.2.2. İdare hukuku alanında müdahale örnekleri	92
3.2.2.3. Özel hukuk alanında müdahale örnekleri	94
3.3. Hukuken Öngörülme (Kanunilik) İlkesi	95
3.3.1. Öngörülebilirlik İlkesi	97
3.3.2. Belirlilik İlkesi.....	98
3.3.3. Erişilebilirlik İlkesi	100
3.4. Meşru Amaç Şartı	100
3.4.1. İfade Hürriyetinin Başkalarının Şöhret veya Haklarının Korunması Amacıyla Sınırlandırılması.....	103
3.4.1.1. Genel olarak.....	103
3.4.1.2. Kurulacak dengede aranan kriterler	106
3.4.1.2.1. Kamu yararına katkı	106
3.4.1.2.2. İlgili kişinin önceki davranışı	106
3.4.1.2.3. Yayımın içeriği, şekli ve sonuçları	106
3.4.1.2.4. Haber veya makalenin konusu.....	107
3.4.1.2.5. Haber veya makalenin yayımlanma şartları	108

Sayfa

3.4.1.2.6. Hedef alınan kişinin ünlülük derecesi	108
3.4.2. İfade Hürriyetinin Devletin ve Kamusal Menfaatlerin Korunması Amacıyla Sınırlandırılması.....	114
3.4.2.1. Genel olarak.....	114
3.4.2.1. Millî güvenlik, kamu güvenliği ve cumhuriyetin temel nitelikleri ile devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması	115
3.4.2.2. Kamu düzeni, suçların önlenmesi ve suçluların cezalandırılması	116
3.4.2.3. Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması	116
3.5. Hakkın Özü, Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük İlkesi.....	117
3.5.1. Hakkın Özü (Öze Dokunmama Yasağı).....	117
3.5.2. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk	118
3.5.3. Ölçülülük İlkesi	119
3.5.3.1. Ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri: Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkesi.....	121
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	123
KAYNAKÇA.....	131
EKLER.....	147
EK-1. 1959-2018 Yılları Arasındaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İfade Hürriyetine İlişkin İhlal Kararlarının Ülkelere Göre Dağılımı.....	148
EK-2. 2012-2019 Yılları Arasında Türk Anayasa Mahkemesinin İfade Hürriyetine İlişkin İhlal Kararları İstatistikleri	149
ÖZGEÇMİŞ	150

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
a.g.e	Adı Geçen Eser
a.g.k	Adı Geçen Karar
a.g.m	Adı Geçen Makale
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
BİMER	Başbakanlık İletişim Merkezi
Bkz	Bakınız
m.	madde
RTÜK	Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
TİB	Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı
vb.	Ve Benzeri
vd.	Ve Devamı

GİRİŞ

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirebilmesi ve buna bağlı olarak kendi özgün kişiliğini gerçekleştirebilmesi düşüncelerini hür ve serbest bir şekilde ifade etmesi ile mümkündür. Bu bağlamda ifade hürriyeti, kişinin kendisini ve başkalarını tanıyıp, anlaması ve başkalarıyla olan ilişkisini belirlemesi için gerek duyduğu temel bir insani değerdir. İnsan onuruyla olan doğrudan ilişkisi ve diğer birçok hürriyetin temeli olması nedeniyle ifade hürriyeti aynı zamanda yaşamsal bir öneme sahiptir. Bununla beraber ifade hürriyetinin, demokratik olduğu iddiasını taşıyan devletlerde dahi en fazla müdahale edilen hürriyet olduğu görülmektedir. Bu durum, ifade hürriyetinin ihlali iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) yapılan başvuru ve verilen ihlal kararlarının sayısı dikkate alındığında Türkiye için de geçerlidir. Türkiye Cumhuriyetinde 2010 yılı Anayasa değişikliğinin kabul tarihine kadar temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini düşünen kişiler ilgili şartları yerine getirmek suretiyle uluslararası koruma mekanizması olan AİHM’de bireysel başvuru yoluna gitmekteydi. Söz konusu değişiklik ile birlikte Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine (AYM) başvurulabileceği hükmü Anayasaya eklenmiştir. Yapılan bu değişiklikle temel hak ve hürriyetlerin ihlaline ilişkin iddialar, AİHM’den önce AYM tarafından ulusal ölçekte incelenmek durumundadır.

Bu çalışmada özellikle bireysel başvuru hakkının kabulünden günümüze kadar AYM’nin ifade hürriyeti ihlali iddialarına ilişkin vermiş olduğu kararlar incelenecektir. AYM, bireysel başvuru kararlarında büyük ölçüde AİHM kararlarına atıf yapmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda AİHM’in ifade hürriyetine ilişkin kararlarına da yer verilecektir. Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde yer alan ifade hürriyetinin genel ilkeleri başlığında ifade hürriyetinin insan hakları alanındaki yeri, ifade hürriyeti ile ilgili öğreti ve yargı kararlarında gündeme gelen terminoloji sorunu, ifade hürriyetinin tanımı, yapısı, niteliği, önemi ve unsurları üzerinde durulacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise ifade hürriyeti kapsam bakımından ele alınacaktır. Bu bölümde ifadenin konusu ve araçlarına yer verilecektir. Konu bakımından yapılacak incelemede ifadenin içeriği ve koruma düzeyleri detaylı bir şekilde ele alınacak ve mukayeseli hukuk alanındaki uygulamalardan söz edilecektir. Araç bakımından yapılan incelemede ise başta sözel iletişim olmak üzere eylemsel ifade ile kitle iletişim araçlarına yer verilecektir. Son olarak üçüncü bölümde ise,

AYM'nin bireysel başvuru kararlarında müdahalenin varlığı, kanunilik ilkesi, meşru amaç şartı, hakkın özü, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi şeklinde takip ettiği sıralı kriterler ifade hürriyetinin sınırlandırılma rejimi kapsamında ele alınacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

İFADE HÜRRİYETİNİN GENEL İLKELERİ

1.1. İnsan Haklarına Genel Bir Bakış

İfade hürriyeti hakkına yönelik bir araştırmanın, insan hakları olarak bilinen kavramdan bağımsız olarak ele alınması mümkün değildir. Nitekim insan hakları kavramının bir üst başlık, ifade hürriyetinin ise bunun bir alt başlığı olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle ifade hürriyetinin tam olarak anlaşılıp kavranabilmesi insan hakları kavramının incelenmesiyle gerçekleşebilir. Bu kapsamda ifade hürriyetinin insan hakları ile yakın ilişkisinin ortaya konulması insan haklarının temeli, kaynağı ve özü ile insan haklarının güvencesi olan anayasal/sınırlı devlet konusuna ilişkin genel bir açıklama ihtiyacını gündeme getirmektedir.¹

İnsan hakları kişilerin sırf insan olması nedeniyle doğuştan sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez ve devredilemez üstün hakları ifade eder. İnsanın bizzatıhi kişiliğine bağlı olan ve herkese karşı ileri sürülebilen evrensel nitelikteki bu haklar, insanın öz değerinden kaynaklanan en üstün ahlaki talepleri ifade eder.² İnsan haklarına dayanan bu ahlaki taleplerin diğer tüm hakların iddia ve taleplerinden üstün ve öncelikli olması, insan haklarında korunan değer en üstün ahlaki değer olması nedeniyledir. Bu bakımdan bütün insanlar ahlaki açıdan eşit bir değere sahiptir.³ Aralarındaki farklılık ne olursa olsun (din, etnik kimlik, siyasi ideoloji, sosyal ya da mesleki statü, sosyo-ekonomik ya da sosyo-kültürel farklılık vb.) ayırım gözetilmeksizin bütün insanlar insan olmak itibarıyla aynı saygıyı hak eder.⁴

¹ Şahin, K. (2009). *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 5.

² Uygun, O. (2000). "İnsan Hakları Kuramı". *İnsan Hakları*. K. Tankuter (Editör). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 14.

³ Erdoğan, M. (2015). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. (Dördüncü Baskı). Ankara: Orion Kitabevi, 58-59.

⁴ Erdoğan, M. (2013). *Anayasal Demokrasi*. (Onuncu Baskı). Ankara: Siyasal Kitabevi, 144,145.

İnsanın kendisine ve diğer insanlara olan bu saygının korunması ise insan haklarının oluşumuna hizmet eden insan onuru kavramıyla doğrudan ilgilidir. Kuçuradi, insan onurunun önemini şu şekilde açıklamaktadır;⁵

“İnsan olma, yani belirli olanaklar ve yetenekler taşıyan bir tür olma, bu türün üyesi olan her kişinin başka kişilere belli bir şekilde muamele etmesini ve başka kişilerden belirli bir şekilde muamele görmesini gerektiriyor: her kişi başkalarına öyle muamele etmeli ve başkalarından öyle muamele görmeli ki, insanın değerini (varlıktaki özel yerini) ya da onurunu oluşturan bu belirli olanakların gerçekleşebilmesi engellenmesin; her kişi (yapabildiği kadarıyla) insanın olanaklarını gerçekleştirebilme fırsatına sahip olsun(....)”

İnsanın öz değerini oluşturan insan onuru aynı zamanda diğer bütün hak ve hürriyetlerin temel dayanağıdır.⁶ Nitekim Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar Şartı md.1’e yapılan ek açıklamada insan onurunun sadece kendi kendine bir temel hak olmadığı fakat diğer temel hakların dayanağını oluşturduğu, Şart’ta öngörülen haklardan hiçbirinin bir başka insanın onurunu zedelemek için kullanılamayacağı belirtilmiştir.⁷ Yine Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın ilk maddesinde *“İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.”* hükmüne yer verilerek insan onuru kavramının öncelikli önemine işaret edilmiştir.⁸

Ahlaki eşitlik ve insan onuru kavramlarının yanı sıra bir diğer önemli kavram ise hürriyettir. Kaboğlu bu üç kavramın insan haklarının iskeletini oluşturduğunu ifade etmektedir.⁹ Gerçekten insan haklarının temelini tercih ya da seçim hürriyeti oluşturmaktadır. Soyut bir kavram olan hürriyete sosyal gerçeklik düzeyinde bir temel bulmak, sınırları belirli bir alan tayin etmek oldukça zordur. Bununla birlikte Montesquieu

⁵ Kuçuradi, I. (1998). “Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 21.

⁶ Doğan, İ. (Editör). (2015). *İnsan Hakları Hukuku*. Ankara: Astana Yayınları, 47; Kaboğlu, İ. (2013). *Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Kuramına Giriş*. (Yedinci Baskı). Ankara: İmge Kitabevi, 20,21; Erdoğan, (2015), 48-51; Erdoğan, (2013), 159.

⁷ İnternet: Delegation of the European Union to Turkey. *Charter of Fundamental Rights Of The European Union*. Web: <https://www.avrupa.info.tr/en/charter-fundamental-rights-european-union-708> adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

⁸ İnternet: Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası Web: <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

⁹ Kaboğlu, (2013), 21.

deyimiyle tarihte hiçbir kelime üzerinde bu kadar tarif yapılmamıştır.¹⁰ Peki, nedir hürriyet?

Hürriyet bireylerin başkalarının müdahalesi olmadan kendi eylem ve davranış biçimini seçebilme olanağına sahip olmasıdır.¹¹ Diğer bir anlatımla bireyin hayatını kendi tercih ve seçimlerine göre yaşayabilmesi özellikle siyasi iktidar tarafından müdahale edilip eylem olanaklarının kısıtlanmaması olarak tanımlanabilir. Bu açıdan bireyin ahlaki özerkliğinin temeli olan hürriyet, insanın ahlaki doğasını gerçekleştirmek üzere tercihlerde bulunmasına ifade eder.¹² J.Stuart Mill, “*Hürriyet Üstüne*” adlı eserinde hürriyet adını hak eden tek hürriyet biçiminin diğer insanların kendi doğrularına engel olmadan ve onları kendi doğrularından yoksun bırakmadan, kendi doğrularımızı kendi bildiğimiz yolda aramak olduğunu ifade etmiştir.¹³

İnsan hakları uluslararası belgelerde ya da anayasalarda düzenlemeye konu olmasalar dahi bu onların insan hakları niteliğini etkilemez. Zira insan hakları hukuki karşılıklarından önce var olan, pozitif hukuktan bağımsız üstün ahlaki taleplerdir.¹⁴ İnsan hakları diğer özel kişi ya da gruplara ilişkin iddialara dayanak oluşturmazlar. Bu kişiler ya da gruptan kaynaklı ihlaller insan hakları sorunu olmaktan ziyade hukuk düzeninin sağlanmasıyla ilgili adli sorunları ifade eder. İnsan haklarına ilişkin iddia ve taleplerin hakların muhatabı ise bizatihi siyasal iktidarın kendisidir. Gerçekten de insan haklarına dayalı ahlaki taleplerin felsefi içeriği olmakla birlikte işlevsel açıdan siyasal bir niteliğe sahiptir. Bu taleplerin yegâne amacı ise cebir gücünü tekelinde bulunduran devletin her türlü işlem ve eylemlerini insan haklarına dayandırmasını ve bu hakları koruma hassasiyetiyle hareket etmesini sağlamaktır.¹⁵

Devlet iktidarının potansiyeli düşünüldüğünde, siyasi otoriteye sahip olan kişilerin bu yetkileri kendi özel çıkarları doğrultusunda kullanmaları her zaman ihtimal dâhilindedir. Örgütlü siyasal toplum olan ve cebir gücünü elinden bulunduran devletin bu

¹⁰ Kapani, M. (2013). *Kamu Hürriyetleri*. (Yedinci Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 3.

¹¹ Ashford, N. (2011). *Özgür Toplumun İlkeleri*. (Çev. C. Madenci). Ankara: Liberte Yayınları. (Eserin orijinali 1999’da yayımlandı), 53; Mumcu A., Küzeci E. (2015). *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*. (Yedinci Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 11.

¹² Erdoğan, (2015), 33; Erdoğan, (2013), 146.

¹³ Mill, J.S.

(2014). *Hürriyet Üstüne*. (Çev. M.O. Dostel). Ankara: Liberte Yayınları. (Eserin orijinali 1859’da yayımlandı), 63.

¹⁴ Şahin, (2009), 32; Doğan, (2015), 50.

¹⁵ Erdoğan, (2015), 25; Erdoğan, (2013), 139.

gücü kullanmasını denetlemek ise oldukça zordur. İşte bu nedenle aynı anda hem otoritenin kurulmasını sağlamak hem de onun kötüye kullanımının önüne geçmek anayasal devletler için zorunlu bir gerekliliktir.¹⁶ Bu gereklilik iktidarın yetki ve görev çerçevesini belirlemekle, diğer bir deyişle devlet iktidarını sınırlamakla mümkündür.¹⁷ Nitekim yönetenlerin muhtemel tecavüzlerine karşı yönetilenlerin haklarını korumak anayasal devletle gerçekleşebilir.¹⁸ Anayasal devletin gerçekleşmesi ise ancak insan haklarına dayalı bir anlayışla mümkündür. İnsan haklarını tanıyıp güvence altına almayan anayasalar ilgili devletin teşkilat yasası olmaktan öteye geçemeyecektir.¹⁹ Diğer yandan insan haklarını lütf şeklinde görüp anayasalarında yer veren ya da bu haklara keyfi şekilde müdahale edilmesine kapı aralayan devletler sadece devlet teşkilat yasası olan fakat anayasal olmayan devletlerdir. Sonuç olarak anayasal devlet insan haklarına dayanan devlettir²⁰ ve insan hakları ile anayasal devlet kavramları arasında doğrudan bir ilişki söz konusudur. İnsan haklarının gerçek anlamda varlığından bahsedilebilmesi için anayasal devletin olması şarttır.

1.2. İfade Hürriyetinde Terminoloji Sorunu

Sosyal bilimler alanında görülen en temel zorluklardan biri kavramların belirsiz olmasıdır. Bir diğer temel zorluk ise kavramlar arasındaki bağ ve ilişkinin kurulamamasıdır.²¹ İnsan hakları literatüründe yer alan ifade hürriyeti kavramına ilişkin kullanılan terim sayısının çokluğu terminoloji sorununun bu kavram açısından da geçerli olduğunu göstermektedir.²²

¹⁶ Erdoğan, (2013), 6.

¹⁷ Friedrich, C.J. (2014). *Sınırlı Devlet*. (Çev. M. Turhan). Ankara: Liberte Yayınları. (Eserin orijinali 1974’de yayımlandı), 37; Fendoğlu, H.T. (2018). *Anayasa Hukuku*. (4.Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 152.

¹⁸ İnsan haklarının siyasal iktidar karşısında güvenceye alınabilmesi amacıyla, sınırlı bir iktidar anlayışını yansıtan modeller savunulmuş ve uygulanmıştır. Siyasal iktidarı sınırlandırmak amacıyla formüle edilen sistemlerin çeşitliliğine dair bkz. Şahin, (2009), 22.

¹⁹ Anayurt, Ö. (2018). *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 42.

²⁰ Friedrich, (2014), 211; Erdoğan, (2013), 21.

²¹ İnam, A. (1998). “Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 37.

²² Sunay, R. (2001). *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 5.

Öğretide ifade hürriyeti²³ yerine kullanılan kimi kavramlar kastedileni yeterince açıklayamamakta ya da pek çoğu ifade hürriyetinin bir unsur hürriyetini oluşturması nedeniyle kavramın kapsayıcılığından uzak kalmaktadır. Bu kavramlar; “düşün hürriyeti”²⁴, “düşünsel hürriyet”²⁵, “düşünce hürriyeti”²⁶, “düşünceyi açıklama hürriyeti”²⁷, “düşünme ve tartışma hürriyeti”²⁸, “fikir hürriyeti”²⁹, “fikir ve söz hürriyeti”³⁰ olarak sıralanabilir.

İnsan hakları hukuku literatüründe yer alan bu terminolojik farklılık öğretide olduğu gibi AYM’nin kararlarında da mevcuttur. Konuya ilişkin en yaygın kullanımın ifade hürriyetinin unsur hürriyetlerini oluşturan “düşünce hürriyeti” ve “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” üzerinde olduğu görülmektedir. Bunun başlıca sebebi ise AYM’nin 1961 Anayasası döneminde Anayasada aynı maddede düzenlenen bu hürriyetlere ilişkin yapmış olduğu değerlendirmedir. İkili bir ayırım yapan Mahkeme vermiş olduğu bir kararda; “düşünce hürriyeti”nin bireyin iç dünyasına ilişkin mutlak ve sınırsız bir nitelik taşıdığını, “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”nin ise dış dünyaya yönelik sınırlanması mümkün olan bir hürriyet olduğunu belirterek bu hürriyetlerin her ne kadar aynı madde de düzenlenmiş olsa bile nitelik ve sonuç itibarıyla birbirleriyle karıştırılmaması gereken farklı iki hürriyet olduğunun altını çizmiştir.³¹

Benzer değerlendirme AYM’ye yapılan bireysel başvuru kararlarında da görülmektedir. Türk Anayasasında bir düşünceye sahip olma ile bir düşünceyi ifade etme arasında ayrıma gidildiği hususunu vurgulayan AYM, başvuru tarafından yazılan ve basılmakta olan kitaba ilişkin verilen el koyma ve toplama kararının başvurucaunun bir düşünce ve kanaate sahip olması nedeniyle değil, düşüncelerini açıklaması ve yayması

²³ Morange, J. (1998). “İfade Özgürlüğünün Hukuki Esasları”. (Çev. T. Ballıgil). H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 87-96.

²⁴ Selçuk, S. (1998). “Düşün Özgürlüğü”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 293-314.

²⁵ Aliefendioğlu, Y. (1998). “Düşünce Özgürlüğü ya da Düşünsel Özgürlük”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 234-257.

²⁶ Tanör, B. (1998). “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğüne İlişkin Hukuk Politikaları”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s.258-267.

²⁷ Gören, Z. (2013). “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12 (24), 31.

²⁸ Mill, J.S. (2014), 69-126.

²⁹ Küçük, A. (2003). *İfade Hürriyetinin Unsurları*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 11.

³⁰ Bury, J. B. (1945). *Fikir ve Söz Hürriyeti*. (Çev. A. Başman). İstanbul: Remzi Kitabevi. (Eserin orijinali 1913’de yayımlandı), 1-2.

³¹ AYM, E.1963/16, K.1963/83, K.T. 8/4/1963; 1961 Anayasasında aynı maddede düzenlenen “düşünce hürriyeti” ve “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” 1982 Anayasasında farklı iki maddede düzenlenerek normatif karşılığını bulmuştur.

nedeniyle verildiğini belirterek başvurunun Anayasanın 25. maddesinde düzenlenen “düşünce hürriyeti” ile inceleme imkânının bulunmadığını; bu nedenle Anayasa’nın “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” ni düzenleyen 26. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.³² Yine bir başka kararında Mahkeme başvuru tarafından kaleme alınan kitap taslağının başvuru hukümlü olarak bulunduğu cezaevinin dışına çıkartılmasının engellenmesi kararının başvuru bir düşünce ve kanaate sahip olması nedeniyle değil düşüncelerini açıklaması ve yaymak istemesi nedeniyle verildiğini belirterek başvurunun Anayasa’nın 26. maddesi altında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.³³

Türk Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de “düşünce hürriyeti” (AY., m.25., AİHS., m.9) ve “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” (AY. m. 26., AİHS. m.10) iki farklı maddede düzenlenmiştir. Bu iki hürriyetin Anayasa ve Sözleşmede iki farklı hürriyet olarak değerlendirilip ele alınmasının isabetliliği kavramlara yüklenen anlam ile doğrudan ilişkilidir. İfade hürriyetinin unsurları olan bu iki hürriyetin tam olarak anlaşılabilmesi kanaat hürriyetinden açıklama ve yayma hürriyetine kadar geniş bir yelpazede ele alınmalarına bağlıdır. Ne var ki birbirini tamamlayan iki hürriyet arasındaki bu anlamlı ilişkinin her zaman göz önünde bulundurulmadığı da görülmektedir. “Düşünce hürriyeti” terimi tek başına kullanıldığında açıklama ve ifade boyutu eksik kaldığı gibi, “düşünceyi açıklama hürriyeti” teriminin kullanımında ise hür düşünme ortamı ile fikir, görüş ve haber alma hürriyetlerinin gerekliliği göz ardı edilmektedir.³⁴ Bu nedenle düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama hürriyeti ile aynı olmadığı gibi, ifade hürriyetini de düşünceyi açıklama hürriyetine indirgemek söz konusu olamaz. Yine düşünceyi açıklama hürriyetinin kapsamının ifade hürriyetini de kuşatacak biçimde genişletilmesi mümkün değildir.³⁵

Görüldüğü üzere ifade hürriyeti “bilgi, haber, fikir veya görüş alma/verme”, “düşünce ve kanaate sahip olma” ve bu hürriyetlere bağlı olarak “düşünceyi açıklama ve yayma” unsur hürriyetleri ile birlikte bölünmez bir bütünlüğe sahiptir. İfade hürriyetinin

³² AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 64-67.

³³ AYM, Bejdar Ro Amed, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 40.

³⁴ Sunay, R. (2001), 6-7.

³⁵ Can, O. (2001). “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”. *Liberal Düşünce Dergisi*, (24), 89; Can, O. (2003). “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”. B.B. Özipek. (Editör). *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, s. 359.

tam anlamıyla gerçekleşebilmesi bu hürriyetlerin hepsinin bir arada bulunmasını gerektirir.³⁶ Konuya ilişkin olarak Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Mahkemesi Kararlarına paralel olarak, düşünce, açıklama ve yayma gibi pek çok hürriyeti bünyesinde toplayan ve kapsayıcı bir terim olan ifade hürriyeti kavramı kullanılmaktadır.

1.3. İfade Hürriyetinin Tanımı

İnsan hakları öğretisinde ifade hürriyeti dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde tanımlanmaktadır. Dar anlamda ifade hürriyeti kişilerin düşünce ve kanaat hürriyetlerine sahip olabilmeleri ve bunları serbest bir şekilde açıklayabilmesidir.³⁷ Geniş anlamda ifade hürriyeti ise; bir duygu, düşünce, inanç ve kanaatin barışçıl yoldan ve serbest bir şekilde “açıklanabilmesi”, “aktarılabilmesi”, “savunulabilmesi” ya da “yayılabilmesi” anlamına gelmektedir.³⁸ Tanımlardan da anlaşılabileceği üzere ifade hürriyeti sadece düşüncelerin açıklanmasını değil aynı zamanda ifadeye konu olabilecek tüm öğelerin dış dünyaya iletilmesini içeren geniş nitelikli bir hürriyettir.³⁹

Düşünce ve kanaatlerin serbestçe barışçıl yoldan dışa vurumu bu hürriyetin pozitif yönünü; düşünce ve kanaatlerin açıklanmaya zorlanamaması ise negatif yönünü oluşturur. Öğretide ifade hürriyetinin sadece pozitif yönü ile ele alınması halinde kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanabileceği diğer bir deyişle “*cebri ifade*”nin kabul edileceği, böyle bir kabulün ise ifade hürriyetinin reddi anlamına geleceği dile getirilmektedir. Gerçekten de düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanan (cebri ifadeye zorlanan) kişiler kendi düşüncelerini değil, düşünceyi açıklamaya zorlayan kimselerin duymak istediği ifadeyi kullanacaktır.⁴⁰

³⁶ Küçük, (2003), 12-14.

³⁷ Dost, S. (2001). *Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye*. İsparta: Fakülte Kitabevi, 11.

³⁸ Erdoğan, M. (2007). “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”. T. Bora. (Editör). *İfade Özgürlüğü*. İstanbul: İletişim Yayınları, s. 7; Erdoğan, M. (2001). “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”. *Liberal Düşünce Dergisi*, (24), 8; Aliefendioğlu, (1998). 234.

³⁹ Kaboğlu, İ. (2000). “Düşünce Özgürlüğü”. *İnsan Hakları*. K. Tankuter. (Editör). İstanbul. Yapı Kredi Yayınları, s. 109; Can, (2003), 361.

⁴⁰ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003). *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti*. (Çev. A.N. Yurdusev). Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, (Eserin orijinali 1999’da yayımlandı), 196; Okumuş, A. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de İfade Hürriyeti*. Ankara: Adalet Yayınevi, 28.

İfade hürriyetin tanımına Türk Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru kararlarında da geniş bir şekilde yer verilmiştir. AYM ifade hürriyetini; *“bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi”* olarak tanımlamaktadır. AYM, ifade hürriyetinin tanımını yapmış olduğu kararlarında ifade hürriyetinin *“sadece düşünce ve kanaate sahip olma”* hürriyetini değil aynı zamanda sahip olunan *“düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma”*, buna bağlı olarak *“haber veya görüş alma ve verme”* hürriyetlerini de kapsadığını⁴¹ ayrıca belirtmektedir.

1.4. İfade Hürriyetinin Niteliği ve Yapısı

1.4.1. Nitelik İtibariyle İfade Hürriyeti

İnsan haklarının tarihsel gelişim süreci içerisinde hürriyetler aşamalı olarak gelişmekte ve her tarihsel dönem gerek konu gerekse bu hakkı nitelendiren hukuk tekniği açısından belli bir hak tipine karşılık gelmektedir. Öğretide birinci kuşak haklar, ikinci kuşak haklar ve üçüncü kuşak haklar olmak üzere formüle edilen bu ayırımı birinci kuşak haklar kategorisinde yer alan ifade hürriyeti kişisel ve siyasal haklara denk düşmektedir.⁴²

İfade hürriyeti hakkının kişisel niteliği, devlete “müdahale etmeme”, “karışmama” ya da “engel olmama” gibi negatif bir ödev yükler. Buna göre kamu otoriteleri negatif yükümlülük çerçevesinde kendi ulusal mevzuatında yer alan hükümler çerçevesinde zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanması ve yayılmasını yasaklamamalı ve müeyyideye tabi tutmamalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki ifade hürriyeti kamu otoritelerinin sadece negatif pozisyonu ile gerçekleşemez. Bunun yanı sıra kamu otoriteleri pozitif yükümlülük çerçevesinde ifade hürriyetinin gerçek ve etkili şekilde korunabilmesi adına gereken

⁴¹ AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 40; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 35; Sinem Hun, B. No: 2013/5356, 8/5/2014, § 50; Ali Rıza Üçer (2) [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015, § 28; Emine Rezzan Aydınoglu, B. No: 2013/8396, 11/3/2015, § 37; Tuğrul Culfı, B. No: 2013/2593, 11/3/2015, § 28; Özkan Kart, B. No: 2013/1821, 5/11/2014, § 32; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 35; İbrahim Bilmez, B. No: 2013/434, 26/2/2015, § 46; Mehmet Çelebi Çalan, B. No: 2013/9395, 4/11/2015, § 26; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 36; Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 64; Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 48; Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 34; Ali Karatay, B. No: 2012/990, 10/12/2014, § 42; Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 30.

⁴² Kaboğlu, (2013), 41; Uygun, (2000), 21-22.

tedbirler ne ise yerine getirmeli ve bir takım pozitif edimlerde bulunmalıdır. Öte yandan pozitif yükümlülük sadece ekonomik kaynak tahsisi ya da birtakım mali sübvansiyonlar olarak anlaşılmamalıdır. Bireyin kendi özgün kişiliğini gerçekleştirip, geliştirebilmesi ve bilgiye erişim imkânlarının önündeki engellerin kaldırılması da bu kapsamda değerlendirilebilir.⁴³

İfade hürriyeti konusunda kamu otoritelerin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu belirten Türk Anayasa Mahkemesi “*negatif yükümlülük kapsamında Anayasa’nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır.*” demek suretiyle her iki yükümlülük için kamu makamlarınca nasıl bir yol izlenilmesi gerektiğinin altını çizmektedir.⁴⁴ Öte yandan Mahkeme negatif ve pozitif yükümlülükler arasında net bir ayırım yapmanın da her zaman mümkün olamayacağına dikkat çekmektedir. Mahkeme söz konusu her iki yükümlülükte de “*bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerektiğini*” ve kurulacak olan bu adil dengede kamu otoritelerince kullanılan takdir yetkisinin mahkemece dikkate alınacağını ifade etmiştir.⁴⁵

İfade hürriyeti hakkının siyasi niteliği ise kişilerin karar alma sürecinde yer almasında rol oynar; böylelikle bireyin ait olduğu toplumda siyasal yapılanmaya katılımı sağlanarak demokratik devletin gereklerinin yerine getirilmesine hizmet etmiş olunur. İfade hürriyeti hakkının bu işlevi demokratik çoğulculuk ve hoşgörü ortamına zemin hazırlamaktadır. Nitekim AYM bireysel başvuru kararlarında “*(...), ifade özgürlüğünün çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın demokratik toplumdan bahsedilemez*” demek suretiyle konunun önemine ayrıca işaret etmektedir.⁴⁶

⁴³ Aliefendioğlu, (1998). 235; Dost, (2001), 12; Selçuk, (1998), 305.

⁴⁴ AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 56; Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 44; Emine Rezzan Aydınoglu, B. No: 2013/8396, 11/3/2015, § 40; Aynı yönde görüş için bkz. AİHM, Özgür Gündem/Turkey, App. No: 23144/93, 16/3/2000, § 42-43.

⁴⁵ Aynı yönde görüş için bkz. AİHM, Sørensen and Rasmussen/ Denmark, App. No: 52562/99 ve 52620/99, 11/1/2006 § 58; Broniowski/Poland, Appl. No: 31443/96, 28/09/2005, § 144; Hatton and Others/ the UK [GC], App. No: 36022/97, 08/07/2003, § 98.

⁴⁶ AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 42; Aynı yönde bir görüş için bkz. AİHM, Handyside/U.K., Appl. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49.

1.4.2. Yapısı İtibariyle İfade Hürriyeti

İfade hürriyeti yapısal açıdan karmaşık bir niteliğe sahiptir. Düşüncenin dışavurumunda kullanılan usuller ve iletişim alanlarına göre farklı özgürlüklere dönüşebilen ifade hürriyeti; gazete, deneme, makale, fıkra, kitap vb. şeklinde basın-yayın aracılığıyla gerçekleşmişse “basın hürriyeti”; radyo, televizyon, video aracılığıyla kullanılmışsa “görsel-işitsel iletişim hürriyeti”; din ve ahlak alanına yönelik olması durumunda “din ve vicdan hürriyeti”; din alanında dışavurumunda “ibadet hürriyeti” olmaktadır.⁴⁷

İfade hürriyetinin kullanılması ve yerine getirilmesinde de önemli işleve sahip pek çok hürriyet bulunmaktadır. Gerçekten de ifade hürriyetin ilk evresi olan düşünce ve kanaatlerin oluşumunda “bilim ve araştırma hürriyeti”, “eğitim-öğrenim hürriyeti”, “sanatsal yaratma ve yayma hürriyeti” ve “basın hürriyeti” önemli bir rol oynamaktadır. Yine kolektif hürriyetler olarak da adlandırılan “toplantı ve gösteri yürüyüşü hürriyeti”, “dernek hürriyeti”, “sendika hürriyeti” ve “siyasi parti kurma hürriyeti” de ifade hürriyetinin yerine getirilmesini sağlamaktadır. Görüldüğü üzere diğer birçok hürriyete kaynaklık eden ve bu hürriyetlerle karşılıklı ilişki içerisinde bulunan ifade hürriyeti eksen bir özelliğe sahip olup sözü edilen hürriyetlerin kullanımı ifade hürriyetinin varlığıyla mümkün olabilmektedir.⁴⁸

1.5. İfade Hürriyetinin Önemi

Çağdaş anayasal demokrasilerin temelini oluşturan ifade hürriyeti diğer hak ve hürriyetlerin temeli olması itibariyle insan hakları hukuku açısından üstün ve ayrıcalıklı bir öneme sahiptir. İnsanın kendi özgün kişiliğini gerçekleştirip maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirebilmesi ancak kişinin düşüncelerini serbest bir şekilde ifade etmesi ile mümkündür.⁴⁹ Bu kapsamda ifade hürriyeti hür bir birey olma ve hür bir toplum oluşumu açısından önemli bir yere sahiptir. İfade hürriyetinin kişinin kendi gelişimi ve diğerleri ile

⁴⁷ Teziç, E. (1990). “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”. *Anayasa Yargısı*, 7, 33; Kaboğlu, İ. (1993). “Düşünce Özgürlüğü Avrupa Ölçütleri ve Türkiye”. *İnsan Hakları Yıllığı*, 15, 46.

⁴⁸ Kaboğlu, İ. (1998). “Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 214; Kaboğlu, (1993), 46; Sunay, (2001), 10.

⁴⁹ Sunay, (2001), 8.

etkileşimindeki önemi bu hürriyeti ilginç bir konu yapmanın yanı sıra yaşamsal da kılmaktadır.⁵⁰ Bu husus yargı kararlarında da sıkça vurgulanmaktadır.

AİHM'e göre ifade hürriyeti *“toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur”*⁵¹ Türk Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında *“ifade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.”* demek suretiyle konunun önemine ayrıca işaret etmektedir.⁵² Mahkeme kararlarında da belirttiği üzere ifade hürriyeti, insanın kendisini ve başkalarını tanıyıp, anlaması ve bu kapsamda başkalarıyla olan ilişkisini belirlemede gerekli duyduğu temel bir insani değerdir. Bu bakımdan ifade hürriyeti insan onuruna ve insanın maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesine hizmet etmektedir. Nasıl ki insan hakkı ihlalinde insan kişiliğinin öz değerini oluşturan “onur” zedelenebiliyorsa, temel bir hak olan ifade hürriyetine yapılan müdahalede de kişinin onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı elinden alınmış olunacaktır.⁵³

İfade hürriyetinin felsefi temellerini ele aldığı “Hürriyet Üstüne” adlı eserinde J.Stuart Mill, büyük ölçüde ifade hürriyetinin önemine yer vermektedir. Mill'e göre bir kişi dışında bütün insanların aynı düşüncede olması halinde, nasıl ki bu bir/tek kişinin diğer bütün insanları susturmaya hakkı yoksa aynı şekilde diğer bütün insanların da bu kişiyi susturmaya hakları yoktur. Bir düşüncenin susturulmasının o düşünceye katılan kişilere olduğu kadar katılmayan kişilere karşı büyük bir haksızlık anlamına geldiğini belirten Mill; şayet susturulmak istenen düşünce doğru ise yanlış olan düşünce ile değiştirme imkânının ortadan kaldırıldığını, düşünce yanlış ise gerçeklerin daha açık ve net bir şekilde anlaşılmasının engellenmiş olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴

Mill, düşüncelerin susturulmasına yönelik tüm girişimlerin bir tür yanılmazlık taslaması olduğunu, yanlış olma ihtimali nedeniyle düşüncelere göre hareket etmemenin insanlığın tüm çıkarlarını yüzüstü bırakacağını zira düşüncelerin yanlış olduğundan hiçbir

⁵⁰ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 14,15.

⁵¹ AİHM, Handyside/U.K., Appl. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; Doğru, O., Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*. Ankara: Avrupa Konseyi, 181.

⁵² AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41.

⁵³ Sunay, (2001), 9.

⁵⁴ Mill, J.S. (2014), 70.

zaman emin olunamayacağını, emin olursa dahi düşünceleri ortadan kaldırılmaya çalışmanın yaşayan nesle olduğu kadar gelecek nesil için de en büyük kötülük olduğunu belirtmiştir.⁵⁵ Gerçekten de insanlık tarihi incelendiğinde, her çağda hâkim olan temel düşüncelerin pek çoğu onu izleyen çağlarda sadece “yanlış” olarak nitelendirilmemiş, aynı zamanda “saçma” olarak görülmüştür. Eski zamanlarda genel geçer olarak bilinen birçok düşünce bugün açık bir şekilde reddedilebiliyorsa, içerisinde bulunduğumuz zamanın genel geçer düşüncelerinin de gelecek çağlarda kabul görmeyeceği açık bir gerçektir.⁵⁶

Mill’e göre, tartışma zemininin olmadığı ortamlarda sadece düşüncenin temelleri değil pek çok kez düşüncenin bizzat kendisi dahi unutulur.⁵⁷ Gerçeğin ortaya çıkarılması ancak doğru ve yanlış düşüncelerin çarpışmasıyla gerçekleşebilir. Yanlış düşünce ve uygulamalar kanıt ve olgular karşısında varlıklarını sürdüremezler. İnsan zihni üzerinde gerçek bir etki uyandırabilmesi için kanıt ve olguların münazara ya da tartışma yoluyla insan idrakinin önüne serilmesi gerekir. Bir düşüncüyü uygulamaya koymada dayanılacak en temel ölçüt düşüncelerin başkalarının düşünceleri ile karşılaştırılıp düzeltilmesi ve tamamlanabilmesidir. Yanlış ve hatalı düşünceler ancak bu şekilde düzeltilebilir.⁵⁸

Mill Hürriyet Üstüne adlı eserinde ifade hürriyetinin gerekliliğini dört ayrı sebebe dayanarak açıklamıştır.⁵⁹

- İfade edilmesine imkân tanınmayan düşünceler her şeye rağmen doğru olabilir. İnsan olarak muhakeme ve çıkarımlarımızda her zaman yanılabiliriz. Bu bakımdan hiç kimse yanılmaz olduğunu iddia edemez. Bir düşünce ya da fikrin insanlığın ezici çoğunluğu tarafından kabul edilmesi ya da en ünlü bilim insanlarınca kabul edilmesi dahi o düşünce ve fikrin yanılmaz olduğunu göstermemektedir. Zira bir zamanlar neredeyse bütün insanlık tarafından sarsılmaz doğru kabul edilen düşünce ve fikirler bugün hiçbir itibar görmemektedir.

-İfade edilen düşünce yanlış dahi olsa doğru düşüncenin daha iyi anlaşılıp kavranmasına hizmet eder. Herkesin ortak kabul ettiği genel düşüncenin gerçeği

⁵⁵ A.g.e., 71.

⁵⁶ A.g.e., 73; Barry, N. P. (2002). “Hukuki ve Siyasi Açından İfade Hürriyeti”. *Liberal Düşünce Dergisi*. (27), 6-7.

⁵⁷ Mill, (2014), 102.

⁵⁸ A.g.e, 76; Ashford, (2011), 130-132.

⁵⁹ Mill, (2014), 122-123.

yansıtması nadiren olabilir ya da hiç olmaz. Bu nedenle bir kısım hakikatin bulunması yanlış düşüncelerin ifadesiyle mümkündür. Neyin hatalı ya da neyin eksik olduğunu keşfedebilmemiz yanlış düşünce ya da fikirlerin geniş bir şekilde ortaya konulması ile mümkündür. Böylelikle daha tatmin edici bir gerçeğin ortaya çıkması sağlanabilir.

-Kesin olarak doğru görülen düşüncelere yapılan eleştiri ve itirazlara her zaman katlanılması gerekir. Aksi halde bu düşünceler değişmez bir hakikat olarak görülür. Bu durumda hakikatin gerçek sebepleri hiçbir zaman tam olarak bilinemez. Var olan düşünceler doğru olsa dahi sorgulanması, eleştirilmesi ve hatta bu düşüncelere karşı meydan okunması gerekir. Aksi takdirde doğruya ilişkin nedenler unutulacak ve bu düşüncelerin benimsenmesi düşünmekten çok önyargıya dayanacaktır.

-Gerçek sebepleri tam olarak bilinmeyen düşünceler giderek peşin hüküm haline gelen dogma düşüncelere dönüşür. Görünüşte kabul gören bu düşünceler doğru olsalar bile insanların zihni üzerindeki etkisi azalarak yok olur.

1.6. İfade Hürriyetinin Unsurları

1.6.1. Bilgi Edinme ve Haber Alma/Verme (Enformasyon) Hürriyeti

Bilgi edinme ve haber alma hürriyeti düşüncenin oluşumundan önceki evreye ait olup, kişiye bilme ve öğrenme imkânı tanır.⁶⁰ Nitekim düşünmenin hammaddesi bilgi fikir ve haber kaynaklarından oluşmaktadır. Kişinin düşünce ve kanaat sahibi olabilmesi; bilgi ve haber kaynaklarına hür ve serbest bir şekilde erişebilmesi, seçim ve tercihler yapabilmesi ve bunlar içerisinde istedikleri neticeyi çıkarabilmesi ile gerçekleşebilir.⁶¹ Gerçekten de bilgi ve fikir sahibi olmayan kimsenin kanaat sahibi olabilmesi mümkün değildir.⁶²

İnsan hakları literatüründe enformasyon hürriyeti olarak da bilinen bu hürriyet; *“bilgi, belge ve haberleri iletme hürriyeti”*, *“karşılıklı olarak bilgi ve belge alışverişinde bulunma hürriyeti”* ve *“bilgi edinme veya bilgilenme hürriyeti”* olmak üzere üç boyut

⁶⁰ Gürkan, Ü. (1960). “Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti”, *AÜHFD*, 17(1-4), 143; Kaboğlu, (1993), 46.

⁶¹ Teziç, (1990), 32.

⁶² Finkelburg, K. (1998). Demokraside İfade Özgürlüğü. (Çev. N. Ülner). H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 202; Sunay, (2001), 49-50.

içermektedir.⁶³ İletişim araçlarına herkes tarafından serbestçe girebilme imkânı tanıyan bu hürriyet; söz, yazı, ses ve görüntü vb. gibi araçların ülke sınırları gözetilmeksizin serbest dolaşımını temin etmektedir.⁶⁴ Öte yandan enformasyon hürriyetinin oluşumunda bilgi ve haber iletiminin serbest olması tek başına yeterli değildir. Serbestliğin yanı sıra bilgi ve haberi iletme ödevinin de sağlanması gerekir. Bu nedenle “enformasyon ödevi” olarak da bilinen bu işlemin gerçekleştirilmesi için kamu otoritelerinin “enformasyon ağları” kurması zorunlu bir gerekliliktir.⁶⁵

Bilgi edinme ve haber alma(enformasyon) hürriyetinin bireysel ve demokratik olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Bireysel yönü kişinin mümkün olabildiğince fazla kaynaktan yararlanıp bilgi dağarcığını geliştirmesi ve gelişimi; demokratik yönü ise, bilgiye erişimleri sınırlanmış olan ve gerçek bir bilgiye sahip olmayan toplumların düşünme yetilerinin zayıf olacağı ve bu toplumların asla demokratik ve çoğulcu bir yapıya sahip olamayacağı görüşüne dayanır.⁶⁶ Gerçekten de bilgi ve haber edinme hürriyeti ile devletin siyasi rejimi arasında yakın ve doğrudan bir ilişki vardır.⁶⁷ Demokratik ve çoğulcu bir yapının tesis edilebilmesi için devlet bilgi ve haber erişimine yönelik müdahaleci veya yasakçı bir tutum sergilememelidir. Keza devlet bilgi ve haber edinme hürriyetinin oluşumuna engel olabilecek tüm engelleri ortadan kaldırmalı ve yurttaşların bu hürriyetten yararlanabilmesi için öncelikli olarak eğitim, kitle iletişim ve özel haberleşme alanlarının serbestliğini sağlama gibi birtakım olumlu edimlerde bulunmalıdır.⁶⁸

AİHS’de (m.10) ifade hürriyeti kenar başlığı altında düzenlenen bilgi edinme ve haber alma hürriyeti, Anayasada (m.26) “(....), *bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar(....)*” şeklinde düzenlenmiştir. AİHS, Anayasada yer alan düzenlemeden farklı olarak haber alma ve vermenin ülke sınırları gözetilmeksizin geçerli olacağını hükme bağlayarak hakkın uygulama alanını genişletmiş ve ifade hürriyetine uluslararası bir ölçek kazandırmıştır.⁶⁹

⁶³ Kaboğlu, (1998), 206.

⁶⁴ A.g.e., 209.

⁶⁵ Sunay, (2001), 50; Kaboğlu, (1998), 211.

⁶⁶ Finkelburg, K. (1998), 202.

⁶⁷ Gürkan, (1960), 143-145.

⁶⁸ Dost, (2001), 12; Sunay, (2001), 52.

⁶⁹ Sunay, (2001), 50; İlgili kararlar için bkz. AİHM, Groppera Radio AG vd./ Switzerland, Appl. no. 10890/84, 28.3.1990, Autronic AG/ Switzerland, Appl. no. 12726/87, 22.5.1990.

Bilgi edinme ve haber alma hürriyetinin üç türlü görünümü vardır. Bunlardan ilki “kişinin kendisi hakkında kamu makamlarınca tutulan bilgi ve belgeye erişim hürriyeti”, ikincisi “kişinin kendisi hakkında olmayıp kamu makamlarınca tutulan bilgi ve belgeye erişim hürriyeti”, üçüncüsü ise “kişinin kendisi ile ilgili olmayıp kamu makamlarınca tutulan fakat kamu yararı taşıyan konulara erişim hürriyeti”dir.⁷⁰ AİHS m.10 ve Türk Anayasası m. 26 da düzenlenen bilgi edinme ve haber alma hürriyeti konu bakımından tüm bilgi ve haberleri içermemektedir. Bilgi ve haber sahibi kimsenin sadece vermek istediği ya da vermek isteyebileceği bilgi veya haberlere ilişkin olan bu hürriyet daha çok bilgi ve haberlerin kamu otoritelerince kısıtlanmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla bilgi ve haber sahibinin başka kişilerle ya da kamuoyu ile paylaşmak istemediği bilgi ve haberler bu hürriyetin kapsamı dışındadır. Nitekim AİHM, Leander başvurusunda; bilgi edinme hürriyetinin esas olarak, bir kimsenin, başkalarının istediği veya vermeye istekli olabileceği bilgileri almasının kamu makamlarınca engellenmesini yasakladığını, mevcut başvurudaki gibi durumlarda, kişiye, kişisel durumuyla ilgili bilgileri içeren kayıtlara erişim hakkı vermeyeceğini, ayrıca kamu otoritelerine bu konuda pozitif bir yükümlülük getirilemeyeceğini belirtmektedir.⁷¹ Bilgi edinme hürriyetini kişiler arasındaki iletişime karışmama ya da müdahale etmeme şeklinde negatif bir yükümlülük olarak yorumlayan AİHM,⁷² sadece hazır ve mevcut olan erişilebilir bilgiye ulaşmanın engellenmesini ihlal olarak değerlendirmektedir. Kişisel durumlara ilişkin bilgileri ifade hürriyetini düzenleyen m.10’ un kapsamı dışında inceleyen Mahkeme bu tür talepleri AİHS m.8’de düzenlenen “özel ve aile hayatına saygı hürriyeti” bakımından değerlendirmektedir.⁷³

1.6.2. Düşünce Hürriyeti

Düşünce hürriyeti, bireyin kendi iç dünyasını, tinsel alanını ilgilendiren bir durumu ifade etmektedir.⁷⁴ Düşünme ve düşünce olmak üzere iki evreden oluşan düşünce hürriyetinde; düşünme bir süreci ifade ederken; düşünce ise düşünme süreci sonrası oluşan bilgisel ürüne karşılık gelmektedir.⁷⁵

⁷⁰ Karan, (2018), 70.

⁷¹ AİHM, Leander/Sweden, Appl. No: 9248/81, 26.03.1987, § 74; Benzer yönde bir karar için bkz. AİHM, Társaság a Szabadságjogokért/Hungary, Appl. No: 37374/05, 14.04.2009, § 36.

⁷² AİHM, Guerra and Others/Italy, Appl. No: 14967/89, 19.02.1998, § 53.

⁷³ Soykan, C. (2007). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56 (2), 69-70.

⁷⁴ Kaboğlu, İ. (1993), 45; Teziç, (1990), 32.

⁷⁵ İnam, (1998), 37.

İnsan beyninin temel işlevi olan düşünme zihinsel bir süreci ifade eder.⁷⁶ Gözüyle gören insan kulağıyla işitir, teniyle hisseder, beyniyle de düşünür.⁷⁷ Düşündüğünün üzerine düşünebilen insan bu yetisi ile de diğer canlı türlerinden ayrılır. Düşünmek bu özelliğiyle ontolojik bir farkındalıktır.⁷⁸ Ünlü Filozof Descartes'ın, "*Düşünüyorum öyleyse varım.*" ifadesi de bu gerçekliğe işaret etmektedir.

Düşünce hürriyetinin ilk evresini ve ifadenin kaynağını oluşturan düşünme insanın iç dünyasında gerçekleşen soyut bir etkinlik olup düşünmenin kendiliğinden oluşabilmesi mümkün değildir. Zira düşünme çaba ve uğraşı gerektirir.⁷⁹ Düşünmenin oluşumunu belirleyen pek çok iç ve dış etken vardır. Örneğin; İç etkenlerden olan nöro-fizyolojik ve biyo-genetik yapının imkân verdiği ölçüde düşünülebilir. Yine duygular, istek ve arzular, ön kabuller, yargılar ve anılar da düşünmenin hareket alanını belirleyen iç etkenlerdendir. Düşünmenin verilerini, şüphe ve kuşku duymadan kabul eden, kendi doğrusunu sınımadan ön kabul ya da önyargılarla hareket eden kişinin düşünme yetisi sınırlıdır. Bu kişiler düşünceler arasında çoğu kez bağ kuramayıp, çıkarım yapamaz ve muhakeme edemezler.⁸⁰

Düşünmeyi belirleyen dış etkenler ise çevre, sosyal konum, ekonomik şartlar, kültürel miras, dil, tarih vb. olarak sıralanabilir. Düşünmenin oluşumunda iç etkenlerin payı önemli olsa da büyük ölçüde belirleyici olan dış etkenlerdir. Düşünce dış dünyanın bize sunmuş olduğu algılamalara göre oluşur. Bu girdiler sınırlı ise düşünme etkinliği de sınırlı gerçekleşecek ve buna bağlı olarak oluşacak düşüncede de hata oranı o denli fazla olacak demektir.⁸¹

Toplumsal değer yargıları, geleneksel değerler, ahlaki kurallar çoğu kez dış etkenlerin sunduğu hazır bilgileri referans gösterir.⁸² Dış etkenlerin sunduğu bu bilgiler toplumsal bilinçaltı ya da toplumsal belleğin ürünü de olabilir. Mekanikleşme riski altında olan insan düşünmeden karar verir. En kötüsü verdiği kararın farkında bile olmayışdır. Zira hazır bilgiler muhakemenin kullanımına engel olup zihinsel etkinliğin azalmasına

⁷⁶ İnam, (1998), 37.

⁷⁷ Selçuk, (1998), 293.

⁷⁸ Tan, Ü. (1998). "Özgür Beyin". H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 144.

⁷⁹ İnam, (1998), 37.

⁸⁰ A.g.e., 38; Küçük, (2003), 25.

⁸¹ Selçuk, (1998), 293.

⁸² Aliefendioğlu, (1998), 235.

neden olur. Zihni tembelleşen insan basmakalıplarla, alışkanlıklarla ve yüzeysel olarak düşünür. Bu nedenle her insanın hür ve nitelikli düşündüğünü söyleyebilmek güçtür.

Öğretide düşünme süreci sonrası oluşan düşünce kavramına ilişkin pek çok tanım yapılmıştır. Can'a göre düşünce insan zihninin bireysel veya toplumsal olaylar hakkında pozitif, negatif ya da nötr tutumunu ifade eder. Bu kapsamda düşünce; “*görüş, yaklaşım, gözlem, muhakeme, ide, kanaat, mütalaa ve yargı*” gibi düşünme etkinliklerini içeren bir kavramdır.⁸³ Gökçen ise düşünce kavramını “*düşünmenin elle tutulup kavranmayan, görülemeyen, ne var ki hissedilebilen ve hem bireyin hem toplumun hem tüm insanlığın hayatına yön veren, bunları renklendiren en değerli insanlık ürünü*” olarak tanımlamaktadır.⁸⁴

Gerçekten de bilgi edinme ve kültürel zenginleşme düşünce ile gerçekleşir. Bu sayede bireylerin, bilgi edinme yoluyla, sorgulama, beğeni ve eleştiri yetilerini geliştirme, dünyaya bakış açısını genişletme ve düşünsel yetisini güçlendirme kazanımı sağlanır.⁸⁵ Ancak belirtmek gerekir ki düşünce dış dünyanın bize sunmuş olduğu algılamalara göre oluşur. Maruz kalınan girdiler sınırlı ise düşünme etkinliği de o ölçüde sınırlı olacaktır.⁸⁶

Nitelik itibariyle sübjektif bir yapıya sahip olan düşünce hürriyeti öznel ve bireysel çıkarımlara dayanır. Bu kapsamda düşüncelerin “değerli-değersiz”, “faydalı-zararlı” iyi-kötü”, “etik-etik olmayan” ya da “anayasaya uygun-aykırı” gibi kategorize edilmesi düşünce hürriyetinin özüne zarar verir.⁸⁷ Bu husus AYM tarafından bireysel başvuru kararlarında da vurgulanmaktadır. Açıklanan ve yayılan bir düşüncenin içeriği nedeniyle “*değerli-değersiz*” ya da “*yararlı-yararsız*” şeklinde ayrıştırılmasının sübjektif unsurlar içereceğini belirten Mahkeme bu kapsamda yapılacak değerlendirmelerin ifade hürriyetinin keyfi bir şekilde kısıtlanmasına neden olabileceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, “*(...), ifade özgürlüğü, başkaları açısından “değersiz” veya “yararsız” görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içermektedir.*”⁸⁸

⁸³ Can, (2003), 365.

⁸⁴ Gökçen, A. (2001). *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312)*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu. 238.

⁸⁵ Aliefendioğlu, (1998), 235.

⁸⁶ Selçuk, (1998), 293.

⁸⁷ Can, (2003), 364.

⁸⁸ AYM, Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 42; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 37.

1.6.3. Kanaat Hürriyeti

İfade hürriyeti unsurları içerisinde yer alan ve mutlak bir koruma altında olan kanaat hürriyeti ise kişilere tüm alanlara ilişkin olarak edindiği bilgileri analiz edip değerlendirebilme ve bunun sonucunda doğruluğuna inandığı “düşünce”, “görüş” ve “inançları” seçebilme, tercihlerde bulunabilme ve benimseyebilme imkânı sağlamaktadır.⁸⁹ Kişinin düşünceler arasında tercih ve seçimlerde bulunabilmesi farklı veya çeşitli alternatifler ile kendi istekleri arasında bağ kurabilmesine olanak tanır. Zihnin içerisinde gerçekleşen bu faaliyetin asıl önemi ise daha çok dış dünyayı ilgilendirdiği zaman ortaya çıkmaktadır. Zira kanaat hürriyeti kişinin düşünce ve görüşleri nedeniyle endişe ve kaygı duymamasını ve bunları açıklamaya zorlanmamasını gerekli kılar. Böylelikle kişi açıklama öncesi düşünsel zeminde yapmış olduğu tercih ve seçimleri nedeniyle korunmuş olur.⁹⁰ Kanaat hürriyetinin tanımı bireysel başvuru kararlarında da yapılmaktadır. Buna göre AYM, AİHM kararlarına atıfla kanaat (bir görüşe sahip olma) hürriyetini, “(....), *bir kimsenin herhangi bir korku ve endişeye kapılmadan, kamu makamlarının müdahalesi olmadan ve kısıtlanmaksızın bir fikre sahip olması ve bu fikirlerine uygun davranabilmesidir.*(....)” şeklinde tanımlamaktadır.⁹¹

Kanaat hürriyeti düşünce ve görüşlerin “açıklanmaya zorlanamama” güvencesi nedeniyle öğretilde “konuşmama hürriyeti” olarak da geçmektedir.⁹² Sunay’a göre konuşmama hürriyetinin kapsamını “*kişinin inandığı şeyleri açıklamama ya da inanmadığı şeyleri söylememe hakkı*” oluşturur.⁹³

Gerek düşünme süreci gerekse de düşünce faaliyeti kendiliğinden gelişen eylemler olmaları nedeniyle, bireyler çoğu zaman istem dışı kendilerini bu evrede bulabilmektedir. Bu sebeple düşünce ve kanaat eylemi, sadece zihni planda kalmakta, dış dünyada hiçbir etki doğurmamaktadır. Düşünce ve kanaatin bireyin iç dünyasında oluşup gelişmesi nedeniyle, ilk bakışta-hukukun ilgi alanına girmediği düşünülse dahi⁹⁴ düşünceyi açıklama

⁸⁹ Teziç, (1990), 33.

⁹⁰ Kaboğlu, (1993), 47; Sunay, (2001), 57.

⁹¹ AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 65; “(....), *AİHM de görüşlerin açıklanması ve yayılması kapsamına girmeyen, bir görüşe sahip olma özgürlüğünün AİHS’in 10. maddesinin koruması altında olduğunu belirtmiştir.*” İlgili karar için bkz. AİHM, Vogt/Germany, App. No: 17851/91, 26/9/1995, § 54, 61.

⁹² Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 208.

⁹³ Sunay, (2001), 58.

⁹⁴ Tanör, B. (1969). *Siyasi Düşünce hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*. İstanbul: Öncü Kitabevi. 14.

hürriyetinin korunabilmesi düşüncenin oluşumu evresinin de hukuki olarak korunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle her ne kadar oluşum evresinde ki düşüncenin dış dünyaya aktarılamaması nedeniyle hukukun müdahale edemeyeceği alan olsa bile korunması zorunluluğu nedeniyle hukukun konusunu oluşturmaktadır.⁹⁵ Gerçekten de düşünce ve kanaat hürriyetinin sınırlandırılmayacak bir alan olması onun hukuksal düzenlemeye konu olamayacağı anlamına gelmez. Nitekim hukuki rejim açısından sınırlama ile koruma görme birbirinden farklı kavramlardır.⁹⁶

AIHS m.10 da yer alan kanaat hürriyeti Türk Anayasası m.25’de “Düşünce ve kanaat hürriyeti” kenar başlığı ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *”Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”* Ayrıca Anayasanın 15.maddesinin 2. fıkrasında yer alan *“(....),kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz(....)”* ibaresi ile düşünce ve kanaat hürriyeti mutlak bir şekilde güvence altına alınmıştır. Buna göre düşünce ve kanaat hürriyeti olağanüstü yönetim hallerinde dahi dokunulamayacak sert bir çekirdek alan olarak düzenlenmiştir.

1.6.4. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti

İnsanın düşüncesinde hür olduğu eski zamanlardan beri herkes tarafından dile getirilmektedir. Bununla birlikte insana özgü bir yeti olan “düşündüğünün üzerine düşünebilmek” tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Düşünce hürriyetinin anlamlı hale gelebilmesi bireyin düşüncelerini dış dünyaya aktarabilmesi ile gerçekleşebilmektedir. Düşüncelerini serbest ve hür bir şekilde ifade edemeyen kimseler kendilerini gerçekleştiremez. Keza bu durum toplumlar açısından da geçerlidir. Düşünce hürriyetinin açıklanma ve yayılması kısıtlanarak bilgi, fikir ve haber akışı engellenen toplumlar durağan/statik bir yapıya dönüşür ve gelişim gösteremez. Gerçekten de yaşayan insan sayısı kadar farklı düşünce ve kanaatin olduğu düşünüldüğünde istek ve ihtiyaçların tek tipleştirilmesi kabul edilebilir bir durum değildir. Zira bu durum sosyal bir varlık olan insanın tabiatına aykırıdır. Kişinin istek ve ihtiyaçlarına kendi düşünce ve kanaatleri doğrultusunda çözüm araması en tabii hakkıdır. Bu tabii hakkın engellenmesi toplumsal

⁹⁵ Şahbaz, İ. (2007). *Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 16.

⁹⁶ Küçük, (2003), 38.

huzurun azalmasına ve kargaşaya sebep olacaktır.⁹⁷ Ayrıca ruha etki eden düşüncelerin zihinlerde saklı tutulması son derece güçtür. Bu bakımdan düşünceler karşı konulamaz bir nitelik taşır. Sokrat gibi kimi düşünürler düşüncelerini açıklayabilme adına ölümü dahi göze alabilmişlerdir. Tarihsel ve sosyal gerçekler açıkça göstermektedir ki düşünce hürriyetinin bir anlam ifade edebilmesi onun düşündüğünü söyleme hürriyeti ile birlikte olmasıyla mümkündür. Zira düşünce hürriyetinin benimsenip düşüncelerin açıklanmasının yasaklanması kendi içerisinde büyük bir tutarsızlığı beraberinde getirecektir.⁹⁸

Yaratıcı beynin ürünlerinden faydalanabilmek bireylere ve topluma bu hürriyeti kullanabilme zemininin sağlanabilmesi ile mümkün hale gelir. Aksi halde durağan kısmını ifade eden düşünce hürriyeti anlamsızlaşır. Melih Cevdet Anday “*kavuşmamış bir düşünce tamamlanmış değildir*” ifadesine yer verdiği “Hiç” adlı yazısında bu konuyu veciz bir şekilde dile getirmektedir;

*“Düşüncenin ortaya çıkması için önce düşünen özne sonra da onun ruhsal düşünme eylemi gerekiyor demektir. Bununla bitmez; düşünülmüş olan düşüncenin içeriği ile dile getirme biçimi de ona eklenecektir. Daha açığı deyiş biçimine kavuşmamış bir düşünme tamamlanmış değildir. Ancak bunu bir iç deyiş biçimi de olabilir. İsteme ve yaratıcılıkla gerçekleşen düşüncenin, demek bir bilinç olayı olduğu ortaya çıkıyor (...) Tek başına düşünce hiçbir zorunlu sınıra rastlanmayan bir bulutsuyu andırır.(...)Düşünmeye konulan yasak bütün süreci kapsar(...)Düşünme ortamını yok ederek içinden düşün demenin düşünme demekten bir ayrımı yoktur. İnsanlar bu buyruğa uyabilirler hatta bundan bir tür rahatlık da duyarlar. Çünkü düşünme seçme karar verme işini başkasına başkalarına bırakmışlardır. Kendilerinde hiçbir sorumluluk yoktur. Burada karar verenle o kararı uygulayan arasında (buyurgan ile kul arasında)öyle bir uyum doğuverir ki sadikle mazoşist arasındaki ilişkiye benzer bu, biri ötekini yaratmıştır. Rahatlık dediğim faşist buyurganlığın yasakçılığın yarattığı sessizlik çıt yok.”*⁹⁹

Düşünce hürriyeti düşünme etkinliği sonucunda oluşan düşünceyi; kanaat hürriyeti edinilen bilgiler sonucunda oluşacak düşünceler arasında yapılan seçim ve tercihleri (“mantıklı-mantık dışı”, ”iyi-kötü”, ”değerli-değersiz”, “güzel-çirkin”, ”iyi-kötü” vb.) korumaktadır. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ise düşünce ve kanaatlerin dış dünyaya aktarımını korumaktadır.¹⁰⁰ İfade hürriyetinin tam anlamıyla gerçekleşebilmesi unsur hürriyetlerden her birinin birlikte olmasına bağlıdır. Bu nedenle unsur hürriyetlerden “düşünme hürriyeti”, ”bilgi ve haber alma/verme hürriyeti” ile “düşünce hürriyeti” nin tek

⁹⁷ Sunay, (2001), 63-64.

⁹⁸ Bury, (1945), 1-2.

⁹⁹ Anday, M.C. (12.3.1982). “Hiç”. *Cumhuriyet*. naklen Selçuk, (1998), 303.

¹⁰⁰ Can, (2003), 361.

başına ya da birlikte olmaları ifade hürriyetinin gerçekleşebilmesi için yeterli değildir. İfade hürriyeti “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” ile tamamlanır. Düşünen ve edindiği düşünceler içerisinden serbest bir şekilde seçim ve tercihler yapabilen kişilerin bunlar içerisinden benimsemiş olduğu düşünce ve kanaatlerini dış dünyaya iletebilmeleri gerekmektedir.

AIHS m.10’ da “ifade hürriyeti” başlığı altında yer alan bu hürriyet, Anayasa m. 26’ da “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” kenar başlığı ile düzenlenmiştir. Anayasa m. 26/1 hükmüne göre;

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.”

Anayasanın m.25’de düzenlenen ve mutlak bir şekilde korunan “düşünce hürriyeti” nden farklı olarak “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” hukuki olarak belirli şartların varlığı halinde sınırlandırılabilir. Sınırlama şartlarının yer aldığı 26/2 Madde hükmüne göre;

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

Bu hürriyetin düşünce ve kanaat hürriyetinden farklılığı sadece sınırlandırma rejimi bakımından değildir. Zira yukarıda terminoloji sorunu bölümünde de belirtildiği gibi iki hürriyet kapsam ve içerik yönünden de birbirinden ayrılmaktadır. Öte yandan bu iki hürriyet arasında bir bağın olmadığı söylenemez. Nitekim “düşünce hürriyeti”, “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” nin kaynağını oluşturur. Açıklama ve yayma işlemi düşüncenin kendisi olmadan hiçbir anlam ifade etmez.



İKİNCİ BÖLÜM

İFADE HÜRRİYETİNİN KAPSAMI

2.1. İfade Hürriyetinin Kapsamına Genel Bir Bakış

İfade hürriyeti kapsam olarak geniş bir hürriyettir. İfade hürriyetinin kapsamı, genel itibari ile “ifadenin konusu” ve “ifadenin araçları” olmak üzere iki başlıkta ele alınmaktadır. Hürriyetçi anlayışı benimseyen toplumlarda ifade hürriyetine konu ve araçlar bakımından sınırlama getirilmemektedir.

2.2. İfade Hürriyetinin Konusu

İfade hürriyeti içerik bakımından her türlü düşüncenin oluşumuna ve aktarımına imkân sağlamaktadır. Bu bakımdan başta “siyasi”, “sanatsal”, “akademik” ve “ticari” nitelikteki düşünce/fikir açıklamaları dâhil olmak üzere her türlü düşünce ifade hürriyetinin konusunu oluşturur. Bununla birlikte çalışmamızın “*İfadenin Koruma Ölçütleri*” bölümünde detaylı bir şekilde anlatıldığı gibi ifade türlerinin tümü ifade hürriyetinin korumasından mutlak bir şekilde yararlanmamaktadır.¹⁰¹

Konuya ilişkin olarak Türk Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında Anayasanın 26/1 maddesinin ifade hürriyetinin içeriğine herhangi bir sınırlama getirmediğinin altını çizmektedir. İfade hürriyetinin hem gerçek hem de tüzel kişiler açısından geçerli olduğunu belirten AYM ifade hürriyetinin “siyasi”, “sanatsal”, “akademik” veya “ticari” her türlü düşünce açıklamasını koruma altına aldığını belirtmektedir. Mahkemeye göre açıklanan ve yayılan düşünce ve kanaatlerin kişiler ve toplumlar bakımından içerik olarak “değerli-değersiz” veya “yararlı-yararsız” şeklinde kategorize edilmesi sübjektif bir unsur içermektedir. Bu durumun ifade hürriyetinin keyfi bir şekilde sınırlandırılmasına neden olabileceğini belirten Mahkeme başkaları açısından “değersiz” ya da “yararsız” olarak görülen açıklamaların da ifade hürriyetinin koruma

¹⁰¹ Çalışmamızın “İfadenin Koruma Ölçütleri” bölümünde bu konu detaylı bir şekilde anlatılmıştır. Bu nedenle bu başlıkta genel ve kaba hatları ile açıklanmıştır.

kapsamında yer aldığını ifade etmektedir.¹⁰² Diğer yandan AİHM kararlarına atıf yapan¹⁰³ AYM, her ne kadar ifade hürriyetinin içeriğine sınırlama getirilemese de “ırkçılık”, “nefret söylemi”, “savaş propagandası”, “şiddete teşvik ve tahrik”, “ayaklanmaya çağrı” veya “terör eylemlerini haklı göstermek” gibi bu hürriyetin sınır bölgeleri olan alanlarda kamu makamlarının daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁴

2.2.1. İfadenin Tanımı

İfade hürriyetinin anlaşılabilmesi kavramın temel ögesini oluşturan “ifade” kavramı ile kastedilenin ne olduğuna bağlıdır. Öğretide ifade kavramı pek çok tanımlamaya konu olmuş fakat soyut niteliği gereği kavramın sınırları net bir şekilde çizilememiştir. En geniş anlamıyla ifade, duygu ve düşüncelerin –her ne şekilde olursa olsun- dışa vurumu olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁵ Gerçekten de duygu ve düşünceler dış dünyaya aktarılmadıkları sürece ifade değeri taşımamaktadır. Nitekim düşüncelerin, dış dünyada etki ve sonuç doğurabilmesi ancak ifade edilebilmeleri ile mümkün olabilmektedir.¹⁰⁶

2.2.2. İfadenin Korunma Ölçütleri

İfade hürriyeti açısından en önemli tartışmalardan birisi de hangi ifadenin korunması gerektiği sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır. İfade hürriyetine yer veren demokratik ve özgürlükçü toplumlarda dahi en sık tartışılan konulardan biri hangi ifadenin korunma göreceği sorunu ile ilgilidir. Nitekim bu ülkelerde dahi tüm ifadeler hür değildir. Bu nedenle politikacıdan, yurttaşa, yasa koyucudan yargıçlara kadar toplumun her kesiminden kişiler hangi ifadenin korunma görmesi gerektiği, hangisinin cezai yaptırıma tabi olabileceği ve ifade hürriyetinin diğer haklar karşısında nasıl dengelenmesi gerektiği üzerine yanıt vermeye çalışmaktadır. Ancak bu soruların mutlak bir yanıtı

¹⁰² AYM, Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 37; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 37; Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 42; Önder Balıkcı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 40.

¹⁰³ AİHM, Gözel and Özer/Turkey, App. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010 § 56; Gündüz/Turkey, App. No: 35071/97, 4/12/2003, § 40.

¹⁰⁴ AYM, Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 98; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 75.

¹⁰⁵ Beydoğan, A. (2003). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 11.

¹⁰⁶ Can, (2001), 90; Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 17.

bulunmamaktadır. Nitekim demokratik rejimlere sahip olan ülkelerde dahi siyasi, sosyo-kültürel, dini vb. değerler nedeniyle verilecek yanıt farklılaşabilmektedir.¹⁰⁷

2.2.2.1. Tanımlama gerekliliği

Hangi ifadenin korunması gerektiği konusunda ülkeler öğreti ve mahkeme içtihatlarıyla bir takım çözüm önerileri geliştirmektedir. Bu konuda getirilen ilk çözüm önerilerinden biri, ifade hürriyetini güvence altına alan toplumların ifade kavramı ile neyin kastedildiğini tanımlaması gerekliliğidir. Bu öneriye göre tanımlama işi geniş bir şekilde yapılabileceği gibi, olaylara özgü bir şekilde tek tek de olabilir. Yine her iki şekilde karma yöntem de benimsenebilir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Federal Almanya Cumhuriyeti başta olmak üzere birçok ülkede yargı organları ifade hürriyeti incelemesi yaparken tanımlar işin özünü oluşturmaktadır. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi bu konudaki değerlendirmesini “hangi ifade kategorisinin korunması gerektiği” üzerine değil, “hangi ifade kategorisinin korunmaması” üzerine yapmaktadır. Mahkeme, neyin koruma alanına girmeyeceğini tahdidi olarak sıralamıştır. Bu kapsamda “*müstehcen ifade*”, “*ulusal güvenliği tehlikeye atan ifade*”, “*mülkiyeti tecavüzü ve huzur ihlali içeren ifadeler*” koruma dışı bırakılmıştır. Mahkeme bunların dışında, diğer kişilere aktarmak için gerekli ve hakikate erişmede sosyal değeri olan her türlü düşüncenin ifadesini, ifade hürriyeti kapsamına dâhil etmiştir.¹⁰⁸

Öğretide tanımlama işlemi yapılırken ifade hürriyetinin korunma alanına hangi ifade kategorisinin girmeyeceğini esas alan yaklaşımlarda koruma dışı kalan ifadelerin dikkatli ve titiz bir şekilde belirlenip aşırı genişliğe yer vermeden dar tanımlanması gerektiğinin altı çizilmektedir. Gerçekten de ifade kategorilerinin net bir şekilde tanımlanmaması muğlaklığa neden olmakta, korunması gereken ifadelerin de yasaklanma riskini artırmaktadır.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 14.

¹⁰⁸ A.g.e., 31.

¹⁰⁹ A.g.e., 130.

2.2.2.2. Zarar ilkesi

Hangi ifadelerin koruma görmesi gerektiği ile ilgili diğer bir ölçüt ise “zarar ilkesi” dir.¹¹⁰ Zarar ilkesi ölçütünde kamu otoriteleri fayda ve maliyet ilişkisi hesabı yapmaktadır. Faydanın kaçınılan zararı, maliyetin ise sınırlanan ifadeyi temsil ettiği bu hesap ilişkisine göre; bir ifadenin yasaklanmasının zorunlu kılan haklı sebep; ifadenin kullanılmasının oluşturacağı zararın, ifadenin sınırlanmasının getireceği zarardan daha büyük olması olarak açıklanmaktadır. Karşılaştırmada zararın derecesinin nasıl belirleneceği ise inceleme seviyesine göre değerlendirilmektedir.¹¹¹

2.2.2.2.1. Zarar ilkesinin inceleme seviyeleri

İfadenin tek tip bir şekilde ele alınması -diğer bir deyişle standardize edilmesi- ifadenin yapısına bakılmaksızın tüm ifadelerin eşit düzeyde koruma göreceği anlamına gelir. Bunun kabulü ise; tehdit, ırkçı nefret ifadeleri ya da şerefe ve itibarın sarsılmasına yönelik hakaretimiz ifadeler ile mağdurlarını sadece rahatsız eden ya da inciten ifadelerin eşit düzeyde incelenmesine neden olur ki bu durum ifade hürriyetinin kullanımını tehlikeye düşürmektedir.

İfade hürriyeti yüksek bir değere sahip olsa da mutlak bir nitelik taşımamaktadır. Nitekim öğreti ve yargı kararlarında da ifade hürriyetinin bazı alanlarının diğer alanlara göre daha değerli olduğu kabul edilmektedir. İnceleme seviyesinin değerlendirilmesi ise ifade hürriyeti hakkının niteliğiyle doğrudan ilişki göstermektedir. Buna göre ifade hürriyetinin mutlak bir niteliğe sahip olmadığı kabulü halinde hakkın kullanımının kimi durumlarda daha büyük bir toplumsal iyi referans alınarak sınırlanabileceği belirtilmektedir. Ancak bu toplumsal iyinin hangi düzeyde bir büyüklüğe sahip olması gerektiği ya da hakkın sınırı ile beklenen muhtemel yarar arasındaki ilişkinin boyutunun ne olacağının yanıtı büyük önem taşımaktadır. İfadenin yapısı gereği hakkın sınırlanması ayrı

¹¹⁰ Aydın, D. Ö. (2011). “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı -ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi ve AİHS Sözleşmesi’nin 10. Maddesi Zemininden Hareket Eden Bir Kuram Çatısı-” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 50.

¹¹¹ Sadurski, W. (2002). *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, (Çev. M.B. Seçilmişoğlu). Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, (Eserin orijinali 1982’de yayımlandı), 25.

inceleme seviyelerine göre analiz edilmektedir. İnceleme seviyesi yapılırken dikkate alınan husus ifadenin neden olduğu zararın yapısı ve derecesi ile ilgilidir.¹¹²

Sert ve esnek inceleme ayrımı

İnceleme seviyesi yapılırken esnek ve sert inceleme olmak üzere ikili bir ayrım söz konusudur. Esnek incelemeye göre net fayda değeri az olsa bile zararlı eylemler sınırlanabilir. Buna göre sınırlama (maliyet) ile önlenmeye çalışılan zarar arasında en ufak olumlu bir ilişkinin ihtimali dahi sınırlamanın meşruiyetini destekler. Sert inceleme seviyesine göre ise sınırlamanın kabulü için toplumsal iyinin ispatı aranmakta aynı zamanda sınırlama ile elde edilecek fayda arasında çok kuvvetli bir bağ istenmektedir.¹¹³

Düşük ya da değerli ifade ayrımı

İnceleme seviyesi kapsamında önerilen tezlerden bir diğeri ise ifadenin değerine ilişkin yapılan ayrımlarla ilgilidir. Buna göre bütün ifade kategorileri eşit düzeyde öneme sahip değildir. Bir ifade toplumsal değerine göre düşük ya da yüksek değerli olarak nitelendirilmelidir. “Şiddeti teşvik ve tahrik eden ifade”, “pornografi”, “nefret söylemi”, “çirkin lakaplar”, “saygın kişiler için kullanılan küçük düşürücü sözler”, “iftira” düşük değerli ifadeye verilen örneklerden bazılarını oluşturmaktadır.¹¹⁴

ABD Yüksek Mahkemesi ifade kategorilerinin düşük değerli olarak nitelendirilme sebeplerini “fikirlerin açıklanmasının zorunlu bir parçası olmaması”, “kendisinden elde edilen yararın, toplum düzeni ve gelenekteki sosyal menfaatten daha az olduğunun açık olması” ve “gerçeğe ulaşma bakımından sosyal değerlerinin oldukça az olması” olarak sıralamaktadır.¹¹⁵ İnceleme seviyesi olarak düşük değerli ifade kategorisi ayrımının özünde bu tür ifade kategorisinin meydana getirdiği zarar boyutunun, yüksek derecede anayasal güvenceye sahip başka birçok ifade kategorisinin zarar boyutuna göre çok fazla olduğu düşüncesi yatmaktadır. Düşük değerli ifade kategorisi tümüyle korumasız olmamakla birlikte değerinin az olduğu kabulünde; inceleme seviyesine göre bu tür ifade üzerindeki

¹¹² A.g.e., 26.

¹¹³ A.g.e., 27.

¹¹⁴ A.g.e., 28.

¹¹⁵ İlgili karar için bkz. 315 U.S. 568 (1942). naklen Sadurski, (2002), 28.

sınırlamalar yüksek değerli ifadeye göre farklı bir fayda ve maliyet dengelemesine tabi olmaktadır.¹¹⁶

2.2.2.3. İfade fazlası eylem

İnceleme seviyesinin düşürülmesi ile ilgili bir diğer öneri ise; “ifade-fazlası” yöntemidir. Bu yöntemi savunan görüş ifadenin hiçbir zaman saf bir şekle sahip olmadığını, şekli bir takım farklılıklar olsa da ifadenin her zaman bir fazlalık taşıyabileceğini iddia etmektedir. İfade fazlası yönteminde “fazlalık” ile kastedilen ifadenin dışında ancak ifade ile birlikte kullanılan eylem bileşenidir. Buna göre, iletişime denk olmayan “fazlalık”, taşıyıcı ya da aracı bir role sahiptir. Bu nedenle bir eylem bileşenin ifadeye eşlik etmemesi halinde -zarar ilkesinin temel ilkeleri işletilerek-sınırlanabilmesi mümkündür.¹¹⁷ Öte yandan ifade fazlası eylem bileşeninin, iletişime aracı rolü nedeniyle sıradan bir eylem kategorisine göre daha yüksek bir korumayı hak ettiği de ileri sürülmektedir. Tezi savunanlara göre; ifade fazlası eylem bileşeninin daha yüksek koruma görmesi karşılıksız değildir. “Fazlalık” olan eylemin kullanımı ile kimi meşru çıkarlar tehlikeye düşebildiği için; eylemin korunmasında elde edilen fayda ile bireysel ve toplumsal çıkarı temsil eden maliyetlerin dengeli tartımı gerekmektedir. Yapılacak olan fayda ve maliyet analizinde “fazlalık” olarak nitelendirilen eylemin ifadeden hangi ölçüde ayrılacağı önem arz etmektedir. Fazlalık ifadeden ne kadar az ayrılabilir olursa aracı olduğu ya da taşıdığı ifadenin koruma düzeyine o kadar yakın hale gelir. Bu bağlamda ifadenin daha etkin olabilmesi için kullanılan “fazlalık” eyleminden elde edilecek fayda ile “fazlalık eyleminin” iletişimsel olmayan maliyeti arasında yapılacak tartım yol gösterici olarak kabul edilmektedir.¹¹⁸

İfade hürriyetinin sınırlanmasında inceleme seviyesi belirlenirken ifadenin ya da eylemin niteliğinden daha çok sınırlamada gözetilen amacın ne olduğu önem arz etmektedir. Gerçekten de ifade hürriyetine yer veren özgürlükçü toplumlar, sınırlamanın ifade hürriyetini ihlal edip etmediğine karar verirken sınırlama amacının haberleşmenin yasaklanması ile ilgili olup olmadığına bakmaktadır. İfade fazlasında “fazlalık” olan eylem bileşeni olmadan verilmek istenen mesaj iletileniyorsa ifade “fazlalık” olmadan iletişimsel işlevini yerine getiremeyecektir. Bu durumda yapılacak sınırlama iletişimsel olan eyleme

¹¹⁶ Sadurski, (2002), 28-29.

¹¹⁷ A.g.e., 30.

¹¹⁸ A.g.e., 32.

yönelik olup haberleşme yasak bir hale gelecektir. Oysa iletişimsel eylemin salt sözlü ifadenin amacından bir farkı bulunmamaktadır. Sonuç olarak ifadenin sözel iletişim kanalıyla dışavurumu korunurken, ifadeye eşdeğer olan iletişimsel eylemin koruma görmemesi büyük bir çelişki oluşturmaktadır.¹¹⁹

Son olarak belirtmek gerekir ki “ifade fazlası” yönteminde ifade ile eylem arasında ki çizgiyi belirlemek oldukça güçtür. Bunun nedeni ise eylemlerin başka kişilere eylemi yapan kimsenin kişiliği, ilke ve değerleri ya da tercihleri vb. hakkında bir şey iletmesi ve ifade edici bir nitelik taşımasıdır. Fakat yine de tüm eylemler eylemi yapan kimsenin bir şeyi diğer kişilere ifade etme ya da eylemcinin özellikleriyle ilgili bir şeyi diğer kişilere iletme saiki gütmeyebilir. Nitekim öğretide ifade hürriyetinin gerçekleşebileceği bir zemin için iletilmek istenen mesajın algılanmasının yanı sıra haberleşme amacının gerekliliği ayrıca vurgulanmaktadır. Schauer’in de altını çizdiği gibi *“tutarlı bir özgür ifade ilkesi formülasyonu, algılanmış bir mesaj kadar, haberleşme amacının da varlığını gerektirir.”*¹²⁰

2.2.2.4. Sembolik eylemsel ifade

İletişimsel amaca özgülünen birçok eylem şekli bulunmaktadır. Özel korunması gereken birçok iletişimsel eylem ifade-eylem ayrımı ile belirsiz bir hale gelmektedir. Gerçekten de çoğu kez verilmek istenen mesaj ya da ileti sözel olarak dile getirilebilecek iken daha fazla etki uyandırabilmek adına eylemsel bir şekilde dışa vurulabilmektedir. Sayısal olarak oldukça fazla olan bu eylem çeşitlerinin esas amaçları sembolik ya da iletişimsel olmalarıdır.¹²¹ Sembolik eylemsel ifadede eylem ifadeye eşdeğer bir form olarak kabul edilir. Sözel olarak iletilebilecek bir mesajın etkinlik düzeyini arttırmak nedeniyle kullanılan sembolik eylemin, ifade fazlası yönteminde yer alan “fazlalık” eyleminden farklı olarak taşıyıcı ya da aracı bir rolü bulunmamaktadır. Bu bakımdan ifadeye eşlik etmekten öte ifadenin bizzat kendisi olan sembolik eylem koruma yönüyle de ifade fazlası yönteminden ayrılır.¹²²

¹¹⁹ Aydın, (2011), 46-49.

¹²⁰ Schauer, F. (2002). *İfade özgürlüğü: Felsefi bir inceleme*. (Çev. M.B. Seçilmişoğlu). Liberal Düşünce Topluluğu, (Eserin orijinali 1982’de yayımlandı), 139.

¹²¹ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 23-24.

¹²² Sadurski, (2002), 32.

Sembolik ifadeye örnek olarak “pazıbent, maske ya da kolluk takmak”, “tek tip elbise giymek”, “dövme simgeleri”, “bayrak selamlama” ya da “bayrak yakmak” vb. eylemleri gösterilmektedir. Sözü edilenlerin her biri birer eylem türü olmakla beraber güdülen ana amaç sembolik ya da iletişimsel bir nitelik taşımaktadır.¹²³ Öğreti ve uygulamada en sık tartışılan konulardan biri de bayrak yakma sorununa ilişkindir. Bayrak yakma eyleminde sorun bayrağın kumaşının sahibinin izni olmadan alınıp yakılması ya da bayrağın yakılması nedeniyle çıkabilecek yangın tehlikesi ya da yakıldığı çevrenin bölgesinde oluşabilecek kirlilik değildir. Belirtilen bu hususlar hukuki uyumsuzluklar açısından oluşabilecek diğer sorunlara işaret etse de sembolik ifadeye ışık tutamamaktadır. Nitekim bayrak yakma eyleminde bir kumaş bez parçasının yok edilmesinden çok bayrağın temsil ettiği değerlere yönelik saldırı sorun olmaktadır.¹²⁴

ABD Yüksek Mahkemesi bayrak yakma eyleminde sembol veya eylemin ifade içerip içermediğine göre değerlendirme yapmaktadır. Bu kapsamda “ifadenin kısıtlanması kamu düzeni gerekçesiyle zorunlu bir sebep nedeniyle mi yoksa bayrak yakma eylemiyle verilmek istenen mesaj nedeniyle mi olmaktadır?” sorusunun yanıtına göre sembolik eylemin koruma rejimi belirlenmektedir.¹²⁵ Gerçekten kamu düzenini tesisi etmek amacıyla zaruri bir müdahale yoksa kamu otoriteleri olayın içeriğinden hareketle ifadeyi kısıtlayamaz.¹²⁶ Görüldüğü üzere Mahkemeye göre düşünceyle verilmek istenen mesaj hedef alınamaz. Mahkeme yapılacak sınırlama ile gözetilen amacın bayrak yakma eyleminin taşıdığı mesaj olmayıp eylemin yarattığı tehlike ya da zarar olduğunun altını çizmektedir.¹²⁷

2.2.2.5. Açık ve mevcut tehlike ölçütü

İfade hürriyeti incelemesinde başta ABD olmak üzere Türkiye’nin de dâhil olduğu pek çok ülkenin yüksek yargı organları tarafından uygulanan ölçütlerden birisi de “açık ve mevcut tehlike”dir.¹²⁸ 1919 yılında ilk defa Yargıç Holmes tarafından ifade edilen “açık ve

¹²³ A.g.e., 30; Aydın, (2011), 45.

¹²⁴ Sadurski, (2002), 32.

¹²⁵ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 25.

¹²⁶ Güran, S. (1991). “Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8, 194-195.

¹²⁷ Aydın, D. Ö. (2004). *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 375; Aydın, (2011), 45; Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 127.

¹²⁸ Barnum, D. G. (2006). “The Clear and Present Danger Test in Anglo-American and European Law”. *San Diego International Law Journal*, 7(2), 263-264.

mevcut tehlike” ölçütüne göre kelimeler birey ve toplum açısından açık ve mevcut tehlike oluşturuyorsa sınırlamaya konu olabilmektedir.¹²⁹ Yargıç Holmes “açık ve mevcut tehlike” durumuna örnek olarak seyirci koltuklarının tamamen dolu olduğu bir tiyatrodan “yangın var” diye bağırılması nedeniyle ortaya çıkan korku ve panik durumunu göstermiştir. Ona göre “yangın var” ibaresinin oyun gereği oyuncu kişi tarafından söylenilmesi halinde “açık ve mevcut tehlike” den söz edilemeyecektir. Fakat bu söylem bilinçli ve yanlış olarak ifade edilmesi halinde ifade hürriyetinin korumasından yararlanamayacaktır.¹³⁰ O halde söylemin ifade edildiği bağlam ve koşullar da önem arz etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki uygulamada tüm olaylar söz konusu örnekte olduğu gibi açık ve net değildir.

“Açık ve mevcut tehlike” ölçütünde ifadeye yönelik müdahalenin meşruiyetinin kanıtlanabilmesi toplumsal çıkarın tehlikede olduğunun ispatı ile mümkündür.¹³¹ Bununla birlikte söz konusu tehlikenin muğlak ve uzak bir tehlike olması yeterli değildir. Tehlikenin açık ve yakın olması gerekmektedir.¹³² Öte yandan tehlike ve zararın tespitinin her zaman kolay olmaması sorunu daha da karmaşık bir hale getirmektedir. Zira toplum menfaatleri farklı zaman ve şartlara göre değişebilmektedir. Özellikle soyut içerikli sınırlama sebepleri (kamu güvenliği, genel ahlak vb.) kamu otoritelerince geniş bir şekilde yorumlanabilmekte ve buna bağlı olarak ifade hürriyeti keyfî bir şekilde sınırlanabilmektedir.¹³³ Bu bağlamda sınırlamada keyfiyetin önüne geçebilmek için “tehlike” kavramı nitelendirilmektedir. Buna göre tehlike hem “*ciddi*” ve “*somut*”, hem de “*açık*” ve “*mevcut*” olmalıdır. “Açıklık” hiçbir şüpheye yer olmaksızın tehlikenin ortada olması iken “tehlikenin mevcudiyeti” dile getirilen sözcüklerin zarar ihtimalinin kesine yakın olmasını ifade etmektedir.¹³⁴ Whitney v. California kararında belirtildiği üzere “(....),bir açık ve mevcut tehlike bulgusunu desteklemek için ya yakın ciddî şiddetin

¹²⁹ Arslan, Z. (2001). “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: “Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri”, *Liberal Düşünce*, (24), 18; İlgili karar için bkz. Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52 (1919)

¹³⁰ Bloustein, E.J. (1989). “Criminal Attempts and the Clear and Present Danger Theory of the First Amendment”. *Cornell Law Review*, 74(3), 1136-1137; Aydın D. Ö. (2004). 101; Arslan, (2001), 18.

¹³¹ Salihpaşaoğlu, Y. (2008). “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları”. *Liberal Düşünce*, (51-52), 234.

¹³² Göze, A. (2016). *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*. (On altıncı Baskı), İstanbul: Beta Yayınları, 577.

¹³³ Arslan, Z. (2003). ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü. Z. Arslan (Editör). Ankara: Avrupa Komisyonu Liberal Düşünce Topluluğu, 28.

¹³⁴ A.g.e.; Arslan, (2001), 18.

*beklendiği ya da desteklendiği ya da geçmiş eylemin, bu desteğin daha sonrası için tasarlandığına inanmak için gerekçe sağladığının gösterilmesi gerekir.”*¹³⁵

ABD Yüksek Mahkemesi “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü ilk kez Schenck v. United States (1919) kararında uygulamıştır. Davanın görüldüğü yıllarda ABD deki siyasi iklim karar üzerinde epey etkili olmuştur. ABD’de 1. Dünya savaşına girilmesiyle birlikte hoşgörünün yerine korku ve sansür uygulamaları hâkim olmuştur. Buna paralel olarak yönetimin eyalet ve federal düzeyde ülkede işçi aktivistlerine, grevcilere, anarşistlere, sosyalistlere ve komünistlere karşı olan tutumu gittikçe sert bir hal almıştır. Yönetime muhalif olan kişilerin savaşa girme durumuna engel olabileceği korkusu yönetimi her geçen gün daha da endişelendirmiş, bu nedenle Kongre 1917 Casusluk Yasasını onaylamıştır. Böylelikle anti-hükümet ve anti-savaş girişimleri yasaklanmış, savaşın sona ermesine kadar Casusluk Yasası gerekçe gösterilerek binlerce kişi hakkında takibat yapılmıştır. Bunlardan birisi de ilk vaka olma özelliğini taşıyan Schenck v. United States (1919) davasıdır. ABD Yüksek Mahkemesi bu davada zorunlu askerliğe karşı bildiri dağıtan kişinin mahkûmiyetini oybirliği ile onaylamıştır. Mahkeme karara gerekçe olarak olağan dönem olan barış zamanlarında serbest olan ifadenin zararlı eğilim¹³⁶ ve niyet taşınması halinde savaş zamanında yasaklanabileceği belirtmiştir.¹³⁷ Aynı yıl içerisinde verilen başka kararda ise bu sefer oybirliği sağlanamamış, Yargıç Holmes ve aynı görüşe katılan Yargıç Louis Brandeis “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü daha açık ve demokratik bir şekilde yorumlamıştır. Savaş malzemeleri üreten bir fabrikanın yanında Rusya yanlısı broşür dağıtan kişilere diğer Mahkeme üyeleri zarar eğilimi ve niyet ölçütünü tatbik ederken Yargıç Holmes muhalefet şerhinde *“hiç kimse, tanınmayan bir adam tarafından gizlice basılan bir sersem ilânın ani bir tehlike yaratacağını varsayamaz”* diyerek hukukun *“çok açık olarak anî müdahale tehlikesi”* ile ihlâl edilmediği sürece sözcüklerin cezalandırılmayacağını ifade etmiştir. Ancak bu yaklaşımın diğer Mahkeme üyeleri tarafından benimsenmesi yarım asır kadar bir süre almıştır.¹³⁸

¹³⁵ Whitney v. California, 274 U.S. 357, 1927.376-377. naklen Arslan, (2003), 137.

¹³⁶ “Açık ve mevcut tehlike” ölçütüne göre daha ileri bir aşama olan “zararlı eğilim” ölçütünde devletin varlığını tehdit eden her türlü düşünce açıklaması yapıldığı an itibarıyla yasaklamaya konu olabilmektedir. Zararlı eğilim ölçütü için bkz. Bloustein, E. J. (1991). “The First Amendment ‘Bad Tendency’ of Speech Doctrine”. *Rutgers Law Review*, 43(3), 507-538; Güran, S. (1969). *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 81-95; Göze, (2016), 578.

¹³⁷ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 67-68.

¹³⁸ A.g.e., 69. İlgili karar için bkz. Abrams v. United States, 1919, 627-630.

ABD Yüksek Mahkemesi normal dönem ve savaş dönemi ayrımından yola çıkarak uyguladığı “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü ABD ile Rusya arasındaki ilişkilerin gerildiği Soğuk Savaş döneminde de devam ettirmiştir. Komünizmin tartışılmasının anayasal güvenceye tabi olduğunu belirten Yüksek Mahkeme, komünizmin savunulmasının bu kapsamda olmadığını ifade etmiştir.¹³⁹ Komünistlerin hükümeti devirmeye hazır olduğu düşüncesine Yüksek Mahkeme de katılmıştır. Militan demokrasi¹⁴⁰ anlayışını benimseyen Yüksek Mahkeme siyasi konjokturel reflekslere göre “açık ve mevcut tehlike” ölçütünü uygulayarak antikomünist uygulamalara açık bir şekilde destek vermiştir.¹⁴¹

Türk Hukuk Sisteminde “açık ve mevcut tehlike” ölçütü ilk kez AYM tarafından 19.07.1995 tarihinde Sosyalist Birlik Partisi’nin kapatılması davasında kullanılmıştır. AYM söz konusu davada demokratik rejimlerde siyasi partilerin faaliyet amacının ırk ayrımcılığı olamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, ırk ayrımcılığına araç olan siyasi partilerin varlıklarını devam ettirebilmesi kanunen mümkün değildir. Mahkeme söz konusu durumun devletin ülkesi ve ulusal bütünlüğü açısından “*yakın ve görülebilir bir tehlike*” oluşturduğunu ifade etmiştir.¹⁴² “Yakın ve görülebilir bir tehlike” ibaresi kullanılarak dolaylı bir şekilde kullanılan bu ölçüt diğer parti kapatma davalarında (Refah Partisi, Demokratik Kitle Partisi ve Fazilet Partisi) da gerek hazırlanan iddianameler gerekse iddianamelere karşı partiler tarafından yapılan savunmalarda sık bir şekilde kullanılmıştır.¹⁴³ Refah Partisi’nin lâiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği savıyla kapatılması istemli davada yapılan savunmada ABD Yüksek Mahkemesi kararlarına atıfla bir hakkın sınırlandırılabilmesi için “açık ve mevcut bir tehlike” (clear and present danger) oluşturması gerektiği, söz konusu tehlikenin “açık”, “mevcut” ve “ciddi” olmasının arandığı belirtilmiştir. Savunmada, “*Potansiyel tehlike*” ya da “*yorumla başvurma*” yoluyla tehlikenin tespit edilerek hürriyetlerin sınırlandırılamayacağı vurgulanmış,

¹³⁹ ABD Federal Yüksek Mahkemesinin komünizm propagandası ile ilgili karar değerlendirmeleri için bkz. Fendoğlu, H.T. (2018). *Anayasa Yargısı*. (2.Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 247-248.

¹⁴⁰ Militan Demokrasi kavramı hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Hakyemez, Y. Ş. (2000). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*. Ankara: Seçkin Yayınları.

¹⁴¹ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 72; Salihpaşaoğlu, (2008), 233.

¹⁴² İlgili karar için bkz. AYM, E. 1993/4 (Siyasi Parti-Kapatma), K. 1995/1

¹⁴³ Salihpaşaoğlu, (2008), 235.

bir hakkın “*bugün değilse bile ileride tehlike oluşturabileceği*” varsayımı ile kısıtlamaya konu olamayacağı ifade edilmiştir.¹⁴⁴

Görüldüğü üzere “açık ve mevcut tehlike” ölçütü hangi ifadenin ne düzeyde koruma görmesi gerektiği hakkında yargı kararlarında sık bir şekilde uygulanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki bu ölçüt yargıcın hangi yorum ilkesini esas alacağı ile yakından ilgilidir. Diğer bir deyişle önemli olan ölçütün kullanılmasından öte ölçütün nasıl uygulandığıdır.¹⁴⁵ Yargı organlarının hürriyeti daraltıcı bir yorumla değerlendirme yapması halinde uygulanan ölçütün pratik bir değeri kalmayacaktır. Öte yandan yargı organları dinamik bir yorumla tehlikeyi somutlaştırıp ifade hürriyetinin kullanımında önemli bir adım atabilir. Böylelikle kişiler kullandıkları ifadeler nedeniyle kovuşturma altına girme endişesini taşımadan daha özgürlükçü bir ortamda yaşayabilecektir.¹⁴⁶

2.2.2.6. İfadenin bağlamı

Hangi ifadenin koruma görmesi gerektiği ile ilgili bir başka çözüm önerisi ise; düşüncenin dışavurum şekillerinin soyut bir şekilde ayrıma tabi tutulmaması gerektiği ile ilgilidir. Pek çok yazar ifade hürriyetinin genel geçer bir kapsamının olmadığını, ifade hangi şekilde tanımlanırsa tanımlansın ifade hürriyetinin sınırlarının net bir şekilde çizilemeyeceğini bu nedenle düşüncenin ifade edildiği bağlam ve çerçevenin büyük önem taşıdığını söylemektedir. Post’a göre, ifade hürriyeti “*soyut iletişime değil, iletişimi çevreleyen ve ona değer kazandıran sosyal bağlama aittir.*” Yazara göre, ifade hürriyeti değerlendirmesinde ifadenin aracı, ifadenin kullanıcısı ile muhatabı arasındaki ilişki ve ifadenin kültürel bağlamının bir bütün olarak ele alınması gerekir.¹⁴⁷ Konuya ilişkin olarak AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru kararlarında da aynı yönde değerlendirme yapılmaktadır. Söz konusu kararlarda ifadenin bağlamlarından kopartılarak incelenmesinin ifade hürriyeti ve temel hakların sınırlandırma rejiminin temel ilkelerinin uygulanmasında yanlış sonuçlara neden olacağı belirtilmektedir.¹⁴⁸ İfade hürriyetine

¹⁴⁴ İlgili karar için bkz. AYM, E.1997/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1998/1

¹⁴⁵ Salihpaşaoğlu, (2008), 240.

¹⁴⁶ Sancar, T.Y. (2003). “Türk Ceza Kanunu’nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(1), 99.

¹⁴⁷ Post, R. (1995). “Recuperating First Amendment Doctrine”. *Stanford Law Review*, 47, 1255. naklen Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 32-33.

¹⁴⁸ AYM, Bejdar Ro Amed, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 75.

yönelik değerlendirmelerde genel ve soyut değerlendirme yapılmaması gerektiğini vurgulayan AYM¹⁴⁹, AİHM kararlarına atıf yaparak¹⁵⁰;

- “ifadenin kullanıcısının kimliği/sıfatı”,
- “hedef alınan kişinin kimliği”,
- “ifadenin içeriği”,
- “ifadenin şekli”,
- “ifadenin türü”,
- “ifadenin açıklandığı zaman”,
- “İfadenin sınırlama nedenlerinin niteliği” gibi çeşitli unsurlara göre ayrılan detaylı bir incelemeye ihtiyaç olduğunu belirtmektedir.¹⁵¹

AYM yapılacak bireysel başvuru incelemesinde yerel mahkemelerin kararlarında belirtilen hususların ele alınmasının tek başına yeterli olmayacağını, “(....), ifadenin içinde geçtiği konuşmanın bütünü ile birlikte ve söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın, olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi” gerektiğini ifade etmektedir.¹⁵²

2.2.3. İfadenin Türleri

2.2.3.1. Siyasi ifade

İfade türlerinden biri olan siyasi ifadenin kullanımı sadece haberleşme şekli olarak karşımıza çıkmamaktadır. Demokratik toplumların temeli olan seçim süreci ile kamuoyunu ilgilendiren olaylar hakkında yapılan düşünce açıklamaları siyasi ifadenin asıl konusunu oluşturmaktadır.¹⁵³ Gerçekten de haklarında sayısız karar alınan yönetilen grubu, hukuki

¹⁴⁹ Müstehcen içerikli sanat eserlerinin değerlendirmesine ilişkin bkz. AYM, İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017, § 58.; Terör propagandası olduğu iddia edilen bir gazete makalesi için bkz. Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 64; İtibara zarar veren iddialar bulunduğu ileri sürülen bir kitap için bkz. Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, §§ 63, 66, 67; Aynı suçlamanın yer aldığı bir gazete makalesi için bkz. Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 62; Bir elektronik iletideki sözlerin olayların bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin karar için bkz. Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 52.

¹⁵⁰ AİHM, Axel Springer AG / Germany, App. No: 39954/08, 7/2/2012; Von Hannover/ Germany (No.2) [GC], App. Nos.: 40660/08 and 60641/08, 7/2/2012.

¹⁵¹ AYM; Emine Rezzan Aydınoglu, B. No: 2013/8396, 11/3/2015, §41; Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 48-49.

¹⁵² AYM, Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 52; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 62; İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017, § 58; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 63.

¹⁵³ Schauer, (2002), 151; Beydoğan, (2003), 80.

durumlarında değişim meydana getiren bu kararlar silsilesine karşı itirazlarını ya da düşüncelerini siyasi ifade ile gerçekleştirebilmektedir. Yine karar verici mekanizmalar olan yönetici ya da siyasetçilerin kamuoyunu ilgilendiren bir olay hakkındaki düşüncelerini dile getirmesi aynı kapsamdadır. Görüldüğü üzere siyasi konularda yapılacak müzakereler ile iktidarı elinde bulunduran yöneticilerin politik kararları ve bu kararlar üzerindeki halk denetimi siyasi ifadenin kullanımı ile gerçekleşmektedir. Bu kapsamda karardan etkilenen seçmenler (yönetilenler) ile karar verici merci olan yöneticiler arasındaki ilişkide temel rol oynayan siyasi ifade, anayasal demokrasinin işlerliği bakımından ayrıcalıklı ve özel bir yere sahiptir.

Siyasi ifadenin serbest kullanımı için çoğulcu demokrasi anlayışının hâkim olması gerekmektedir. Demokratik rejimlerde belirli süre için -her ne kadar- çoğunluğun yönetimde söz sahibi olacağı kabul edilse de çoğunluğun istediği her şeyi yapabilme yetkisi bulunmamaktadır.¹⁵⁴ Çoğulcu demokrasi gereği,¹⁵⁵ çoğunluğun siyasi denetimi ve hukuk ile sınırlandırılması azınlıkta kalanların haklarının korunması açısından zorunlu bir ihtiyaçtır. Azınlıkta kalanların çoğunluğu eleştirebilmesi, kendi inanç, düşünce ve görüşlerini hür ve serbest bir şekilde açıklayabilmesi siyasi ifadenin kullanımı ile gerçekleşebilir.¹⁵⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki bugünün azınlıkta kalan kesiminin yarının çoğunluğu olması her zaman ihtimal dâhilindedir.¹⁵⁷

Azınlıkta kalanların haklarının korunması bakımından bir diğer önemli gereklilik ise hoşgörü zeminin tesis edilmesidir.¹⁵⁸ Toplumsal barışın önkoşulu olan hoşgörü kişilerin onay vermedikleri eylem ya da davranışlara karışmaması gerektiği inancı olarak tarif edilmektedir. Belirli bir eylem ya da davranışın onay görmemesi ve kişilerin kendi fikirlerini diğer kişilere dayatmalarının reddedilmesi bu inancın temel özellikleri olarak sayılmaktadır.¹⁵⁹ Taassup ya da körü körüne bir inanç ya da görüşe bağlanmanın karşıtı

¹⁵⁴ Yavuz, B. (2009). “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan hakları”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(1-2), 288-289.

¹⁵⁵ Çoğulcu demokrasinin dayandığı temel ilkelere ilişkin bkz. Tunç, H. (2008). “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1-2), 1117-1119.

¹⁵⁶ İnceoğlu, S. (2010). “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”. E. Göztepe. (Editör). *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 83-84.

¹⁵⁷ Uygun, O. (2010). “Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi”. E. Göztepe. (Editör). *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 25.

¹⁵⁸ Hoşgörü kavramına ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. Locke, J. (2013). *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup*. (Çev. M. Yürüşen). Ankara: Liberte Yayınları. (Eserin orijinali 1667’de yayımlandı), 29-93.

¹⁵⁹ Ashford, (2011), 125.

olan hoşgörü diğer inanç ve görüşlere saygılı olmak ve farklı ifadelerden rahatsız olmama durumudur.¹⁶⁰ Fikir ve inançlarında aşırı tutucu olan gruplar düşüncelerinin doğruluğundan hiçbir kuşku duymazlar ve buna bağlı olarak -bir takım ahlaki gerekçelerle- kendi düşünceleri ile bağdaşmayan “öteki” düşünceleri bastırmak için şiddeti araç olarak kullanırlar. Çeşitlilikleri içinde barındıran çoğulcu bir toplumda yaşayabilmek için diğer kişilerin hak ve hürriyetlerine saygı göstermek zorunlu bir gerekliliktir. Zira medeni bir davranışın esas özelliklerinden biri de ihtilafların çözümünde sulh ve müzakere yöntemlerini kullanıp şiddete başvurmamaktır.¹⁶¹

AİHM kamuoyunu ilgilendiren düşünce açıklamaları veya siyasi ifadelerin korunmasına ayrı bir önem atfetmektedir. Bu alanda yapılacak sınırlamalara çok az yer bırakan Mahkeme siyasi ifadeye yönelik sınırlamalara ilişkin güçlü sebeplerin varlığını aramaktadır. Bu kapsamda zorlayıcı nedenler olmadıkça siyasi ifadeye kısıtlama getirilememektedir.¹⁶² Öte yandan siyasi ifade hürriyeti mutlak bir niteliğe sahip değildir. Sözleşmeciler Devlet “kısıtlamalara” veya “cezalara” tabi olabilir ancak bunların m.10 çerçevesinde ifade hürriyeti ile uyuşup uyuşmadığını belirlemek, Mahkeme’nin görevi kapsamındadır.¹⁶³

AYM siyasi ifadeye ilişkin değerlendirmelerinde AİHM’in yaklaşımını takip etmektedir. Siyasi ifadenin kullanımında temel gereklilik olan “çoğulculuk” ve “hoşgörü” kavramlarının önemine işaret eden AYM, toplumsal ve siyasal çoğulculuğun tesis edilebilmesinin her türlü düşüncenin ayırım gözetilmeksizin hür ve serbest bir şekilde ifade edilebilmesi ile mümkün olduğunu belirtmektedir.¹⁶⁴ AYM, ifade hürriyetinin bireysel veya toplumsal işlevini ifa edebilmesi için, “*sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü “haber” ve “düşüncelerin” değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi*” gerektiğini ifade etmektedir. Mahkemeye göre, “çoğulculuk”,

¹⁶⁰ Öner, N. (2005). *İnsan Hürriyeti*. (Beşinci Baskı). Ankara: Vadi Yayınları, 115.

¹⁶¹ Ashford, (2011), 126, 132-135.

¹⁶² AİHM, Feldek/Slovakia, App. No: 29032/95, 12/07/2001, § 83.

¹⁶³ AİHM, Castells/Spain, App. No: 11798/85, 23/4/1992, § 46.

¹⁶⁴ AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Handyside/U.K., Appl. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49.

“hoşgörü” ve “açık fikirliliğin” temeli olan ifade hürriyeti olmadan “demokratik toplumdan” söz edilemez.¹⁶⁵

AYM, ifade hürriyetinin büyük oranda eleştiri hürriyetini korumayı hedeflediğini belirterek kullanılan ifadelerin sert olmasının doğal olarak karşılanması gerektiğini ifade etmektedir. Siyasi tartışma hürriyetinin “tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi”¹⁶⁶ni oluşturduğunu vurgulayan Mahkemeye göre, “siyasal politikaları ve siyasileri eleştiren, siyasi politikaları veya açıklamaları muhalif bir tarzda ele alan siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerekmektedir.”¹⁶⁷

Ayrıca AYM, kamusal menfaatlere ilişkin siyasi açıklamaların ya da toplumsal meselelere ilişkin tartışmaların sınırlamasında kamu makamlarının takdir marjının çok dar olduğuna işaret etmektedir.¹⁶⁸ Mahkemeye göre; “sağlıklı bir demokrasi, bir hükümetin yalnızca yasama organı veya yargı organları tarafından denetlenmesini değil aynı zamanda sivil toplum örgütleri, medya ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir.” Bu kapsamda “hükümetler kullandıkları kamu gücünden dolayı kendilerine yöneltilmiş en ağır eleştirileri bile hoşgörü ile karşılamak zorundadır.”¹⁶⁹ Aynı şekilde siyasetçilere yönelik kabul edilebilir eleştiri sınırları diğer kişilere göre daha fazladır. “Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar; bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır.”¹⁷⁰ Öte yandan siyasetçilerin hoşgörü yükümlülüğü “şöhret ve haklarının” korunmayacağı anlamına gelmemektedir.¹⁷¹ Mahkemeye göre, “şahsi sıfatları dışında hareket eden siyasetçiler

¹⁶⁵ A.g.k., § 42.

¹⁶⁶ Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Lingens/ Austria, App. No: 9815/82, 8/7/1986, §§ 41, 42.

¹⁶⁷ AYM, Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 64; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 68; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 64.

¹⁶⁸ AYM, Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 74; Aynı yönde görüş için bkz. AİHM, Başkaya and Okçuoğlu/Turkey, App. No: 23536/94, 24408/94, 8/7/1999, § 62.

¹⁶⁹ AYM, Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 66; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 66; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 69; Benzer yönde bir karar için bkz. AİHM, Castells/Spain, § 46.

¹⁷⁰ AYM, Bekir Coşkun, § 67; Tansel Çölaşan, § 67; Ergün Poyraz (2), § 70. Benzer yönde bir karar için bkz. AİHM, Lingens/ Austria, § 42.

¹⁷¹ Konuya ilişkin detaylı inceleme çalışmamızın son bölümü olan “İfade Hürriyetinin Sınırlandırma Rejimi” başlığı altında detaylı bir biçimde ele alınacağı için şimdilik genel hatları ile değinilmekle yetinilmiştir.

bakımından söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartışılmalıdır.”¹⁷²

2.2.3.2. Sanatsal ifade

İnsanı diğer canlı türlerinden ayırt eden bir özellik olan “düşündüğünün üzerine düşünebilmek” yetisi, insana yaratıcı etkinliklerde bulunma imkânı sağlamaktadır. Nitekim insan tanımlaması yapıldığında ilk olarak insanın yaratabilme ve yarattıkları ile evreni değiştirebilme potansiyeli vurgulanır.¹⁷³ Yaratıcı özelliğin en çok görüldüğü alanlardan birisi de kuşkusuz sanat alanında ortaya çıkmaktadır.¹⁷⁴ Sanat kavramının tanımı sözlükte “*bir duygu, tasarı, güzellik vb.nin anlatımında kullanılan yöntemlerin tamamı veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık*” olarak geçmektedir.¹⁷⁵ Ersoy’un tanımına göre ise sanat, “*hoşa giden biçimler yaratma çabası*” olarak ifade edilmektedir.¹⁷⁶

Kişiler duygu, düşünce ve görüşlerini sanatın istediği dalını tercih ederek dış dünyaya aktarabilir. İçerisinde belirli imgeler ve çağrışımlar taşıyan bu araçlar “güzel sanatlar”, “edebiyat”, “müzik”, “görsel sanatlar”, “mimari”, “gösteri sanatları”, “grafik sanatlar”, “plastik sanatlar”, “dekoratif sanatlar” vb. gibi pek çok farklı biçimde ortaya çıkabilir.¹⁷⁷ Sanatını yaratan kişiler söz konusu sanat ürünlerini diğer kişilerin faydalanması için dış ortamda sunmaktadır. Bu yönüyle iletişimsel bir nitelik taşıyan sanat etkinliği ifade hürriyetinin konusunu oluşturmaktadır.¹⁷⁸ Aynı zamanda kültürel bir

¹⁷² AYM, Bekir Coşkun, § 68; Tansel Çölaşan, § 68; Ergün Poyraz (2), § 71.

¹⁷³ Çeçen, A. (1982) “Anayasa ve Sanat”. *Yeni Dizi*, 46, 26. naklen Atalay, E. (2004). “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 43.

¹⁷⁴ Atalay, E. (2004). “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 43.

¹⁷⁵ İnternet: Türk Dil Kurumu. *Güncel Türkçe Sözlük*. Web: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cc02ef0cd4191.18648723 adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

¹⁷⁶ Ersoy, A. (2016). *Sanat Kavramlarına Giriş*. İstanbul: Hayalperest Yayınevi, 10.

¹⁷⁷ Bingöl, B. (2010). “Sanat Özgürlüğü”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 95; Atalay, E. (2004). “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), 3-4.

¹⁷⁸ Atalay, (2004), 11.

zenginlik olan sanat insanın kendisini gerçekleştirip varlığını ortaya koyabilmesine ve medeniyetin çeşitliliğine önemli bir katkı sağlamaktadır.¹⁷⁹

Zihinsel yaratım süreci sonucunda oluşan sanat eserleri ile verilmek istenen mesajın ne olduğunu belirlemek kolay değildir. Zira taşıdığı kurgusal nitelik gereği sanat eseriyle verilmek istenen mesajın değerlendirilmesi ya da yorumlanması kişiden kişiye göre farklılık gösterebilir. Keza Karan’a göre, ifade hürriyeti güvencesinden yararlanabilmek bakımından sanatsal ifadenin “estetik değeri” de tek başına yeterli bir ölçüt değildir.¹⁸⁰ Öğretide hangi sanat ifadelerinin ifade hürriyeti kapsamında koruma görmesi gerektiğine ilişkin Greenawalt tarafından kümülatif üç ilke sayılmıştır. Buna göre;¹⁸¹

- “Eseri yapan, vakaları veya değerleri anlatmak isterse”,
- “İzleyiciler niyetin bu olduğunu anlarsa”,
- “Hükümetin bastırma girişimi sanatçının mesajına dayanırsa” sanatsal ifade koruma rejiminden yararlanabilecektir.

Sanatsal ifade normatif olarak en belirgin şekilde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Sözleşme m.15/3 e göre; “*Bu sözleşmeye taraf devletler bilimsel araştırma ve yaratıcı faaliyetler için gerekli özgürlüğe saygı göstermekle yükümlüdürler.*” Bir diğer önemli düzenleme ise Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 19/2 maddesinde yer almıştır. Buna göre ifade hürriyeti “(…), sözlü, yazılı veya basılı veya sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşüncüyü arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.”

İfade hürriyeti türlerinden biri olan sanatsal ifade her ne kadar AİHS m.10 kapsamında güvence altına alınsa da kavramın kendisine doğrudan bir gönderme yapılmamıştır. Sanatsal ifadenin m.10 kapsamında koruma görmesi gerektiği AİHM kararları ile ortaya konulmuştur. Mahkemeye göre “(…), 10. madde, özellikle bilgi ve fikir alma ve verme dâhil olmak üzere kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikirlerin değiş

¹⁷⁹ Harris, D. J., O’Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2013). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (Çev. M. Bingöllü ve U. Karan). Ankara: Avrupa Konseyi, 470. naklen Karan, U. (2018). “*İfade Özgürlüğü*”. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2*. Ankara: Avrupa Konseyi, 15.

¹⁸⁰ Karan, (2018), 14.

¹⁸¹ Greenawalt, K. (1989). *Speech, Crime and the Uses of Language*. New York: Oxford University Press. naklen Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 28.

*tokuşuna katılma fırsatı yaratan sanatsal ifade özgürlüğünü de içermektedir.”*¹⁸² Sanatsal yaratıcılık ve sanat eserlerinin dağıtımının düşünce ve kanaat paylaşımına temel bir katkı sağladığını belirterek sanat eserlerinin serbest dolaşımının demokratik toplumlar için yaşamsal bir öneme sahip olduğunu ifade eden Mahkemeye göre; *“Sanatçı, yaratıcı eseri aracılığıyla dünya üzerine 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.”*¹⁸³

Türk hukukunda sanatsal ifade hürriyeti, Anayasa m.27’de “Bilim ve sanat hürriyeti” kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hürriyete göre, *“Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.”* Görüldüğü üzere, 26.maddede genel bir şekilde düzenlenen bu hürriyet, 27.madde kapsamında bilim hürriyeti ile birlikte özel bir şekilde düzenlenmiştir.¹⁸⁴ Sanatsal ifade hürriyeti AYM’ye yapılan bireysel başvuru kararlarına da konu olmuştur. Yayınladığı şiir kitapları nedeniyle yargılanmasının ifade hürriyetini ihlal ettiğini ileri süren başvurusunun başvurusunu değerlendiren AYM; sanatsal ifadelerin Anayasa’nın 26. maddesinde genel bir şekilde, 27. maddesinde ise özel bir şekilde güvence altına alındığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu iki madde düşünce ve fikirleri açıklama ve yayma kapsamında sanatsal ifade hürriyetini de içermektedir. Ayrıca maddelerin sağladığı güvenceler *“(…), her tür kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikrin açıklanmasına, yayılmasına ve değiş-tokuşuna katılma fırsatı yaratır.”*¹⁸⁵

Sanatsal ifade hürriyeti konusunda AİHM’in yerleşik kararlarına¹⁸⁶ sıkça vurgu yapan AYM’ye göre; *“(…), sanat eserleri yaratan, dağıtan veya sergileyen kişiler fikir ve görüşlerin yayılmasına önemli bir katkıda bulunmakta ve dolayısıyla da sanatsal eserler demokratik bir toplum için büyük önem taşımaktadırlar.”* Mahkeme belirtilen nedenle kamu otoritelerince sanatçıların ifade hürriyetine gereksiz müdahale edilmemesi

¹⁸² AİHM, Alnak/Turkey, Appl. No: 40287/98, 29.03.2005, § 42; Aynı yönde bir karar için bkz. AİHM, Müller and Others/Switzerland, Appl. no. 10737/84, 24/05/1988, § 27.

¹⁸³ AİHM, Otto-Preminger-Institut/Austria, Appl. no. 13470/87, 20/09/1994. naklen Monica, M., (2005) *“İfade Özgürlüğü” -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin uygulanmasına ilişkin kılavuz-* İnsan hakları el kitapları, No. 2., 13-14.

¹⁸⁴ Sanat hürriyetinin bilim hürriyetinden ayrı ve bağımsız bir şekilde düzenlemesi gerektiğine ilişkin tartışma için bkz. Atalay, (2004), 9.

¹⁸⁵ AYM, Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 104.

¹⁸⁶ AİHM, Müller and Others/Switzerland, § 27,33.

noktasında daha hassas olunması gerektiğinin ayrıca altını çizmektedir.¹⁸⁷ Bir ürünün sanatsal ya da edebi değerin olup olmadığının değerlendirmesinde yargı makamlarının tam bir serbestiye sahip olmadığını değerlendiren AYM;¹⁸⁸ başvuru konusu şiir kitabı gibi sanatsal açıklamaların sınırlanmasında takdir marjının çok düşük olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme'ye göre, “(....), kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemez(....)”¹⁸⁹

2.2.3.3. Müstehcen ifade

İnsanın müstehcen içerikli eser üretimine mağara duvarlarına ya da çanak, çömlek gibi alet ve edevatlar üzerine cinsel tasvirler çizmesiyle başladığı söylenebilir. Bununla birlikte sanat ve iletişim alanlarında yaşanan gelişmeler cinsellikle alakalı yapılan tasvir yaratımlarının artmasını ve bunların tüketicilerine daha kolay şekilde ulaşmasını sağlamıştır. Küresel teknoloji ağının yaygınlaşması ise söz konusu materyallere erişim imkânını tarihte hiç görülmediği kadar hızlandırmıştır. Böylelikle müstehcen içerikli materyaller birkaç tuşlama hareketi ile tamamen erişilebilir hale gelmiştir. Gerçekten günümüzde internetin farklı içerikli siteleri ile karşılaştırıldığında -kimi siteleri ücrete tabi olmasına rağmen- en fazla giriş yapılan sitelerin başında erotik/pornografik sitelerin yer aldığı herkes tarafından bilinen bir gerçektir.¹⁹⁰

Yukarıda belirtilen gelişmelere paralel olarak müstehcen içerikli ifade sahip olduğu geçişken özelliği nedeniyle erotik ve pornografik ifadeler ile birlikte ele alınmaktadır. Söz konusu kavramlar her ne kadar birbiri ile geçişken olsa da içerik ve kapsam olarak farklıdırlar. Türk Dil Kurumu sözlüğünde müstehcen kavramı “açık saçık, edebe aykırı, yakışsız”; erotik kavramı “cinsel duyular veya onlara bağlı olan duyuların uyandırdığı duygu ve coşkularla ilgili olan, kösnül, şehvani, shevi, erosal”; porno kavramı ise ; “amacı cinsel dürtülere yönelik olan, ahlaki değerlere aykırı düşen yayın, resim vb.” olarak geçmektedir.¹⁹¹ Tanımda da görüldüğü üzere erotizmin konusu olan

¹⁸⁷ AYM, Fatih Taş, § 104.

¹⁸⁸ AYM, İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017, § 57.

¹⁸⁹ AYM, Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 108.

¹⁹⁰ Yürüşen, M. (2001). “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”. B.B. Özipek. (Editör). *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*. Ankara. Liberal Düşünce Topluluğu, s. 191-192.

¹⁹¹İnternet: Türk Dil Kurumu. *Güncel Türkçe Sözlük*. Web:

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cbf74d89dae94.96414095 adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

cinsellik pornografinin doğrudan nesnesini oluşturmaktadır.¹⁹² Bununla birlikte çoğu zaman erotik ile pornografik arasındaki ayırım tüketicilerinin değer yargıları ile şekillenmektedir.¹⁹³

Öğretide müstehcen içerikli ifadeler arasında yapılan tartışmaların büyük bir bölümü pornografik ifade üzerinde yoğunlaşmaktadır. Shauer, pornografinin cinsel istekleri tahrik etme dışında bir işlevinin bulunmaması nedeniyle ifade olarak kabul edilemeyeceğini ve bu nedenle ifade hürriyetinin korumasından yararlanamayacağını belirtmektedir.¹⁹⁴ Muhafazakâr yaklaşımın temsilcilerinden olan Kristol'e göre ise; pornografi, müstehcenlik ve erotizm kavramlarının sözlükte yer alan tanımları linguistik biliminin ilkelerine göre hazırlanıp taşıdıkları değerden arınmış bir şekilde yapılmaktadır. Pornografinin insanın ahlaki gelişimini olumsuz yönde etkilediğini vurgulayan yazara göre Eski Ahitte dâhil olmak üzere pek çok pornografik olmayan eserin cinsel istekleri kışkırtıcı öğelere yer verdiğini belirtmiştir. Bu nedenle pornografiye salt tüketicisinin cinsel arzularını ve şehvet duygularını tahrik etmesi nedeniyle karşı çıkılmasını saçma olarak nitelemektedir. Ona göre yapılacak en anlaşılır itirazlardan birisi insana özgü olan mahremiyet duygusuna zarar vermesi ve onu alçaltmasıdır. Buna ek olarak pornografinin cinsiyetçi ayrımcılığa hizmet ettiğini ve kadına yönelik şiddeti arttırdığını belirtmiştir. Öte yandan pornografi erkek tüketiciler açısından zararlıdır. Nitekim pornografi erkeklerin kadınlarla yetişkin bireylere özgü bir şekilde cinsel ilişki kurmasına engeldir.¹⁹⁵

Konuya ilişkin bir diğer görüş radikal feminist savunucuları tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre belirli bir insan grubuna yönelik doğrudan zarar verme potansiyeli olan pornografik ifadenin ifade hürriyetinin koruma kapsamından çıkarılması zorunlu bir gerekliliktir. Bu görüş pornografinin kadınları alçalttığını ve erkek karşısında ikincil bir duruma sokarak insanlıktan uzaklaştırdığını, bunun sonucunda “cinsel taciz”, “tecavüz”, “ensest” ilişkilere neden olduğuna dikkat çekmektedir.¹⁹⁶ Bu görüşün destekçilerinden olan Wesson pornografinin salt bir ifade olmayıp bir ürün olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ona göre nasıl ki bir ürünün imalatında üretim ve dağıtım kaynaklı

¹⁹² Karan, (2018), 23.

¹⁹³ Yürüşen, (2001), 198.

¹⁹⁴ Schauer, (2002), 247.

¹⁹⁵ İnternet: Kristol I. (March, 1971). “Pornography, Obscenity The Case for Censorship”, *The New York Times Magazine*. Web: <https://www.nytimes.com/1971/03/28/archives/pornography-obscenity-and-the-case-for-censorship-pornography.html> adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

¹⁹⁶ Mackinnon, C.A. (1993). **Only Words**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 19. naklen Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 141.

zararlardan imalatçı firmanın sorumluluğu gündeme getirilebiliyorsa aynı süreç pornografik materyal üreten ve dağıtan kişiler açısından da geçerli olmalıdır. Örneğin bir aracın üretim hatası nedeniyle freninin patlaması sonucunda bir zarar söz konusu olursa bu durumdan zarar gören kim olursa olsun araç imalatçısı sorumludur. Öyleyse aynı durumun pornografik ürünlerin imalatçısı ve dağıtıcısının zararlarından etkilenenler içinde uygulanması gerekir. Böylelikle pornografi üreticileri ve dağıtıcıları fahiş miktarlarda tazminat ödemek zorunda kalacak ve üretim maliyetleri arttığı için imalatlarını durdurmak zorunda kalacaklardır. Diğer bir ifadeyle pornografi imalatçıları dükkânı kapatmak zorunda kalacaktır.¹⁹⁷ Wesson'un görüşlerine katılan ve pornografinin verebileceği potansiyel zarara dikkat çeken Susstein ise bu görüşün de bir adım ilerisine giderek yargı organları tarafından pornografik materyallerin dağıtımına ön kısıtlamalar getirilebileceğini savunmuştur.¹⁹⁸

Muhafazakâr ve feminist anlayışın ileri sürdüğü argümanlara karşı liberal anlayış pornografi açısından yapılan değerlendirmelerin ahlaki/moral değer ve inançlara zarar verdiği gerekçesi ile sansür uygulamalarına konu olmasını paternalizm olarak değerlendirmektedir. Zira pornografik materyallere erişme konusunda yoğun şekilde duyulan kaygı paternalist anlayışa hizmet eder. Liberallere göre bu anlayış değer ve inançlar örgüsü içerisinde “neyin doğru neyin yanlış” ya da “neyin iyi neyin kötü olduğunun” bir başka kişi ya da otorite tarafından belirlenmesi anlamına gelir. Öyle ki bu durum rasyonel ve özerk bireyler olma yolunda büyük bir engeldir ve ifade hürriyetini tehlikeye sokar. Liberaller bütün iyiniyetli gerekçelere rağmen ifade hürriyetini riske atmak istemezler. Onları diğer görüşlerden ayıran en temel özellik budur. Onlara göre esas alınması gereken temel kriter riskler değil ifade hürriyetidir. Zira risklerin kontrole edilmesi ya da en aza indirgenebilmesi ancak ifade hürriyetinin tam anlamıyla güvence altına alınabildiği sistemlerde mümkündür.¹⁹⁹ Bununla birlikte liberal görüş tarafından tüketicisinin pornografik materyallere hiçbir sınırlamaya konu olmadan erişebilmesi gerektiğini destekledikleri yönünde yaygın bir yanlış kanaat vardır. Oysa saf pornografik materyallere erişebilme açısından getirilen özel sınırlamaların ifade hürriyetinin kullanımı açısından hiçbir engel teşkil etmeyeceği liberal görüş tarafından da desteklenmektedir.

¹⁹⁷ Wesson, M. (1993). “Girls Should Bring Wasuits Every-where... Nothing Will be Corrupted: Pornography as Speech and Product”. *University of Chicago Law Review*, 60, 860.

¹⁹⁸ Sunstein, C.R. (1993). *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: Free Press, 209. naklen Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 143.

¹⁹⁹ Yürüşen, (2001), 222-223.

Ancak belirtmek gerekir ki bu durum daha çok yetişkin statüsünde olmayan bireyler için geçerlidir. Örneğin; nasıl ki sigara ve alkol satışında ya da alkollü içki servisinin bulunduğu eğlence mekânlarına girebilmek için on sekiz yaşını doldurma şartı bir hürriyet ihlali değilse benzer bir şekilde yetişkin olmayanlara getirilen pornografik materyallere erişim sınırlaması da bir hürriyet ihlali olarak değerlendirilmemelidir.²⁰⁰

Görüldüğü üzere pornografinin üretim aşamasında yer alan bireylerin yetişkin statüsündeki eksiklikleri başlıca sınırlama nedeni olarak belirtilmektedir. Liberal görüş açısından sınırlamaların meşruluğuna yönelik ikinci bir durum ise pornografi üretiminde rızaya dayalı olmayan kullanımlara yöneliktir.²⁰¹ İfadeden öte zararlı bir eylem olan bu eylem ayrıca kişinin maddi ve manevi varlığına yönelik yapılan bir saldırı niteliğindedir. Bu nedenle çocuk pornografisinin kriminal bir vaka olarak değerlendirilmesi ve şiddetle cezalandırmaya konu olması gerektiği değerlendirilmektedir. Uygulamalara bakıldığında da çocuk pornografisi konusunda neredeyse tüm ülkeler benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Ancak şaşırtıcı bir şekilde Japonya çocuk pornografisi konusunda tam bir serbestiyet tanımaktadır. Cinsel erişkinlik yaşının 13 olarak kabul edildiği Japonya’da çocuk pornografisi üretimi ve dağıtımına yönelik hiç yasal engel bulunmamaktadır. Çocuk sağlığı ile ilgili yasal bir düzenlemede çocukların pornografi üretiminde kullanılmasının bir yıl süre ile hapis cezasını gerektirdiği belirtilmekte Japonya vatandaşı olmayan çocuklar açısından ise hiçbir engelleyici hüküm yer almamaktadır.²⁰²

Liberallerin saf pornografik malzemelerin elde edilebilirliğine yönelik bir takım özel sınırlamaları meşru görmesi yetişkin olmayanlar ve üretim aşamasında rızaya dayalı olmayan yöntemlere ilişkindir. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği üzere liberal anlayış muhafazakâr ya da feminist anlayıştan farklı bir yaklaşım sürdürmektedir. Bu anlayışa göre pornografik ifade edebi veya sanatsal nitelikteki eserlere konu olması halinde ifade hürriyeti açısından koruma görmelidir. İfade hürriyetinin görünümleri olan kurgusal nitelikteki cinsellik konulu edebiyat ve sanat eserleri hangi tür içerikle olursa olsun sansür uygulamalarına maruz kalmamalıdır. Keza içerik olarak ne kadar cüretkâr olsa da bu eserler kurgusal nitelikleri gereği tüketicilerinin değer yargılarına bağlı olarak şekillenir.

²⁰⁰ A.g.e., 199-200.

²⁰¹ A.g.e., 222.

²⁰² A.g.e., 202; Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 140.

Bu nedenle edebiyat ve sanat eserlerinin pornografik ya da müstehcen olarak nitelendirilmeleri hataya neden olabilir.²⁰³

Müstehcen ifadeye AİHS (m.10) ve Anayasa (m.26) da her ne kadar kavramsal olarak doğrudan yer vermese de AİHM ve AYM içtihatları müstehcen ifadeyi ifade hürriyetinin koruma kapsamında değerlendirmektedir.²⁰⁴ Ancak müstehcen ifade mutlak bir koruma görmeyip “genel ahlakın korunması” ya da “başkalarının şeref ve itibar haklarının korunması” gibi nedenlerle sınırlamaya konu olabilmektedir.

AİHM müstehcen ifadenin ahlaki değerlere konu olması nedeniyle her toplum için farklı yorumlanabileceğine işaret etmektedir. Mahkeme, Avrupa’da ahlak konusunda tek bir standardın olmadığını ve bu nedenle Sözleşmeciler devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduklarını ifade etmektedir. Gerçekten de ahlak kavramı kültürel görelilik bakımından toplumdan topluma değişkenlik göstermektedir.²⁰⁵ AİHM, Handyside başvurusunda genel ahlaka ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmesinde, “(...), ahlak anlayışlarının zamana ve yere göre değişiklik gösterdiğini, her ülkenin ahlaki değerlere ilişkin yaklaşım ve düşüncelerinin hızlı bir değişim gösterdiğini, ahlaki gerekliliklerin kapsamı ve bunları karşılamak için getirilecek yaptırımlar konusunda taraf devletlerin uluslararası bir yargıçtan daha elverişli bir konumda olduklarını” ifade etmektedir.²⁰⁶

Bununla birlikte Akdaş başvurusunda AİHM, “genel ahlak” ile “takdir marjı” ilişkisini ortaya koyduğu yerleşik içtihattan farklı bir karar vermiştir. Cinsel ilişkilerin açık bir şekilde ve “sodomazoşizm”, “vampirizm” ve “pedofili” vb. gibi çeşitli yöntemlerle anlatıldığı erotik roman hakkında verilen toplatma kararı ile eserin yayıncısına verilen para cezasını ifade hürriyetinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme; romanın ilk olarak Fransa da yayımlandığını, yayımından itibaren yüzyıldan fazla bir zaman geçtiğini, birçok ülkede farklı dillere çevrildiğini ve çok saygın bir koleksiyon içerisinde yer aldığını

²⁰³ Yürüşen, (2001), 198,206-207; Karan, (2018), 23.

²⁰⁴ ABD Federal Yüksek Mahkemesinin müstehcenlikle ilgili incelemelerinde uyguladığı kimi kriterlerin AİHM ve AYM kararlarında da uygulandığı görülmektedir. Federal Yüksek Mahkemenin müstehcenlik ile ilgili karar değerlendirmeleri için bkz. Fendoğlu, (2018). 252-256.

²⁰⁵ Harris, D. J., O’Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2013), 472. naklen Karan, (2018), 24.

²⁰⁶ AİHM, Handyside/U.K., Appl. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48; Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 231.

belirterek Sözleşmeciler devletlere tanınan geniş takdir marjının Avrupa edebiyatı mirasında yer alan eserleri kapsamadığını belirtmiştir.²⁰⁷

Değer ve inançların ahlaki/moral öğeler içermesi ve bunların toplumdan topluma değişiklik göstermesi sanat ve müstehcenlik arasındaki sınırın çizilmesini zorlaştırmaktadır.²⁰⁸ Müller ve diğerleri başvurusunda bir sanat galerisinde insanların kendi aralarında ve hayvanlarla cinsel ilişkiye girdiği resimlerin yer aldığı tabloların yetkili mercilerce sergiden çıkarılması ve bir süre el konulmasını değerlendiren AİHM, ahlak gibi konularda kamu otoritelerinin takdir marjının geniş olduğunu belirterek yerel mahkemenin “*olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde karşı oldukları*” gerekçesini makul olarak değerlendirmiştir.²⁰⁹ Resimlerde yer alan cinsel etkinliklerin düşüncenin açıklanması bakımından bir sonuç olmadığını sadece sırf kendisi uğruna “kaba” ve “bayağı” olduğunu değerlendiren AİHM’e göre “*kabalığa düşmeden, cinselliğin yer aldığı sanat tarihiyle veya kültürel eserlerle, doğru bir karşılaştırma yapılamaz. Kaba bir cinsellik, sanatsal bir amaçla bile korunmaya değer.*”²¹⁰ Öte yandan AİHM son yıllarda verdiği bir başka kararında ise bir siyasetçinin cinsel ilişkisinin yer aldığı resimle ilgili verilen tedbir kararını ifade hürriyetinin ihlali olarak değerlendirmiştir.²¹¹

Türk Anayasa Mahkemesi müstehcen ifadenin ifade hürriyeti açısından değerlendirmesini İrfan Sancı başvurusunda ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Yayımladığı müstehcen içerikli roman nedeniyle hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilip 3 yıl süreyle denetim altına alınmasını ifade hürriyetini ihlal ettiğini ileri süren başvurusunun başvurusunu değerlendiren AYM, müstehcen ifadenin yer aldığı eserin sanatsal nitelikte olup olmadığının yapılacak değerlendirme bakımından büyük önem taşıdığını bununla birlikte bir eserin sanatsal ya da edebi olarak değerlendirilmesinde yargı mercilerinin tam bir serbestiyete sahip olmadıklarını ifade etmiştir.²¹² AYM müstehcenliğin karmaşık ve muğlak bir özellikte olduğunu belirterek yargı mercilerinin bu konudaki değerlendirmelerini bütüncül bir şekilde yapması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre yapılacak değerlendirmede;

²⁰⁷ AİHM, Akdaş/Turkey, Appl. No: 41056/04, 16.02.2010, § 24-28.

²⁰⁸ Harris, D. J., O’Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2013), 472. naklen Karan, (2018), 24.

²⁰⁹ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 232.

²¹⁰ A.g.e., 295, 296.

²¹¹ AİHM, Vereinigung Bildender Künstler/Austria, Appl. No: 68354/01, 25/01/2007, § 31.

²¹² AYM, İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017, § 57.

- “Sanat alanının veya eserin özellikleri”,
- “Müstehtecen olduğu değerlendirilen kısımların ifade edildiği bağlam”,
- “Yazarın kimliği, yazılma zamanı, amacı”,
- “Hitap ettiği kişilerin kimlikleri ve onların estetik anlayışları”,
- “Eserin muhtemel etkileri” ve
- “Eserdeki diğer ifadelerin tamamı” bir bütün olarak ele alınması gerekir.²¹³

Konuya ilişkin olarak AYM yapılacak değerlendirmede müstehtecen ifadenin yer aldığı sanatsal eserde çocukların erişememesi için alınmış bir tedbirin olup olmadığına ve tedbir alınmışsa bunun hangi ölçüde denetlendiğine ayrıca önem vermektedir.²¹⁴

2.2.3.4. Akademik ifade

İfade türlerinden biri olan akademik ifade, bilim hürriyetin konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle akademik ifadenin içerik ve kapsamının anlaşılabilmesi bakımından bilim hürriyetinin özel görünümü olan akademik hürriyetin ele alınması zorunludur. Kabaca tanımlamak gerekirse akademik hürriyet; akademik faaliyet içerisinde yer alan kişilerin fikir ve görüşleri çerçevesinde yaptıkları açıklamalar nedeniyle herhangi bir yaptırıma maruz kalmamasını ifade etmektedir. Söz konusu açıklamaların egemen/kurulu düzene aykırı olması veya siyasi iktidarın politikalarına aykırı düşmesi bu hürriyetin koruma kapsamını değiştirmemektedir. Bu çerçevede akademik toplum içerisinde yer alan kişilerin idari, hukuki, cezai ya da siyasi hiçbir takibata maruz kalmaması gerekir.²¹⁵

Akademik hürriyetin tanımı, UNESCO tarafından gerçekleştirilen Dünya Yüksek Eğitim Konferansında da yapılmıştır. Bu tanıma göre akademik hürriyet, akademik toplulukta yer alan bilim insanlarının, eğitim/öğretim elemanlarının ve öğrencilerin, kendi bilimsel faaliyetlerini hiçbir bir dış baskı ve etki altında olmadan diğer kişilerin düşünce,

²¹³ A.g.k., § 58.

²¹⁴ A.g.k., § 65.

²¹⁵ Özipek, B.B. (2003). “Akademik Özgürlüğün Anlamı ve Gerekliliği”. B.B. Özipek. (Editör). *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*. Ankara. Liberal Düşünce Topluluğu, s. 177; Erdem, A. R. (2013). Üniversite Özerkliği: Mali, Akademik ve Yönetmelik Açısından Yaklaşım. *Journal of Higher Education & Science/Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 3(2), 103.

görüş ve inançlarına bağlı olmaksızın kendi belirledikleri biçimde etik normlar ve uluslararası standartlara uygun olarak izleyebilme hürriyeti olarak tanımlanmaktadır.²¹⁶

Akademik hürriyetin bireysel ve kurumsal olmak üzere iki yönü vardır. Bireysel yönü, üniversitede verilen eğitim ile ilgili yapılan araştırmaların asgari denetimini; kurumsal yönü ise akademik personeli yasa koyucu ya da siyasi iktidar tarafından yapılacak müdahalelere karşı korumayı ifade eder.²¹⁷ Kurumsal yönü açısından en temel gereksinimlerden biri üniversitelere kurumsal özerkliğinin tanınmasıdır. Nitekim üniversitelerin merkezi hiyerarşiye bağlı olması baskı ve sansür uygulamalarına neden olur.²¹⁸ Baskı ve sansür uygulamaları ise düşünce, fikir ve bilgilerin siyasi iktidar tarafından denetlenmesine yol açar. Bu ise gerçeğe erişme yolunda en büyük engeldir.

Akademik ifade her ne kadar AİHS m.10'da açık bir şekilde belirtilmemişse de AİHM ifadenin tarzı ya da biçimleri açısından bir ayrıma gidilemeyeceğini belirterek akademik ifadenin ifade hürriyetinin konusunu oluşturduğunu ifade etmektedir. Türk Anayasasında ise akademik ifade genel olarak m.26'da "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"; özel olarak ise m.27 de "bilim ve sanat hürriyeti" kenar başlığı altında düzenlenmektedir. Akademik ifadenin kapsam ve içeriği daha çok yargı kararları ile belirlenmektedir.

AİHM, akademik hürriyetin ve akademik çalışmaların önemine ilişkin olarak, "*Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 'nin 1762 (2006) sayılı Tavsiye Kararı*"na atıf yapmaktadır. Buna göre; "*araştırma ve eğitimde akademik özgürlüğün, ifade ve eylem özgürlüğünü, bilgi yayma özgürlüğünü, araştırma yapma ve bilgiyi ve gerçeği kısıtlama olmaksızın kitlelere iletme özgürlüğünü güvence altına alması gerekmektedir.*"²¹⁹ Mahkeme ayrıca akademik hürriyetin, akademisyenlerin çalıştığı üniversite veya sistem ile

²¹⁶ İnternet: International Association of Universities. (April, 1998). "Statement on Academic Freedom, University Autonomy and Social Responsibility. International Association of Universities", Web: https://iau-aiu.net/IMG/pdf/academic_freedom_policy_statement.pdf adresinden 23 Nisan 2019'da alınmıştır.

²¹⁷ İnternet: Standler Ronald B. (June, 2007). "Academic Freedom in the USA". Web: <http://www.rbs2.com/afree.htm> adresinden 23 Nisan 2019'da alınmıştır.

²¹⁸ Özipek, (2003), 180-181.

²¹⁹ Karar için bkz. İnternet: Recommendation 1762 (2006) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Academic Freedom and University Autonomy Web: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17469&lang=en> adresinden 23 Nisan 2019'da alınmıştır.

ilgili fikir ve görüşlerini hür bir şekilde ifade edebilmesi ve herhangi bir sınırlamaya maruz kalmaksızın “bilgilerini ve gerçekleri yayma hürriyetini” kapsadığını belirtmektedir.²²⁰

AİHM, akademik personelin yapmış olduğu araştırmalar ile bunun neticesinde elde edilen bulguların yayımlanmasının önemine işaret ederek, bunlara yönelik getirilen sınırlamaların dikkatli bir şekilde incelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır.²²¹ Ayrıca Mahkemeye göre akademik hürriyet, akademik ya da bilimsel araştırmalarla sınırlı olmayıp, akademisyenlerin araştırma, mesleki uzmanlık ve yetkinlik alanlarındaki görüşlerini de kapsamaktadır. Bu görüşlerin tartışmalı olması ya da popüler olmaması önem taşımamaktadır. Mahkeme bu görüşlerin kamu kurumlarının politik sistemdeki işleyişinin incelenmesini ve eleştirilmesini de içerebileceğini ifade etmektedir.²²²

AYM, akademik ifade ile ilgili değerlendirmelerini AİHM’in yukarıda belirtilen kriterleri çerçevesinde değerlendirmektedir. AYM, Anayasa m.27’de yer alan bilim hürriyetinin, akademik hürriyetin özel bir görünümü olduğunu belirtmektedir. Akademik personelin yapmış olduğu araştırmalar ile bunun neticesinde elde ettiği bulguların yayımlanmasının akademik hürriyetin bir parçası olduğunu ifade eden AYM, AİHM’ in “*akademik özgürlüklerin akademisyenlerin araştırma, mesleki uzmanlık ve yeterlilik alanlarındaki görüş ve fikirlerini -söz konusu görüş ve fikirler tartışmalı olsa veya rağbet görmese dahi- ifade etme özgürlüğünü de kapsadığı*” değerlendirmesine katıldığını belirtmektedir.²²³ Mahkeme ayrıca akademisyenlerin tüm söylemlerinin mutlak bir doğru olmadığını, bununla birlikte doğru düşünceye ulaşabilmek için farklı bakış açılarının zorunlu bir ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda “*akademisyenlerin en kritik ve hassas meselelerde en güçlü görüşlere bile karşı çıkabilmesi, bir toplum ve ülke için hayati derecede önemlidir.*”²²⁴

2.2.3.5. Ticari ifade

İfade türlerinden biri olan ticari ifade, gündelik hayatta reklamlar aracılığıyla ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle reklamların içerik ve kapsam bakımından incelenmesi ticari

²²⁰ AİHM, Sorguç/Turkey, Appl. No. 17089/03, 23/06/2009, § 35; Hasan Yazıcı/ Turkey App. No: 40877/07, 15/4/2014, § 55.

²²¹ AİHM, Aksu/ Turkey [GC], App. No:4149/04 and 41029/04, 15/3/2012, § 71; Sapan/ Turkey, App. no. 44102/04, 8/06/2010, § 34; Sorguç/Turkey, § 21-35.

²²² AİHM, Mustafa Erdoğan/Turkey, App. No: 346/04 and 39779/04, 27/5/2014, § 40.

²²³ AYM, Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018, § 61.

²²⁴ A.g.k., § 62.

ifadenin anlaşılabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Reklamlar üreticilerin piyasaya sundukları belirli ürünleri diğer ürünlerden ayırarak tüketiciye bilgi veren ve bu doğrultuda tüketicilerin tercih ya da seçim yapmasına olanak tanıyan araçlardır. Bu nedenle reklamların araştırılması ve buna bağlı olarak gerçekleştirilen faaliyetler, üretici ve tüketici arasında yaşamsal bir köprü görevi görmektedir. Reklamların sağladığı bilgi akışının yok olması halinde tüketicilerin ürün hakkında edinebileceği bilgi sadece fiyatla sınırlanır. Reklamlar ürün çeşitleri ve özellikleri hakkında tüketicileri bilgilendirerek alternatifleri artırır ve bu sayede tüketicinin tercih ve seçim hürriyetine hizmet eder.²²⁵

Bununla birlikte reklamların salt bilgilendirici yönünün zayıf olup, duygulara yönelik olduğu gerekçesiyle bireysel hürriyetlere katkısının yüzeysel ve yanıltıcı olduğuna yönelik eleştiriler de mevcuttur. Buna göre reklamlar tüketiciyi alternatif ürünlere boğarak tüketicilerin duygusal zaafı üzerine yoğunlaşır ve mantık yönünü devre dışı bırakır ve manipülatif etkisi nedeniyle yapay bir takım talep ve ihtiyaçlar yaratır. Bu nedenle ortalama düzeydeki tüketicilerin bağımsız karar vermesine engel olan reklamlara yönelik kısıtlamalar tüketicinin iyiliğinedir. Yine bir diğer eleştiriye göre, özellikle alkol ve sigara ile ilgili reklamların tüketiciler bakımından sağlığa zararlı alışkanlıklara yol açabileceği belirtilerek, diğer ürünler için olmasa bile bunlar için ticari ifade hürriyetinin kısıtlanması gerekir.²²⁶

John Gray, “*Reklam Yasakları ve İfade Özgürlüğü*” adlı eserinde reklamcılığa yönelik savunulan yasaklar ve kısıtlamalara ilişkin olarak bir dizi karşıt argüman sunmaktadır. Bunlardan ilki reklamların salt bilgilendirici yönünün zayıf olup mantığa değil duygulara yönelik olmasına ilişkindir. Gray, aynı durumun dini ve siyasi ifadeler için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Söz konusu ifade türleri dini ve siyasi menfaat ve tutkulara yönelik olup kişiler üzerinde değişik etkiler yaratma amacı güder. Her iki ifadenin kişiler üzerindeki etkisi belirsiz ve öngörülemez nitelikte olup zarar riski her ikisi için de geçerlidir. Bununla birlikte siyasi ve dini ifade muhtemel riskleri nedeniyle yasaklamaya konu olmamaktadır. Öyleyse aynı durum ticari ifade içinde geçerlidir.²²⁷ Zira kişileri dini ve siyasi açıklamalarla etkilemek meşru ise aynı faaliyetin reklamlar

²²⁵ Gray, J. (1997). *Reklam Yasakları ve İfade Özgürlüğü*. (Çev. A. Ünlü). Ankara: LDT Yayınları. (Eserin orijinali 1991’de yayımlandı), 8.

²²⁶ A.g.e., 9-17.

²²⁷ A.g.e., 14.

aracılığıyla yapılması aynı düzeyde meşrudur.²²⁸ Schumpeter'in siyasi ifade ile ticari ifade arasında kurduğu analogi de bu görüşü desteklemektedir. Yazara göre, *“bir demokrasideki kamu tercihi piyasadaki ekonomik tercihlere benzer. Siyasetçiler birer girişimci, önerdikleri politikalar ürün, siyasi partiler şirketler, demeçleri ve söylemleri reklamlar ve seçmenler ise tüketiciler olarak görülebilir.”*²²⁹ Gerçekten de reklamcılığın fayda ve riskleri ile bilgi vermenin ötesinde uyandırdığı etkiler dini ve siyasi ifade için de geçerlidir. Her ne kadar farklı adlandırılırsalar da iletişimin çeşitli görünümelerini yansıtan bu ifade türlerinin doğurdıkları etki ve sonuçları itibariyle birbirinden farkı yoktur. Bu nedenle, ticari ifade ile diğer türler arasında çizilen sınırlar yapay kalmaktadır. Gray, ayrıca alkol ve sigara gibi ürünlere yönelik olarak ticari ifade hürriyetinin kısıtlanması gerektiği eleştirisini yersiz bulmaktadır. Ona göre kişilerin alkol veya sigara gibi ürünlerin kullanımına ilişkin riskler ya da faydalara ilişkin farklı görüşleri dinleyip, kendi sorumlulukları çerçevesinde deneme yanılma yöntemi kullanarak tercih ve seçimlerde bulunmasına izin vermek en makul yoldur. Bu konuda siyasi ve bürokratik otoritelerin yetkisi yoktur. Zira kişi bir birey olarak en doğru yargıya kendisi varabilir.²³⁰

AİHS ve Anayasada ticari ifade kavramına yönelik doğrudan bir gönderme olmasa da gerek AİHM gerekse AYM kararlarında ticari ifadeyi ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmektedir. Ticari ifade, gerçek ya da tüzel kişilerin ekonomik bir menfaat beklediği ifade türü olup, AİHS m. 10 kapsamında güvence altına alınmıştır.²³¹ AİHM, *“mesleki reklam”*²³², *“haksız rekabet”* ve *“dar/sınırlı bir tüketici çevresini ilgilendiren”*²³³ ticari ifadeleri de Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında incelemektedir. Ticari ifadenin sınırlamaya konu olması daha çok *“başkalarının itibar ve şöhretinin korunması”* ile ilgili durumlarda görülmektedir. Bu kapsamda AİHS m.10 bakımından *“haksız rekabet”*, *“uydurma ve aldatmaya yönelik yanıltıcı reklamlar”*ın önlenmesi amacıyla ticari ifade hürriyeti sınırlamaya konu olabilmektedir.

²²⁸ A.g.e., 37.

²²⁹ Schumpeter, J. (1952). *Capitalism, Socialism and Democracy*. London: Allen ve Unwin. naklen Gray, (1997), 24.

²³⁰ A.g.e., 17. Konuya ilişkin diğer bir çalışma için bkz. Taşkaya, M. (2009). “Sectoral Distribution of Surreptitious Advertising in the Process of Neo-Liberalism in Turkey”. *Global Media Journal: Mediterranean Edition*, 4(1), 34.

²³¹ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 224.

²³² İlgili kararlar için bkz. AİHM, Casado Coca/Spain App. No. 15450/89, 24/02/1994; Barthold/Germany App. No: 8734/79, 25/03/1985.

²³³ AİHM, Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann/Germany, Appl. No: 10572/83, 20.11.1989, § 26.

AIHM'in ticari ifadeye yönelik düşük standartlar belirlemesi ve kamu otoritelerine tanımış olduğu geniş takdir marjı öğretide haklı olarak eleştiriye konu olmaktadır.²³⁴ Bununla birlikte etkileriyle insan sağlığını doğrudan ilgilendiren mikrodalga fırınların yasaklanmasına ilişkin kararda olduğu gibi Mahkeme kamu yararını ilgilendiren olaylarda denetim standartlarını artırmaktadır.²³⁵

Ticari ifadenin ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmesine ilişkin olarak AYM bireysel başvuru kararlarında da değerlendirme yapılmaktadır. AYM, bir anonim şirket başvurusunda şirketlerin ticari etkinliklerine yönelik yapılan iddia ve değerlendirmeleri ticari ifade olarak nitelendirmiş ve ticari faaliyete ilişkin iddia ve değerlendirmelerin olgusal nitelikte olması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, olgusal nitelikten daha çok değer yargılarına dayanan haberlerin, ekonomik faaliyetler açısından telafisi mümkün olmayan ve geri dönülemez zararlara neden olabileceğini belirterek bu tür durumlarda sınırlandırmanın artabileceğine dikkat çekmiştir.²³⁶ Başvuruda kamu yararına olan ve kamuyu yakından ilgilendiren ticari ifade ile ilgili açıklamaların gerekçesiz bir şekilde sınırlandırılması "sansür" olarak değerlendirilmiştir.²³⁷ Bir başka başvuruda meslek yasaklarına rağmen yapılan reklamları inceleyen AYM, başvuruicunun icra ettiği dış hekimliği mesleği gibi kimi meslek grupları bakımından reklamlara yönelik yapılan kısıtlamalarda uygulanan sert ilkelerin yalnız başına ifade hürriyetinin ihlali olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, *"(....), özellikle birey ve toplum sağlığı ile doğrudan ilişkili bir durumda haksız rekabet riskinin oluşturacağı sakınca ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin kamu sağlığı ve kamu düzeni lehine bozulması yönündeki düzenlemeler demokratik toplum düzeninde makul olarak değerlendirilebilir.(....)"*²³⁸ Mahkemece yapılan değerlendirmede dış hekimliği mesleğinin ticari faaliyetten ziyade kamu sağlığını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet olması esas alınmıştır. Bununla birlikte her somut olayın kendi özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiğini vurgulayan AYM bu kapsamda reklam yasağı olan alanlarda reklama ilişkin kriterler uygulanırken

²³⁴ Randall, M. H. (2006). "Commercial Speech Under the European Convention on Human Rights: Subordinate or equal?". *Human Rights Law Review*, 6(1), 53.

²³⁵ AIHM, Hertel/Switzerland, Appl No: 25181/94, 25.08.1998, § 47; Karan, (2018), 20.

²³⁶ AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, § 51.

²³⁷ A.g.k, § 54.

²³⁸ AYM, İlker Erdoğan Kararı, B. No: 2013/316, 20/4/2016, § 56.

serbest meslek sahiplerinin toplumun yaşamını etkileyen konular hakkında kamuoyunda tartışmaya katkıda bulunmalarına engel oluşturmaması gerektiğini belirtmektedir.²³⁹

2.2.3.6. Dini içerikli ifade

İfade türlerinden biri olan dini içerikli ifadenin kapsam ve içeriği ile ilgili değerlendirmeler din ve vicdan hürriyeti ile doğrudan ilgilidir. Bu nedenle dini inanç ile din ve vicdan hürriyeti kavramlarının açıklığa kavuşturulması konunun anlaşılabilmesi bakımından büyük önem taşır. Dini inanç kişilerin varlığına inandığı “diğer âlem” ile ilişkisini belirten ve ebedi mutluluk ve huzura yönelik motivasyonu ile aşkın ve vazgeçilemez bir değeri ifade eder. Yüklenen bu derin anlam nedeniyle, pek çok kişi için dinin yeri yaşam hakkından bile önde gelebilmektedir. Ayrıca kurulan özel bağ nedeniyle dini sorumluluk veya ritüellerin yerine getirilmesi ve buna ilişkin diğer uygulamaların hayata geçirilmesi bireyin hem kendisi hem de diğer kişilerle kuracağı sosyal ilişkiler açısından önemli bir ihtiyaçtır. Bunun için kişinin dini inanç ve uygulamalarını diğer kişilerin haklarını ihlal etmeden yaşayabileceği, din ve vicdan hürriyetinin güvence altına alındığı özgürlükçü bir ortamın yaratılması açısından zorunludur.²⁴⁰ Öğretide yer alan bir görüş, din ve vicdan hürriyetinin geniş bir şekilde tanımlanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre din ve vicdan hürriyeti;

“insanın herhangi bir dine inanmasını veya inanmamasını, inanmasının veya inanmamasının gerektirdiği pratikleri -ibadetleri, ritüelleri- yerine getirip getirmemesini, inancını değiştirebilmesini, inancının propagandasını yapabilmesini, inancının gerektirdiği cemaat, tarikat vb. örgütlenmeleri yapabilmesini, dilediğinde bunlardan ayrılma hakkını kullanabilmesini, herhangi bir şekilde inanmaya veya inanmamaya zorlanmamasını içeren temel bir hakkı” ifade eder.²⁴¹

Tanımda da belirtildiği üzere bu hürriyet, “inanma”, “inanmama” ya da “farklı şekilde inanma” ve bunlara bağlı olarak yapılacak tüm tercih ve seçimlerin oluşumuna imkân tanır. Bu kapsamda kişilerin bireysel ya da kolektif bir şekilde yerine getirmek istediği uygulamalar dini bir ritüel olabileceği gibi din karşıtı düşünce ve söylemler de olabilmektedir.

²³⁹ A.g.k., Aynı yönde bir görüş için bkz. AİHM, Barthold/Germany, App. No: 8734/79, 25/3/1985, § 58.

²⁴⁰ Özipek, B.B. (2011). Din ve Vicdan Özgürlüğü: Türkiye için Bir Anayasal Çerçeve Önerisi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 10(19), 208.

²⁴¹ A.g.e., 208-209.

Din kavramına yönelik tanımlama girişimi gerek AİHS gerekse Strazburg mercileri tarafından hiçbir zaman yapılmamıştır. Bu bilinçli eylemsizliğin mantıklı bir nedeni vardır. Zira insanın varoluşundan şimdiye dek yeryüzündeki tüm dinleri kapsayacak bir tanımlama pratikte mümkün gözükmemektedir.²⁴² Nitekim AİHM Işık/Türkiye kararında Venedik Komisyonu raporlarına atıfta bulunarak tanımlama işinin zorluğuna ayrıca dikkat çekmektedir.²⁴³ 2004 yılında Venedik Komisyonu tarafından kabul edilen “*Din ve dinsel kanaatleri etkileyen yasaların incelenmesinde temel çizgiler*” raporunda da Avrupa devletlerinin hukuk düzenlemelerinde “din” kavramına ilişkin ortak bir yaklaşımın olmadığı belirtilmektedir.²⁴⁴ Benzer bir değerlendirme AİHM’in kararlarında da görülmektedir. Mahkeme bir dini inancın açık bir şekilde ifadesinin anlamı ve öneminin duruma ve zamana göre farklılık gösterebileceğini, dolayısıyla bu alana ilişkin normların “ulusal gelenekler”, “kamu düzeni” ve “başkalarının haklarının korunması” gibi gereklilikler çerçevesinde ülkeden ülkeye farklılık gösterebileceğini belirtmektedir.²⁴⁵ Mahkeme Otto-Preminger başvurusunda dinin önemine ilişkin olarak Avrupa ülkelerinin bütününde ortak ve tek tip bir anlayış beklemenin haksız bir beklenti olacağının altını çizmektedir.²⁴⁶ Buna göre;

“Ahlak” kavramında olduğu gibi, toplumda dinin önemi konusunda tek bir kavramın Avrupa çapında bulunması mümkün değildir. Tek bir ülke içinde bile bu kavramlar değişiklik gösterebilmektedir. O nedenle, ifadenin diğer kişilerin dini duygularını doğrudan hedef alıyor olması durumunda ifade özgürlüğü hakkına karşı izin verilebilir ölçüde bir müdahalenin oluşumunun kapsamlı tarifine ulaşmak mümkün değildir. O halde böyle bir müdahalenin gerekliliğinin varlığının ve alanının değerlendirilmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir hakkı payı tanınmalıdır.”

Ancak belirtmek gerekir ki Mahkeme bu konuda kamu otoritelerine tanınan takdir marjının sınırsız olmadığını, yapılacak kısıtlamaların gerekliliğinin ikna edici bir şekilde ortaya konulması gerektiğinin ayrıca altını çizmektedir.²⁴⁷ Bu bağlamda ulusal düzeyde alınan önlemler haklılık ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde mahkemece

²⁴² İnternet: Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. (2015). **9. Madde Rehberi, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü**. Ankara: Adalet Bakanlığı, 7. Web: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_TUR.pdf adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

²⁴³ İlgili karar için bkz. AİHM, Sinan Işık/Turkey App. No. 21924/05, 02/02/2010, § 20.

²⁴⁴ İnternet: Venice Commission. (July, 2004). “Guidelines For Legislative Reviews of Laws Affecting Religion or Belief” Web: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2004\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2004)028-e) adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

²⁴⁵ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 155; İlgili kararlar için bkz. AİHM, Müller and Others v. Switzerland, § 35; Wingrove/ The United Kingdom, Appl. No. 17419/90, 25/11/1996, § 57.

²⁴⁶ AİHM, Otto-Preminger-Institut/Austria, Appl. No. 13470/87, 20/09/1994, § 50.

²⁴⁷ A.g.k., § 50.

denetlenmektedir.²⁴⁸ Mahkeme bu yetkisini “*davanın koşulları altında müdahalenin demokratik bir toplumda sosyal bir ihtiyaç baskısına karşılık gelip gelmediğini ve izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını değerlendirme suretiyle kullanacaktır.*”²⁴⁹ Sınırlamada dinsel çoğulculuğun gözetilmesi ve devletin tarafsızlık ve objektiflikten taviz vermemesi büyük önem taşımaktadır.²⁵⁰

AIHM, din hürriyetinin sadece semavi dinlerle sınırlı olmadığını “yehova şahitliği”, “Moon Cemaati” gibi yeni akımların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁵¹ Mahkeme ayrıca bir dine mensup kişilerin azınlık veya çoğunlukta olmasının din hürriyeti güvencesinden yararlanma açısından bir fark yaratmadığını vurgulamıştır. Bu kapsamda bir dinin egemen yorumları dışında kalan ve azınlık tarafından benimsenen yorumları da din hürriyetinin güvencesi altındadır.²⁵² Mahkeme inanca yönelik açıklama yapılmaması durumunu da inanca ilişkin bir değer ya da eylem olarak niteleyip bu hürriyetin kapsamında ele almaktadır.²⁵³

AIHM, Otto-Preminger Enstitüsü başvurusunda din hürriyetinin inananların kimliğini ve yaşam şeklini doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle yaşamsal bir önem taşıdığını belirtmiştir. Bununla birlikte din hürriyetinin güvencelerinden yararlanan kişilerin kendilerine yönelik her türlü eleştiriden koruma beklemesi makul bir talep değildir. Mahkemeye göre, bu kişiler dini inançlarının diğer kişiler tarafından inkâr edilmesini ve hatta kendi inançlarına düşman öğretilerin propagandasının yapılmasını kabul etmeleri gerekir.²⁵⁴ Diğer yandan AIHM, dini görüşler ve inançlar kapsamında insan ilişkilerinin gelişimi açısından kamusal tartışmaya katkısı olmayan ve diğer kişileri gereksiz yere inciten, ucuz saldırı niteliğindeki ifadelerden imtina etmek gerektiğinin altını çizmektedir. Bu çerçevede “*inananların dini inançlarına saygı hususu, dinen kutsal sayılan nesnelerin kışkırtıcı biçimde temsil edilmesi dolayısıyla ihlal edilmiş görülebilir; bu tür kışkırtıcı temsiller demokratik toplumun bir unsurunda olması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli*

²⁴⁸ AIHM, Manoussakis and Others/Greece Appl. No. 18748/91, 26/09/1996, § 44.

²⁴⁹ AIHM, Wingrove/ The United Kingdom, § 58; Otto-Preminger-Institut/Austria, § 50; Aydın Tatlav/Turkey, App. No: 50692/99, 2/5/2006, §§ 24, 25.

²⁵⁰ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 141.

²⁵¹ A.g.e., 124.

²⁵² AIHM, Hasan and Eylem Zengin/Turkey, App. No. 1448/04, 9/10/2007 § 66; Cha'are Shalom ve Tsedek/France App. no. 27417/95 27/06/2000, § 26,62.

²⁵³ AIHM, Sinan Işık/Turkey App. No. 21924/05, 02/02/2010, § 51.

²⁵⁴ AIHM, Otto-Preminger-Institut/Austria, § 47, Aydın Tatlav/Turkey, § 27.

biçimde ihlali olarak görülebilir."²⁵⁵ İ.A tarafından yapılan başvuruda, başvurunun yazdığı kitabın rahatsız edici, incitici ya da şoke edici özelliği dışında İslam peygamberinin kişiliğine yönelik yapılan yoğun bir hakaretimiz saldırı olduğuna dikkat çeken AİHM, yapılan müdahalenin İslam dini mensupları tarafından kutsal olarak görülen kimi değerlere yönelik saldırıları önlemek amacı ile yapıldığını belirtmiş ve ifade hürriyetinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁵⁶

Konu ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer husus 2008 yılında Venedik Komisyonu tarafından kabul edilen "*İfade Hürriyeti ve Din Hürriyeti*" başlıklı (2008)26 numaralı raporda belirtilen önemli paradigma değişiklikleridir. Söz konusu raporun kabulü ile birlikte devletlere tanınan geniş takdir marjı konusunda AİHM yerleşik içtihatlarından farklı bir eğilim ortaya koymaktadır. Raporun kabul tarihinden sonra dinsel ifadelere ilişkin olarak Mahkeme tarafından verilen kararlar incelendiğinde Avrupa Konseyine üye ülkeler açısından ortak bir yaklaşımın çıkmaya başladığı söylenebilir.²⁵⁷ Söz konusu raporda "dinsel kin içeren nefret söylemi" ile dinsel değerlere yönelik hakaret vb. ifadelerin ayrı ele alınarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Sözleşmeciler devletler tarafından dini nefret içeren ifadelere verilecek cezanın meşru olduğu belirtilen Komisyon raporuna göre diğer türde ifade biçimlerinin yaptırıma konu olmaması gerekir. Komisyon raporunda Sözleşmeciler devletlerin dinsel değerlere yönelik hakaret vb. ifadeleri yaptırıma alan düzenlemelerinin tamamen ilga edilmesi gerektiği ayrıca vurgulanmaktadır.²⁵⁸

AYM, dini içerikli ifade ile ilgili olarak ilk değerlendirmesini M.E Döker adlı başvurucuya ilişkin kararında yapmıştır. Başvurucu güncel olaylara ilişkin her türlü konuda bilgi, fikir ve haber paylaşımının yapıldığı "*ekşi sözlük*" adlı internet sitesinde İslam peygamberi hakkında yaptığı yorumları nedeniyle hakkında verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararının ifade hürriyetini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Konuyu değerlendiren AYM, AİHM' in yukarıda yer verilen yerleşik içtihatlarında belirtilen temel ilkelere işaret etmiştir. Başvurucunun İslam peygamberi hakkındaki, "*kendisi gibi mağaracı olduğunu*"

²⁵⁵ AİHM, Otto-Preminger-Institut/Austria, § 47.

²⁵⁶ AİHM, İ.A ./Turkey, App. No: 42571/98, 13/9/2005, § 24.

²⁵⁷ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 192, 194.

²⁵⁸ İnternet: Commission De Venise. (Octobre, 2008). "Sur Les Relations Entre Liberté D'Expression Et Liberté De Religion : Réglementation Et Répression Du Blasphème, De L'injure À Caractère Religieux Et De L'incitation À La Haine Religieuse" Web: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2008\)026](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2008)026) f&lang=EN adresinden 23 Nisan 2019'da alınmıştır..

ve “her şeyden önce insan olduğunu” belirten ifadeleri ile İslam peygamberinin sakal ya da hırkasını kutsallaştıran kişilere, “sakalina ya da hırkasına tapanlara duyurulur” ifadesini eleştirel bir değerlendirme olarak yorumlamıştır.²⁵⁹ Mahkeme profesyonel mesleği mağara araştırmacılığı olan başvurunun yorumunda, mesleği ile İslam peygamberinin Hira Dağı’nda inzivaya çekilmesi olayı arasında benzetme yöntemi kurduğunu, rumuz olarak “speolog (mağara araştırmacısı)” kavramını kullanmasını ise başvurunun yorumunun içeriği ile uğraş alanının bağlantısı anlamına geldiğini belirtmiştir.²⁶⁰ Mahkemeye göre bu durum ilk bakışta Müslümanlar açısından rahatsız edici bulunmuş olabilir. Öte yandan “başvurunun yorumu, içeriği ve bağlamıyla birlikte değerlendirildiğinde İslam peygamberi Hz. Muhammed’e yönelik temelsiz ve yakışsız ifadeler içerdiği söylenemez.”²⁶¹ Belirtilen nedenlerle AYM, başvurunun ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

2.2.3.7. Şiddete teşvik eden ifade

İfade hürriyeti incelemesinde karşılaşılan bir diğer ifade türü ise şiddete teşvik eden ifadelerdir. Uygulamada en fazla tartışmaya konu olan bu tür birçok farklı görünüme sahiptir. AİHM bu konuyla ilgili yapılan başvuruları değerlendirirken müdahaleye neden olan ifadenin içeriğiyle ilgilenmektedir. Bu bağlamda ifadenin “şiddet çağrısı”, “silahlı ayaklanma çağrısı”, veya “isyan çağrısı içerip içermediğini”, “derin ve mantıkdışı bir kini aşılıyarak şiddetin artmasına yol açacak nitelikte olup olmadığını” ve “kişileri isimleri ile tanımlayarak, fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakma olasılığı olup olmadığını” incelenmektedir.²⁶² Mahkemeye göre yukarıda belirtilen içerikte olmayan ifade türleri kamu otoritelerince engellenemez. Keza bu içerikte olmayan ifade türlerinin ulusal mevzuatta “terör” veya “terör propagandası” suçu olarak nitelendirilmesinin de hiçbir önemi olmayıp ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmektedir. AİHM Sözleşmeciler devletlerin terör kavramı ile ilgili tanımlamalarının kendi içtihatlarında yer alan “şiddet çağrısı” tanımları ile birbirinden farklı olduğunu belirtmektedir.²⁶³

²⁵⁹ AYM, Mehmet Emre Döker, B. No: 2015/486, 19/9/2018, § 51-52.

²⁶⁰ A.g.k., § 53.

²⁶¹ A.g.k., § 54.

²⁶² AİHM, Sürek/ Turkey, App. No: 26682/95, 8/7/1999 § 61,62; Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. Abdullah Öcalan, § 105.

²⁶³ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 196.

Yukarıda da belirtildiği üzere ulusal mevzuatta terör propagandası olarak tanımlanan ifadeler, AİHM tarafından 10. madde kapsamında koruma görebilmektedir. Bu kapsamda devletlerin tanımlamalarının mahkeme içtihatları ile uyumu büyük önem taşımaktadır.²⁶⁴ Bu nedenle terör suçlarının açık ve belirgin bir şekilde tanımlanması ve sınırlama rejiminin hukukiliği, mahkemelerin içtihatlarıyla uyum açısından büyük önem taşımaktadır.²⁶⁵ Kamu makamlarının güvenlik ve asayişini temin edebilmesi için “terörle mücadele” hayati bir önem taşısa da bu kapsamda alınacak tedbirlerin genel sınırlandırma rejiminden farklı ele alınmaması gerekmektedir. Zira bireyin hak ve hürriyetlerini keyfi bir şekilde sınırlayan uygulamalar hakkın özünü zedeleyecektir.

AİHM’ in şiddete teşvik ve terör propagandası kapsamında değerlendirdiği bir başka husus ise ifadeyi kullanan kişinin kimliğine ilişkindir. Mahkemeye göre, ifadeyi kullanan kişinin sahip olduğu sıfat/unvan sınırlamada tek başına belirleyici bir ölçüt olamaz. Örneğin terör örgütü yöneticisi olan bir kişinin basında yapmış olduğu açıklamalar sadece taşıdığı sıfat nedeniyle engellenemez.²⁶⁶ Mahkemeye göre, bir ifadenin şiddete teşvik edip etmediği incelenirken ifadeyi kullanan kişinin kimliğinin yanı sıra ifadenin muhatabı ve ifadenin içeriğinde kullanılan kavramların bağlamlarının birlikte ele alınması gerekir.²⁶⁷

AİHM’in şiddet içerikli ifade değerlendirmesinde ele aldığı bir başka husus ise ifadenin hangi araç ile ya da hangi tarzda kullanıldığına ilişkindir. Mahkemeye göre, ifadenin etki alanının gücü ifadenin aracı ve tarzı ile doğrudan ilişkilidir. Sözelimi bir ifadenin sınırlı veya dar bir çevrede satışa sunulan kitap, dergi ya da makalede çıkması ile ülke düzeyinde satışa sunulan bir gazetede çıkması ya da radyo veya televizyon aracılığıyla yayımlanması arasında etki ve sonuç bakımından büyük bir fark bulunmaktadır.²⁶⁸ Mahkeme etki düzeyi geniş olan bir araçla yayılan ifadenin denetiminde Sözleşmeciler devletlere daha geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Buna paralel olarak sınırlı bir çevreye hitap eden ve etki düzeyi dar olan ifadenin denetlenmesinde ise takdir marjı daralmaktadır. Keza AİHM, şiddet içerikli bir yapıtın kurgusal niteliğe sahip roman, şiir vb. gibi edebi

²⁶⁴ A.g.e., 195.

²⁶⁵ Karan, (2018), 43.

²⁶⁶ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 200.

²⁶⁷ Gözel and Özer/Turkey, App. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010, § 52.

²⁶⁸ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 203.

tarzla ifade edilmesi durumunda da Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir marjının dar olduğunu ifade etmektedir.²⁶⁹

AİHM'e göre şiddet içerikli ifadenin kullanıldığı zaman ve yer yapılacak değerlendirmede büyük önem taşımaktadır. Mahkemeye göre, *“bir ifade, terör olaylarının yaygın olarak yaşandığı bir bölgede, bu olayların en sıcak hissedildiği bir zamanda yapılmış ise, bu ifadenin açıklanmasının sınırlandırılması toplumsal ihtiyaç baskısına cevap veren bir müdahale olarak değerlendirilebilir.”*²⁷⁰ Ayrıca Mahkemeye göre şiddet içerikli ifadenin çatışma bölgesinde kullanımı ile barışçıl bir ortamda kullanımı etki ve sonuç itibarıyla aynı değildir.²⁷¹ İfadenin kullanıldığı zaman bakımından yapılan incelemede de Mahkeme, ifadenin kullanıldığı zaman ile başvuru hakkında açılan davanın arasındaki geçen sürenin uzunluğuna (4.5 yıl) işaret ederek ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁷²

Türk Anayasa Mahkemesi şiddet içerikli ifade ile ilgili değerlendirmelerini AİHM içtihatlarına paralel bir şekilde yapmaktadır. AYM' ye göre *“kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemez.”*²⁷³ Şiddet içerikli ifadenin bağlamına ilişkin olarak Öcalan başvurusunda geniş kapsamlı ve detaylı açıklamalara yer veren AYM, düşüncenin açıklamasına yönelik konuşma ya da metinlerin bir bütün olarak ele alınmaması durumunda yanlış sonuçlara neden olunabileceğini belirterek, ifadelerin bağlamlarından kopartılmaması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, somut başvuru kararında *“bir düşünce açıklamasının ifade edildiği bağlamdan koparıldığında “milli güvenlik” için bir tehlike oluşturması, bu ifadeye yönelik bir müdahaleyi tek başına haklı çıkartmamaktadır.”* ibaresini kullanarak yapılacak değerlendirmede aşağıda yer alan kriterlerin bir bütün olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir;²⁷⁴

²⁶⁹ AİHM, Karataş/Turkey, App. No: 23168/94, 8/07/1999, § 52.

²⁷⁰ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 204.

²⁷¹ A.g.e., 205; İlgili kararlar için bkz. AİHM, Gerger/Turkey, App. No: 24919/94, 8/7/1999; Gül and Others/Turkey, App. No. 4870/02, 8/06/2010

²⁷² AİHM, Erbakan/ Turkey, App. No: 59405/00, 6/07/2006, § 70.

²⁷³ AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 108.

²⁷⁴ A.g.k., § 100; Aynı yönde kararlar için bkz. AİHM, Özgür Gündem/Turkey, App. No: 23144/93, 16/3/2000, § 63; Sürek/ Turkey (No.4), App. No: 24762/94, 8/7/1999, § 58.

- “Kitabın yazarının kimliği”,
- “Kitabın hitap ettiği kimselerin kimliği”,
- “Kitabın yazılma amacı ve olası etkileri”,
- “Kitabın yazılma zamanı”,
- “PKK terör örgütüne ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam” ve
- “Kitaptaki diğer ifadelerin tamamı”.

AYM, ilk olarak yerel mahkemenin el koyma kararına gerekçe olarak gösterdiği “silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hükümlü Abdullah Öcalan olduğu” kısmını incelemiştir. Yerel mahkemenin eserin sahibinin kişiliğini terörle mücadele kapsamında değerlendirerek el koyma kararı verdiğini belirten AYM, “herhangi bir kimsenin yalnızca kişiliğine bağlı olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesi haklı kılınamayacağı gibi yasaklanmış bir örgütün bir mensubunun veya yöneticisinin görüş ve düşüncelerini açıklaması da tek başına düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılmaz.” demek suretiyle kişinin yalnızca kimliği göz önünde bulundurularak yapılan müdahalenin kabul edilemez olduğunu, bu tarz bir değerlendirmenin bazı kişi ve grupların ifade hürriyeti ile güvence altına alınan anayasal haklarının kullanımına engel olacağını belirtmiştir.²⁷⁵ AYM başvuruya konu eserin yazarının ülkenin belirli bir bölümünde gerçekleşen vahim ve şiddetli olayların temel aktörlerinden biri olan PKK²⁷⁶ terör örgütünün yöneticisi ve kurucularından biri olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte AYM, yapılacak değerlendirmede kitapta yer alan düşüncelerin hitap ettiği kimselerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre;

“(....), düşüncelerin birinci elden muhatabı da bu terör örgütünün üyeleridir. Bu sebeple kitabın yazarının ve hitap ettiği kişilerin kimlikleri ile kitapta ifade edilen düşünce ve kanaatlerin kitabın değerlendirilmesinde bir bütün olarak göz önünde

²⁷⁵ A.g.k., § 101; Aynı yönde kararlar için bkz. AİHM, Gözel and Özer/Turkey, App. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010, § 52; İmza/Turkey, App. No: 24748/03, 20/1/2009, § 25; Sürek and Özdemir/Turkey, App. Nos: 23927/94, 24277/94, 8/7/1999, § 61.

²⁷⁶ “PKK, Türk yargı erki tarafından silahlı terör örgütü olarak kabul edildiği gibi, Emniyet Genel Müdürlüğü’nün yayınladığı “Türkiye’de hâlen faaliyetlerine devam eden başlıca terör örgütleri” listesinde “PKK/KONGRA-GEL” adıyla yer almaktadır. PKK, Silahlı Terörizme Karşı Özel Önlemlerin Uygulanması Hakkındaki Avrupa Konseyinin 27 Aralık 2001 tarihli Ortak Tutum (Council Common Position) kararından bu yana Avrupa Birliği tarafından terör örgütü olarak kabul edilmektedir. Bundan başka PKK, Amerika Birleşik Devletlerinin (ABD) terörist organizasyonlar listesinde yer aldığı gibi Birleşmiş Milletler ve NATO ile bölgedeki Suriye, Irak, İran gibi pek çok ülke ve uluslararası kuruluş tarafından da terör örgütü olarak kabul edilmektedir. Ayrıca PKK, ABD’nin uyuşturucu kaçakçıları listesinde de bulunmaktadır.”; İlgili tanım için bkz. AYM, Abdullah Öcalan, § 87.

bulundurulması, söz konusu düşüncelerin içeriğine ve hangi bağlamda dile getirildiğine dikkat edilmesi gerekmektedir.”²⁷⁷

AYM, düşünce ve görüşlerin gerçekten nefrete ve şiddete teşvik edip etmediğinin değerlendirilmesinde toplumsal sorunlar hakkında kamunun bilgi edinme hakkının olduğunu, söz konusu kitabın kullanılan araçlar bakımından kitle iletişim araçlarına oranla halkın daha dar bir kesimine yönelik bir kitap olduğunun da göz önünde bulundurulması gerektiğini ayrıca vurgulamaktadır. Mahkemeye göre söz konusu kitabın “PKK terör örgütünün “değişen” ideolojisinin endoktrinasyonunu hedefleyen bir kitap olduğu da gözetilmelidir.”²⁷⁸

AYM ifadenin bağlamı açısından yapmış olduğu bir başka değerlendirme ise yerel mahkemenin el koyma kararına gerekçe gösterdiği “Irak, İran ve Türkiye topraklarında bir bölgenin ayrılmış ve içi yazılarla belirginleştirmiş olduğu” ibaresine yönelik olmuştur. İfadenin kullanıldığı bölge açısından da ele alınması gerektiğini belirten Mahkemeye göre;

“(....),Belirli bir insan topluluğunun yaşadığı coğrafi bölgenin resmedilmesi tek başına, o bölgenin bulunduğu ülkenin bütünlüğüne yönelik bir ifade açıklaması olarak nitelendirilemez. Buna karşın Türkiye topraklarının bir kısmının “Kürdistan” olarak nitelendirilmesi veya resmedilmesinin ne anlama geldiği ancak kitapta kullanılan ifadelerle birlikte, kitabın yayınlandığı özel koşulların da birlikte değerlendirilmesi ile belirlenebilir.”²⁷⁹

AYM söz konusu kitabın yazıldığı zaman ve olası etkileri açısından da ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme kitapta yer alan düşüncelerin bütün olarak ele alındığında başvurucunun ifadesiyle “Kürt gerçeğinin tanınması ve silahlı yöntemlere başvurma yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçıl yöntemlerin kullanılması” çerçevesinde olduğunu, başvurucunun “önümüzdeki süreçte” kavramına işaret ederek “güvenlik güçleri ile silahlı çatışmaların olmadığı bir ortamda” kendi perspektifinden Kürt sorununu analiz ettiğini, silahlı çatışmaların sona ermesi ve demokratik çözüm arayışında olduğunu belirterek konuyu ifade edildiği dönem açısından da ele almak gerektiğini belirtmektedir.²⁸⁰

²⁷⁷ A.g.k., § 101.

²⁷⁸ A.g.k., § 106; Benzer yöndeki bir karar için bkz. AİHM, Alınak/Turkey, Appl. No: 40287/98, 29.03.2005, § 41.

²⁷⁹ A.g.k., § 102.

²⁸⁰ A.g.k., § 107-108.

AYM'nin ifadenin bağlamı açısından yapmış olduğu detaylı değerlendirmelerden bir diğeri ise yerel mahkemenin aldığı el koyma kararına gerekçe gösterdiği *“silahlı terör örgütü PKK'nın propagandasının yapılması”* ibaresine yönelik olmuştur. AYM konuyu değerlendirirken el koyma kararına gerekçe olarak gösterilen düşüncelerin bir kısmının her ne kadar toplumun büyük bir kesimi ve devlet yetkilileri açısından kabul edilemez olsa da kitabın bir bütün olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme ifadenin kitabın yazıldığı bağlam ile birlikte değerlendirildiğinde *“şiddeti teşvik ve terör eylemlerinin yapılmasına çağrıda bulunma”* anlamı taşımadığını belirterek ifade ve basın hürriyetinin ihlaline karar vermiştir.²⁸¹

2.2.3.8. Nefret içerikli ifade

Öğretide nefret söylemi olarak da bilinen bu ifade türünün içeriği halen tartışılmakta olup, evrensel bir tanımlama henüz yapılmamıştır. Bununla beraber öğreti ve kimi uluslararası belgelerde kavrama yönelik tanımlama girişimleri de mevcuttur. Uslu, nefret söylemini *“belirli özellikleri ile tanımlanan gruplara yönelik beslenen önyargı ve nefret kaynaklı ve bu gruplara ve bunların üyelerine yönelik aşağılama, hakaret etme, alay etme, kötüleme, küçümseme içeren incitici ve saldırganlık içeren sözel ve görsel bütün ifade formları”* olarak tanımlamaktadır.²⁸²

Nefret içerikli ifadeye yönelik yasaklamalar birçok devlet tarafından kabul edilse de yasaklamanın konusunu oluşturan kavramın içeriğine yönelik belirlemeler ülkeden ülkeye farklılıklar gösterebilmektedir. Tanımlamaya yönelik girişimlerde sıkça işaret edilen “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin *“Nefret Söylemi” konulu 97(20) sayılı Tavsiye Kararı*” bu konuda yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Tavsiye Kararına göre nefret söylemi;

“ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan, dinsel hoşgörüsüzlük

²⁸¹ A.g.k., § 108,112.

²⁸² Uslu, C. (2013). “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti”. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 38, 188.

*dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini” ifade eder.*²⁸³

1997 yılında yapılan bu tanımlama her ne kadar kavramın anlaşılmasına ışık tutsa da günümüzün hızla değişen ve değişmekte olan paradigmlarına karşılık verememektedir. Zira tanımda yer almasa bile öğreti ve içtihatlarla gündeme gelen birçok yeni sorun bulunmaktadır. Tanımda verilenler dışında *“inançsal ya da dinsel içerikli nefret”*, *“engellilik”*, *“cinsiyet”* ve *“cinsel eğilim tercihleri”*ne yönelik nefret bu kapsamda sayılabilmektedir. Ulaş, cinsel yönelimin bugüne dek hiçbir uluslararası sözleşmede yer almadığını ancak içtihatlar yolu ile kavramın ayrımcılık yasağının bir parçası haline geldiğini belirtmektedir.²⁸⁴

İfade türlerinin nefret içerikli olmasının hukuk dünyasında birçok sonucu bulunmaktadır. AİHM’e göre, *“belirli kişilerin veya grupların onurunu kırabilecek, “nefret söylemi” teşkil eden somut ifadelerin Sözleşmenin 10’uncu maddesi tarafından koruma altına alınmadığı konusunda hiçbir kuşku olamaz.”*²⁸⁵ Mahkeme nefret içerikli ifadelerin özerk bir yapıya sahip olduklarını ve buna bağlı olarak ulusal yargı mercileri tarafından yapılan tanımlamaların kendisi için bağlayıcı olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle ulusal yargı mercilerinin nefret olarak belirlediği bir kavram Mahkeme tarafından böyle görülmebilir.²⁸⁶ Keza bu mercilerce nefret içeriği olmadığı belirlenen bir ifade mahkemece nefret içerikli olarak kabul edilebilmektedir.²⁸⁷

AİHM nefret içerikli ifadeler konusunda Tavsiye Kararlarına atıfta bulunarak²⁸⁸ bir takım açıklamalara yer verse de kavramın içeriğine yönelik yeteri ölçüde detaylandırma yapmamış, sadece aktarımlarda bulunmuştur.²⁸⁹ Mahkemeye göre, Sözleşmenin temel değerlerine ilişkin olarak diğer açıklama türlerinde olduğu gibi, dini hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere, hoşgörüsüzlüğe dayanan nefreti yaymaya, kışkırtmaya veya haklı

²⁸³ Tavsiye Kararı için bkz. İnternet: İnternet: Council of Europe. (October, 1997). “Recommendation No: R (97) 20 of the Committee of Ministers to Members States on “Hate Speech””, Web: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b> adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

²⁸⁴ Karan, (2018), 29.

²⁸⁵ AİHM, Gündüz/Turkey, Appl.No. 35071/97,4.12.2003, § 41.

²⁸⁶ A.g.k., § 43-44.

²⁸⁷ Örnek karar için bkz. AİHM, Sürek /Turkey [GC], Appl.No.26682/95, 08.07.1999.

²⁸⁸ AİHM, Balsytė-Lideikienė/Lithuania, Appl. No: 72596/01, 04.11.2008, § 44.

²⁸⁹ McGonagle, T. (2007). “International and European Legal Standarts for Combating Racist Expression: Selected Current Conundrums”, Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression. Strasbourg: ECRI, s.44.

çıkarmaya yönelik ifadelerin, ifade hürriyetinin sağladığı güvenceden yararlanamayacağına dair hiçbir şüphe bulunmamaktadır.²⁹⁰ Mahkeme ulusal nefretin savunuculuğunu yasaklamak ve etnik kimlikleri nedeniyle bu tür tehditlere maruz kalabilecek kişileri korumak için kamu makamlarının önlemler alma yükümlülüğüne ayrıca işaret etmektedir.²⁹¹

AİHM, nefret içerikli ifade incelemesinde başvuru konusu davanın bir bütün olarak ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Zira Mahkemeye göre, kişinin zihninden geçenleri belirleyebilmek kolay bir iş değildir. Bu nedenle içerik tespitin zorluğu her davanın kendi özel koşullarıyla değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda Mahkeme başvuru tarafından güdülen amaç ve ifadenin içeriğinin hangi bağlamda dile getirildiği konusuna ayrıca önem vermektedir. Mahkeme ayrıca başvuru tarafından nefret içerikli ifade kullanılarak güdülen amacın “ırkçı düşünce ve görüşleri yaymak mı” yoksa “kamuoyunu ilgilendiren bir mesele hakkında yapılan bir bildirme mi” olduğuna bakmaktadır. Jersild başvurusunda Mahkeme, başvurucaının “o sırada kamuoyunu çok ilgilendiren bir konunun özgün yönlerini” gerekçe göstererek “bir bütün olarak ele alındığında, yapılan yayının nesnel amacının ırkçı görüş ve fikirlerin yayılması olamayacağı” neticesine varmıştır.²⁹² Aynı başvuruda Mahkeme, nefret içerikli ifadenin kullanıcısı ile bu ifadeyi konu alan haber programı yazarının (gazeteci) rollerinin farklı olduğuna işaret ederek bir ayrıma gidilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkeme gazeteciler için basın hürriyetinin temel ilke ve prensiplerini uygulayarak kamu otoritelerine dar bir takdir marjı bırakmıştır.²⁹³

Belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus, AİHM’in şiddeti ya da ırkçı nefreti kışkırtan ve yayan belirli ifadeleri Sözleşmenin 17. maddesine atıfta bulunarak²⁹⁴ Sözleşmenin 10.maddesinin korumasından çıkartabilmesidir. Bu kapsamda “ırkçı nefret söyleminin kınanması”, “Sözleşmeye aykırı bir totaliter öğretinin kınanması” ve “inkârcılığın kınanması” konulu başvurular 17.madde uygulanarak ifade hürriyetinin

²⁹⁰ AİHM, Gündüz/Turkey, Appl.No. 35071/97,4.12.2003, § 51.

²⁹¹ AİHM, Balsytė-Lideikienė/Lithuania, Appl. No: 72596/01, 04.11.2008, § 78.

²⁹² Weber, A. (2009). Nefret Söylemi El Kitabı. (Çev. M. Çulhaoğlu). Avrupa Konseyi Yayınları, 34. İlgili karar için bkz. AİHM, Jersild/Denmark, Appl. no. 15890/89,23.09.1994, § 33.

²⁹³ A.g.k., § 31.

²⁹⁴ AİHS m.17; “Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

koruması dışına bırakılabilmektedir.²⁹⁵ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, Mahkeme Sözleşme m.17'ye ender olarak gönderme yapmaktadır. Zira Mahkeme bu hükmü konu hakkında yapılacak yorumların hiçbir şüpheye yer bırakmadığı başvurularda ifade hürriyetine getirilen sınırlamaların zorunlu olup olmadığını değerlendirmek maksadıyla ve dolaylı yoldan “yorum ilkesi” olarak uygulamayı tercih etmektedir.²⁹⁶

Nefret içerikli ifade incelemesi AYM'ye yapılan bireysel başvuru kararlarına da konu olmuştur. AYM, ifade hürriyetine içerik bakımından kısıtlama getirilemese de “ırkçılık”, “nefret söylemi”, “şiddete teşvik ve tahrik” alanlarında kamu otoritelerinin geniş bir takdir marjının olduğunu belirtmektedir.²⁹⁷ Mahkeme Sinem Hun başvurusunda cinsel yönelim üzerinden nefret içeren ifadelerle ilişkin olarak cinsel yönelimin bireyin özel mahremiyet alanlarından birisi olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, nefret söylemi “ırk, köken ya da renk temelinde yapıldığı iddiası şeklinde olabileceği gibi sayılanlar kadar ciddi bir olgu olan cinsel yönelim temelinde yapıldığı biçiminde de olabilir”²⁹⁸

AYM' ye göre demokratik çoğulcu bir toplumun tesis edilebilmesi ve insan onuruna eşit düzeyde saygının gereği, “formaliteleri”, “koşulları”, “kısıtlamaları” veya “müeyyideleri” izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla, hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini cezalandırmak ve hatta bunları önlemek gerekli görülebilir.”²⁹⁹ Mahkeme ayrıca, nefret söylemi ile işlenen hakaret suçlarına konu başvurularda olayın kendine özgü şartlarının göz önünde bulundurulmasını ve hukuk davası açılmaksızın yalnız ceza muhakemesi yolunun tamamlanmış olmasını yeterli görebilmektedir.³⁰⁰

2.3. İfade Hürriyetinin Araçları

İçerik olarak her türlü düşünce oluşumunu ve aktarımını içeren ifade hürriyeti, düşünce ve görüşlerin kullanıldığı araçlar bakımından da önemli güvenceler

²⁹⁵ Konuya ilişkin detaylı açıklama için bkz. Weber, A. (2009), 23-27.

²⁹⁶ A.g.e., 28.

²⁹⁷ AYM, Bejdar Ro Amed Kararı, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 72; Benzer yönde kararlar için bkz. AİHM, Gözel and Özer/Turkey, § 56; Gündüz/Turkey, § 40.

²⁹⁸ AYM, Sinem Hun, §33; Benzer yönde bir karar için bkz. AİHM, Laskey and Others/UK App. No: 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19/2/1997, § 36.

²⁹⁹ Benzer yönde bir karar için bkz. AİHM, Gündüz/Turkey, § 40.

³⁰⁰ AYM, Sinem Hun, § 32-33.

barındırmaktadır. Bu bakımdan düşüncenin içeriği kadar düşüncenin ifade ediliş biçimi, tarzı ve ifadede kullanılan araçlar ifade hürriyetinin korunması kapsamında değerlendirilir.

İfade hürriyetinde kullanılan araçlar AİHS düzenlemesine paralel olarak, Anayasa m.26/1’de düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.*” Hükümde yer alan “*başka yollarla*” ibaresi söz konusu hürriyette kullanılacak araçlar bakımından herhangi bir sınırlamaya yer verilemeyeceğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, düşüncüyü açıklama ve yaymada kullanılacak her türlü araç bu hürriyetin güvencesi kapsamındadır.

AYM, ifadede kullanılacak araçlara ilişkin olarak bireysel başvuru kararlarında, Anayasa’da yalnızca düşünce ve kanaatlerin değil, “*ifadenin tarzları, biçimleri ve araçlarının da güvence altına alındığını, Anayasa’nın 26. maddesinde düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanımında başvurulabilecek araçların “söz, yazı, resim veya başka yollar” olarak ifade edildiğini ve “başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğunu*” belirtmektedir.³⁰¹ Bu kapsamda AYM’ye yapılan bireysel başvuru kararlarına bakıldığında ifade hürriyeti kapsamında güvence altına alınmış birçok farklı ifade biçimi bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak;

- “Barışçıl gösterilerde konuşma yapma veya basın açıklamasında bulunma”³⁰²,
- “Radyo ve televizyon yayınları”³⁰³,
- “Bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçlayan toplantı ve gösteri yürüyüşü”³⁰⁴,
- “Sendika hakkı çerçevesinde dile getirilen bazı görüşler veya bunların dile getirilme biçimleri”³⁰⁵
- “Yazılı belge ve kitap bastırma”³⁰⁶ ile “şiir yazma ve yayınlama”³⁰⁷

³⁰¹ AYM, Emin Aydın, § 43; Sinem Hun, § 50; Özkan Kart, § 30; Ali Rıza Üçer (2), § 26; Mehmet Çelebi Çalan, § 24; İbrahim Bilmez, § 47; Fatih Taş, § 58; Mehmet Ali Aydın [GK], §§ 39,40; Nihat Özdemir [GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015, § 39; Ali Gürbüz, B. No: 2013/724, 25/6/2015, § 42; Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 39.

³⁰² AYM, Mehmet Ali Aydın Kararı, § 40.

³⁰³ AYM, R.V.Y. A.Ş., B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 28; Ömür Radyo Televizyon Ticaret Anonim Şirketi, B. No: 2015/14943, 21/2/2018, § 20; İyi Haber Yayın Organizasyon Tic. A.Ş., B. No: 2014/13819, 10/1/2018, § 20.

³⁰⁴ AYM, Osman Erbil, B. No: 2013/2394, 25/3/2015, § 45; Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 117-118; Ali Sarıpınar (2), B. No: 2013/6186, 9/3/2016, § 72-73.

³⁰⁵ AYM, İsmail Aslan ve diğerleri, B. No: 2013/7197, 8/9/2015, § 56; Tayfun Cengiz, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 52.

- “Bir işçinin, çalıştığı iş yerindeki hukuka aykırılıklar veya işverenin yaptığı haksızlıklar nedeniyle kamu otoritelerini uyarması”³⁰⁸
- “Polisler tarafından gözüaltına alınırken atılan sloganlar”³⁰⁹
- “Cezaevinde insan onuruna aykırı yapıldığı düşünülen aramaları protesto etmek amacıyla atılan sloganlar”³¹⁰ ile “ölen insanları anmak için atılan sloganlar”³¹¹,
- “Cezaevi uygulamalarını protesto etmek amacıyla yazılan dilekçeler”³¹² ve “yemek almama eylemi”³¹³
- “Demokratik bir çözüm arayışına dikkat çekmek veya benzer nitelikteki demokratik eylemlere destek olmak amacıyla yapılan açlık grevleri”³¹⁴ ve “açlık grevi yapan kişileri ziyaret etmek”³¹⁵ gösterilebilir.

2.3.1. Sözel İletişim ve Kendi Kendini İfade

Duygu ve düşüncelerin dışavurumu –yani ifade- ise birçok şekilde gerçekleşebilmektedir. Bu konuda ilk akla gelen dışavurum/ifade şeklinin sözel iletişim olduğu söylenebilir. Kişiler bir konu hakkındaki beğenisini, öfkesini, olumlu ya da olumsuz düşüncelerini konuşma aracılığıyla ifade etmektedir.³¹⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, sözel iletişim aracı olan konuşma, her ne kadar akla ilk gelen dışavurum şekli olsa da ifade kavramının kapsayıcılığını belirtmekte yetersiz kalmaktadır. Gerçekten de konuşma iletici ve alıcı olmak üzere karşılıklı en az iki kişiyi gerektiren haberleşme anlamı taşımaktadır. Diğer yandan ifade kavramı karşılıklı iletişim ve haberleşme unsuru içermeyen kimi faaliyetleri betimlemek için de kullanılabilir.³¹⁷ Örneğin; tez yazımı sırasında cümleleri ifade etmekte zorlanan kişinin öfkesine hâkim olamayıp, bilgisayarının ekran camını yumruklayarak kırması olayında karşılıklı iletişim içeren bir haberleşme olmasa da öfkeli bir kimsenin kendini ifade etmesi söz konusudur. Görüldüğü üzere ifade

³⁰⁶ AYM, Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 61.

³⁰⁷ A.g.k., § 59.

³⁰⁸ AYM, İlter Nur, B. No: 2013/6829, 14/4/2016, § 33.

³⁰⁹ AYM, Deniz Benol ve diğerleri, B. No: 2014/18780, 7/2/2019, § 42.

³¹⁰ AYM, Murat Karayel (3), B. No: 2013/5444, 6/1/2016, § 30.

³¹¹ AYM, Erdener Demirel, B. No: 2013/1869, 2/12/2015, § 33.

³¹² AYM, Hurşit Çetin, B. No: 2013/2610, 6/10/2015, § 34.

³¹³ AYM, Akif İpek (2) Kararı, B. No:2013/9344, 30/3/2016, § 25; Yusuf Çabuk Kararı, B. No: 2013/8858, 23/3/2016, § 25.

³¹⁴ AYM, Mehmet Ayata, B. No: 2013/2920, 7/7/2015, § 24; Metin Yamalak (2), B. No: 2013/9450, 13/4/2016, § 28.

³¹⁵ AYM, Hasan Güngör (2), B. No: 2015/1554, 25/12/2018, § 46.

³¹⁶ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 28.

³¹⁷ Schauer, (2002), 74.

kavramı sadece karşılıklı sözel iletişimi içeren haberleşme için değil, aynı zamanda kişinin iç dünyasında var olan duygu ve düşüncelerin herhangi bir şekilde dışavurumu olarak da kullanılabilir. Bu bağlamda ifade, sözel iletişim/konuşmaya göre daha kapsamlı bir kavramdır.³¹⁸

2.3.2. İfade Hürriyeti ile Kullanılan Araç Olarak Dil İlişkisi

Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasını mümkün kılan araç dil olduğundan ifade hürriyetinin gerçek anlamda varlığı dilin kullanımına bağlı olarak gerçekleşmektedir. İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişimi ve saygınlığının gerçekleştirmesinde temel bir araç olan dil ifade hürriyetinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.³¹⁹

Dilin kurallarına bağlı olarak düşünülmezse özgür düşünme eksik kalır. Bu nedenle birey daha çok algıladığı ya da duyumsadığını değil, dilin kendisine algılattığı veya duyumsattığını düşünebilir. Aynı zamanda dil sayesinde insan özgürlüğün yeni dünyasına açılan kapıyı aralayabilir. İnsan dile hangi ölçüde hâkim olursa içerisinde bulunduğu toplumda o denli özgür olur. Sadece düşünerek hiçbir zaman yapamayacağı şeyi, konuşarak yapabilir: düşüncelerini dışa vurabilir, başkalarına aktarabilir ve başkalarının davranışlarını etkileyebilir.³²⁰ Bu bakımdan düşüncelerin açıklanmasında temel bir rol oynayan dil ifade hürriyetinin kullanımı açısından büyük bir öneme sahiptir.

İnsan beyni dış dünyadaki gözlemlerini kelimelere dönüştürerek algılamaktadır. Dildeki sözcük dağarcığı yeteri düzeyde olmayan bireyin düşünme yeteneği de o ölçüde daralacaktır. Gerçekten, bir insanın dünyasının bir yerde diliyle sınırlı olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır. Sözelimi anadili yüzlerce sözcükten oluşan biriyle binlerce sözcükten oluşan bir başkasının düşüncüyü oluşturma imkânları açısından arasındaki makasın oldukça açık olduğu aşikârdır. Keza tek dil bilen ile birden fazla dil bilenlerin arasında bilgi edinme olanakları açısından büyük bir fark vardır.³²¹

Bununla birlikte düşüncelerin oluşumunda yazının etkisi de son derece önemlidir. Zira, öğrenilmesi güç olan yazı ve alfabenin gerek düşüncenin oluşumunda gerekse ifade

³¹⁸ A.g.e., 40.

³¹⁹ Sunay, (2001), 44-45.

³²⁰ Lampe, E. J. (1998). “Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Demokrasi”. (Çev. N. Ülner). H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s.127.

³²¹ Selçuk, (1998), 294.

edilişinde olumsuz etki doğurduğu rahatlıkla söylenebilir.³²² Şenel, bu konuda en güzel örneklerin Çin, Japon ve Kore yazılarının öğrenilmesinde olduğunu ifade etmektedir;³²³

“Piktografik ve alfabetik yazıdan farklı olarak ideografik yazıda, her bir sözcük(ki her bir ide demektir) ayrı bir “im”(işaret) ile gösterilir. Öyle ki ilköğretimde kalmış bir Koreli, kendisine öğretilen simge sayısı(on bin)kadar sözcük bilebilir. Ortaöğretim gören, onun bir katı (yirmi bin kadar) sözcükle düşünebilmektedir. Yükseköğretim gören ondan da (on bin) fazlasını (30 bin dolayında ideogramı) bilerek düşüncelerini bunlarla kurabilmektedir.(Gerçekten Çin yazısında 40 bin kadar farklı simge bulunmaktadır.) Böylece bir Korelinin konuşmasından kullandığı sözcüklere bakılarak öğretiminin derecesi bilinmektedir. Kısacası az simge (ideogram) bilen düşünce üretme olanakları dolayısıyla düşünme özgürlüğü sınırlı olacaktır.”

AYM, bireysel başvuru kararlarında konuya ilişkin olarak, *“İfadenin iletilmesinde kullanılan dilin, ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu konusunda hiçbir şüphe ya da anlaşmazlık bulunmadığını”* belirtmektedir.³²⁴ Ayrıca Mahkemeye göre ifade hürriyeti *“her türlü kültürel, siyasal ve sosyal bilgi ve fikirlerin paylaşıldığı ortamlara dâhil olan bireylerin bilgi ve fikir alışverişinde bulunurken istedikleri dili tercih etme özgürlüğünü kapsamaktadır. Bu bağlamda bir ifade aracı olan dil, şüphesiz ki Anayasa’nın 26. maddesinin teminatı altındadır.”*³²⁵ Aynı yönde değerlendirme AİHM tarafından da yapılmıştır.³²⁶

AİHM ifade hürriyeti ile dil arasındaki ilişkiyi ele alırken ikili bir ayrım yapmaktadır. Mahkemeye göre kişilerin resmi olmayan işlemlerde kullandığı dil ifade hürriyetinin korumasına girerken, kamu otoritelerinin herhangi bir organı ile yapılan iletişimlerinde kişiler tercih ettikleri dili kullanma serbestiyetine sahip değildir.³²⁷ Mahkeme Sözleşmenin 5/2 ve 6/3 ün (a) ve (e) paragraflarında belirtilen özel haklar istisna olmak üzere³²⁸; kamu otoriteleri ile yapılacak iletişimde özel bir dil kullanma hakkını veya

³²² Şahbaz, (2007), 30.

³²³ Şenel, A. (1998). “Simgesel Araçlar, Düşünce Özgürlüğü ve Dinsel İdeoloji”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 49.

³²⁴ AYM, Fikriye Aytın ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 26.

³²⁵ AYM, İsa Yağbasan ve diğerleri, B. No: 2013/1481, 20/11/2014, § 65.

³²⁶ AİHM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/ Turkey, App. No: 20641/05, 25/9/2012, § 73.

³²⁷ Gomien, D., Harris, D., Zwaak, L. (1996). *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Strasbourg, 264-265. naklen Sunay, (2001), 45.

³²⁸ AİHS 5/2; Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

AİHS 6/3 (a) ; Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek

AİHS 6/3 (e); Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak

kişinin tercih ettiği bir dilde bilgilendirme hakkını tek başına koruma altına almadığını belirtmiştir.³²⁹ Mahkeme bir başka kararında ise Sözleşmenin seçim amacıyla kamu otoriteleri ile yapılacak iletişimde özel bir dil kullanma hakkını korum altına almadığının altını çizmiştir. Mahkeme kararında ayrıca dil politikalarını etkileyen birçok unsurun(tarih, kültür vb.) olduğunu belirterek bu konuda kamu otoritelerinin takdir marjının geniş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.³³⁰

İfadenin dile getirildiği diller açısından en kapsamlı değerlendirme İsa Yağbasan ve diğerleri başvurusunda yapılmıştır. Siyasi parti faaliyeti çerçevesinde Kürtçe dilini kullandıkları gerekçesiyle cezalandırıldıklarını belirten başvuruçular başvuruya konu olan el ilanının Nevruz bayramı davetiyesi olduğunu belirterek, söz konusu davetiyede bir siyasi partinin amblemi kullanılmış olsa da yapılan bu faaliyetin parti ile resmi bir ilgisinin olmadığını ve propagandasını içermediğini, davetiye ilanlarının Türkçe ve Kürtçe dillerinde birlikte yapılması nedeniyle cezalandırılmalarının ifade hürriyetinin ihlali olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvuruyu esas bakımından değerlendiren AYM, yukarıda da belirtilen AİHS düzenlemeleri ve AİHM içtihatlarına paralel olarak konuyu kapsamlı bir şekilde incelemiştir.

AYM ilk olarak başvuru konusunun yukarıda yer alan AİHS düzenlemeleri ve AİHM içtihatlarından farklı olduğunu belirtmektedir. Zira söz konusu düzenleme ve içtihatlar kamu otoriteleri veya resmi kurumlarla yapılacak iletişimde resmi olmayan bir dil kullanımı ile ilgilidir. Oysa bireysel başvuruya konu olan bu olay “(....), *seçim kampanyaları sırasında yapılan halk toplantıları kapsamında olmayan ve bireylere, diğer bireyler ile ilgili olan ilişkilerinde dilsel kısıtlamalar getirilmesi*” ile ilgilidir.³³¹ Mahkeme kamu otoritelerinin seçim kampanyası faaliyeti sırasında adayların ve başka kişilerin kullanacağı dili belirleme yetkisi ve gerektiğinde makul ölçüde sınırlandırabilme hakkının bulunduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte Mahkemeye göre, “(....), *Türkçe dışında kalan dillerin siyasi partilerin tüm faaliyetlerinde kullanımının tamamen yasaklanması ve*

³²⁹ AİHM, Mentzen/Lettonie, App. No: 71074/01, 7/12/2002.

³³⁰ AİHM, Fryske Nasjonale Partij and Others/ Netherlands, App. No: 11100/84, 12/12/1985.

³³¹ AYM, İsa Yağbasan ve diğerleri, § 64.

beraberinde cezai yaptırımlar getirilmesi Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan ifade özgürlüğü gibi demokratik toplumun temel değerleri ile bağdaşmaz."³³²

2.3.3. Eylemsel İfade

Kişiler duygu ve düşüncelerini çeşitli eylem ya da davranış yolları ile dışa vurabilir. Zira eylemler iletişimin birer parçasıdır. Gündelik hayat rutininde sözel iletişim kurmak yerine sıklıkla-eylemsel ifade tercih edilebilmektedir. Örneğin vedalaşmak istenilen kişiye "hoşça kal" ya da "güle güle" demek yerine "el sallama" ya da geri bildirim verilen kişiye "onay verme" ifadesi yerine "göz kırpma" ya da "baş sallama" eylemi kullanılabilir. Öte yandan aynı eylemsel ifade duruma göre birbirinden çok farklı anlamlar da içerebilir. Örneğin alkış eylemi ile destek ya da beğeni durumu ifade edilebileceği gibi protesto eylemi de gerçekleştirilebilmektedir.³³³

Eylemsel ifade sözel olarak ifade edilebilecek bir durum ya da faaliyetin daha etkin bir şekilde dile getirilmesi ya da daha geniş bir kesime duyurabilmesi amacı için de kullanılabilir. Bu bakımdan demokratik sistemin işlerliği için eylemsel ifadenin yeri büyük önem taşımaktadır. Nitekim kamusal olaylarla ilgili farkındalık yaratabilme ve bilinç oluşturabilmek adına eylemsel ifadeye sıklıkla başvurulabilmektedir. Bunun en bilinen örneği ifade hürriyetinin özel görünümü olan "toplantı ve gösteri yürüyüşü hürriyeti" dir. Anayurt'a göre, toplantı, gösteri veya yürüyüş kişilerin duygusal ve düşünsel isteklerinin kamuoyuna ifadesi olması nedeniyle söz konusu hürriyetin kullanılabilmesi için ifade hürriyetinin varlığına mutlak surette ihtiyaç vardır. Bunun sonucu olarak ifade hürriyeti ile toplantı ve gösteri yürüyüşü her zaman senkronize kullanımı gerektirir.³³⁴ Bu gerekliliği yazar, "*hiçbir toplantı (gösteri yürüyüşü) yoktur ki bünyesinde düşünce hürriyetinin kullanımına yer vermeksizin gerçekleştirilebilsin.*" sözleri ile ifade etmektedir.³³⁵

³³² A.g.k., § 68; Benzer bir değerlendirme için bkz. AİHM, Şükran Aydın and Others/Turkey, App. No. 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 and 14871/09, 22/1/2013, § 55.

³³³ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 19.

³³⁴ Anayurt, Ö. (1998). *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 83.

³³⁵ A.g.e., 84.

Yine kamusal olaylarla ilgili şiddet unsuru taşımayan ve barışçıl yollardan gösterilen “boykot”, “oturma eylemleri”, “picketingler” “açlık grevi”, “taşınan dövizler”, “uzun mesafe arası protesto gösterileri”, “meydanlarda yatan insan barikatları” vb. gibi araçlar da eylemsel ifadeye örnek olarak gösterilebilir.³³⁶

2.3.4. Kitle İletişim Araçları

İfade hürriyeti kapsamında bilgi, fikir ve haber alma/verme açısından bir diğer önemli faktör ise kitle iletişim araçlarıdır. Kitle iletişim araçları gazete, dergi, radyo, televizyon ve internet gibi yazılı, görsel ve işitsel iletişim unsurlarından oluşmaktadır. Küresel teknoloji ağının hızlı gelişimine paralel olarak yazılı, görsel ve işitsel araçlar bilgi ve haber kaynaklarının daha geniş kitlelere ulaşmasına imkân sağlamaktadır. Günümüzde görsel ve işitsel uyarana daha fazla maruz kalan kişilerin neredeyse tüm bilgi ve haberlere kitle iletişim aracılığıyla ulaştığını söylemek mümkündür. Bu bakımdan kitle iletişim araçları küresel bir okul misyonunu yerine getirmektedir.

Bilgi ve haber akışının geniş kitlelere yayılmasını sağlayan kitle iletişim araçlarının kullanımı kamu otoritelerince kötüye kullanılabilir. ³³⁷ Anti-demokratik eğilim gösteren rejimlerde oldukça sık bir şekilde görülen bu uygulamada “sansür” etkili bir silah olarak kullanılmaktadır. Siyasi otorite mevcut iktidarını korumak ve devam ettirebilmek için hangi bilgi ve haberlerin yayımlanacağını kendisi belirlemektedir. Hangi bilgi ve haberlerin yayımlanacağını belirlerken ölçüt olarak ifadenin kurulu düzene ve resmi söyleme uygun olup olmadığını esas almaktadır. Keza bilgi ve haberlerin hangisinin yayımlanacağına siyasi otorite bizzat kendisi karar verebilmektedir. Totaliter karakterli yapılarda görülen bu uygulamada kamuoyu sadece siyasi otoritenin müsaade ettiği ölçüde ve gerçekliğine şüpheyle bakılan bilgi ve haberlere ulaşabilmektedir. ³³⁸

Uygulamada görülen bir diğer sorun ise mali baskılar sebebiyle kitle iletişim araçlarının mülkiyetinin belirli kişi ya da çıkar gruplarının tekelinde toplanmasıdır. Bilgi ve haberlerin manipülasyonu ve gerçeklikten ayrılmasını kolaylaştıran tekelleşme siyasi otoritenin bilgi ve haber akışı üzerindeki kontrolünü ve araçlar üzerindeki baskısını artırıp,

³³⁶ Güran, S. (1991). “Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8, 194-195.

³³⁷ Sunay, (2001), 144.

³³⁸ Arslan, Z. (2001), 16.

bilgi ve haber edinme hürriyetinin siyasi otoriteye bağılı hale gelmesine neden olmaktadır.³³⁹ Gerçek ve saptırılmamış bilgi ve haberlerin serbest bir şekilde dolaşımını tehlikeye sokan bu durum kitle iletişim araçlarının hiçbir kişi ya da grubun tekeli ve müdahale alanında olmamasını, bu araçların dağılımında çoğulcu bir yapının tesisini zorunlu kılmaktadır.³⁴⁰ Nitekim bilgi ve haberlerin geniş ve kapsamlı bir şekilde arzı/aktarımı ancak bu şekilde sağlanabilir.³⁴¹

Sansür denetimi ile ekonomik ve mali baskılar dışındaki bir diğer etkili araç ise idari ve adli yaptırımlardır.³⁴² Siyasi otorite kendisi tarafından kabul görmeyen bilgi ve haberlerin yayımlanması durumunda yönetici ya da yayımcılarına para cezası, hürriyeti bağlayıcı hapis cezası, yayın durdurma ve erişim yasağı gibi birtakım yaptırımlara maruz bırakmaktadır. Bu tür müdahaleler kitle iletişim araçlarının kullanımını zorlaştırmakta hatta bütünüyle ortadan kaldırabilmektedir. Bu durum bilgi edinme ve haber alma kanallarının tıkanmasına ve buna paralel olarak ifade hürriyetinin gerçekleşmesine engel olmaktadır.

Kişilerin kendini geliştirebilmesi bilgi ve haber alma kanallarına serbest bir şekilde ulaşabilmesi ve onlardan yararlanabilmesi ile gerçekleşebilir. Bu nedenle bilgi ve haberin kaynağına yapılacak müdahaleler bilgi edinme ve haber alma hürriyetinin özünü zedeleyecektir. Uygulamada gazete, dergi, kitap vb. yazılı materyaller hakkında konulan el koyma ve toplatma kararı, radyo ve televizyon kanalları için yapılan frekans sınırlamaları kararı ve internet erişiminin kısıtlanması en sık görülen müdahale biçimleridir.

2.3.4.1. Basın

Basın kavramının anlam ve içeriği ortaya çıkışından itibaren birçok değişime uğramıştır. Zira ilk çıktığı dönemlerde ağız ile ifade ve elle yazılı metinlerden ayırt etmek için kullanılan basın araçları yazılı alanda gazete, dergi, kitap ve broşürlerle sınırlı iken

³³⁹ Özek, Ç. (2000). “Kitleli İletişim Özgürlükleri”. K. Tankuter. (Editör). *İnsan Hakları*. İstanbul. Yapı Kredi Yayınları, s. 174-175; Gürkan, (1960), 145; Sunay, (2001), 55.

³⁴⁰ Teziç, (1990), 32.

³⁴¹ Finkelburg, (1998), 202-204.

³⁴² Özek, (2000), 165.

günümüzde teknolojik gelişmelere paralel bir şekilde radyo, televizyon ve sinema gibi görsel-işitsel alanları da kapsamına almıştır.³⁴³

Basının ifadenin kullanımında başvurulan bir araç olması ifade hürriyetinin genel ilkelerini basın hürriyetinin tüm alanlarında da geçerli kılmaktadır. Bununla birlikte basında sunulan yazılı ya da görsel-işitsel malzemenin yapısı ve sunuş yöntemi ifade hürriyetinin genel ilkelerine göre daha geniş ve daha güçlü özel koruma taleplerini gündeme getirmektedir.³⁴⁴ Gerçekten de ifadenin kullanımı açısından en etkin ve yaygın araçlardan birisi olan basının, düşünce ve fikirleri açıklamada kullanılan araç niteliğinin yanı sıra bilgilenme sürecini işletim ve kamusal hayatta etkin ve güçlü bir denetim işlevi vardır. Bu bağlamda demokratik ve çoğulcu bir toplumun varlığı ile basın hürriyeti arasında sıkı bir ilişki olduğu söylenebilir.³⁴⁵

Basın hürriyetine ilişkin AİHS’ te ayrı bir madde düzenlenmemiş, söz konusu hürriyet ifade hürriyetine ilişkin m.10 uyarınca güvence altına alınmıştır. AİHM buna ilişkin olarak ifade hürriyetinin sadece düşünce ve kanaatlerin içeriğini değil aynı zamanda iletme biçimlerini de güvence altına aldığını belirterek yerleşik içtihadını tekrarlamaktadır.³⁴⁶ Buna karşın Anayasada basın hürriyeti, m.26’da düzenlenen ifade hürriyetinden farklı olarak m.28 de ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bu madde basılmış materyalleri kapsamakta, görsel-işitsel iletişim araçlarını düzenlemenin dışında tutmaktadır. Anayasada basın hürriyetinin düzenlendiği hükümlerde geçen “yazanlar”, “bastıranlar”, “başkasına verenler”, “dağıtım önleme”, “toplatma”, “sürelili yayın” ve “süresiz yayın” gibi ibareler sadece “gazete”, “kitap”, “dergi” gibi basılıp çoğaltılabilen kitle iletişim araçları için kullanılabileceği için kitle iletişim araçlarından biri olan basın Anayasada diğer kitle iletişim araçlarından ayrı bir şekilde güvence altına alınmıştır.³⁴⁷ Görsel-işitsel iletişim araçlarının basın hürriyetinden yararlanabileceği ise ifade hürriyetinin düzenlendiği m.26’da ki “radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yayımların izin sistemine” bağlanabileceği ibaresi ile belirtilmek istenmiştir. 28. maddeye ek olarak m.29’da “sürelili ve süresiz yayın hakkı”, m.30’da

³⁴³ Schauer, (2002), 150,151.

³⁴⁴ A.g.e.

³⁴⁵ Harris, D.J., O’Boyle, M., Warbrick, C. (1995). **Law of the European Convention on Human Rights**, London: Butter Worths, 376, 397, 398 naklen Sunay, (2001), 130.

³⁴⁶ AİHM, Observer and Guardian/ The United Kingdom Appl.No. 13585/88, 26.11.1991, § 59; Aynı yönde bir karar için bkz. AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 54.

³⁴⁷ AYM, Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 46; İlhan Cihaner (2), § 53; Abdullah Öcalan [GK], § 68.

“basın araçlarının korunması”, m.31’de ise “kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı” düzenlenmiştir.

İfade hürriyeti ile basın hürriyeti arasındaki bu yakın ilişki bireysel başvuru kararlarına da konu olmaktadır.³⁴⁸ AYM iki hürriyet arasındaki birbirinden ayrılamaz nitelikteki ilişki nedeniyle basılı eserler ve yayımlanan yazılara yönelik incelemelerde m.26 ile m.28’i birlikte ele almaktadır.³⁴⁹ Mahkemeye göre düşünce ve kanaatlerin özel bir biçimi olan basın hürriyeti her ne kadar Anayasada özel olarak düzenlenen m.28 kapsamında incelenmesi gerekse de anayasanın bütünlüğü ilkesi uyarınca konuya ilişkin m.26 da düzenlenen ifade hürriyetinin de bu inceleme kapsamında gözetilmesi gerekir.³⁵⁰ Mahkeme özellikle basılı eserler temelinde yapılacak incelemelerde basın hürriyetinin ihlaline ilişkin iddiaların ifade hürriyetinden ayrı incelenmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte Mahkeme Anayasa m.28 ve devamında düzenlenen basın hürriyetinin, demokratik çoğulculuğun korunması için “gözetleyici” (*watchdog*) görevde bulunan basına daha ayrıntılı güvenceler getirdiğinin inkâr edilemeyeceğini, özellikle fikir ve haberlerin iletilmesinde kullanılan alanların Anayasa’ya göre basın hürriyeti temelinde daha fazla koruma göreceğinin açık olduğunu belirtmektedir.³⁵¹

AYM bireysel başvuru kararlarında radyo ve televizyon gibi görsel ve işitsel yayınların da ifade hürriyetinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu belirtmektedir.³⁵² Bu bağlamda radyo yayınları dâhil medya hürriyetine uygulanacak ilkeler basın hürriyetine uygulanan ilkelerle benzer olacaktır.³⁵³ Radyo televizyon gibi görsel-ışitsel kitle iletişim araçlarının basılı eserlere göre çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahip olduğunu belirten AYM, bu araçların fikir ve haberleri ses ve görüntü aracılığıyla ileterek kişiler üzerinde daha etkin bir rol oynadığını ifade etmektedir. Mahkemeye göre görsel-ışitsel kitle iletişim araçlarına erişim imkânı basılı eserlere göre daha kolaydır. Yine basılı eserlerin dağıtımı

³⁴⁸ İfade ve basın hürriyetlerine ilişkin temel ilkelerin ayrıntılı incelemesi için bkz. AYM, Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 57-67, 80, 94; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 30-38; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 33-39; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, § 27-55.

³⁴⁹ İlgili kararlar için bkz. AYM, Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §32,36-38; Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §47-50; Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 71.

³⁵⁰ AYM, Bekir Coşkun § 32.

³⁵¹ AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 32.

³⁵² AYM, R. V. Y.A.Ş., B. No:2013/1429, 14/10/2015, § 28.

³⁵³ AYM, Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017, § 51.

sınırlı iken görsel-işitsel kitle iletişim araçlarına herkes tarafından doğrudan ulaşılabilir. ³⁵⁴

AYM bireysel başvuru kararlarında görsel ve işitsel kitle araçlarının demokratik toplumdaki önemine işaret ederek devletin pozitif bir yükümlülük altında olduğunu belirtmektedir. Buna göre Anayasa m.28/3 kamu makamlarına basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğünü getirmektedir. Yine Mahkemeye göre Anayasa m.26/1'in son cümlesinde yer alan *“yayımların izin sistemine bağlanması”* ile m.26/3'te yer alan *“haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler”* ibareleri kamu makamlarına öncelikle teknik boyutu olmak üzere *“egemenlik alanındaki basın ve yayıncılığı organize etmesine ve ruhsat sistemi ile denetlemesine cevaz verdiği gibi bu alanda düzeni sağlayarak ifade ve basın özgürlüklerinin kullanılmasını zorlaştıran veya imkânsız hale getiren mâniaları da bertaraf etme yükümlülüğü getirir.”* ³⁵⁵

Konuya ilişkin olarak AYM radyo yayıncılığına ilişkin yapılan başvurularda devletin basın hürriyeti açısından yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerle ayrıca dikkat çekmektedir. Mahkeme Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. kararında, *“radyo yayını yapmak amacıyla yapılan başvuruların, RTÜK tarafından frekans tahsisine ilişkin sıralama ihalesi yapılamadığı gerekçesiyle reddedilmesinin ve frekans tahsisi için gerekenlerin yapılmamasının düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştiren yayın hakkını olumsuz olarak etkileyen yapısal bir sorun olduğunu tespit etmiştir.”* ³⁵⁶ AYM başvurucunun yayına başlayabilmesi için gerekli radyo frekansının ne zaman verileceğine dair ilgili normatif düzenlemeler ile idari kararlar ve mahkeme kararlarında yeteri kadar açık olmadığını bu nedenle öngörülebilirlik şartının da yerine getirilmediğini ifade etmektedir. ³⁵⁷ Karara göre 24 yıl gibi uzun bir sürede frekans tahsisinin yapılmayıp yeni kuruluşlara yayın izni verilmemesi ulusal medyada korunması gereken çeşitliliğe ve radyoculuk sektöründeki rekabete engeldir. Bu durum ise demokratik

³⁵⁴ AYM, R. V. Y. A.Ş., § 31; AYM, Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş., § 55.

³⁵⁵ AYM, Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017, § 56.

³⁵⁶ A.g.k., § 65.

³⁵⁷ A.g.k., § 62.

ve çoğulcu bir toplum için hayati bir önem arz eden ifade ve basın özgürlüklerine zarar vermektedir.³⁵⁸

AYM basının düşüncelerin aktarımı ve dolaşımını gerçekleştirerek bireylerin ve toplumun bilgilenmesini sağladığını böylelikle çoğunluk tarafından kabul edilen ya da benimsenen görüşlerin dışındaki görüş ve düşüncelerin de paylaşımına katkıda bulunduğunu belirterek ifade hürriyeti ile basın hürriyetinin çoğulcu demokrasi için hayati bir önem taşıdığını vurgulamaktadır.³⁵⁹ AYM, basın hürriyetinin sadece basının haber verme ve yayma hakkını korumadığını aynı zamanda halkın haber ve fikirlere ulaşmasının bu hürriyetin kullanımı ile gerçekleştiğini belirtmektedir.³⁶⁰ Haber ve fikirlere erişim ile halkın kendisini ilgilendiren toplumsal meseleler hakkında yapılan tartışmaları takip edebileceğini ve bu tür tartışmalara katılabileceğini bu durumun ise demokratik çoğulculuğun sağlanabilmesine hizmet ettiğini ifade etmektedir.³⁶¹ Mahkemeye göre yazılı, işitsel veya görsel basın *“kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemesini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır.”*³⁶² Bu kapsamda herkes için geçerli olan basın hürriyeti hayati bir önem taşımaktadır.³⁶³

AYM’ ye göre basının sosyal görevini ifa edebilmesi için basının hür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de gerekir. Bu kapsamda basın hürriyetinin kullanımında belirli bir düzeyde abartı hatta tahrik eylemine başvurmak mümkünse de

³⁵⁸ A.g.k., § 64.

³⁵⁹ AYM, İlhan Cihaner, § 56; Abdullah Öcalan, § 74.

³⁶⁰ AİHM’e göre ancak bu şekilde basın kamuoyunun bilgi edinme hakkı bakımından yaşamsal önemi bulunan “halkın gözcülüğü” ya da “bekçisi”(kamu bekçi köpeği) görevini yapabilir. Basın hürriyeti söz konusu olduğunda ulusal takdir marjı demokratik bir toplumun çıkarları sınırlandırılır İlgili Kararlar için bkz. AİHM, Editions Plon/France, Appl.no. 58148/00, 18.05.2004, § 43; Bladet Tromsø and Stensaas/Norway, App. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59,62; Pedersen and Baadsgaard/Denmark, App. No: 49017/99, 17/12/2004 § 71; Goodwin/ The United Kingdom, Appl. No. 17488/90,27/03/1996, § 39; Thorgeir Thorgeirson/Iceland, App. No: 13778/88, 25/06/1992, § 63.

³⁶¹ AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere basına gerek siyasal alanda gerekse kamunun ilgilendiği başka alanlarda tartışma konusu fikir ve haberleri aktarma görevi düşer. Bu görev halkın da bu fikir ve haberleri alma hakkı ile tamamlanır. İlgili kararlar için bkz. AİHM, Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano/Italy Appl. no. 38433/09, 7.06.2012, § 131; Handyside/U.K., Appl. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; Lingens/ Austria § 42; Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 207.

³⁶² AYM, R. V. Y. A.Ş. , § 34; Fatih Taş, § 66; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 57.; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 39; Önder Balıkcı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 41.; Kadir Sağdıç, § 50; Benzer yündeki AİHM kararları için bkz. Lingens/ Austria, § 41; Özgür radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım AŞ/Turkey, App. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78; Erdoğan ve İnce/Turkey, App. No: 25067/94, 25068/94, 8/7/1999, § 48.

³⁶³ AYM, E.1997/19, K.1997/66, 23/10/1997; Bekir Coşkun, § 34.

ilgili kişilerin iyi niyetli hareket etmeleri zorunludur. İlgili kişiler meslek etiğine uygun davranarak doğru ve güvenilir bilgi vermelidir. Kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılmasının bazen makul eleştiri sınırlarını aşabileceğini belirten Mahkeme'ye göre *“gerçeğe uygun bir beyana, kamuoyunun gözünde yanlış bir imaj uyandırabilecek vurgular, değer yargıları, varsayımlar hatta imalar eşlik edebilmektedir. Dolayısıyla haber verme görevi, zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ve basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir.”* Mahkeme bu durumun özellikle basın aracılığıyla yapılan ifade açıklamalarında adları belirtilen kişilerin ciddi bir biçimde itham edilmeleri hallerinde geçerli olacağını belirtmektedir.³⁶⁴

2.3.4.2. İnternet

Yirminci yüzyılın ortalarında ilk kez kullanılan internet, ABD tarafından ulusal güvenliğe yapılacak olası bir saldırıya karşı iletişim sistemi yaratmak amacıyla geliştirilmişti. Günümüzde ise internet faaliyetinin alanı akademik ve askeri amacının çok ötesine ulaşmıştır. Bu kapsamda internet ekonomik, sosyal, kültürel ve jeopolitik sınırları aşarak kabul edilen klasik sınırların ötesine çıkmıştır. Geleneksel düzenden bağımsız olarak yeni bir kamusal alan yaratan internet ile birlikte sınırsız sayıda kişiye neredeyse hiçbir sınırlama olmaksızın bilgi ve haberlere ulaşabilme imkânı doğmuştur. Bu bağlamda bilgi ve fikirler dünyanın en ücra köşesinden bir tuşlama zamanı kadar bir sürede erişilebilir hale gelmiştir. Hızlı erişim imkânının yanı sıra bilgi ve haberlerin edinimi ucuz ve kolay olmuştur.³⁶⁵ İnternetin hızlı ve ucuz erişilebilir olması hayatları boyunca kendi yayınevini kurma, kendi gazetelerini çıkarma ya da radyo ve televizyon kurma şansını bulamayan kimselere elektronik ortamda bu imkânı sağlamıştır.³⁶⁶

İnternet ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer önemli özellik ise hiç kimsenin mülkünde olmaması ve merkezî bir gözetim organizasyonu tarafından kontrol edilememesidir. Yüzbinleri aşkın web sitesi bulunan internette her web sitesi kişiler veya şirketler tarafından kurulmaktadır.³⁶⁷ Küresel bir bilgi kaynağı olan internet bu yönüyle geleneksel basın araçlarından ayrılmaktadır. Bilindiği üzere geleneksel basın araçları siyasi iktidar ya da diğer iktidar grupları tarafından rahatlıkla kontrol edilebilmektedir. Yukarıda

³⁶⁴ AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 42-43; Kadir Sağdıç, §53-54.

³⁶⁵ Tanılır, M. N. (2002). *İnternet Suçları ve Bireysel Mahremiyet*. Ankara: Liberte Yayınları, 7-10.

³⁶⁶ Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003), 92.

³⁶⁷ A.g.e., 101.

da belirtildiği üzere geleneksel basın araçlarının mülkiyeti ekonomik ya da mali baskılar sebebiyle belirli kişi ya da çıkar gruplarının tekelinde toplanabilmekte, siyasi iktidar ya da diğer iktidar gruplarının kabul görmediği bilgi ve haberlerin yayımlanması durumunda, yönetici ve yayımcılar adli ve idari yaptırımlara maruz kalabilmektedir. Bu durum ise gerçek dışı ya da saptırılmış bilgi ve haberlerin kamuya aktarılmasına neden olmaktadır. İnternetin gelişimi ile birlikte hükümetler geleneksel basın araçları üzerindeki etkinliklerini giderek kaybetmektedir. İnternet erişiminin olduğu bir ülkede bilgi transferinin engellenmesi her geçen gün daha da zorlaşmaktadır. Zira bilgisayar sahibi olan herkese açık bir forum imkanı veren internet her türlü bilgi ve haberin dolaşımına olanak sağlamakta ve etkin bir kamusal alan yaratmaktadır.³⁶⁸

İnternet ifade hürriyetinin yeni kullanım alanlarından biridir. Bu kapsamda ifade hürriyeti açısından geçerli olan tüm ilke ve kurallar internet alanında da geçerlidir.³⁶⁹ İfade hürriyetini düzenleyen AY m.26 da internet kavramına doğrudan yer verilmesine de AYM içtihatları internet erişimine yönelik müdahalelerin ifade hürriyeti kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmektedir.³⁷⁰ Gerçekten de ifade hürriyeti sadece bilgi verme ya da yayma ile sınırlı olmayıp kamunun bilgileri alma hakkını da kapsamaktadır.³⁷¹ İnternet erişimi ile birlikte hiçbir sınırlama olmadan herkes bilgi ve haberlere ulaşabilmektedir. Bu bağlamda AYM bilgi, fikir ve haberlerin aktarımı ile alınmasında önemli bir işlev gören internetin bilgiye erişme, bilgi ve fikirleri paylaşma ve yayma açısından vazgeçilmez bir niteliğe sahip olduğunu belirtmektedir.³⁷² Mahkemeye göre internet erişilebilirliği ve çok miktarda bilgi ve haberi saklama ve iletme kapasitesi ile halkın haberlere erişimini arttırmada ve bilgilerin yayılmasını kolaylaştırmada önemli bir rol oynamaktadır.³⁷³ Yine Mahkemeye göre internet, “kamusal sorunlara ilişkin tartışma ve eylemlere katılım konusunda asli

³⁶⁸ A.g.e., 251-252.

³⁶⁹ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 216.

³⁷⁰ Bu durum AİHS m.10 bakımından da geçerlidir. AİHM internet erişimine yönelik müdahaleleri ifade hürriyeti kapsamında incelemektedir. İlgili kararlar için bkz. AİHM, Times Newspapers Ltd (Nos. 1 and 2)/The UK, Appl. Nos: 3002/03 and 23676/03, 10/3/2009; Ahmet Yıldırım/Turkey, Appl. No. 3111/10, 18/12/2012; Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel/Ukraine, App. No. 33014/05, 5/05/2011.

³⁷¹ AİHM, Observer and Guardian/ The United Kingdom Appl. No. 13585/88, 26.11.1991, § 59; Aynı yönde bir karar için bkz. AYM, Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 35.

³⁷² AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 116; “İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları için vazgeçilemez niteliktedir.”

³⁷³ AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 33-34. Aynı yönde bir karar için bkz. AİHM, Times Newspapers Ltd (Nos. 1 and 2)/ The UK, § 27.

*vasıtaları barındırması, bireylerin ifade ve bilgi özgürlüğünü kullanmaları bakımından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelmiştir.”*³⁷⁴

AYM, internetin hâkim bir konum olmaksızın tamamen dağıtılmış bir sistem olarak faaliyet gösterdiğini ve herhangi bir editöryal kontrole tabi olmadığını bu yönüyle geleneksel medya ve basın araçlarından ayrıldığını belirtmektedir. Mahkeme ayrıca internetin karşılıklı bir etkileşim aracı olarak bilgi, fikir ve haber alışverişine imkân sağladığını belirterek internetin faaliyet alanını belirlemenin güç olduğuna dikkat çekmektedir.³⁷⁵ Mahkeme, internet erişimine yönelik müdahalelerin ifade hürriyeti kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁷⁶ Bununla birlikte internetin faaliyet alanının genişliği nedeniyle yayımlanan tüm fikir ve haberlerin basın hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğini, yapılacak incelemede her somut olayın ayrıca ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre basın hürriyeti *“her ne kadar temel olarak basılı kitle iletişim araçları çerçevesinde tanımlanmış ise de internette önemli bir yer işgal eden internet haberciliğinin, basının temel işlevi olan “gözetleyici” görevini yerine getirdiği sürece basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür.”* Bu kapsamda *“basının temel işlevini yerine getirdiği sürece”* internet haberciliği basın hürriyeti kapsamında değerlendirilmelidir.³⁷⁷

AYM internete ilişkin değerlendirmelerinde sosyal medya araçları konusuna ayrıca değinmektedir. Mahkeme Youtube ve Twitter.com sitelerinin erişiminin engellenmesine ilişkin yapmış olduğu incelemelerde internetin sağladığı sosyal medyanın tanımı, etkisi ve ifade hürriyeti bakımından önemine dikkat çekmiştir. Buna göre;

“...sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren, şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platformdur. Bu gibi internet siteleri günümüzde sosyal medyada dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği yorum, mesaj, bilgi, eleştiri, satış ve tanıtımların yapıldığı etkili bir alan haline gelmiştir. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma, yayma ve

³⁷⁴ AYM, Ali Kızık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 80.

³⁷⁵ AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 35.

³⁷⁶ AYM, Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014.

³⁷⁷ AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., §§ 36-42; Ali Kızık, § 43; Önder Balıkcı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 39; Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 45; C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018, § 26.

haberleşmeleri için vazgeçilmez nitelikte olup, bu tür sitelere yapılan müdahalelerin milyonlarca bireysel kullanıcıyı etkilediği açıktır.”³⁷⁸

AYM sosyal medya araçları üzerinde yapılacak sınırlandırmaların hukuka uygunluk denetiminin en kısa sürede acilen gerçekleştirilmesini, hukuka aykırılığın tespiti durumunda ise yapılan sınırlamanın hemen kaldırılması gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca-sınırlamanın hemen kaldırılmasının “*demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluk*” olduğunu belirtmektedir. Sosyal medya araçları olan Youtube ve Twitter.com adlı siteler hakkında verilen erişimin engellenmesi kararının kaldırılmasına ilişkin yerel mahkemelerce verilen yürütmeyi durdurma kararlarına rağmen başvuruya konu olan sitelere erişimin halen mümkün olmadığını belirten AYM’ye göre sosyal medyada paylaşılan bilgi, fikir ya da haberlerin üzerinden belirli bir süre geçmesi halinde yapılan paylaşımlar güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebilecektir.³⁷⁹ Bu nedenle internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda kamu otoritelerinin çok hassas davranmaları gerekir.³⁸⁰

³⁷⁸ AYM, Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 40.

³⁷⁹ A.g.k., § 39; Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 26.

³⁸⁰ AYM, Yaman Akdeniz ve diğerleri, § 39; Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri § 52.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İFADE HÜRRİYETİNİN SINIRLANDIRILMA REJİMİ

3.1. İfade Hürriyetinin Sınırlandırılma Rejimine Genel Bir Bakış

Bireylerin kendilerini geliştirebilmesi ve özgün kişiliklerini gerçekleştirebilmesi hür bir toplumun varlığı ile gerçekleşebilir. Öte yandan herkesin her istediğini yapabileceği bir toplumda kargaşa kaçınılmaz olacağı için sınırsız hürriyet isteğinin sosyal çevre içerisinde gerçekleşebilmesi pratikte mümkün değildir. Bu nedenle toplumların düzenli bir şekilde varlıklarını sürdürebilmesi için hürriyetlerin sınırlandırılması zorunludur. Nitekim geniş hürriyet anlayışını benimseyen ve hatta hürriyeti yok etme hürriyetini (girişimlerini) hoşgörü ile karşılayan rejimlerde dahi hürriyetler sınırlamanın konusu olabilmektedir.³⁸¹ Toplumsal hayatta herkes için hürriyet, paylaşılmış hürriyettir. Paylaşılmış hürriyet ise tabiatı gereği sınırlı olacaktır. Hürriyetlerin birlikteliğini sağlamak ve kötüye kullanımını önleyebilmek için kendi aralarında uzlaştırılması ve sınırlandırılması gerekmektedir. Bu kapsamda hürriyetlerin belirli sınırlamalara tabi olması, herkes tarafından yararlanabilme amacına hizmet etmektedir.³⁸² Bununla birlikte hürriyetler niteliği gereği kendisinden kaynaklanan nesnel ve doğal sınırlara da sahiptir. Bunlar hukuk düzeni tarafından yabancı madde muamelesi görmekte ve koruma dışına bırakılmaktadır.³⁸³ Ancak bu çalışmada sözü edilen sınırlamaların konusu, doğal ve nesnel sınırlardan öte ifade hürriyetinin kendi norm alanının dışına uzanan sınırlamalarına yönelik olacaktır.

Öğretide sınırsız hürriyet anlayışının geçerliliği üzerine yapılan tartışmalar ifade hürriyetinin özelinde de gündeme gelmektedir. Buna göre bir görüş, ifade hürriyetinin üstün ve ayrıcalıklı konumu nedeniyle hiçbir sınırlamaya konu olamayacağını belirtirken diğer bir görüş ise diğer hürriyetlerde olduğu gibi ifade hürriyetinin de belirli koşulların varlığı halinde sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir.³⁸⁴

³⁸¹ Kapani, (2013), 228.

³⁸² Kaboğlu, (2013), 76-77.

³⁸³ Tanör, B. (2000). "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi". *İnsan Hakları*. K. Tankuter (Editör). İstanbul. Yapı Kredi Yayınları, s. 48-49.

³⁸⁴ Kapani, M. (1964). "Freedom to Destroy Freedom- Its Meaning and Implications-". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. (Hirsch'e Armağan)*. 269 vd; Güriz, A. (1998). "İfade Hürriyetinin Sınırları". H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, s. 86.

İfade hürriyeti her ne kadar üstün ve ayrıcalıklı bir yere sahip olsa da hürriyetin kullanımı sırasında farklı değer ve çıkarlar karşı karşıya gelebilmektedir. Çözüm, çıkarlardan birinin diğerini yok etmesi değildir. Çıkarların her ikisinin de birlikte yaşayabilmesini sağlamaktır. Bu kapsamda çıkarların karşılıklı olarak sınırlandırılması ve buna bağlı olarak dengelenmesi gerekmektedir. Ancak çıkarlar arasında kurulacak bu dengede ifade hürriyetinin kullanımı işlevsiz bir hale getirilmemelidir. Gerçekten de ifade hürriyeti ancak zorunlu hallerde ve istisnai bir tedbir olarak sınırlandırılmalıdır. Öyle ki bu durumda yapılacak sınırlamalarda dahi egemen anlayışların değil demokratik rejim anlayışının referans alınması gerekmektedir. Bu bağlamda ifade hürriyetinin sınırlandırılmasında en önemli hususun hürriyet-otorite dengesinin sağlanması ve sınırlama nedenlerinin demokratik rejim anlayışı çerçevesinde belirlenmesi olduğu söylenebilir.³⁸⁵

İfade hürriyeti AİHS ve Anayasada da sınırsız bir hürriyet olarak düzenlenmemiştir. Hürriyete yönelik bir sınırlamanın meşru olabilmesi için her iki belgede de belli ölçülere uyulması gerektiği öngörülmektedir.³⁸⁶

3.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Düzenlemesi

Sözleşmede ifade hürriyetinin sınırları m.10/2' de düzenlenmektedir. Buna göre;

“Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Görüldüğü üzere Sözleşme hürriyetin kullanımının ödev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği anlayışı ile ifade hürriyetini belli şartlarda genel sınırlamaya dâhil etmektedir.³⁸⁷ Bu düzenleme ışığında sınırlama ya da yaptırım;

³⁸⁵ Sunay, (2001), 74.

³⁸⁶ A.g.e., 76; “Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen istisnalar gereğince ifade özgürlüğü, mutlak bir hak niteliğinde değildir. Sınırlanabilir nitelikte olmasına rağmen ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için önemi gözetildiğinde sınırlamaların daha dar yorumlanması ve bir sınırlamanın gerekliliğinin inandırıcı ve makul olması gerekmektedir.” İlgili karar için bkz. AYM, Erdener Demirel, B. No: 2013/1869, 2/12/2015, § 35; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Yankov/Bulgaria, App. No: 39084/97, 11/12/2003; § 129.

³⁸⁷ Kaboğlu, İ. (1998), 219.

- Yasa ile öngörülmüş olmalıdır.
- Belirtilmiş olan meşru amaçlardan birini izlemelidir.
- Demokratik toplum bakımından gerekli olmalıdır.

Sözleşmede yer alan hüküm üye devletler için sınırlama kapsamı açısından “maksimum standart”, ifade hürriyetinin güvencesi açısından ise “minimum standart” oluşturmaktadır.³⁸⁸ Kaboğlu bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “Bir üye devlet Sözleşmenin öngördüğünün ötesinde güvence sistemi getirebilir; ancak daha azıyla yetinemez. Buna karşılık öngörülen sınırlama mekanizmasının ötesine geçemez, daha azıyla yetinebilir.”³⁸⁹

3.1.2. 1982 Anayasası Düzenlemesi

İfade hürriyetinin mutlak olmayan ve sınırlanabilen niteliği 1982 Anayasasında m.26/2’de düzenlenmektedir. Buna göre ifade hürriyetinin kullanımı;

“millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi” amaçlarıyla sınırlanabilmektedir.

Sınırlama nedenleri Anayasa’nın 26. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ifade hürriyeti, diğer temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi Anayasa m.13’de yer alan sınırlama ölçütlerine de tabidir. Diğer bir deyişle hürriyetin kendisinin düzenlendiği m.26’da yer alan özel sınırlama nedenleri ile m.13’ de yer alan ölçütlerin birlikte ele alınması gerekmektedir. Zira m.26’da yer alan sınırlamaların sınırı m.13 hükmü ile çizilmektedir.³⁹⁰ Buna göre; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu

³⁸⁸

³⁸⁹ A.g.e.

³⁹⁰ Bu hususa AYM bireysel başvuru kararlarında “ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa’nın 26. maddesi kapsamında yapılması gereklidir.” denilmek suretiyle sık bir şekilde vurgulanmaktadır. Örnek kararlar için bkz. AYM, İbrahim Bilmez, B. No: 2013/434, 26/2/2015, § 51; Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 70; Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 62; İsa Yağbasan ve diğerleri, B. No: 2013/1481, 20/11/2014, § 41; Ali Karatay, B. No: 2012/990, 10/12/2014, § 43; Erdener Demirel, B. No: 2013/1869, 2/12/2015, § 35; Fikriye Aytin ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 27.

sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

3.1.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin İfade Hürriyeti İhlaline Yönelik Vermiş Olduğu Kararların İstatistiksel Bilgileri

İfade hürriyetinin sınırlandırma rejiminde AYM, AİHM kararlarında uygulanan sıralı kriterleri benzer bir şekilde takip etmektedir. Bu kriterleri ele almadan önce, AİHM ve AYM'nin ifade hürriyeti ihlaline yönelik vermiş olduğu kararların istatistiksel oranını incelemek, ulusal ve uluslararası düzeydeki durumu anlamak bakımından önem arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi HUDOC veri tabanında belirtilen güncel verilere göre, 1959 yılı ile 2018 yılları arasında ifade hürriyetine ilişkin verilen ihlal kararları toplam sayısı 777 iken, Türkiye'ye ilişkin ihlal karar sayısı 321'dir. Bu sayı toplam karar dağılımının %41'ini oluşturmaktadır (Ek-1).³⁹¹

Türk Anayasa Mahkemesi Başkanlığı tarafından 23/09/2012-31/03/2019 tarihleri arasında yayınlanan bireysel başvuru istatistikleri ise, makul sürede yargılanma hakkı ve birleşen dosyalar durumuna göre değerlendirildiğinde 4 grupta incelenmektedir. Bu kapsamda;

- Makul sürede yargılanma hakkı ve birleşen dosyalar dâhil olma durumunda; toplam 7.626 ihlal kararından 272'sinin (%3,6) ifade özgürlüğüne ilişkin olduğu,
- Makul sürede yargılanma hakkı hariç ve birleşen dosyalar dâhil olma durumunda; toplam 4.994 ihlal kararından 272'sinin (%5,1) ifade özgürlüğüne ilişkin olduğu,
- Makul sürede yargılanma hakkı dâhil ve birleşen dosyalar hariç olma durumunda; toplam 3.251 ihlal kararından 117'sinin (%3,6) ifade özgürlüğüne ilişkin olduğu,
- Makul sürede yargılanma hakkı ve birleşen dosyalar hariç olma durumunda; toplam 1.523 ihlal kararından 117'sinin (%7,7) ifade özgürlüğüne ilişkin olduğu görülmektedir (Ek-2)³⁹²

³⁹¹ İnternet: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanlığı. Bireysel Başvuru İstatistikleri. Web: https://www.anayasa.gov.tr/media/5887/bb_istatistikler-2012-mart-2019.pdf adresinden 26 Mayıs 2019'da alınmıştır.

³⁹² İnternet: European Court Of Human Rights. Violations By Article And By State Web: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf adresinden 26 Mayıs 2019'da alınmıştır.

3.2. Müdahalenin Varlığı

3.2.1. Genel olarak

AYM, ifade hürriyetinin ihlaline ilişkin değerlendirme yaparken ilk olarak hürriyete yönelik müdahalenin olup olmadığını incelemektedir. Mahkemeye göre, ifade hürriyetine yönelik iddia edilen müdahalenin varlığı, hakkın ihlali nedeniyle başvurucuyu mağdur duruma düşürecek bir önleme başvurulup vurulmadığıyla belirlenmektedir. Bu kapsamda AİHM içtihatlarına³⁹³ atıfta bulunan AYM, “*bir kişinin herhangi bir ihlalin mağduru olduğunu iddia edebilmesi için söz konusu önlemden doğrudan etkilenmiş olması*” gerektiğini belirtmektedir.³⁹⁴

3.2.2. Müdahale Biçimleri

İfade hürriyetine yönelik müdahale biçimleri temelde cezai, idari ve hukuki olmak üzere üç şekilde ortaya çıkmaktadır.³⁹⁵

3.2.2.1. Ceza hukuku alanında müdahale örnekleri

Ceza hukuku alanında müdahalenin mutlaka bir yaptırım şeklinde olması gerekmemektedir. Kimi zaman bir yaptırım tehdidi veya sonuçlanamasa dahi bir müdahale sürecinin başlatılması, ifade hürriyetine yönelik müdahalenin varlığı için yeterli kabul edilebilir.³⁹⁶ Bu bağlamda soruşturmanın takipsizlik kararı ile sonuçlanması dahi hürriyete yönelik bir müdahale olarak kabul edilmektedir.³⁹⁷ Yine AYM mahkûmiyetle sonuçlanmasa bile “*kovuşturmanın ertelenmesi*” ve “*hükümün açıklanmasının geri bırakılması*” kararlarını da müdahalenin varlığı için yeterli bulmaktadır. Örneğin, başvurunun yayınladığı kitaplar nedeniyle yargılanmasının ifade hürriyetini ihlal ettiği iddiasını inceleyen AYM, başvurunun kitaplarının henüz yayınlanmamış olsa da

³⁹³ AİHM, Klass and Others/Germany, App. No: 5029/71, 6/9/1978, § 33.

³⁹⁴ AYM, Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §47; Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 72. Aynı yönde görüş için bkz. AİHM, Altuğ Taner Akçam/Turkey, App. No: 27520/07, 25/10/2011, § 65.

³⁹⁵ Karan, (2018), 133-120.

³⁹⁶ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 226.

³⁹⁷ Örnek karar için bkz. AİHM, Altuğ Taner Akçam/Turkey, App. No: 27520/07, 25/10/2011, § 82.

“kovuşturmanın ertelenmesi kararı”³⁹⁸ nedeniyle ertelenen kovuşturmanın ilerleyen zamanda tekrar başlayabilecek olması ihtimalinin kişinin kendisinde stres ve cezalandırma kaygısı yaratabileceğini belirtmiştir.³⁹⁹ Mahkemeye göre söz konusu başvuru ifade hürriyetinin ihlaline ilişkin olup,

*“başvurucunun denetim altında tutulma durumunun bilinmesi başvuru açısından bazı güçlükler yaratmaktadır. Bu güçlükler, mağduriyet statüsünün belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğraticı bir etkisi vardır ve sonunda kişinin isnat edilen suçlardan aklanma ihtimali bulursa bile kişinin bu etki altında ilerde düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır.”*⁴⁰⁰

AYM bir başka kararında ise yapılan yayınlar nedeniyle gazete nüshasına el konulmasını ve başvurucular hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek 3 yıl denetim altına alınmalarını incelemiştir. Mahkeme kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmasa da yaklaşık 6 yıl süren soruşturma ve kovuşturma nedeniyle başvurucuların doğrudan etkilendiklerini ve yayıncı olmaları sebebiyle tekrardan yaptırıma maruz kalma risklerinin bulunduğu dikkat çekerek başvurucular hakkında devam eden kovuşturma tehdidinin ifade hürriyetine yönelik bir müdahale olduğuna karar vermiştir.⁴⁰¹ Benzer şekilde AYM, “hükümün açıklanmasının geri bırakılması”⁴⁰² kararını da müdahalenin varlığı açısından yeterli bulmaktadır.⁴⁰³ Mahkemeye göre;

“(…), hükümün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet konusunda vicdani kanaate ulaşmış mahkemenin, buna ilişkin hükümü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini, bu süre zarfında hükümün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi halinde açıklanması geri bırakılan hükümün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine, denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlenmesi hâlinde ise geri bırakılan hükümün

³⁹⁸ “6352 sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası, 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup, temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı, soruşturma evresinde 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesini, kovuşturma evresinde kovuşturmanın ertelenmesini, kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükümlerinde ise mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesini düzenlemektedir.”

³⁹⁹ AYM, Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 79.

⁴⁰⁰ A.g.k, § 78; Benzer değerlendirmeler için bkz. AİHM, Lombardo and Others/Malta, App. No: 7333/06, 24/4/2007, § 61.

⁴⁰¹ AYM, Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 48.

⁴⁰² “5271 sayılı Kanun’un 231. maddesinde düzenlenen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, niteliği gereği mahkûmiyet kararı olmayıp denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklerle uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükümün ortadan kaldırılarak kamu davasının aynı Kanun’un 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğuran bir uygulamadır.”

⁴⁰³ AYM, S.A., B. No: 2015/19664, 7/2/2019, § 23; Hakan Yiğit, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, § 39; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 40; Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 35.

aynen açıklanmasına karar verilmesini ifade eder. Bu sebeple hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla sonuçlanan ceza davalarında kişiler bir ceza tehdidi altında kaldığından bu kararlar mahkûmiyet olarak değerlendirilmeler bile ifade ve basın hürriyetine müdahale olarak kabul edileceği açıktır.”⁴⁰⁴

AYM, aynı başvurusunun farklı bir başvurusunda adli para cezası kararlarını da müdahalenin varlığı açısından incelemiş ve bu kapsamda başvurusunun yerel bir gazetede yayımlanan köşe yazısı nedeniyle 2.620,00 TL adli para cezası ile cezalandırılmasını ifade hürriyetine yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir.⁴⁰⁵ AYM’nin ifade hürriyetine müdahale olarak değerlendirdiği bir diğer örnek ise adli kontrol tedbirlerinin en ağırı olarak bilinen tutuklama kararlarıdır.⁴⁰⁶ Mahkeme, ifade ve basın hürriyetlerinin tutuklama nedeniyle ihlal edildiği iddiaları incelemesinde, yargılama sürecinin tamamlanmasının gerekmediğini belirtmektedir.⁴⁰⁷ Mahkeme bir kararında AİHM kararlarına atıfta bulunarak *“tutuklama tedbirinin tamamen varsayımsal bir risk olarak değerlendirilemeyeceğini, aksine gerçek ve fiilî bir zorlama teşkil edeceğini”*⁴⁰⁸ vurgulamakta, bu durumunun ise ifade hürriyetinin kullanımına müdahale oluşturacağını ifade etmektedir.⁴⁰⁹

AYM, basılı yayınların dağıtımının yasaklanması ile toplatılmasını, el konulması ve imha işlemlerini de ifade hürriyetine yönelik bir müdahale olarak kabul etmektedir.⁴¹⁰ Keza Mahkeme *“cevap ve düzeltme hakkı”* nı da bu kapsamda değerlendirmektedir.⁴¹¹ Mahkeme basının dilediğini yayımlama konusunda serbest olduğunu ancak cevap metni

⁴⁰⁴ AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 65.

⁴⁰⁵ AYM, Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015, § 33; Bir başka kararında Mahkeme, başvurusunun verdiği konferanslarda dile getirdiği düşünceler nedeniyle 780 TL adli para cezası ile cezalandırılmasını ifade hürriyetine yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiştir. İlgili karar için bkz. AYM, Engin Kabadaş, B. No: 2014/18587, 6/7/2017, § 28.

⁴⁰⁶ *“Tutukluluk, 5271 sayılı Kanun’un 100. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 100. maddeye göre kişi ancak hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde tutuklanabilir. Maddede tutuklama nedenlerinin neler olduğu da belirtilmiştir. Buna göre (a) şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa (b) şüpheli veya sanığın davranışları 1) delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme 2) tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir. Kuralda ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklama nedeninin varsayılabilmesi suçlar bir liste halinde belirtilmiştir.”* İlgili karar için bkz. AYM, Ramazan Aras, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 46.

⁴⁰⁷ AYM, Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 58.

⁴⁰⁸ AİHM, Nedim Şener/Turkey, App. No: 38270/11, 8/7/2014, § 96.

⁴⁰⁹ AYM, Hidayet Karaca [GK] (B. No: 2015/144, 14/7/2015, §§ 115.

⁴¹⁰ AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 79.

⁴¹¹ *“5187 sayılı Kanun’un 14. maddesine göre bu hak “sadece basılmış eserler için ve bunlar arasında sadece süreli yayınlar için kabul edilmiş bir haktır. Basın açısından ise cevap ve düzeltme hakkı, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı başvuru ve klasik yargılama faaliyetlerinden daha kısa sürede netice alınmasını sağlayan bir tür müeyyidedir.”*

karşısında böyle bir serbestiye sahip olmayıp metni yayımlamak zorunda olduğunu belirterek cevap ve düzeltme hakkını müdahalenin varlığı açısından yeterli görmüştür.⁴¹² Son olarak en sık görülen müdahale örneklerinden birisi de “*erişimin engellenmesi*” kararlarıdır. Bir başvuru incelemesinde Mahkeme, başvurucunun internet sitesinde yayımladığı yazıların sulh ceza hâkimliği tarafından erişiminin engellenmesinin de açık bir müdahale olduğunu belirtmiştir.⁴¹³

3.2.2.2. İdare hukuku alanında müdahale örnekleri

İfade hürriyetine yönelik müdahaleler idare tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Buna ilişkin ilk olarak erişimin engellenmesi kararları örnek gösterilebilir. Yukarıda da belirtildiği gibi AYM, herkes tarafından kullanılan video paylaşım sitesi “*youtube.com*” adlı internet sitenin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından tümüyle erişiminin engellenmesini ifade hürriyetinin kullanımına yönelik idari bir müdahale olduğunu kabul etmiştir.⁴¹⁴ Benzer şekilde bir başka kararında AYM, TİB tarafından “*twitter.com*” isimli internet sitesinin erişiminin engellenmesini aynı kapsamda değerlendirmiştir.⁴¹⁵ Konuya ilişkin olarak AYM, bir başka kitle iletişim aracı olan radyo yayınına ilişkin de incelemelerde bulunmuştur. Bu kapsamda izin almadan yayın yapması nedeniyle başvurucunun Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) tarafından radyo yayınlarının durdurulmasını ifade hürriyetine yönelik idari bir müdahale olarak kabul etmiştir.⁴¹⁶ Yine Mahkeme radyo yayın lisansı talebinin RTÜK tarafından sıralama ihalesi yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmesini bu kapsamda değerlendirmiştir.⁴¹⁷ Mahkemeye göre kamu makamları tarafından verilen yayın izni ya da buna ilişkin taleplerin reddi kararları kitlesel medyanın ifade ve basın hürriyetleri ile ilişkilidir.⁴¹⁸

⁴¹² AYM, Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik [GK], B. No: 2013/6237, 2/7/2015, § 52; Aynı yönde görüş için bkz. AİHM, Ediciones Tiempo S.A./Spain, App. No: 13010/87, 12/7/1989, §§ 56–64; ABD Yüksek Mahkemesi, Miami Herald Publication Corporation/Tornillo, 418 U.S. 241, 25/6/1974.

⁴¹³ “5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler” için bkz. AYM, Ali Kızılk, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §55-63.

⁴¹⁴ AYM, Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 64.

⁴¹⁵ AYM, Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 49.

⁴¹⁶ AYM, R. V. Y. A.Ş., B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 39.

⁴¹⁷ AYM, Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017, § 48; İyi Haber Yayın Organizasyon Tic. A.Ş., B. No: 2014/13819, 10/1/2018, § 18; Ömür Radyo Televizyon Ticaret Anonim Şirketi, B. No: 2015/14943, 21/2/2018, § 17; Medya İzmir Basın Yayın Rek. San. ve Tic. A.Ş., B. No: 2015/7019, 8/2/2018, § 24.

⁴¹⁸ AYM, Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017, § 47.

İdare hukuku alanında gerçekleştirilen müdahalelerden birisi de kamu görevlilerine verilen disiplin cezalarına ilişkindir. AYM bir başvuru incelemesinde kamu görevlisi olan başvurusunun bir siyasi partinin basın açıklamasına katılması nedeniyle devlet memuru yükümlülüklerine riayet etmemesi gerekçe gösterilerek disiplin cezası almasını ifade hürriyetine yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir.⁴¹⁹ Yine aynı başvurusunun farklı bir başvurusunda başvurusunun bir siyasi parti binasında açlık grevi yapan kişileri ziyaret etmesi gerekçesiyle disiplin cezası alması AYM tarafından aynı kapsamda değerlendirilmiştir.⁴²⁰ Bir başka değerlendirme ise Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan bir astsubayın başvurusuna ilişkindir. Mahkeme, başvurusunun yaşadığı sorunları dile getiren şikâyet dilekçesini BİMER'e vermesi nedeniyle başvurusunun disiplin cezası almasını, hürriyete yönelik idari bir müdahale olarak değerlendirmiştir.⁴²¹ Yine AYM, polis memuru olan başvurusunun sosyal medya aracılığı ile üstleri hakkında yapmış olduğu yorum nedeniyle kınama cezası almasını başvurusunun ifade hürriyetine yönelik bir müdahale olarak değerlendirmiştir.⁴²²

İdare hukuku alanında gerçekleştirilen müdahalelerin büyük bir bölümü ise ceza ve tutukevlerinde kalan kişilere yönelik kısıtlayıcı uygulamalardan oluşmaktadır.⁴²³ Bu kapsamda ceza infaz kurumunda hükümlü olan başvurucuya gönderilen “yazılı bir dokümanın verilmemesi”⁴²⁴, “başvurucu tarafından yazıldığı belirtilen henüz yayımlanmamış eserin cezaevine alınmasının önlenmesi”⁴²⁵, “başvurucunun dergiye

⁴¹⁹ “(...), başvurusunun eylemi sonucunda, kendisine bir yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir. Bu cezanın, beş dereceli disiplin cezası sisteminde dördüncü dereceden ve nitelikli sayılabilecek bir ceza olduğu, başvurusunun memuriyet görevinin sona ermesine doğrudan sebep olmasa da tekrerrür durumunda görevden atılmasına neden olabileceği ve bireyin haber ve bilgiye ulaşma kapsamında ifade özgürlüğünü engelleyecek niteliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır.” İlgili karar için bkz. AYM, Hasan Güngör, B. No: 2013/6152, 24/2/2016, § 54.

⁴²⁰; “(...), ziyaretin salt parti binasında gerçekleşmiş olmasının doğrudan bir siyasi parti yararına kabul edilmesinin tek başına başvurusunun ifade özgürlüğünün kısıtlanması için ilgili ve yeterli bir gerekçe olduğu söylenemez.” İlgili karar için bkz. AYM, Hasan Güngör (2), B. No: 2015/1554, 25/12/2018, § 52.

⁴²¹ “(...), kendisini de etkileyen birim içindeki birtakım haksız uygulamalarla ilgili olarak görev yaptığı birimdeki sıralı amirlerine yaptığı başvuruların sonuçsuz kalması nedeniyle Başbakanlığa bağlı bir kamu kurumu olan BİMER'e dilekçe gönderilmesine “uyarma” cezası ile yaptırım uygulanmasının demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı değerlendirilmiştir.” İlgili karar için bkz. AYM, Adem Talas [GK], B. No: 2014/12143, 16/11/2017, § 54.

⁴²² “Sosyal medyada yorum yaptığı konunun başlığı ile kurduğu cümlelerden yola çıkarak başvurusunun Emniyet Teşkilatının yönetiminden duyduğu memnuniyetsizliği ve sitemini herhangi bir yöneticinin ismini zikretmeden dile getirdiği görülmektedir. Başvurucunun kullandığı ifadelerin teşkilata yönelik bir sırrı ifşa eder niteliği olmadığı gibi teşkilata zarar verecek veya itibar kaybı oluşturacak ağırlığı olduğu da söylenemez.” AYM, Hulusi Özkan, B. No: 2015/18638, 15/11/2018, § 42.

⁴²³ Karan, (2018), 119.

⁴²⁴ AYM, Ahmet Temiz (11), B. No: 2015/16566, 7/3/2018, § 24; Halil Bayık [GK], B. No: 2014/20002, 30/11/2017, § 23; Halil Bayık (2), B. No: 2015/19539, 10/5/2018, § 22.

⁴²⁵ AYM, Murat Türk (2), B. No: 2013/7082, 21.4.2016, § 47.

erişiminin engellenmesi”⁴²⁶, “başvurucunun ders kitapları hariç kargo yoluyla ya da yakınları aracılığıyla gelen kitapların kendisine teslim edilmemesi”⁴²⁷, “başvurucunun aboneli olduğu gazetenin bazı bölümlerinin Eğitim Kurulu kararı ile çıkartılarak kendisine verilmesi”⁴²⁸, “başvurucunun odasında en fazla on kitap bulundurabileceğine ilişkin karar”⁴²⁹, “başvurucunun içerisinde yerli sinema filminin bulunduğu kompakt diske (CD) erişiminin engellenmesi”⁴³⁰, “bir televizyon kanalının yayımlanmasına idare ve gözlem kurulu tarafından izin verilmemesi”⁴³¹, “başvurucunun radyo satın alma talebinin istenilen radyonun uzun dalgalı yayın yaptığı gerekçesiyle reddedilmesi”⁴³², “başvurucunun radyosunun uzun dalgalı olduğu gerekçesiyle el konulması”⁴³³ kararları AYM tarafından idari bir müdahale olarak değerlendirilmiştir.

3.2.2.3. Özel hukuk alanında müdahale örnekleri

İfade hürriyeti özel hukuk alanında da müdahalelere konu olabilmektedir. Buna ilişkin olarak en yaygın müdahale biçimi “*tazminat davaları*” olarak görülmektedir. Örneğin, AYM bir başvurusunda başvurucunun yaptığı basın açıklaması nedeniyle 750,00 TL tazminat ödemeye mahkûm edilmesini ifade hürriyetine yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir.⁴³⁴ Bir başka müdahale örneği ise, manevi tazminat kararlarına seçenek olarak ya da tazminat kararı ile birlikte hükmedilebilen “*tecavüzün kınanması*” kararıdır. AYM bir başvuru incelemesinde başvurucunun bir toplantıda sarf etmiş olduğu siyasi ifadeler nedeniyle davacıların şeref ve itibarına zarar verildiği gerekçesiyle yerel mahkeme tarafından verilen tecavüzün kınanması kararının ifade hürriyetine yönelik bir müdahale

⁴²⁶ AYM, Eren Yıldız, B. No: 2013/8035, 13.4.2016, § 52.

⁴²⁷ AYM, İbrahim Kaptan (2), B. No: 2017/30723, 12/9/2018, § 22-23.

⁴²⁸ AYM, Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8.4.2015, § 51; Ahmet Temiz (6), B. No: 2014/10213, 1/2/2017, § 25.

⁴²⁹ AYM, Özkan Kart, B. No: 2013/1821, 5/11/2014, § 35.

⁴³⁰ AYM, Ali Karatay, B. No: 2012/990, 10/12/2014, § 45.

⁴³¹ AYM, Muhittin Pirinçcioğlu, B. No: 2014/4397, 21/9/2016, § 31.

⁴³² AYM, Ahmet Temiz (5), B. No: 2013/8696, 10/3/2016, § 37.

⁴³³ AYM, Mehmet Reşit Arslan (4), B. No: 2013/2909, 9/3/2016, § 39.

⁴³⁴ “(...) bu tür yaptırımların kamusal tartışmayı zorlaştırma ve bireyleri caydırma etkisi bulunduğu hatta tutulmalıdır. Somut başvuruda, başvurucunun 750,00 TL tazminat ödemesine karar verilmiştir. Kamusal tartışmalara katılan bireylerin hafif bile olsa yaptırıma maruz kalma endişesi taşımaları, bireylerin düşüncelerini açıkça ifade etmeleri üzerinde kesintiye uğratici bir etki doğurur. Kişilerin böyle bir etki altında, ileride düşüncelerini açıklamaktan ve yaymaktan imtina etme riski bulunmaktadır. “İlgili karar için bkz. AYM, Ali Rıza Üçer (2) [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015, § 32; Tazminata ilişkin diğer örnek kararlardan bazıları için bkz. Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, §25; Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015, § 33; Önder Balıkcı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 31.

olduğuna hükmetmiştir.⁴³⁵ Yine Mahkeme bir başvuru incelemesinde başvuruçunun işçi olarak çalıştığı firmaya ilişkin Başbakanlık İletişim Merkezi'ne (BİMER) yazdığı dilekçede şikâyetlerini dile getirmesi nedeniyle iş akdinin feshedilmesini ifade hürriyetine yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir.⁴³⁶

3.3. Hukukî Öngörülme (Kanunilik) İlkesi

AYM, hak ve hürriyetlere yönelik bir müdahalenin varlığı söz konusu olduğunda ilk olarak müdahalenin hukuki bir temelinin olup olmadığına bakmaktadır. Diğer bir deyişle Mahkeme öncelikle müdahaleye yetki veren kanun hükmünün mevcudiyetini aramaktadır.⁴³⁷ Mahkemeye göre ifade hürriyetine yönelik bir müdahalenin kanunilik şartını sağlayabilmesi için, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur.⁴³⁸

AYM, “kanunilik” unsuru taşımayan bir müdahalenin sınırlamada aranan diğer şartlar incelenmeden bir anayasal hakkı ya da hürriyeti ihlal edeceğini belirtmektedir.⁴³⁹ Bu kapsamda AİHM içtihatlarını izleyerek müdahalenin “öze dokunmama”, “demokratik toplum düzeninde gereklilik” ve “ölçülülük” gibi diğer güvence ölçütlerini incelemeyen ifade hürriyetinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.⁴⁴⁰

Bununla birlikte AYM, AİHS m. 10/2’de yer alan “hukukilik” kavramı ile Anayasa m.13 te yer alan “kanunilik ilkesi”nin tam olarak aynı olmadığına dikkat çekmektedir. AYM’ ye göre, “Sözleşme’nin orijinal metinlerinde “kanunen öngörülme” nin karşılığı olan “prescribed by law/prévue par la loi” düzenlemesine AİHM’in yüklediği anlam, Türk

⁴³⁵ AYM’ ye göre, “(....), Başvurucu davacılar tazminat ödemek zorunda kalmamış olsa bile “tecavüzünün kınanması” kararı 6098 sayılı Kanun’un 58. maddesi göre ancak davacının kişilik hakkının zedelendiği kabul edildiğinde, manevi tazminatın ödenmesi yerine veya bu tazminata ilave olarak kararlaştırılabilen bir giderim yoludur.” İlgili karar için bkz. AYM, Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 42.

⁴³⁶ AYM, İter Nur, B. No: 2013/6829, 14/4/2016, § 29.

⁴³⁷ AYM, Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36; Hüseyin Sürensoy, B. No: 2013/749, 6/10/2015, § 51.

⁴³⁸ AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 82; Fikriye Aytin ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 34.

⁴³⁹ Örnek karar için bkz. AYM, Fikriye Aytin ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § §§ 41,42. “Müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı tespit edildiğinden, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin varlığı halinde bulunması gereken ve Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen meşru amaçlardan biri kapsamında olma, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama gibi kriterlere riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Belirtilen nedenlerle, başvuruçuların Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”

⁴⁴⁰ A.g.k., 35; Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 55; Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. AİHM, Başkaya and Okçuoğlu/Turkey, App. No: 23536/94, 24408/94, 8/7/1999, § 51.

*hukukundaki “kanun” kavramını aşarak “hukuk” terimiyle karşılanabilecek bir anlama sahiptir.”*⁴⁴¹ Gerçekten de AİHM’e göre, “hukuken öngörülmüş” müdahalenin kaynağı mutlaka kanun anlamına gelmemektedir.⁴⁴² Bu bağlamda “hukuken öngörülmüş” kavramının içerisine normlar hiyerarşisinde kanunun altında yer alan kararnameler⁴⁴³, parlamento tarafından yetkilendirilen meslek örgütlerinin çıkardığı düzenlemeler⁴⁴⁴ de dâhil olmak üzere yazılı ve yazılı olmayan tüm kurallar girmektedir.⁴⁴⁵ AİHM, bir başvurusunda hukuk kavramından hem yazılı hukuk hem de yargıcın yarattığı içtihat hukukunun anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁴⁶

Bu kapsamda AYM kararları “hukuken öngörülme ilkesi” açısından AİHM içtihatlarından farklılaşmaktadır. AİHM içtihatlarının aksine AYM, sınırlamada müdahalenin meşru olabilmesi için biçimsel/şekli anlamda kanunun olması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre *“Türk hukukunun bazı alanlarında, hâkimin yarattığı hukuk, hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmekle birlikte insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması gibi tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alanda hiçbir zaman “kanun” niteliğinde kural özelliği kazanamaz.”*⁴⁴⁷ Bu kapsamda AYM, Anayasa m.13 hükmüne işaret ederek temel hak ve hürriyetlere yapılacak müdahalenin ancak kanunla yapılabileceğini⁴⁴⁸, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenlemeye yetkili olmadığını belirtmektedir.⁴⁴⁹ Buna göre

⁴⁴¹ AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 93.

⁴⁴² “AİHM, “hukuk” teriminden şekli anlamda kanunu anlamamakta, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağına değil düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma niteliğine bakmaktadır.” Örnek kararlar için bkz. AİHM, Hasan and Chaush/Bulgaria, App. No: 30985/96, 26/8/2000, Leyla Şahin/Turkey, App. No. 44774/98, 29/6/2004.

⁴⁴³ Örnek karar için bkz. AİHM, De Wilde, Ooms Et Versyp (“Vagrancy”)/Belgium, App. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/11/1970.

⁴⁴⁴ Örnek karar için bkz. AİHM, Barthold/Germany, App. No: 8734/79, 25/03/1985.

⁴⁴⁵ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 227.

⁴⁴⁶ AİHM, The Sunday Times/The United Kingdom (No. 1), App. No:6538/74, 26/04/1979, § 47.

⁴⁴⁷ AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 96.

⁴⁴⁸ “Anayasasının 87. maddesine göre “kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak” Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkisindedir. Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iradesinin ürünüdür. Kanun, parlamento kararı dışında kalan ve Anayasanın yetki verdiği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” kuralı, bir ayırım yapmadan, kanunun maddi ve şekli anlamlarını kapsamaktadır. Anayasa’nın 7. maddesinin anlamı, kanun yapma yetkisinin başka bir mercie devredilemeyeceği ve bunun doğal sonucu olarak da Anayasa’ya göre kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenlemenin başka bir merci tarafından yapılamayacağıdır.” İlgili karar için bkz. AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 85; Fikriye Aytin ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 37.

⁴⁴⁹ AYM, Tuğba Arslan [GK], § 87.

temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin ilk elden idari düzenleyici işlemlerle yapılması mümkün değildir.⁴⁵⁰

Öte yandan AYM, mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konunun kanuni dayanağı olmak koşulu ile idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabileceğini belirtmektedir.⁴⁵¹ Bu bağlamda yasama organının koyduğu asli kurallara bağlı olarak yürütme ve idare tali ve uygulayıcı kuralları düzenleyebilir.⁴⁵² Nitekim Mahkeme tali düzenleme olan yönetmelik ile kanun hükmünü birlikte değerlendirerek kanunilik ilkesinin karşılandığına karar vermiştir. Konuya ilişkin bir başvuruda mevzuatta herhangi bir sınırlama olmamasına rağmen daha fazla sayıda kitap bulundurma talebinin idarece keyfi olarak sınırlandırılması ve bu nedenle ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddiasını inceleyen AYM, yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, 5275 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri ve bu hükümlere dayanılarak yürürlüğe konulmuş olan “*Ceza İnfaz Kurumları Kütüphanesi ve Kitaplık Yönergesi*”nin “*Oda veya koğuşa verilecek yayın ve süresi*” başlıklı 30. maddesinin “kanunilik” ölçütünü karşıladığına karar vermiştir.⁴⁵³

AYM’ ye göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırma rejiminde kanunilik ilkesi öncelikli olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kılsa da maddi bir içeriği de gerektirir. Bu bağlamda kanunilik ilkesi sınırlamaya ilişkin kural açısından “öngörülebilirlik”, “belirlilik” ve “erişilebilirliği” güvence altına almaktadır.⁴⁵⁴

3.3.1. Öngörülebilirlik İlkesi

AYM, kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanabilmesi için hukuk kurallarının öngörülebilir olması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre kanunların uygulanmadan önce olası etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda kanun metinleri kişileri hangi durumlarda hangi hukuki müeyyidelerin ya da neticelerin bağladığı belirli, açık ve kesin olarak öngörülebilecek

⁴⁵⁰ A.g.k., § 88.

⁴⁵¹ AYM., Fikriye Aytin ve diğerleri, § 38; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 58.

⁴⁵² AYM, Hüseyin Sürensoy, B. No: 2013/749, 6/10/2015, § 52; Tahsin Erdoğan, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60; Tuğba Arslan [GK], § 86.

⁴⁵³ AYM, Özkan Kart, B. No: 2013/1821, 5/11/2014, § 37.

⁴⁵⁴ AYM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, §§ 54,55.

şekilde yazılmalıdır.⁴⁵⁵ Diğer yandan bir kanun metninin karmaşık veya belirli ölçüde soyutluk içermesi sebebiyle hukuki yardımla anlaşılabilmesi ya da kanun metninde yer alan kavramların anlamlarının hukuksal değerlendirmeyele anlaşılabilmesi hukuki öngörülebilirliğe aykırılık açısından tek başına yeterli görülemez.⁴⁵⁶

AYM, AİHM kararlarına atıfta bulunarak⁴⁵⁷ öngörülebilirlik ilkesinin mutlak ölçüde olmadığını belirtmektedir. Mahkeme tarafından her ne kadar kanun metnlerinin açık olması istenen bir durum olsa bile, hukukun güncel olaylara uyarlanabilir olması sebebiyle bu kadar katı şekillendirilemeyeceği ve işin doğasının her uygulamada pratik ihtiyaçlara istinaden farklı bir yorum gerektireceği ifade edilmiştir.⁴⁵⁸ Ayrıca kanun düzenlemesinin bütünüyle etki ve sonuçlarını göstermesi her zaman beklenemez. Bu nedenle kanun açıklığının ölçüsü, Mahkemeye göre, *“söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir”*⁴⁵⁹

3.3.2. Belirlilik İlkesi

İfade hürriyeti sınırlandırılırken kanunilik ilkesi kapsamında aranan bir diğer şart ise belirlilik ilkesidir.⁴⁶⁰ Belirlilik ilkesi, *“yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.”*⁴⁶¹ AYM’ ye göre, belirlilik ilkesi sadece kanuni belirlilik olarak anlaşılmamalıdır. Nitekim bu ilke daha geniş anlamıyla hukuki belirlilik kavramını ifade etmektedir. Bu kapsamda *“erişilebilir”, “bilinebilir”* ve *“öngörülebilir”*

⁴⁵⁵ AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013; Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 57.

⁴⁵⁶ AYM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 61; Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, § 58.

⁴⁵⁷ AİHM, Kayasu/Turkey, App. No: 64119/00, 76292/01, 13/11/2008, § 83.

⁴⁵⁸ AYM, Ali Karatay, B. No: 2012/990, 10/12/2014, § 49; İbrahim Bilmez, B. No: 2013/434, 26/2/2015, § 57.

⁴⁵⁹ AYM, E.2011/62, K.2012/2, K.T. 12/1/2012.

⁴⁶⁰ *“Kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır. İlgili kararlar için bkz. AİHM, Altuğ Taner Akçam/Turkey, App. No: 27520/07, 25.10.2011, § 87; Ahmet Yıldırım/Turkey, App. No: 3111/10, 18.12.2012, § 57.*

⁴⁶¹ AYM, Ali Karatay, B. No: 2012/990, 10/12/2014, § 47; İbrahim Bilmez, B. No: 2013/434, 26/2/2015, § 55; Belirlilik ilkesine ilişkin diğer kararlar için bkz. AYM, E.2009/51, K.2010/73, K.T. 20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, K.T. 11/4/2012.

olmak şartıyla kanunlar, yargı içtihatları ve idarenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanması mümkündür.⁴⁶²

Belirlilik ilkesine göre hukuk kuralları keyfilığe yol açmayacak bir içeriğe sahip olmalıdır. Bu bağlamda sınırlamaya ilişkin kanun metninin içerik, kapsam ve amaç bakımından belirli olması ve düzenlemeye muhatap olacak ilgili kişilerin durumlarını algılayabilecek açıklığa sahip olması gerekmektedir. Bu bakımdan belirlilik ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesi arasında doğrudan bir ilişki söz konusudur. Mahkemeye göre *“bir kanuni düzenlemede, hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır.”*⁴⁶³ Böylelikle kişiler hak ve yükümlülüklerini öngörerek eylem ve davranışlarını belirtilen doğrultuda gerçekleştirebilecek ve hukuk güvenliği tesis edilerek kamu makamlarının keyfî uygulamalarının önüne geçilebilecektir.⁴⁶⁴

AYM temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik kanuni düzenlemelerin belirlilik oranının diğer kanunlara göre daha yüksek olduğunu kabul etmektedir.⁴⁶⁵ Yine Mahkeme kanuni düzenleme ile temel hak ve hürriyetlere hangi düzeyde müdahale ediliyorsa düzenlemede aranan belirlilik oranının da ona göre gerçekleşeceğini belirtmektedir. Bu açıdan hürriyete müdahale eden kural uygulayıcıya belirli ölçüde takdir alanı bıraksa da bu takdir alanının sınırlarının da yeteri düzeyde açık olması ve asgari bir kesinlik içermesi gerekmektedir. Zira belirlilik ilkesine uyulmadığı takdirde kamu makamlarının kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanmaları olasıdır. Bu bağlamda temel hakların etkin bir şekilde korunabilmesi, müdahalenin konusu olan kanunun lafzı ve yorumlanmasında asgari bir kesinliğin sağlanması şartıyla gerçekleşebilir.⁴⁶⁶

⁴⁶² AYM, Tahsin Erdoğan, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 62.

⁴⁶³ AYM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 56.

⁴⁶⁴ AYM, Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, § 57.

⁴⁶⁵ Karan, (2018), 127; İlgili karar için bkz. AYM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], § 61; Hayriye Özdemir, § 58.

⁴⁶⁶ AYM, Hayriye Özdemir, § 59.

3.3.3. Erişilebilirlik İlkesi

Kanunilik ilkesi açısından gündeme gelen son ölçüt ise “erişilebilirlik” ilkesidir. Bu ilkeye göre kanun düzenlemeleri ilgili kişiler tarafından erişilebilir olmalıdır. AYM kanun metinlerinin öngörülebilir ve belirli olmasının yanı sıra erişilebilir olması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁶⁷ Öte yandan Mahkeme kararlarında erişilebilirlik ilkesine ilişkin detaylı bir açıklama yapılmadığı, yalnızca kavrama gönderme yapılmakla yetinildiği görülmektedir. Karan söz konusu durumun kanunilik ilkesi ölçütünde şekli kanun anlayışının benimsenmesi ve tüm kanunlara herkes tarafından kolay bir şekilde erişilebilmesi nedeniyle olduğunu ifade etmektedir.⁴⁶⁸

3.4. Meşru Amaç Şartı

İfade hürriyetinin sınırlandırılmasında aranan şartlardan birisi de meşru amaç şartıdır. AYM, AİHM incelemelerinde olduğu gibi ifade hürriyetine yönelik bir müdahalenin varlığı ile bu müdahalenin hukuken öngörülme (kanunilik) ilkesine uygunluğuna karar verdikten sonra, yapılan müdahalenin Anayasada belirtilen meşru amaç şartlardan birine girip girmediğine bakmaktadır. Bununla birlikte AİHM’de olduğu gibi AYM’de “davalı” tarafın bulunmaması nedeniyle meşru amacın varlığını “re’sen” araştırmaktadır.⁴⁶⁹

AİHM ulusal yargı mercilerinin ifade hürriyetine müdahale niteliği taşıyan kanun hükmünü uygularken, müdahalenin amacını saptamak ve m.10/2 de belirtilen meşru amaçlardan birisinin olup olmadığını denetlemekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Sözleşmede öngörülen sınırlama nedenleri dışında başka bir sınırlama nedenine dayanılarak ifade hürriyeti sınırlandırılmayacaktır. Ayrıca Mahkeme birçok kararında sınırlama nedenlerinin istisnai nitelik taşıdığını ve dar yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Zira sınırlama nedenleri sınırlı sayıda olduğu için tüketici bir özelliğe sahiptir. Bu nedenle sınırlama nedenlerinin gerek anlam gerekse kapsam bakımından tüketici bir anlayışla ele alınması gerekmektedir.⁴⁷⁰ Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru

⁴⁶⁷ “(...), kanunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir.” İlgili kararlar için bkz. AYM, E.2011/62, K.2012/2, K.T. 12/1/2012; Ali Karatay, B. No: 2012/990, 10/12/2014, § 48; İbrahim Bilmez, B. No: 2013/434, 26/2/2015, § 56.

⁴⁶⁸ Karan, (2018), 128.

⁴⁶⁹ A.g.e., 143.

⁴⁷⁰ Doğru, O., Nalbant, A. (2013), 228.

kararlarında da sınırlama ölçütünde sıklıkla AİHM kararlarına işaret edilmektedir. AYM’ ye göre, “sınırlanabilir nitelikte olmasına rağmen ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için önemi gözetildiğinde sınırlamaların daha dar yorumlanması ve sınırlama gerekliliğinin inandırıcı ve makul olması gerekmektedir.”⁴⁷¹

Sözleşme m.10/2 ile Anayasa m.26/2’de yer alan meşru amaç şartları Çizelge 3.1’de gösterilmiştir.

Çizelge 3.1. Sözleşme m.10/2 ve Anayasa m.26/2’de meşru amaç şartları

T.C. 1982 ANAYASASI	AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ
1. Milli güvenlik	1. Ulusal güvenlik
2. Kamu düzeni	2. Toprak bütünlüğü
3. Kamu güvenliği	3. Kamu güvenliği
4. Cumhuriyetin temel nitelikleri	4. Kamu düzeni
5. Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması	5. Suç işlenmesinin önlenmesi
6. Suçların önlenmesi	6. Sağlık
7. Suçluların cezalandırılması	7. Ahlak
8. Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması	8. Başkalarının şöhret ve haklarının korunması
9. Başkalarının şöhret veya haklarının korunması	9. Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi
10. Başkalarının özel ve aile hayatlarının korunması	10. Yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması
11. Başkalarının kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması	
12. Yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi	

Görüldüğü üzere 1982 Anayasası m.26/2’de düzenlenen ifade hürriyetinin sınırlama nedenleri Sözleşmede yer alan sınırlama nedenleri ile neredeyse birebir paralellik göstermektedir. Diğer Avrupa ülkelerinde Sözleşmede belirtilen sınırlama nedenleriyle ilgili kısmi uyarılama yoluna gidilirken, Türk Anayasası tüm sınırlama nedenlerini neredeyse bir torba şeklinde almayı tercih etmiştir.⁴⁷² Bununla birlikte Anayasa m.26/2 de düzenlenen sınırlama nedenleri, Sözleşme m. 10/2’de yer alan sınırlama nedenlerinden sayı

⁴⁷¹ AYM, Hüseyin Sürensoy, B. No: 2013/749, 6/10/2015, § 47; Aynı yönde görüş için bkz. AİHM, Yankov/Bulgaria App. No: 39084/97, 11/12/2003, § 129.

⁴⁷² Diğer Avrupa ülkeleri düzenlemelerine ilişkin mukayeseli bir inceleme için bkz. Kaboğlu, İ. (1998), 216-218.

ve içerik olarak farklılık göstermektedir. Örneğin, Anayasa m.26/2’de, on iki sınırlama nedeni sayılırken Sözleşme m. 10/2’de bu sayı ondur. Yine içerik bakımından da farklılıklar mevcuttur. Sözleşmede yer alan “genel ahlak” ve “genel sağlık” sınırlama nedenleri Anayasa m.26/2’de sayılmamaktadır.

Karan, Anayasada “genel ahlak” kavramının sınırlama nedeni olarak yer almamasının AİHM’in ahlaki konulara ilişkin yaklaşımının çelişkili olması ve ifade hürriyetinin özülle uyuşmayan birçok kararın olması nedeniyle isabetli olduğunu belirtmektedir. Öte yandan yazar AYM’nin geçmiş kararlarında “genel ahlak” ve “genel sağlık” nedenlerini “kamu düzeni” ve “kamu yararı” kapsamına sokarak söz konusu nedenlerin içeriğini genişleterek koruma kapsamına aldığını, bu durumun ise m.26/2 de yer almayan sınırlama nedeninin başka sınırlama sebeplerine dayanılarak işletilmesine yol açabileceğini ve ifade hürriyetinin kullanımına engel olabileceğini belirtmektedir.⁴⁷³

Anayasa ile Sözleşme arasında içerik bakımından bir diğer önemli farklılık ise m.26/3’de yer alan düzenleme hükmü ile ilgilidir. Madde hükmünde, “*Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.*” denilmektedir. Bu hüküm ile yapılacak düzenleyici hükümler sınırlama olarak kabul edilmemektedir. Oysa bu durum Sözleşme m.10/2 de belirtilen güvence ölçütleri ile uyuşmamakta, Sözleşme ile Anayasa arasında uyumsuzluğa neden olmaktadır. Madde hükmünün AYM tarafından ifade hürriyetinin denetimine engel olarak yorumlanması halinde Sözleşme ile uygulama arasında çelişki oluşacaktır. Gerçekten de madde hükmüne dayanılarak sınırlayıcı işlemler düzenleyici hükümlerin arkasına sığınarak artabilir. Bu durum hakkın kötüye kullanımına neden olabilecektir. Belirtilen nedenlerle AYM’ nin m.26/3 hükmünü m.13 denetiminde ve Sözleşme ile uyumlu yorumlaması büyük önem taşımaktadır.⁴⁷⁴

Bu çalışmada Anayasa m.26’da yer alan meşru amaç şartları “başkalarının şöhret veya haklarının korunması” ve “devletin ve kamusal menfaatlerin korunması” olmak üzere iki ana başlıkta incelenecektir.

⁴⁷³ Karan, (2018), 137.

⁴⁷⁴ A.g.e., 137-138.

3.4.1. İfade Hürriyetinin Başkalarının Şöhret veya Haklarının Korunması Amacıyla Sınırlandırılması

3.4.1.1. Genel olarak

Anayasa m.26/2 de belirtilen meşru amaç şartlarından birisi de “*başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi*” olarak geçmektedir. Bu kapsamda “bireyin şeref ve itibarı”na yönelik üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahaleler ifade hürriyetinin konusunu oluşturmaktadır. Bireyin şeref ve itibarı Anayasa m.17’de düzenlenen “*manevi varlık*” kapsamında yer almaktadır.⁴⁷⁵ AYM bireysel başvuru kararlarında kamu otoriteleri tarafından kişinin manevi varlığının bir parçasını oluşturan şeref ve itibarına keyfi bir şekilde müdahale edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Keza kamu otoriteleri üçüncü kişiler tarafından şeref ve itibara yönelik muhtemel saldırılara karşı önlem almakla yükümlüdür.⁴⁷⁶

Bireyin şeref ve itibarına üçüncü kişiler tarafından yapılan müdahaleler farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu kapsamda AYM, müdahalelerin “sözel saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlarla”⁴⁷⁷, “elektronik iletiler gibi haberleşme vasıtalarıyla”⁴⁷⁸, “gazeteler gibi basın ve yayın araçları vasıtasıyla”⁴⁷⁹, “görsel ve işitsel

⁴⁷⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 17: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.(....)”

⁴⁷⁶ AYM, Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018, § 47; Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 45; Önder Balıkcı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, §§ 44; Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 51; Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 54; Nihat Zeybekci, B. No: 2015/5633, 8/5/2019, § 20; Mehmet Özhaseki, B. No: 2015/4972, 8/5/2019, § 18; Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/12482, 8/5/2019, § 31.

⁴⁷⁷ “(....), şeref ve itibarı etkileyen sözel saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması halinde Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir.” İlgili kararlar için bkz. AYM, İlhan Cihaner, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42; Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; A.H.Ö. ve L.D., B. No: 2013/3496, 6/1/2016, § 29; Nihat Özdemir [GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015, § 30; Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015, § 39; Mehmet Özhaseki, § 18.

⁴⁷⁸ “(....)Bir kişi haberleşme vasıtalarıyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir. İlgili karar için bkz. AYM, Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41.

⁴⁷⁹ “(....), Bir kişi gazete vasıtasıyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir.” İlgili karar için bkz. AYM, Tuğrul Culfa, B. No: 2013/2593, 11/3/2015, § 38.

yayınlar yoluyla”⁴⁸⁰ ve “adli makamlara verilen dilekçeler veya mahkemeler önünde sarf edilen sözlerle”⁴⁸¹ de olabileceğine karar vermiştir.

AİHM kararlarına atıfta bulunan AYM, bireylerin şeref itibar hakkı ile ifade hürriyetinden yararlanma hakkının ilkesel olarak eşit bir saygıyı hak ettiğini belirtmektedir.⁴⁸² Mahkeme, kişilerin maddi ve manevi varlığının korunması bakımından devletin pozitif yükümlük altında olduğuna işaret ederek kamu makamlarının bireylerin şeref ve itibar hakkı ile ifade hürriyetinden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurması gerektiğini vurgulamaktadır.⁴⁸³ Bu kapsamda ifade hürriyeti ile başkalarının şöhretinin çatışması halinde çatışan menfaatlerin dengelenip dengelenmediğini belirlemeye yönelik nasıl bir yol izlenilmesi gerektiğine ilişkin AYM, AİHM’in “Axel Springer AG” başvurusunda ortaya koyduğu bazı kriterlere işaret etmektedir.⁴⁸⁴

Bununla birlikte bireyin şeref ve itibarı ile ifade hürriyetinin kullanımının çatışması halinde adil bir dengenin kurulabilmesi için AYM kendi içtihadında da bir takım kıstaslara yer vermektedir. Örneğin bir başvuru incelemesinde Mahkeme, ifade ve basın hürriyeti ile bireyin şeref ve itibarı arasında kurulacak dengede yargı mercilerinin uyması gerektiği kıstasları şu şekilde sıralamaktadır:⁴⁸⁵

- “Kamu yararına katkı”
- “Hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ve haber veya makalenin konusu”

⁴⁸⁰ “(...), Bir kişi görsel ve işitsel yayın yoluyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir.” İlgili karar için bkz. AYM, Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; Ali Rıza Üçer (2) [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015, § 37; Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; Benzer yöndeki karar için bkz. AİHM, Pfeifer/Austria App. No:12556/03, 15/11/2007, § 35.

⁴⁸¹ “(...), Bir kişi adli makamlara verilen dilekçelerde ve bir yargılama çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir.” İlgili karar için bkz. AYM, Emine Rezzan Aydınoglu, B. No: 2013/8396, 11/3/2015, § 48.

⁴⁸² AYM, İlhan Cihaner, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 65; Benzer yöndeki karar için bkz. AİHM, Von Hannover/Germany (No. 2), App. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 106.

⁴⁸³ AYM, Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 43; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Von Hannover/Germany (No. 2), App. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 99.

⁴⁸⁴ AİHM’ in “Axel Springer AG” başvurusunda bu kriterler; “basında yer alan yazı veya ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, hedef alınan kişinin tanınırlık düzeyi ve yazının amacı, ilgili kişinin yayından önceki davranış, bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ve yaptırımın ağırlığı” olarak sıralanmıştır. İlgili karar için bkz. AİHM, Axel Springer AG / Germany, App. No: 39954/08, 7/2/2012.

⁴⁸⁵ AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 66-73; Diğer kararlar için bkz. Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 44; Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 58-66; Nihat Özdemir [GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015, §§ 54-61; Ali Suat Ertosun, B. No: 2013/1047, 15/4/2015, §§ 44-52; Eyüp Hanoğlu, B. No: 2015/13431, 23/5/2018, § 39; Nihat Zeybekci, § 26; Mehmet Özhasseki, § 21; Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, § 34.

- “İlgili kişinin önceki davranışı”
- “Yayının içeriği, şekli ve sonuçları”
- “Haber veya makalenin yayınlanma şartları”

AYM bir başka kararında ise, başvurucunun internet erişiminin engellenmesi nedeniyle müdahale edilen ifade hürriyeti-ve bu kapsamda değerlendirilen internet hürriyeti⁴⁸⁶- ile müştekinin şeref ve itibar hakkı arasında kurulacak dengede gözetilmesi gereken kıstasları daha geniş bir şekilde sıralamaktadır: Bunlar⁴⁸⁷;

- “Söz konusu yayının gerçek olup olmadığı”
- “Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı”
- “Toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı”
- “Haber verilirken öze, biçim arasındaki dengenin korunup korunmadığı”
- “Haber veya makalenin yayımlanma şartları”
- “Haber veya makalenin konusu, kullanılan ifadelerin türü, yayının içeriği, şekli ve sonuçları”
- “Habere yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı”
- “Haberde yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği”
- “Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları”
- “Kamuoyu ile diğer kişilerin, kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı”

AYM bireysel başvuru incelemelerinde yukarıda yer alan kıstasların somut koşullara uygun bir şekilde ele alınıp alınmadığını denetlemekte ve olayların bağlamlarından kopartılmadan ve bütünselliği bozulmadan yapılması gerektiğini vurgulamaktadır.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ “İnternet üzerinden düşünce ve kanaatlerini açıklayanlar yönünden ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen İnternet özgürlüğü, internete erişenler yönünden ise Anayasa tarafından korunan ve ifade özgürlüğünün özünde yer alan haber veya fikir almak özgürlüğü olarak müatala edilmektedir.” İlgili kararlar için bkz. AYM, Ali Kızılk, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §44; Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018, § 43.

⁴⁸⁷ AYM, Kemal Gözler, § 49.

⁴⁸⁸ AYM, Nilgün Halloran, §§ 41, 52; Ergün Poyraz (2), § 56; Kadir Sağdıç, §§ 58-66; İlhan Cihaner (2), §§ 66-73; Ali Kızılk, §§54, 69-90; Önder Balıkcı, § 45; Kemal Gözler, § 50; Kemal Kılıçdaroğlu, § 56.

3.4.1.2. Kurulacak dengede aranan kriterler

3.4.1.2.1. Kamu yararına katkı

AYM, ifade hürriyeti ile şeref ve itibarın korunmasına yönelik kurulacak denge değerlendirmesinde ilk olarak basında yer alan haber, fotoğraf ya da makalelerin kamu yararına ilişkin bir tartışmaya getirdiği katkıya bakmaktadır.⁴⁸⁹ Mahkeme kamu yararının belirlenmesinde ihtilaflı haber, fotoğraf ya da makalelerin içeriği ile somut olayın koşullarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte Mahkemeye göre, yapılan yayımın “siyasi olaylar” veya “işlenen suçlar” a⁴⁹⁰ ilişkin olması halinde kamu yararının varlığının kabul edilmesi gerekir.⁴⁹¹

3.4.1.2.2. İlgili kişinin önceki davranışı

AYM başvuruya konu olan kişinin yayımladığı yazı ya da haberdan önceki davranışlarının da kurulacak dengede dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Keza uyumsuzluğa neden olan yayınların daha önceden yayımlanmış olması da bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁴⁹²

3.4.1.2.3. Yayımın içeriği, şekli ve sonuçları

AYM bir gazetede yer alan yazı, haber ya da fotoğrafın yayınlanma biçimi ile hedef alınan muhatabın yayında sunulma şeklinin de kurulacak dengede göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret etmektedir.⁴⁹³ Mahkeme yapılacak değerlendirmede ayrıca gazetede yer alan yazı, haber ya da fotoğrafların hangi ölçekte yayımlandığına da

⁴⁸⁹ AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 66; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Von Hannover/Germany (No. 2) App. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 109.

⁴⁹⁰ “(....),Başvurucunun konuşmalarında dile getirdiği iddialar kişilerin hayatlarının diğer bireylere kapalı ve mahrem alanına ilişkin değildir. Başvurucunun konuşmalarında ele alınan konular kamusal çıkarlarla ilgilidir ve toplumu yakından ilgilendiren konuşmalarının çerçevesinin baskın bir şekilde politik alanda kaldığı açıktır. Bu çerçevede önemli kamusal hizmetler sunan bir belediyenin görevlilerinin adının karıştığı soruşturmanın bir siyasi parti lideri olan başvurunun sıkı ve yakın denetimi altında olması tabiidir. Bu nedenle de belediye görevlilerinin şöhret ve itibarı ile başvurunun ifade özgürlüğünün çatıştığı mevcut davada dengelemenin yapılması sırasında kamunun menfaatlerinin gözetilmesi hayatidir.” İlgili karar için bkz. AYM, Kemal Kılıçdaroğlu (3), § 63.

⁴⁹¹ A.g.k; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Egeland and Hanseid/Norway App. No: 34438/04, 16/4/2009, § 58;

⁴⁹² A.g.k, § 71; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Von Hannover/Germany (No. 2) App. No: 40660/08 and 60641/08, 7/2/2012, § 111.

⁴⁹³ A.g.k, § 72; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft M.B.H./Austria (No. 3), App. No: 66298/01 ve 15653/02, 13/12/2005, § 47.

bakmaktadır. Bu bağlamda gazetenin baskı sayısının az ya da fazla olması veya gazetenin yerel ya da ulusal olmasına göre belirlenecek “yayın genişliği” de kurulacak denge açısından önem arz etmektedir.⁴⁹⁴

3.4.1.2.4. Haber veya makalenin konusu

Şeref ve itibar hakkı ile ilgili başvuru incelemelerinde her somut olayın kendine özgü şartları ile değerlendirilmesi gerektiğini belirten AYM, yargı mercilerinin başvuruçunun eleştiri sınırını aşan saldırıdan korunmasının yeterli düzeyde kalıp kalmadığını incelemesi gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda taraflar arasındaki uyuşmazlıklar genellikle dava konusu maddi olayların açıklanması ya da değer yargısı olarak nitelendirilmeleri ile ilgili olmaktadır. Bu bakımdan AYM, “maddi olgular”⁴⁹⁵ ile “değer yargıları”⁴⁹⁶ arasında bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, maddi olgular ispatlanabilse de değer yargılarının doğruluğunu ispat etmek imkânsızdır.⁴⁹⁷ Bu bağlamda, “*olgusal iddiaların dayanaklarının ortaya konulmasının beklenmesi mümkünken değer yargılarının gerçekliğinin kanıtlanmasını beklemek mümkün değildir.*”⁴⁹⁸ Öte yandan Mahkeme değer yargısı kavramının dar yorumlanması halinde ifade hürriyetinin amacıyla bağdaşmayacak durumların ortaya çıkabileceğine ve olgusal iddialar ile desteklenmese dahi değer yargılarının aşırı olmasının kabul edilebilir bir durum olduğuna dikkat çekmektedir.⁴⁹⁹ Mahkemeye göre;

“(....) Yine de yeterli bir olgusal temele sahip olması beklenmekle birlikte yargılamaya konu bir yazının bir bütün olarak ele alındığında kamu yararını ilgilendirmesi, değer yargısı kavramının geniş yorumlanması gerekliliğini ortaya

⁴⁹⁴ A.g.k.; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Karhuvaara and Iltalehti/Finland, App. No: 53678/00, 16/2/2005, § 47.

⁴⁹⁵ “Başvuru konusu olayın şartları ve arka planı dikkate alındığında başvuruçudan yapılan paylaşım ve paylaşımında kullanılan ifadeler olgusal bir temele sahiptir. Şöyle ki anılan paylaşım kamuoyunda kürtaj tartışmalarının süregeldiği bir dönemde ve davacının G.S. isimli bir kadın kullanıcıya yönelik “Sen çok mu kürtaj yaptırдың. Bu kadar bağırmanın nedeni bu mu?” şeklindeki doğrudan mesajının sosyal medyada yayılması üzerine yapılmıştır. Başvuruçudan, paylaşımıyla davacının paylaşımına yönelik eleştirilerini ifade etmiştir.” İlgili örnek karar için bkz. AYM, Eyüp Hanoğlu, § 46.

⁴⁹⁶ “Anayasa Mahkemesinin görevi maddi tarihî meseleyi çözmek ve tarihî gerçekliği ortaya koymak değildir. Somut başvurudaki gibi tarihî olayların ve bu olayların yorumlanmasının değişkenlik göstermesi kişilerin sahip olduğu değer yargıları ile ilgilidir ve şiddeti teşvik etmediği, terör eylemini haklı göstermediği, nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği müddetçe ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir.” İlgili örnek karar için bkz. AYM, Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, § 41.

⁴⁹⁷ AYM, Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 57; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 64; A.H.Ö. ve L.D., B. No: 2013/3496, 6/1/2016, § 35; Benzer yönde bir karar için bkz. AİHM, Lingens/Austria, App. No: 9815/82, 8/7/1986, § 46.

⁴⁹⁸ AYM, Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 75; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, De Haes and Gijssels/Belgium, App. No: 19983/92, 24/2/1997, § 42.

⁴⁹⁹ A.g.k.; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Jerusalem/Austria, App. No: 26958/95, 27/2/2001, § 43.

koymaktadır. Bir suç isnadının sağlam bir nedene dayandığının ortaya konulmasında aranan kesinlik derecesinin, kamu yararı ile ilgili bir konuda, gazetecilerin değer yargısı içeren ifadeleri bakımından da aranmasını beklemek basın özgürlüğünün amacı ile bağdaşmaz.”⁵⁰⁰

AYM, başvuru incelemelerinde başvuruya konu olan haberin konusunun olgusal temelinin yerel mahkeme tarafından dikkate alınması gerektiğini özellikle vurgulamaktadır.⁵⁰¹

3.4.1.2.5. Haber veya makalenin yayımlanma şartları

AYM, son olarak yayımlanan haber veya makalenin hangi şartlar içerisinde yayımlandığının da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda haber veya makalenin yayımlanma şartlarının olayların geçtiği mekân ve zaman ışığında ele alınması gerekmektedir. Aynı şekilde Mahkemeye göre, *“hedef alınan kişi bakımından müdahalenin başka bir ifadeyle haberin yayımlanmasının etkilerinin niteliğini ya da ağırlığını göz önünde bulundurmak gerekir.”*⁵⁰²

3.4.1.2.6. Hedef alınan kişinin ünlülük derecesi

İfade hürriyetinin kullanımı ile kişinin şeref ve itibar hakkı arasında kurulacak adil dengede göz önünde bulundurulması gereken en önemli kıstaslardan bir tanesi de hedef alınan kişinin ünlülük derecesidir. Zira manevi varlığının korunması bakımından herkes aynı düzeyde güvenceye sahip değildir. Hedef alınan kişinin kimliği, rolü ve işlevi ve kullanılan ifadenin içeriği koruma düzeyinin belirlenebilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda AYM, bireysel başvuru incelemelerinde AİHM kararlarına atıf ta bulunarak, *“sıradan bireyler ile kamusal şahıs ya da siyasi kişilik olarak kamusal alanda hareket eden bireyler”* in ayırt edilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵⁰³

⁵⁰⁰ AYM, A.H.Ö. ve L.D., B. No: 2013/3496, 6/1/2016, § 35; Benzer yönde bir karar için bkz. AİHM, Scharsach and News Verlagsgesellschaft GmbH/Austria, App. No: 39394/98, 13/2/2004, §§ 39-43.

⁵⁰¹ *“Başvurucunun tazminata mahkûm edilmesine neden olan değerlendirmelerinin, olgusal değerlendirmeler olduğu kabul edilmelidir. Bir olgunun doğruluğu kanıtlanabilir niteliktedir. Nitekim davacının, müdürü olduğu okulda meydana gelen bazı talihsiz olaylar nedeniyle bu olayların bir daha meydana gelmemesi için kurban kesmek amacıyla para toplandığı ancak sonradan kurban kesmekten vazgeçildiği, ayrıca okulun hizmetliler odasında okul dışından gelen bazı kişilerin kurşun döktükleri konusunda taraflar arasında bir ihtilaf yoktur.”* İlgili karar için bkz. AYM, Tuğrul Culfa, B. No: 2013/2593, 11/3/2015, § 48.

⁵⁰² AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 73.

⁵⁰³ A.g.k., 68.

AYM bireysel başvuru kararlarında sade bir vatandaşın kişisel itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile kamuya mal olmuş kişilerin bu yöndeki taleplerinin aynı düzeyde koruma göremeyeceğinin altını çizmektedir.⁵⁰⁴ Bu kapsamda “(....), *siyasetçiler ve kamuoyunca tanınan kişiler gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumundadırlar. Bu nedenle siyasetçilerin veya kamusal yetki kullanan görevlilerin sade vatandaşlara göre eleştiriye daha açık olmaları kaçınılmazdır.*”⁵⁰⁵

Hükümet temsilcileri

AYM bireysel başvuru incelemelerinde hedef alınan kişilerin ünü açısından yaptığı değerlendirmelerde hükümet temsilcilerinin kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sade vatandaşlara göre daha fazla olduğuna dikkat çekmektedir. AİHM kararlarına atıf bulunan Mahkeme, hükümet temsilcilerinin kullandıkları üstün kamu gücü nedeniyle, en sert eleştirilere dahi katlanmak zorunda olduklarını ve yapılan eleştirileri hoşgörü ile karşılamaları gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, “(....), *sağlıklı bir demokrasi, bir hükümetin yalnızca yasama organı veya yargı organları tarafından denetlenmesini değil aynı zamanda sivil toplum örgütleri, medya ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir.*”⁵⁰⁶

Siyasetçiler

Hükümet temsilcilerinde olduğu gibi siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları da sade vatandaşlara göre daha geniştir.⁵⁰⁷ AYM bireysel başvuru kararlarında “*hükümetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da özel kişilere göre*

⁵⁰⁴ “Kamu tarafından tanınmayan bir kişi kişisel itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkına ve özel hayat hakkına ilişkin özel bir korumadan yararlanmayı talep edebilirken, kamu tarafından tanınan bireyler için bu derecede bir koruma söz konusu değildir.(...) Mesela resmi bir görevi yerine getiren siyasi kişilikler hakkında demokratik toplumdaki bir tartışmaya katkı sunabilecek olaylardan bahseden bir haber ile böyle bir görev yerine getirmeyen bir kişinin özel hayatıyla ilgili detaylar üzerine yapılan bir haber, bir tutulamaz.(...)” İlgili karar için bkz. AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 68; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Von Hannover/Germay, App. No: 59320/00, 24/09/2004, § 63.

⁵⁰⁵ “AİHM, başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamında düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlarla, kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileriyle siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirmeler yapmaktadır.” İlgili değerlendirmeye atıf yapan karar için bkz. AYM, Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 45.

⁵⁰⁶ AYM, Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 66; Aynı yönde örnek bir karar için bkz. AİHM, Castells/Spain, App. No: 11798/85, 23/4/1992, § 46.

⁵⁰⁷ AYM, ye göre, “Seçmenlerini temsil eden, onların taleplerini, endişelerini ve düşüncelerini politik alana aktaran ve çıkarlarını savunan, seçilmiş kimseler için ifade özgürlüğünün özellikle değerli olduğu açıktır. Bu sebeple müdahale eğer bir siyasetçinin ve özellikle ana muhalefet partisinin genel başkanının ifade özgürlüğüne yönelik ise başvuruların çok daha sıkı bir denetimden geçirilmesi gerekmektedir.” İlgili kararlar için bkz. AYM, Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 60; Kemal Kılıçdaroğlu (3), § 62.

daha geniştir” demek suretiyle bu gerçekliğe işaret etmektedir. Mahkemeye göre, “(....), Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar; bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır.”⁵⁰⁸

AYM, bireysel başvuru kararlarında siyasetçilere yönelik eleştirilerin rahatsız edici olsa bile cezalandırılmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Zira bu durum kişiler açısından “caydırıcı etki” doğurabilir ve kamuoyundaki farklı sesleri susturabilir. Siyasi söylemleri nedeniyle kişilerin cezalandırma korkusu altında yaşamalarının çoğulcu bir toplumun varlığına engel olduğunu belirten Mahkeme, demokratik rejimlerde özellikle siyasi kişiler üzerinde çoğulcu bir tartışma ortamının varlığının hayati bir önem taşıdığını belirtmektedir.⁵⁰⁹ Mahkemeye göre bilgi, haber ve eleştirilerin hür bir şekilde dile getirilmesi ancak çoğulcu bir ortamda mümkündür.⁵¹⁰

AYM’ ye göre “(....), siyasi kişiler; demokratik bir ortamda kendilerine yönelik ağır eleştiriler yapılabileceğini, aile ve özel yaşamlarının sürekli takip edileceğini bilerek tercihlerini belirlemektedirler.(....)”⁵¹¹ Öte yandan siyasi kişilerin en sert eleştirilere karşı dahi hoşgörülü olma zorunluluğu söz konusu kişilerin şöhret ve haklarının korunmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan “(....), şahsi sıfatları dışında hareket eden siyasetçiler bakımından söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartışılmalıdır.”⁵¹² Mahkeme yapılacak tartışmalarda, kamunun bilgilenme hakkı ile belirli üne sahip olan siyasi kişilerin itibar hakkını karşılaştırmaktadır. Bu bağlamda siyasi kişiler hakkında verilen bilgi, haber ve fotoğraflar bu kişilerin sadece özel hayatlarına ilişkin olup, sadece belirli bir kesimin

⁵⁰⁸ AYM, Bekir Coşkun, § 67; Benzer yönde bir yaklaşım için bkz. AİHM, Lingens/Austria, App. No: 9815/82, 8/7/1986, § 42.

⁵⁰⁹ AYM, Kemal Kılıçdaroğlu (3), § 44; Mehmet Ali Aydın [GK], §§ 42-43; Tansel Çölaşan, §§ 35-38.

⁵¹⁰ AYM, Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 79.

⁵¹¹ “(....), Bu bağlamda başvuruçunun, uzun yıllardır siyasetin içinde ve cumhurbaşkanı adayı olan kişi hakkında -önceden yayımlanmış kaynaklar temelinde- siyasi hayatında yapmış olduğu bazı tercihlerden yola çıkarak aile hayatına ilişkin bilgiler iletmesine ve ağır eleştiriler yapmasına demokratik çoğulculuk açısından tahammül edilmesi gerekir. Bu tür aile hayatına ilişkin bilgilere, ağır eleştirilere ve değerlendirmelere tahammül edilmesi ve ifade özgürlüğünün güvencesi ile bunların dile getirilmesi demokrasinin sağlıklı işlemlerini sağlayacaktır.” İlgili karar için bkz. AYM, Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 78.

⁵¹² AYM, Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 68; Benzer yönde bir yaklaşım için bkz. AİHM, Lingens/Austria, App. No: 9815/82, 8/7/1986, § 42.

merakını gidermeye yönelik ise ifade hürriyeti daha dar yorumlanmaktadır.⁵¹³ Bu çerçevede;

(...) kamunun bilgilendirme hakkı, kamuda tanınan kişilerin, kamu görevlilerinin ve özellikle de siyasi kişiliklerin, özel hayatlarının çeşitli boyutlarına belli bazı durumlarda üstün gelebilse de, yayımlanan haberler ile onlara eşlik eden fotoğraf ve yorumların bu kişilerin sadece özel hayatlarıyla ilgili detaylar hakkında olması ve belli bir kesimin bu konudaki merakını gidermek dışında bir amaç taşımaması durumunda, ilgili kişiler belli bir üne sahip olsalar bile, böyle bir üstün gelme durumundan bahsedilemez (...) Bu en sondaki durumda ifade özgürlüğünün daha dar yorumlanması gerekir.(...)

Belirtmek gerekir ki AYM, siyasetçilere ilişkin vermiş olduğu son kararlarda şeref ve itibar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır.⁵¹⁴ Başvurucu ve davalı tarafın her ikisinin de siyasetçi olduğu bu başvurularda⁵¹⁵ Mahkeme öncelikli olarak tarafların toplumsal konumlarının göz önünde tutulmasını,⁵¹⁶ bu kapsamda siyasetçilerin eleştiriye katlanma yükümlülüklerinin ağırlığı ile ifade hürriyetinin sınırlarının aynı doğrultuda geniş olması gerektiğini belirtmektedir.⁵¹⁷

Kamu görevlileri

İfade hürriyeti ile başkalarının şöhret ve itibar hakkının çatışması halinde itibar ve şöhreti söz konusu olan kişiler kamu görevlileri de olabilmektedir. Bu kapsamda AYM kararlarında “Üst Düzey Bürokrat”⁵¹⁸, “Üst Rütbeli Subay”⁵¹⁹, “Öğretim Üyesi”⁵²⁰,

⁵¹³ AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 69; Benzer yönde bir yaklaşım için bkz. AİHM, Axel Springer AG / Germany, App. No: 39954/08, 7/2/2012§ 65,66.

⁵¹⁴ İlgili karar için bkz. AYM, Mehmet Özhasseki, § 30; AYM, Nihat Zeybekçi, § 42; Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, § 48.

⁵¹⁵ “Eldeki başvuruya konu olayda eleştiriye dile getiren kişinin bir siyasetçi ve özellikle ana muhalefet partisi lideri olduğu unutulmamalıdır. Demokratik bir sistemde siyasetçilerin birbirlerini eleştirmeleri halka hizmet etme yarışının bir parçasıdır. Dolayısıyla bir siyasetçinin herhangi bir belediyede yaşanan olaylar hakkında görüşlerini açıklamasının demokratik siyasetin doğal bir sonucu olduğu kabul edilmelidir.” İlgili karar için bkz. AYM, Mehmet Özhasseki, § 27.

⁵¹⁶ “Başvuruya konu olayın bir tarafında olayların meydana geldiği dönemde hem ana muhalefet partisinin hem de Türkiye’nin en eski partisinin lideri olan davalı Kemal Kılıçdaroğlu; diğer yanda ise Türkiye’nin önemli şehirlerinden birinin uzunca bir süre belediye başkanlığını yapmış, başvuruya konu olayların meydana geldiği dönemde iktidar partisinin bir süredir milletvekili ve kısa bir süre sonra da Türkiye’nin ekonomi bakanlığı görevini yürütecek olan başvurucu bulunmaktadır. Her iki ismin de politik arenada oldukça aktif bir konuma sahip oldukları açıktır.” İlgili karar için bkz. AYM, Nihat Zeybekçi, § 29.

⁵¹⁷ AYM, Mehmet Özhasseki, § 23.

⁵¹⁸ “Başvurucu A.H.Ö.nün, Türkiye’nin birçok bölgesinde üst düzey yönetici olarak idari görevler ifa ettiği, bu kapsamda kamuoyunda tanınan bir bürokrat olduğu ve tanınmışlık derecesi dikkate alındığında onun az bilinen bir kişi olduğu iddia edilemez.(...)” İlgili karar için bkz. AYM, A.H.Ö. ve L.D., B. No: 2013/3496, 6/1/2016, § 44.

“Cumhuriyet Başsavcısı”⁵²¹ vb. olmak üzere farklı düzeyde birçok başvurunun şöhret ve itibar hakkı incelemeye konu olmuştur.

AYM, kamu görevlilerinin şöhret ve itibarı söz konusu olduğunda bu kişilerin yerine getirdikleri kamu görevinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin Mahkeme bir başvuru incelemesinde Rektör Yardımcısı ve Öğretim Üyesi olan başvuru ile idari görevi bulunmayan öğretim görevlisi davacının aynı konumda olmadığını ve ifade hürriyeti ile şöhret ve itibar hakkı arasında kurulacak denge değerlendirmesinde tarafların kamudaki rollerinin ve tanınmışlık düzeylerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.⁵²² Birden fazla başvurunun olduğu farklı bir başvuruda ise başvuru sahiplerinin şöhret ve itibar hakkını ayrı ayrı ele almıştır. Buna göre başvuru sahiplerinden birisinin üst düzey yönetici konumunda bir bürokrat olduğu ve tanınmışlık düzeyi hesaba katıldığında eleştirilere sıradan kişilere göre daha fazla katlanması gerektiği belirtilmiştir. Diğer başvuru açısından ise sadece eşinin üst düzey bürokrat olması nedeniyle aynı yükümlük kapsamına sokulamayacağı ve bu bağlamda eleştirilere karşı daha korunaklı olması gerektiği belirtilmiştir.⁵²³

AYM, kamu görevlilerine yönelik eleştirilerin sınırlarının çizilmesinde kamu görevlisinin bulunduğu makama verilen yetki ve yerine getirilen kamusal görevin nitelik ve kapsamının da belirleyici olduğunun altını çizmektedir.⁵²⁴ Mahkeme bir başvuru incelemesinde başvuru sahibinin eleştirisine konu olan olayın, davacı okul müdürünün sorumlu olduğu okulda meydana geldiğini ve bu nedenle davacı okul müdürünün eleştirilere sıradan kişilere daha fazla katlanması gerektiğini belirtmiştir.⁵²⁵

AYM’ ye göre, kamu görevlilerinin görevlerini layıkıyla ifa edebilmesi için kamu güvenine sahip olmaları gerekir. Bu ise ancak kamu görevlilerinin kendilerine yönelik

⁵¹⁹ “Son olarak başvuru sahibinin olayların geçtiği zaman diliminde Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Güney Deniz Saha Komutanı olarak görev yaptığı göz önünde bulundurulduğunda itiraz götürmeyen tanınmışlık derecesi dikkate alınmalıdır. (...)” İlgili karar için bkz. AYM, Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 74.

⁵²⁰ “Söz konusu tartışmanın taraflarının kimlikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Başvuru sahibi rektör yardımcısı bir öğretim üyesi iken davacı herhangi bir idari görevi olmayan öğretim üyesidir.(...)” İlgili karar için bkz. AYM, Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 61.

⁵²¹ “Son olarak başvuru sahibinin olayların geçtiği zaman diliminde üst düzey bir kamu görevi olan Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olduğu ve gazete haberinden önce meydana gelen olaylarla birlikte daha da artan ve itiraz götürmeyen tanınmışlık derecesi dikkate alındığında, başvuru sahibi, az bilinen bir kişi olduğunu iddia edemez.” İlgili karar için bkz. AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 82.

⁵²² AYM, Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 61.

⁵²³ AYM, A.H.Ö. ve L.D., B. No: 2013/3496, 6/1/2016, § 44.

⁵²⁴ AYM, Tuğrul Culfa, B. No: 2013/2593, 11/3/2015, § 55.

⁵²⁵ A.g.k.

yapılan asılsız suçlamalara karşı korunmasıyla sağlanabilir. Bununla birlikte Mahkeme kamu görevlilerinin siyasetçiler gibi her türlü söylemlerini yakın denetime açmadığını belirterek kamu görevlilerinin kabul edilebilir eleştiri sınırlarının siyasetçiler kadar geniş olmadığına dikkat çekmektedir.⁵²⁶

Hâkim, savcılar ve yargı çalışanları

AYM, kamu görevlisi olan ve adalet sisteminde düzenin sağlanmasında rol alan hâkim ve savcılar açısından da özel bir değerlendirme yapmaktadır. Mahkemeye göre diğer kamu görevlileri açısından sağlanması gereken kamu güveni yargı çalışanları açısından da geçerlidir. Bu kapsamda devletin söz konusu kişileri asılsız suçlamalardan koruması gerekmektedir.⁵²⁷ Mahkeme, hâkim, savcılar ile diğer yargı çalışanlarına yönelik yorum ve eleştiri yapılabileceğini bununla birlikte yapılan yorum ve eleştirilerin söz konusu kişilerin itibar ve şöhret hakkını ihlal edecek boyutta olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yargı fonksiyonunun işleyişine yönelik tartışmaların kamu yararına ilişkin olduğunu ve bu kapsamda onun kamu için özel bir görevinin olduğunu göz önünde bulundurulması gerektiğini belirten AYM'ye göre;⁵²⁸

“Cumhuriyet savcılarının adalet sisteminin işlemesi için vazgeçilmez önemi ile hem ceza yargılamasındaki diğer dava süreçlerine hem de genel olarak halka güven telkin etmesi gereken rolleri göz önüne alındığında hakaret içeren ve küçük düşürücü sözlerden korunmaları gerekir. Özellikle hâkim ve savcılarının konumları gereği bunlara cevap verememesi de dikkate alındığında bu husus önem kazanmaktadır .”

Öte yandan AYM, konuya ilişkin başvurularda itibar ve şöhrete yönelik ifadenin hâkim ve savcılarının göreviyle ilgili olup olmadığını ayrıca incelemektedir. Örneğin bir başvuru incelemesinde Mahkeme şöhret ve itibarı ihlal ettiği iddia edilen bir yazının o dönemde Cumhuriyet Başsavcısı olan başvurucunun göreviyle ilgili olmayıp başvuru hakkında yürütülen soruşturma kapsamında tutuklanmasına sebep olaylara ilişkin olduğunu ve yapılan değerlendirme sonucunda kişiliğe hakaret içermeyen ve şiddeti teşvik etmeyen söz konusu yazının başvurucunun yargı görevine engel olmadığını belirterek

⁵²⁶ AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 70; Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Lesnik / Slovakia, App. No: 35640/97, 11/6/2003, § 53.

⁵²⁷ AYM, İlhan Cihaner (2), § 83. Aynı yönde görüş için bkz. AİHM, Saday/Turkey, App. No: 32458/96, 30/3/2006, § 33.

⁵²⁸ AYM, Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015, § 48; Aynı yönde görüş için bkz. AİHM, Morice/France, App. No: 29369/10, 23/4/2015.

başvurucunun, maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵²⁹

3.4.2. İfade Hürriyetinin Devletin ve Kamusal Menfaatlerin Korunması Amacıyla Sınırlandırılması

3.4.2.1. Genel olarak

Anayasa m.26/2’de yer alan meşru amaç şartlarının bir diğeri ise⁵³⁰, devletin ve kamusal menfaatlerin korunması amacıyla sınırlandırılmasıdır. Bu kapsamda ifade hürriyetine yönelik bir müdahalenin meşru olabilmesi için “millî güvenlik”, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması”, “suçların önlenmesi”, “suçluların cezalandırılması”, “Devlet sırrı olarak usulince belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması” amaçlarına yönelik olması gerekmektedir.⁵³¹

Konuya ilişkin olarak göze çarpan ilk husus, yukarıda sıralanan sınırlama sebeplerinin soyut ve muğlak oluşu ile ilgilidir.⁵³² Bu durum söz konusu sınırlama sebeplerinin içerik olarak belirlenememesine ve sınırlamanın istisna olmaktan çıkıp genel bir kural haline gelmesine neden olabilmektedir.⁵³³ Bu bağlamda AİHM, Sözleşmeciler Devletin sınırlama sebeplerini tespiti edebilme yetkisinin yanı sıra, bu sebeplerin içerik olarak tespitinde de takdir yetkisine sahip olduğuna, kullanılacak bu yetkinin ise bütün sebepler açısından aynı genişlikte olmayıp her somut olaya göre değişebileceğine işaret etmektedir.⁵³⁴ AYM, bireysel başvuru kararlarında AİHM’ in yukarıda yer alan değerlendirilmesi doğrultusunda hareket etmektedir. Mahkemeye göre Anayasa m.26/2 de yer alan sınırlama sebeplerinin her somut olaya göre farklı ele alınması gerekmektedir.

⁵²⁹ AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, §§ 88,89.

⁵³⁰ 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle, bu fıkra “Bu hürriyetlerin kullanılması,” ibaresinden sonra gelmek üzere “millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması,” ibaresi eklenmiştir.

⁵³¹ Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 84.

⁵³² Fendoğlu, H.T. (2002). “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13)” *Anayasa Yargısı Dergisi*, (19), 118.

⁵³³ Sunay, (2001), 80.

⁵³⁴ Robertson, A.H. and Merrills, J. G., (1993). “*Human Rights in Europe a Study of the European Convention on Human Rights*. (Third Edition). Manchester University Press: 151 vd. naklen Sunay, (2001), 81.

3.4.2.1. Millî güvenlik, kamu güvenliği ve cumhuriyetin temel nitelikleri ile devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması

AYM, terör örgütü faaliyetleri ile ilgili başvuru incelemelerinin toplumun belirli bir kesimini ilgilendiren toplumsal olaylara ilişkin olduğunu belirterek kamu otoriteleri tarafından yapılan sınırlamaların “millî güvenlik”, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “suçların önlenmesi”, “suçluların cezalandırılması” ile ilgili çalışmaların bir parçası olduğunu ifade etmektedir.⁵³⁵ Mahkemeye göre ifade hürriyetine içerik olarak sınırlama getirilemez. Bununla birlikte “ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda ise Devlet otoriteleri müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir.”⁵³⁶ AYM, konuya ilişkin yapılan başvuruları daha özelde “milli güvenlik”⁵³⁷ açısından ele almakta ve yapılacak değerlendirmede ifadelerin bağlamlarından kopartılmadan bir bütünsellik içerisinde incelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır.⁵³⁸ Mahkemeye göre, “söz gelimi bir düşünce açıklamasının ifade edildiği bağlamdan koparıldığında “milli güvenlik” için bir tehlike oluşturması, bu ifadeye yönelik bir müdahaleyi tek başına haklı çıkartmamaktadır.”⁵³⁹

⁵³⁵ “Başvuruya konu kitabın toplatılması ve el konulması kararı, söz konusu kitabın yazarının silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hükümlü Abdullah Öcalan olması, kitabın kapağında Irak, İran ve Türkiye topraklarında bir bölgenin ayrılarak içinin yazılarla belirginleştirilmesi ve kitabın belirli bölümlerinde (bkz. § 27) silahlı terör örgütü PKK’nın propagandasının yapılması gerekçeleri ile verilmiştir (bkz. § 12-14). Söz konusu toplatma ve el koyma kararının, PKK terör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında Devlet tarafından belirlenen amaçların ve faaliyetlerin uzantısı niteliğinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır.(...)Başvuruya konu kitaba el konulması kararının, PKK terör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılmasına yönelik çalışmaların bir parçası olduğu ve bunun da Anayasa’nın düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrası ve basın özgürlüğüne ilişkin 28. maddesinin 7. fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.” İlgili karar için bkz. AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 85,88; Aynı yönde diğer kararlar için bkz. AYM, İbrahim Bilmez, B. No: 2013/434, 26/2/2015, §§ 62-64; Ali Gürbüz, B. No: 2013/724, 25/6/2015, §§ 55-56; Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, B. No: 2013/568, 24/6/2015, §§ 53-54.; Bejdar Ro Amed, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 58.

⁵³⁶ AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 99; Benzer yöndeki kararlar için bkz. AİHM, Gözel and Özer/Turkey, App. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010, § 56; Gündüz/Turkey, App. No: 35071/97, 4/12/2003, § 40.

⁵³⁷ Soyut ve muğlak bir içeriğe sahip olan “milli güvenlik” kavramı, Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu m.2’de, “Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması” olarak tanımlanmaktadır.

⁵³⁸ “Nitekim AİHM de yerleşik içtihatlarında düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulamıştır.” İlgili kararlar için bkz. AİHM, Özgür Gündem/Turkey, App. No: 23144/93, 16/3/2000, § 63; Sürer/Turkey, App. No: 24762/94, 8/7/1999 § 12, 58.

⁵³⁹ AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 100.

3.4.2.2. Kamu düzeni, suçların önlenmesi ve suçluların cezalandırılması

Devletin ve kamusal menfaatlerin korunması amacıyla yapılan sınırlama nedenlerinden bir diğeri ise kamu düzeni ve suçların önlenmesidir. Konuya ilişkin başvurular genellikle cezaevi uygulamaları nedeniyle tutuklu veya hükümlü başvurucular tarafından yapılmaktadır. Yapılacak incelemelerde meşru amaç şartının cezaevinin kendi koşullarının da göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiğine işaret eden AYM, cezaevinde “açlık grevi yapmak”⁵⁴⁰, “slogan atmak”⁵⁴¹ ve “protesto yapmak”⁵⁴² gibi durumlar nedeniyle kişilere uygulanan disiplin cezalarını özelde ceza infaz kurumlarında güvenlik ve disiplini sağladığını genelde ise kamu düzeninin temini ve suçların önlenmesine yönelik meşru bir amaç taşıdığını belirtmektedir. Keza “gazetenin bazı bölümlerinin başvurucuya verilmemesi”⁵⁴³ ile “koğuş ve odanın düzeninin bozulmaması için başvurucuya on kitaptan daha fazla verilmemesi”⁵⁴⁴ durumları da aynı kapsamda değerlendirilmektedir. AİHM kararlarına atıf yapan AYM’ye göre;

*“(…)cezaevinde bulunmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi cezaevinde güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda mahkûmların sahip olduğu haklara sınırlama getirilebilecektir. Ancak bu durumda dahi hükümlü ve tutukluların haklarına yönelik yapılacak herhangi bir sınırlandırma makul ve ölçülü olmalıdır(…)”*⁵⁴⁵

3.4.2.3. Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması

AYM, farklı bir başvuru incelemesinde ifade ve basın hürriyetinin Anayasa m. 26/2 ve m.28/5 uyarınca “millî güvenlik”, “suçların önlenmesi”, “suçluların cezalandırılması”, “devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması” ve “devlete ait gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi” amaçlarıyla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre devlete ait gizli bilgilerin basın aracılığıyla açıklanmasının suç olarak düzenlenip cezalandırmaya konu olabilmesi mümkündür. Bu kapsamda basının görevini ifa ederken gazetecilik etiği doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini belirten AYM,

⁵⁴⁰ AYM, Mehmet Reşit Arslan, B. No: 2013/750, 15/12/2015, § 60.

⁵⁴¹ AYM, Erdener Demirel, B. No: 2013/1869, 2/12/2015, § 46.

⁵⁴² AYM, Hurşit Çetin, B. No: 2013/2610, 6/10/2015, § 43.

⁵⁴³ AYM, Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 57.

⁵⁴⁴ AYM, Özkan Kart, B. No: 2013/1821, 5/11/2014, § 39.

⁵⁴⁵ AYM, Hüseyin Sürensoy, B. No: 2013/749, 6/10/2015, § 45. Aynı yönde karar için bkz. AİHM, Silver and Others /The UK, App . No: 5947/72, 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 23/3/1983, §§ 99-105.

AİHM kararlarına atıfta bulunarak;⁵⁴⁶ “(...) millî güvenlik gibi çok hassas bir konuda gazetecilerin yapacağı haberlere yönelik olarak devletin sınırlama getirmesi ve bu bağlamda bazı haberlerin yapılmasının kamu otoritelerince engellenmesinin mümkün olduğunu” belirtmektedir.⁵⁴⁷ Mahkeme söz konusu eylemleri gerçekleştiği iddia edilen basın mensupları ile ilgili uygulanan tutuklama tedbirinin de anayasal olduğunu ifade etmektedir. Öte yandan Mahkemeye göre başvuruya konu haber, bilgi ya da fotoğrafların daha önceden farklı bir platformda yayımlanması ve bunların kolay bir şekilde ulaşabilir olması tutuklama tedbiri için aranan kuvvetli suç belirtisinin varlığının tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁴⁸ Buna göre “(...) daha önce yayımlanan ve fotoğrafla desteklenen bir habere benzer hususları içeren haberlerin daha sonra başka bir gazete tarafından yayımlanmasının millî güvenlik açısından oluşturduğu sakıncanın devam edip etmediğinin haberle ilgili başvurulacak tedbirlerin gerekçesinde belirtilmesi önemlidir.”⁵⁴⁹

3.5. Hakkın Özü, Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük İlkesi

3.5.1. Hakkın Özü (Öze Dokunmama Yasağı)

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlama rejiminde kullanılan “hakkın özüne dokunmama ilkesi” Türk Anayasası dâhil olmak üzere çağdaş anayasaların pek çoğunda demokratik toplumun temel ilkelerinden biri haline gelmiştir. Bununla birlikte AİHS’ te “hakkın özü” kavramına doğrudan yer verilmemektedir.

⁵⁴⁶ AİHM, Observer and Guardian/The UK, App. No: 13585/88, 26/11/1991, §§ 61-65.

⁵⁴⁷ AYM, Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 89.

⁵⁴⁸ “(...), Tırların içinde ne olduğuna dair kamuoyunda yapılan soyut tartışmalardan farklı olarak, benzer bir fotoğrafın ve bilgilerin tutuklamaya konu haberden yaklaşık on altı ay önce yayımlanmış olması ve bunlara başvuru dosyasının inceleme tarihi itibarıyla dahi internet üzerinden kolayca ulaşılabilmesi, tutuklama için gereken kuvvetli suç şüphesinin varlığının tespiti bakımından dikkate alınmalıdır.” İlgili karar için bkz. AYM, Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 77.

⁵⁴⁹ A.g.k., 78, 98; “Ayrıca benzer bir haberin başka bir gazetede on altı ay önce yayımlandığı gözetilmeden ve başvuruya konu haberle ilgili soruşturma başlatılmasından yaklaşık altı ay geçtikten sonra başvuru hakkındaki tutuklama tedbirine başvurularak ifade ve basın özgürlüklerine müdahale edilmesinin hangi “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” tan kaynaklandığı ve millî güvenliğin korunması bakımından demokratik toplum düzeninde gerekli olduğu somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçelerinden anlaşılamamaktadır.” Daha önce yayımlanan millî güvenliğe ilişkin gizli bilgilerin tekrar yayımlanması ile ilgili karar için bkz. AİHM, Observer and Guardian/The UK, App. No: 13585/88, 26/11/1991, §§ 66-74.

Hakkın özü, her bir temel hak ve hürriyet açısından farklılık göstermektedir.⁵⁵⁰ Aynı zamanda bir hakkın özünün içerik ve kapsam olarak belirlenebilmesi oldukça güçtür.⁵⁵¹ AYM' ye göre bir temel hakkın özüne dokunulmadığının kabul edilebilmesi için *“temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşınamaması gerekir.”*⁵⁵² AYM, bireysel başvuru incelemelerinde sınırlama rejimi açısından ilk olarak hakkın özüne dokunulup dokunulmadığına bakmaktadır. Şayet “öze dokunmama yasağı” na uyulmamış ise diğer sınırlama ölçütlerini incelemeye gerek dahi görmemektedir.⁵⁵³

3.5.2. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

İfade hürriyetinin sınırlanmasında kullanılan bir diğer ilke ise “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” ilkesidir. Demokrasilerin temel hak ve hürriyetlerin en geniş bir şekilde sağlanıp, koruma altına alınan rejimlerde olabileceğini belirten AYM' ye göre⁵⁵⁴, *“Demokratik toplum ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile AİHS'in “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün bulunduğu 9., 10. ve 11. maddelerindeki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır.”*⁵⁵⁵

AYM, ifade hürriyeti incelemesinde “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” ilkesini, “ölçülülük” ve “öze dokunmama yasağı” ilkesi ile birlikte ele almaktadır. Mahkemeye göre *“(....), Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle ifade hürriyeti üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir.”*⁵⁵⁶ AYM bireysel başvuru incelemelerinde söz konusu değerlendirmenin AİHM tarafından da *“zorlayıcı sosyal ihtiyaç”* biçiminde somutlaştırıldığını ifade etmektedir. Mahkemeye göre, “demokratik

⁵⁵⁰ Sağlam, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 4; Fendoğlu, (2002), 131.

⁵⁵¹ Rumpf, C. (1993). “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”. *Anayasa Yargısı*, (10), 48.

⁵⁵² AYM, Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 66.

⁵⁵³ A.g.k., 67; *“(....),öze dokunan sınırlamalar, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, Anayasa koyucu temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek görmemiştir.”*

⁵⁵⁴ AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008.

⁵⁵⁵ AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 93.

⁵⁵⁶ AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 48.

toplumda gereklilik” ilkesinde yer alan “gerekli” kavramının “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” kavramına işaret etmektedir.⁵⁵⁷ Bu bağlamda sınırlamada kullanılacak tedbirin “zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç” ı karşılaması ve “gidilebilecek en son çare” olması gerekmektedir.⁵⁵⁸ Görüldüğü üzere Mahkemeye göre ifade hürriyetine yönelik gerçekleşecek idari ya da yargısal bir müdahalenin “*toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına*” bakılması gerekmektedir. Bu açıdan ilk olarak bakılması gereken husus, yapılacak müdahalenin meşru amaçla orantılı olmasıdır. İkinci olarak ise müdahalenin niçin yapıldığına dair kamu otoritelerinin sunduğu gerekçelerin konuyla ilgili ve yeterli olması aranmaktadır.⁵⁵⁹ Zira AYM bir başvuru incelemesinde konuyla ilgili ve yeterli olmayan bir gerekçenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç”ı karşılayamayacağını belirterek yapılan müdahalenin “demokratik toplum için gereklilik” şartını sağlamadığına karar vermiştir.⁵⁶⁰

3.5.3. Ölçülülük İlkesi

Yapılan müdahalenin meşru amaçla orantılı olması sınırlamada kullanılan ve temel ilkelerden birisi olan “ölçülülük ilkesini” gündeme getirmektedir. Anayasa m.13 de yer alan “ölçülülük” ilkesi ile “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ilkeleri sınırlama rejiminde kullanılan iki ayrı ölçüttür. Bununla birlikte AYM, söz konusu iki ilkenin

⁵⁵⁷ AİHM’e göre de “gerekli” kavramı, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç”ı (pressing social need) işaret etmektedir. Karar için bkz. AİHM, Handyside/UK, App. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48.

⁵⁵⁸ A.g.k.; AYM zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı araştırılırken soyut bir değerlendirme yapılmamasını gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda “*ifade ortamına dâhil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınırlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.*” Aynı yönde AİHM kararları için bkz. Axel Springer AG/Germany, App. No: 39954/08, 7/2/2012; Von Hannover/Germany (No.2), App. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012.

⁵⁵⁹ “(....), *İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa’nın 26. maddesini ihlal edecektir.*” İlgili karar için bkz. AYM, Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018, § 51; İsa Yağbasan ve diğerleri, B. No: 2013/1481, 20/11/2014, § 60; Faik Özgür Erol, B. No: 2013/2719, 9/3/2016, § 78; Tayfun Cengiz, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 56; Aynı yönde bir diğer karar için bkz. AİHM, Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria, App. No: 29221/95 29225/95, 2/10/2001, § 87.

⁵⁶⁰ “*Danıştay Onuncu Dairesinin ret kararında ilgili kurumların genel sağlık ve millî güvenliğe ilişkin görüşlerinin belirtilmesiyle yetinilmiştir. Danıştay bu konuda kendi değerlendirmesinin ne şekilde olduğuna yer vermemiştir. Diğer yandan millî güvenlik ve genel sağlık hususunda yeterli açıklamanın yapılmamasıyla birleştiğinde grevin cam üretiminin %90’ını gerçekleştiren iş yerlerini kapsadığı ifadesi, ekonomik gerekçelerin yürütmenin durdurulması talebinin reddine esas alındığı algısına da yol açabilecektir. Bu nedenle grevin ertelenmesi kararına karşı yapılan yürürlüğün durdurulması talebinin reddine ilişkin Danıştay kararındaki gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu söylenemez. Açıklanan nedenlerle grev erteleme kararının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayandığının ortaya konmadığı ve “demokratik toplumda gerekli olmadığı” sonucuna varılmıştır.(....)*” İlgili karar için bkz. AYM, Kristal-İş Sendikası [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015, §§ 82,83.

arasında ayrılmaz bir bağ olduğunu ifade etmektedir.⁵⁶¹ Nitekim Mahkeme geçmiş kararlarında da ölçülülük ve gereklilik arasındaki bu sıkı ilişkiye işaret ederek müdahalede kullanılan araç ile istenilen amaç arasında makul bir ilişki ve dengenin olması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁶²

Sözleşmede doğrudan yer verilmeyen ölçülülük ilkesi Türk Anayasası m.13' de açık bir şekilde düzenlenmeye konu olmuştur.⁵⁶³ AYM kararlarında ölçülülük ilkesinin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırma rejiminde öncelikli olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Mahkemeye göre;

“(....), Sınırlama amacı ile aracı arasında adil bir dengenin gözetilmesi şeklinde tarif edilen ölçülülük ilkesi ile daha az sınırlayıcı ya da daha hafif tedbirlerle sınırlama amacına ulaşılması mümkün olduğu halde hak ve hürriyetleri daha çok sınırlayan, haklardan yararlanacak kişilere daha ağır yükümlülükler getiren düzenlemelerin önlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla belli bir amaca ulaşmak için alınan sınırlayıcı tedbir, gereğinden ağır ve katı ise o sınırlama ölçülü olmayacağı gibi demokratik toplum düzenine de uygun bir sınırlama olmayacaktır.”⁵⁶⁴

AYM, ölçülülük ilkesinin sınırlandırma rejiminde kullanılan araçlar ile amaçlar arasındaki ilişkiyi yansıttığını belirtmektedir. Bu bağlamda *“Ölçülülük denetimi, ulaşmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple ifade özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.”⁵⁶⁵* Görüldüğü üzere AYM, ölçülülük ilkesi değerlendirmesinde bu ilkenin alt ilkelerini oluşturan “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” ölçütlerini referans almaktadır.⁵⁶⁶

⁵⁶¹ AYM, Faik Özgür Erol, B. No: 2013/2719, 9/3/2016, § 74; Fatih Taş, § 95; Kemal Kılıçdaroğlu (3), 45; Bekir Coşkun, §§ 53-55; Mehmet Ali Aydın, §§ 70-72; AYM, E.2018/69, K.2018/47, K.T. 3/5/2018, § 15; AYM, E.2017/130, K.2017/165, K.T. 29/11/2017, § 18

⁵⁶² *“Temel hak ve özgürlüklere yönelik her hangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir...”* İlgili karar için bkz. AYM, E.2007 /4, K.2007 /81, 18/10/2007.

⁵⁶³ Karan, (2018), 153.

⁵⁶⁴ AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 51.

⁵⁶⁵ AYM Fatih Taş, B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§ 92, 93; Faik Özgür Erol, B. No: 2013/2719, 9/3/2016, § 75; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 71; Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 97; Sebhat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84.

⁵⁶⁶ Karan, (2018), 153.

3.5.3.1. Ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri: Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkesi

Elverişlilik ilkesi niteliksel; gereklilik ve orantılılık ilkeleri ise niceliksel yapıya sahiptir. Bu durum her ne kadar ilkelerin yapısında değişikliğe sebep olsa da her alt üç ilkenin de bir araç-amaç ilişkisi içerisinde olduğu bir gerçektir.⁵⁶⁷ Alman Anayasa Mahkemesine göre yapılan müdahalenin elverişli sayılabilmesi için alınan önlemin istenilen neticeye katkı sağlaması gerekmektedir. Bu kapsamda kullanılan aracın istenilen amacı tümüyle gerçekleştirmesi beklenmemekte, kısmen gerçekleştirilmesi dahi yeterli görülmektedir.⁵⁶⁸

Gereklilik ilkesi ise temel hakkı sınırlandıracak olan önlemlerde karşılaştırma yapılarak aralarından en yumuşak olanın tercih edilmesini ifade eder. Burada istenilen amaca erişebilmek için sınırlamada kullanabilecek birden fazla araçtan en yumuşak olanı seçilmelidir. Aksi durumda yapılan müdahale Anayasaya aykırılık teşkil edecektir.⁵⁶⁹

Ölçülülük ilkesinin bir diğer alt ilkesi orantılılık ilkesidir. Bu ilke gereklilik ilkesinde olduğu gibi birden fazla seçim alternatifi söz konusu değildir. Ölçülülük ilkesinde sadece iki değişken bulunmaktadır. Buna göre araç ve amacın birbirleriyle olan ilişkisi ölçüsüz oranda olmamalıdır. Söz konusu durumu olumsuz ölçüt olarak nitelendiren Sağlam'a göre orantılılık ilkesinde, *“araçla amacın ölçülü bir oran içinde olması aranmamakta, alınan yasal tedbirin yalnızca ölçüsüz olmaması istenmektedir.”*⁵⁷⁰

Rumpf'a göre ölçülülük ilkesi uygulamasında mahkemelerce “elverişlilik” ve “gereklilik” ölçütü bakımından denetim sıkı olmakla birlikte orantılılık ölçütünde özel sorunlarla daha sık karşılaşılmaktadır. Zira araç ile amaç arasında aranan “makuliyet” kavramının ne olduğunun hakim tarafından ampirik olarak belirlenmesi mümkün değildir.⁵⁷¹

AYM' ye göre konuya ilişkin olarak müdahalenin orantılılığından bahsedilebilmesi için *“temel hakka daha az zarar verebilecek ancak aynı zamanda güdülen amacı yerine*

⁵⁶⁷ Sağlam, (1982), 113.

⁵⁶⁸ A.g.e., 114.

⁵⁶⁹ A.g.e., 115.

⁵⁷⁰ A.g.e., 116.

⁵⁷¹ Rumpf, (1993), 46.

getirebilecek nitelikte olan yöntemin tercih edilmiş olması gerekmektedir”⁵⁷² Mahkemenin “orantılık” ölçütüne ilişkin dikkate aldığı husus genellikle yaptırımın ağırlığına ilişkin olmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme ifade hürriyetine ilişkin başvuru değerlendirmelerinde özellikle hürriyeti bağlayıcı cezalardan imtina edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Buna göre “(....), demokratik bir toplumda şiddet çağrısı veya nefret söylemi gibi çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan ifadeler söz konusu olmadıkça hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmekten kaçınılması gerekir.(....)”⁵⁷³

AYM, basın aracılığıyla işlenen hakaret suçları kapsamında hürriyeti bağlayıcı cezaların verilmesinin “tüm basın üzerinde baskı kurabileceği ve kamuoyunu ilgilendiren konuların tartışılmasından gazetecileri caydırabileceği, böylece bir oto sansür kurumuna dönüşebileceği”ni belirtmektedir.⁵⁷⁴ Keza hürriyeti bağlayıcı ceza verilme bile “kovuşturmanın ertelenmesi”⁵⁷⁵ ile “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları”⁵⁷⁶ da aynı şekilde değerlendirilmektedir. Örneğin Mahkeme bir başvuru incelemesinde, başvuruçunun yazısında geçen ifadelerinden dolayı “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını” kabul etmemesi nedeniyle hakkında verilen “küçük sayılabilecek” kesinleşmiş adli para cezasının da ölçsüz olduğuna karar vermiştir.⁵⁷⁷

⁵⁷² AYM, Faik Özgür Erol, B. No: 2013/2719, 9/3/2016, § 76. Aynı yönde değerlendirme için bkz. AİHM, Nada/Switzerland, App. No: 10593/08, 12/9/2012, § 183.

⁵⁷³ AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 79.

⁵⁷⁴ A.g.k.

⁵⁷⁵ “Başvuruya konu sözleri bir gösteride kalabalığa hitaben ve basın açıklaması şeklinde söylemesi nedeniyle başvuru terör örgütü propagandasını yapma suçundan kovuşturmaya tabi tutulmuş ve 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Daha sonra kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiş olsa bile başvuruçunun kovuşturmaya tabi tutulma ve yeniden cezalandırılma riskinin halen devam etmesi nedeniyle başvuruçunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin arzulanan amaçlara uygun olmadığı ve dolayısıyla da demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı kanaatine varılmıştır.” İlgili karar için bkz. AYM, Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 85.

⁵⁷⁶ “Somut olayda başvuruçuya 10 ay hapis ve 7.080 TL adli para cezası verilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği görülmektedir. Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları mahkûmiyet hükmü niteliğinde olmasalar da beş yıl içinde kasıtlı bir suç işlenmesi hâlinde öngörülen cezaların aynen uygulanması söz konusudur. Hapis cezası tehdidinin gazetecileri kamusal meseleleri tartışmaktan caydırıcı bir rol oynayacağı ve oto sansüre neden olabileceği göz önünde tutularak ertelenen cezaların miktarı ve maruz kalınan ceza tehdidinin ağırlığı dikkate alındığında ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez.” İlgili karar için bkz. AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 87.

⁵⁷⁷ AYM, Mustafa Nihat Behramoğlu, B. No: 2014/11299, 26/10/2016, § 44.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İfade hürriyeti düşünce hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile haber ve görüş alma/verme hürriyetlerinin her birini kuşatan kapsamlı bir hürriyettir. Söz konusu hürriyetler ifade hürriyetinin alt unsurlarını oluşturmakla birlikte ifade hürriyeti ile kastedileni açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Düşünce hürriyeti tek başına kullanıldığı zaman ifade boyutu eksik kaldığı gibi, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanımında ise hür ve serbest düşünme ortamı ile haber ve görüş alma/verme boyutu göz ardı edilmektedir. Bu hususa AYM bireysel başvuru kararlarında da sıklıkla işaret edilmektedir. Mahkemeye göre ifade hürriyeti sadece “düşünce ve kanaate sahip olma” hürriyetini değil aynı zamanda “düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma”, ve buna bağlı olarak “haber veya görüş alma ve verme” hürriyetlerini de kapsayan çok unsurlu bir hürriyettir.

AYM, bireysel başvuru kararlarında ifade hürriyetinin içeriğine herhangi bir sınırlama getirmediğini, “siyasi”, “sanatsal”, “akademik” veya “ticari” her türlü düşünce açıklamasının ifade hürriyetinin güvencesi altında olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre düşüncelerin “değerli-değersiz” veya “yararlı-yararsız” şeklinde kategorize edilmemesi gerekir. Mahkeme bu şekilde bir değerlendirmenin subjektif nitelikte olacağını ve keyfi sınırlamalara yol açabileceğini vurgulamaktadır. İfade hürriyetine ilişkin incelemelerinde genel ve soyut değerlendirmelerden kaçınılması gerektiğini ve ifadenin kullanıldığı bağlam ile bütünsel bir şekilde ele alınması gerektiğini belirten AYM, yapılacak değerlendirmede “ifadenin kullanıcısının kimliği/sıfatı”, “hedef alınan kişinin kimliği”, “ifadenin açıklandığı zaman”, “ifadenin sınırlama nedenlerinin niteliği”, “ifadenin içeriği”, “şekli”, “türü” gibi çeşitli unsurlara göre ayrılan detaylı bir incelemeye ihtiyaç olduğunu belirtmektedir. Mahkeme ifadenin içeriğine ilişkin hiçbir sınırlama getirilemeyeceğini bununla birlikte “ırkçılık”, “nefret söylemi”, “savaş propagandası”, “şiddete teşvik ve tahrik”, “ayaklanmaya çağrı” veya “terör eylemlerini haklı göstermek” gibi bu hürriyetin sınır bölgeleri olan alanlarda kamu makamlarının daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir.

AYM, ifadenin türlerine ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerde AİHM kararlarına atıf yapmaktadır. Bu kapsamda siyasi ifadenin korunmasına ayrıca özel önem vermektedir. AYM, toplumsal ve siyasal çoğulculuğun tesis edilebilmesinin her türlü düşüncenin ayırım gözetilmeksizin hür ve serbest bir şekilde ifade edilebilmesi ile mümkün olduğunu bu kapsamda siyasi ifadenin kullanımının zorunlu sebepler olmadan sınırlanamayacağını belirtmektedir. Mahkemeye göre “çoğulculuk”, “hoşgörü” ve “açık fikirliliğin” temeli olan ifade hürriyeti olmadan “demokratik toplumdan” söz edilemeyecektir. Bu kapsamda Mahkeme, siyasi ifadeye yönelik incelemelerinde kamu makamlarının takdir marjının dar olduğunu altını çizmektedir. Sanatsal ifade incelemelerinde ise sanatçının sanatsal ifadeyle sadece kişisel vizyonunu ortaya koymadığını aynı zamanda toplumsal olaylarla ilgili mesajlar verdiğine dikkat çeken AYM, sanatsal ifadenin kurgusal bir nitelik taşıdığını ve bu nedenle yorumunun kişiye göre değişiklik gösterebileceğini belirtmektedir. Mahkeme ayrıca bir ürünün sanatsal ya da edebi değerinin olup olmadığının değerlendirmesinde, yargı makamlarının tam bir serbestiyete sahip olmadığını belirtmektedir. AYM, müstehcen ifade incelemelerinde de özellikle müstehcen ifadenin yer aldığı eserin sanatsal nitelikte olup olmadığının yapılacak değerlendirme bakımından büyük önem taşıdığını vurgulamaktadır. Mahkeme saf müstehcen içerikli materyal ile sanatsal eserde yer almış müstehcen ifadeye uygulanacak koruma düzeylerini farklı şekilde değerlendirmektedir. AYM, akademik ifadeye ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerde ise akademik personelin yapmış olduğu araştırmalar ile bunun neticesinde elde ettiği bulguların yayımlanmasının akademik hürriyetin bir parçası olduğunu belirtmektedir. Akademisyenlerin tüm söylemlerinin mutlak bir doğru olmadığını, bununla birlikte doğru düşünceye ulaşabilmek için farklı bakış açılarının zorunlu bir ihtiyaç olduğunu vurgulamaktadır. Mahkemeye göre akademisyenlerin en kritik ve hassas konularda dahi görüş ve tepkilerini ortaya koyabilmesi bir toplum için yaşamsal önemdedir. AYM, ticari ifadeye ilişkin incelemelerinde ise olgusal iddia ve değer yargısı içeren iddia ayırımına gitmektedir. Mahkeme olgusal nitelikten daha çok değer yargılarına dayanan haberlerin, ekonomik faaliyetler açısından telafisi mümkün olmayan ve geri dönülemez zararlara neden olabileceğini belirterek bu tür durumlarda sınırlandırmanın artabileceğine dikkat çekmektedir. Mahkeme şiddet içerikli ifade incelemelerinde ise ifadeyi kullanan kişinin sahip olduğu sıfat/unvanın sınırlamada tek başına belirleyici bir ölçüt olamayacağını, ifadenin kullanıldığı zaman ve mekân ile birlikte bütünsel bir şekilde ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Keza yapılacak değerlendirmede kullanılan ifadenin hitap ettiği kimselerin de dikkate alınması gerektiğini,

sınırlı bir çevreye hitap eden ve etki düzeyi dar olan ifadenin denetlenmesinde kamu makamlarının takdir marjının dar olduğunu, etki düzeyi geniş olan bir araçla yayılan ifadenin denetiminde ise takdir marjının arttığını belirtmektedir.

AYM, bireysel başvuru kararlarında ifadenin içerik olarak sınırlamaya konu olamaması durumunun ifadenin araçları bakımından da geçerli olduğunu belirtmektedir. Mahkemeye göre Anayasa m.26/1 hükmünde yer alan “*başka yollarla*” ibaresi söz konusu hürriyette kullanılacak araçlar bakımından herhangi bir sınırlamaya yer verilemeyeceğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu kapsamda düşünceyi açıklama ve yaymada kullanılacak her türlü araç bu hürriyetin koruması kapsamındadır. En yaygın ifade araçları; sözel iletişim, kendi kendini ifade, eylemsel ifade, kitle iletişim olarak sıralanabilir. Belirtmek gerekir ki kitle iletişim araçlarından biri olan internet ifade hürriyetinin en yeni kullanım alanlarından birisidir. Bu kapsamda ifade hürriyeti açısından geçerli olan tüm ilke ve kurallar internet alanında da geçerlidir. AYM, internetin çok miktarda bilgi ve haberi saklama ve iletme kapasitesi ile halkın haberlere erişimini arttırmada ve bilgilerin yayılmasını kolaylaştırmada önemli bir rol oynadığını belirtmektedir. Mahkeme internetin hâkim bir konum olmaksızın tamamen dağıtılmış bir sistem olarak faaliyet gösterdiğini ve herhangi bir editöryal kontrole tabi olmadığını, bu yönüyle de geleneksel medya ve basın araçlarından ayrıldığını belirtmektedir. AYM, internet erişiminin engellenmesine ilişkin başvuruları ifade hürriyeti kapsamında incelemektedir. Mahkeme özellikle sosyal medya araçları üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda hukuka uygunluk denetiminin en kısa sürede gerçekleştirilmesini, hukuka aykırılığın tespiti durumunda ise yapılan sınırlamanın hemen kaldırılması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkeme ayrıca sınırlamanın hemen kaldırılmasının “*demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluk*” olduğunu belirtmektedir. AYM’ ye göre sosyal medyada paylaşılan bilgi, fikir ya da haberlerin üzerinden belirli bir süre geçmesi halinde yapılan paylaşımlar güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebilecektir. Bu nedenle internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda kamu otoritelerinin çok hassas davranmaları gerekmektedir.

İfade hürriyeti belirli koşulların varlığı halinde sınırlamaya konu olabilmektedir. Bununla birlikte AİHM ve AYM kararlarında da belirtildiği üzere sınırlamanın zorunlu hallerde ve istisnai bir tedbir olarak yapılması gerekmektedir. İfade hürriyeti AİHS ve Türk Anayasasında da sınırsız bir hürriyet olarak düzenlenmemiştir. Hürriyete yönelik bir

sınırlamanın meşru olabilmesi için her iki belgede de belli ölçülere uyulması gerektiği öngörülmektedir. Anayasa m.26/2’de sınırlama nedenleri düzenlenen ifade hürriyeti diğer temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi Anayasa m.13’de yer alan sınırlama ölçütlerine de tabidir. AYM, ifade hürriyetinin ihlaline ilişkin değerlendirme yaparken ilk olarak hürriyete yönelik müdahalenin olup olmadığını incelemektedir. İfade hürriyetine yönelik müdahale biçimleri temelde cezai, idari ve hukuki olmak üzere üç şekilde ortaya çıkmaktadır. İfade hürriyetine yönelik iddia edilen müdahalenin varlığı, hakkın ihlali nedeniyle başvurucuyu mağdur duruma düşürecek bir önleme başvurulup vurulmadığıyla belirlenmektedir. Bu kapsamda AİHM içtihatlarına atıfta bulunan AYM, *“bir kişinin herhangi bir ihlalin mağduru olduğunu iddia edebilmesi için söz konusu önlemden doğrudan etkilenmiş olması”* gerektiğini belirtmektedir. AYM, müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra yapılan müdahalenin hukuki bir temelini olup olmadığına bakmaktadır. Bu kapsamda ifade hürriyetine yönelik bir müdahalenin kanunilik şartını sağlayabilmesi için, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur. Mahkeme “kanunilik” unsuru taşımayan bir müdahalenin sınırlamada aranan diğer şartlar incelenmeden bir anayasal hakkı ihlal edeceğini belirtmektedir. AİHM içtihatlarının aksine AYM, sınırlamada müdahalenin meşru olabilmesi için şekli anlamda kanunun olması gerektiğini belirtmektedir. AYM’ ye göre kanunilik ilkesi öncelikli olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kılsa da maddi bir içeriği de gerektirir. Bu bağlamda kanunilik ilkesi sınırlamaya ilişkin kural açısından “öngörülebilirlik”, “belirlilik” ve “erişilebilirliği” de kapsamaktadır. AYM, AİHM incelemelerinde olduğu gibi ifade hürriyetine yönelik bir müdahalenin varlığı ile bu müdahalenin kanunilik ilkesine uygunluğuna karar verdikten sonra, yapılan müdahalenin Anayasada belirtilen meşru amaç şartlardan birine girip girmediğine bakmaktadır. Bu çalışmada, Anayasa m.26’da yer alan meşru amaç şartları “başkalarının şöhret veya haklarının korunması” ve “devletin ve kamusal menfaatlerin korunması” olmak üzere iki ana başlıkta ele alınmıştır.

AİHM kararlarına atıfta bulunan AYM, bireylerin şeref itibar hakkı ile ifade hürriyetinden yararlanma hakkının ilkesel olarak eşit bir saygıyı hak ettiğini belirtmektedir. Bireyin şeref ve itibarı ile ifade hürriyetinin kullanımının çatışması halinde adil bir dengenin kurulabilmesi için AYM, yargı mercilerinin uyması gerektiği kıstasları “kamu yararına katkı”, “hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ve haber veya makalenin konusu”, “ilgili kişinin önceki davranışı”, “yayımın içeriği, şekli ve sonuçları”, “haber veya makalenin yayınlanma şartları” olarak sıralamaktadır. Mahkeme yapılan yayımın “siyasi

olaylar” veya “işlenen suçlar” ile ilgili olması halinde kamu yararının varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Başvuruya konu olan kişinin yayımladığı yazı ya da haberden önceki davranışlarının da kurulacak dengede dikkate alınması gerektiğini belirten Mahkeme, uyuşmazlığa neden olan yayınların daha önceden yayımlanmış olmasını da bu kapsamda değerlendirmektedir. Mahkeme yapılacak değerlendirmede ayrıca gazetede yer alan yazı, haber ya da fotoğrafların hangi ölçekte yayımlandığına da bakmaktadır. Bu bağlamda gazetenin baskı sayısının az ya da fazla olması veya gazetenin yerel ya da ulusal olmasına göre belirlenecek “yayım genişliği” de kurulacak denge açısından belirleyici olmaktadır. Mahkemeye göre kurulacak denge açısından haber veya makalenin yayınlanma şartlarının da olayların geçtiği mekân ve zaman ışığında ele alınması gerekmektedir. AYM, ayrıca haber veya makalenin konusu bakımından maddi olgular ile değer yargıları arasında bir ayrım yapılması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre maddi olgular ispatlanabilse de değer yargılarının doğruluğunu ispat etmek imkânsızdır. Öte yandan Mahkeme değer yargısı kavramının dar yorumlanması halinde ifade hürriyetinin amacıyla bağdaşmayacak durumların ortaya çıkabileceğine ve olgusal iddialar ile desteklenmese dahi değer yargılarının aşırı olmasının kabul edilebilir bir durum olduğuna dikkat çekmektedir. İfade hürriyetinin kullanımı ile kişinin şeref ve itibar hakkı arasında kurulacak adil dengede göz önünde bulundurulması gereken en önemli kıstaslardan bir tanesi de hedef alınan kişinin ünlülük derecesidir. AYM bireysel başvuru kararlarında sade bir vatandaşın kişisel itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile kamuya mal olmuş kişilerin bu yöndeki taleplerinin aynı düzeyde koruma göremeyeceğinin altını çizmektedir. Bu kapsamda Mahkeme bireysel başvuru incelemelerinde hükümet temsilcileri, siyasetçiler, kamu görevlileri, hâkim, savcılar ve yargı çalışanları ile sade vatandaşlar açısından ayrı kriterler geliştirmiştir. Hükümet temsilcileri ve siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırlarının sade vatandaşlara göre daha geniş olduğunu belirten Mahkeme, bir siyasetçinin görevinin tanımı gereği ifade ve davranışlarını diğerlerine isteyerek sunduğunu ve bu nedenle diğer bireylerden farklı olarak daha hoşgörülü olması gerektiğini vurgulamaktadır.

AYM, kamu görevlilerine yönelik eleştirilerin sınırlarının çizilmesinde de kamu görevlisinin bulunduğu makama verilen yetki ve yerine getirilen kamusal görevin nitelik ve kapsamının belirleyici olduğunun altını çizmektedir. Mahkemeye göre, kamu görevlilerinin görevlerini layıkıyla ifa edebilmesi için kamu güvenine sahip olmaları gerekir. Bu ise ancak kamu görevlilerinin kendilerine yönelik yapılan asılsız suçlamalara

karşı korunmasıyla sağlanabilir. Bununla birlikte Mahkeme kamu görevlilerinin siyasetçiler gibi her türlü söylemlerini yakın denetime açmadığını belirterek kamu görevlilerinin kabul edilebilir eleştiri sınırlarının siyasetçiler kadar geniş olmadığına dikkat çekmektedir. AYM, kamu görevlisi olan ve adalet sisteminde düzeninin sağlanmasında rol alan hâkim ve savcılar açısından da özel bir değerlendirme yapmaktadır. Mahkemeye göre diğer kamu görevlileri açısından sağlanması gereken kamu güveni yargı çalışanları açısından da geçerlidir.

Anayasa m.26/2 de yer alan meşru amaç şartların bir diğeri ise devletin ve kamusal menfaatlerin korunması amacıyla sınırlanmasıdır. Bu kapsamda ifade hürriyetine yönelik bir müdahalenin meşru olabilmesi için “millî güvenlik”, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması”, “suçların önlenmesi”, “suçluların cezalandırılması”, “Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması” amaçlarına yönelik olması gerekmektedir. Sınırlama sebeplerinde yer alan kavramların soyut oluşu içerik olarak belirlenememesine ve sınırlamanın istisna olmaktan çıkıp genel bir kural haline gelmesine neden olabilmektedir. AYM, terör örgütü faaliyetleri ile ilgili başvuru incelemelerinin toplumun belirli bir kesimini ilgilendiren toplumsal olaylara ilişkin olduğunu belirterek kamu otoriteleri tarafından yapılan sınırlamaların “millî güvenlik”, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “suçların önlenmesi”, “suçluların cezalandırılması” ile ilgili çalışmaların bir parçası olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme konuya ilişkin yapılan başvuruları daha özelde “millî güvenlik” açısından ele almakta ve yapılacak değerlendirmede ifadelerin bağlamlarından kopartılmadan bir bütünsellik içerisinde incelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

AYM meşru amaç şartını taşıyan sınırlamayı son olarak “hakkın özü”, “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” ve “ölçülülük” ilkesi bakımından değerlendirmektedir. Mahkemeye göre bir temel hakkın özüne dokunulmadığının kabul edilebilmesi için “temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırııcı bir nitelik taşımaması gerekir.” AYM, öze dokunmama yasağına uyulmamış ise diğer sınırlama ölçütlerine bakmaya gerek dahi görmemektedir. İfade hürriyeti incelemesinde “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” ilkesini, “ölçülülük” ve “öze dokunmama yasağı” ilkesi ile birlikte ele alan Mahkeme “demokratik toplumda gereklilik” ilkesinde yer alan “gerekli”

kavramının “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” kavramına işaret ettiğini ve bu bağlamda sınırlamada kullanılacak tedbirin zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılaması ve gidilebilecek en son çare olması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme son olarak sınırlamada kullanılan araçlar ile amaçlar arasındaki ilişkiye bakmaktadır. Bu kapsamda ölçülülük ilkesinin gereği ulaşılacak istenilen amaç için kullanılan araçları elverişlilik, gereklilik ve orantılılık açısından denetlemektedir.

Avrupa İnsan Hakları mahkemesi 1959-2018 istatistikleri incelendiğinde, değerlendirme yapılan 48 ülke arasında 321 ile en fazla ihlal kararı verilen ülkenin Türkiye olduğu görülmektedir. 2012-2019 yılları arasında Türk Anayasa Mahkemesi istatistikleri incelendiğinde ise, belirtilen kısa süre zarfında dahi toplam ihlal kararının sayısının 117 ile 272 arasında (makul sürede yargılanma hakkının dâhil olma ve dosyaların birleşme durumuna göre) değiştiği görülmektedir. Sonuç olarak bu istatistiklere göre, mahkemenin bir filtre görevi yaptığı görülmektedir. Böylece 2010 Anayasa değişikliği ile birlikte, Türk Anayasa Mahkemesine getirilen bireysel başvuru yolunun amaçlanan hedefe ulaştığı söylenebilir.

Yine içerik olarak Anayasa Mahkemesinin, ifade hürriyeti incelemesinde büyük ölçüde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uyumlu kararlar verdiği görülmektedir. Yapılan değerlendirmelerde ifadenin kullanıldığı bağlam ile birlikte bütünsel bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği özellikle vurgulanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, ifade kavramının soyut oluşu ve kararların bağlamı ile birlikte bütünsel olarak değerlendirilmesi gerekliliği, Anayasa Mahkemesi üyelerinin hürriyeti yorumlayış biçimi ile doğrudan ilişkilidir. Hürriyetin dar bir şekilde yorumlanması halinde ifade hürriyetinin kullanımı tehlikeye düşecektir. Bu nedenle mahkeme üyelerinin yapacakları değerlendirmelerde hürriyeti geniş yorumlaması ifade hürriyetinin gerçekleşmesi için yaşamsal bir öneme sahiptir.



KAYNAKÇA

- AİHM, Ahmet Yıldırım/Turkey, App. No: 3111/10, 18.12.2012.
- AİHM, Akdaş/Turkey, Appl. No: 41056/04, 16.02.2010.
- AİHM, Aksu/ Turkey [GC], App. No:4149/04 and 41029/04, 15/3/2012.
- AİHM, Alınak/Turkey, Appl. No: 40287/98, 29.03.2005.
- AİHM, Altuğ Taner Akçam/Turkey, App. No: 27520/07, 25/10/2011.
- AİHM, Autronic AG/ Switzerland, Appl. no. 12726/87, 22.5.1990.
- AİHM, Axel Springer AG / Germany, App. No: 39954/08, 7/2/2012.
- AİHM, Aydın Tatlav/Turkey, App. No: 50692/99, 2/5/2006.
- AİHM, Balsytė-Lideikienė/Lithuania, Appl. No: 72596/01, 04.11.2008.
- AİHM, Barthold/Germany App. No: 8734/79, 25/03/1985.
- AİHM, Başkaya and Okçuoğlu/Turkey, App. No: 23536/94, 24408/94, 8/7/1999.
- AİHM, Bladet Tromso and Stensaas/Norway, App. No: 21980/93, 20/5/1999.
- AİHM, Broniowski/Poland, Appl. No: 31443/96, 28/09/2005.
- AİHM, Casado Coca/Spain App. No. 15450/89, 24/02/1994.
- AİHM, Castells/Spain, App. No: 11798/85, 23/4/1992.
- AİHM, Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano/Italy Appl. no. 38433/09, 7.06.2012.
- AİHM, Cha'are Shalom ve Tsedek/France App. no. 27417/95 27/06/2000.
- AİHM, De Haes and Gijssels/Belgium, App. No: 19983/92, 24/2/1997.
- AİHM, De Wilde, Ooms Et Versyp ("Vagrancy")/Belgium, App. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/11/1970.
- AİHM, Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel/Ukraine, App. No. 33014/05, 5/05/2011.
- AİHM, Editions Plon/France, Appl.no. 58148/00, 18.05.2004.
- AİHM, Ediciones Tiempo S.A./Spain, App. No: 13010/87, 12/7/1989.
- AİHM, Egeland and Hanseid/Norway App. No: 34438/04, 16/4/2009.
- AİHM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/ Turkey, App. No: 20641/05, 25/9/2012.
- AİHM, Erbakan/ Turkey, App. No: 59405/00, 6/07/2006.

- AİHM, Erdoğan ve İnce/Turkey, App. No: 25067/94, 25068/94, 8/7/1999.
- AİHM, Feldek/Slovakia, App. No: 29032/95, 12/07/2001.
- AİHM, Fryske Nasjonale Partij and Others/ Netherlands, App. No: 11100/84, 12/12/1985.
- AİHM, Gerger/Turkey, App. No: 24919/94, 8/7/1999.
- AİHM, Goodwin/ The United Kingdom, Appl. No. 17488/90, 27/03/1996.
- AİHM, Gözel and Özer/Turkey, App. No: 43453/04, 31098/05, 6/7/2010.
- AİHM, Groppera Radio AG vd./ Switzerland, Appl. no. 10890/84, 28.3.1990.
- AİHM, Guerra and Others/Italy, Appl. No: 14967/89, 19.02.1998.
- AİHM, Gül and Others/Turkey, App. No. 4870/02, 8/06/2010.
- AİHM, Gündüz/Turkey, App. No: 35071/97, 4/12/2003.
- AİHM, Handyside/U.K., Appl. No: 5493/72, 7/12/1976.
- AİHM, Hasan and Chaush/Bulgaria, App. No: 30985/96, 26/8/2000.
- AİHM, Hasan and Eylem Zengin/Turkey, App. No. 1448/04, 9/10/2007.
- AİHM, Hasan Yazıcı/ Turkey App. No: 40877/07, 15/4/2014.
- AİHM, Hertel/Switzerland, Appl No: 25181/94, 25.08.1998.
- AİHM, İmza/Turkey, App. No: 24748/03, 20/1/2009.
- AİHM, Jersild/Denmark, Appl. no. 15890/89, 23.09.1994.
- AİHM, Jerusalem/Austria, App. No: 26958/95, 27/2/2001.
- AİHM, Karataş/Turkey, App. No: 23168/94, 8/07/1999.
- AİHM, Karhuvaara and Iltalehti/Finland, App. No: 53678/00, 16/2/2005.
- AİHM, Kayasu/Turkey, App. No: 64119/00, 76292/01, 13/11/2008.
- AİHM, Klass and Others/Germany, App. No: 5029/71, 6/9/1978.
- AİHM, Laskey and Others/UK App. No: 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19/2/1997.
- AİHM, Leander/Sweden, Appl. No: 9248/81, 26.03.1987.
- AİHM, Lesnik / Slovakia, App. No: 35640/97, 11/6/2003.
- AİHM, Leyla Şahin/Turkey, App. No. 44774/98, 29/6/2004.
- AİHM, Lingens/ Austria, App. No: 9815/82, 8/7/1986.

- AİHM, Lombardo and Others/Malta, App. No: 7333/06, 24/4/2007.
- AİHM, Manoussakis and Others/Greece Appl. No. 18748/91, 26/09/1996.
- AİHM, Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann/Germany, Appl. No: 10572/83, 20.11.1989.
- AİHM, Mentzen/Lettonie, App. No: 71074/01, 7/12/2002.
- AİHM, Morice/France, App. No: 29369/10, 23/4/2015.
- AİHM, Mustafa Erdoğan/Turkey, App. No: 346/04 and 39779/04, 27/5/2014.
- AİHM, Müller and Others/Switzerland, Appl. no. 10737/84, 24/05/1988.
- AİHM, Nada/Switzerland, App. No: 10593/08, 12/9/2012.
- AİHM, Nedim Şener/Turkey, App. No: 38270/11, 8/7/2014.
- AİHM, Observer and Guardian/ The United Kingdom Appl.No. 13585/88, 26.11.1991.
- AİHM, Otto-Preminger-Institut/Austria, Appl. no. 13470/87, 20/09/1994.
- AİHM, Özgür Gündem/Turkey, App. No: 23144/93, 16/3/2000.
- AİHM, Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım AŞ/Turkey, App. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006
- AİHM, Pedersen and Baadsgaard/Denmark, App. No: 49017/99, 17/12/2004.
- AİHM, Pfeifer/Austria App. No:12556/03, 15/11/2007.
- AİHM, Saday/Turkey, App. No: 32458/96, 30/3/2006.
- AİHM, Sapan/ Turkey, App. no. 44102/04, 8/06/2010.
- AİHM, Scharsach and News Verlagsgesellschaft GmbH/Austria, App. No: 39394/98, 13/2/2004.
- AİHM, Silver and Others /The UK, App . No: 5947/72, 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 23/3/1983.
- AİHM, Sinan Işık/Turkey App. No. 21924/05, 02/02/2010.
- AİHM, Sørensen and Rasmussen/ Denmark, App. No: 52562/99 ve 52620/99, 11/1/2006.
- AİHM, Sorguç/Turkey Appl. No. 17089/03, 23/06/2009.
- AİHM, Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria, App. No: 29221/95 29225/95, 2/10/2001.
- AİHM, Sürek and Özdemir/Turkey, App. Nos: 23927/94, 24277/94, 8/7/1999.

AIHM, Sürek/ Turkey (No.4), App. No: 24762/94, 8/7/1999.

AIHM, Sürek/ Turkey, App. No: 26682/95, 8/7/1999.

AIHM, Şükran Aydın and Others/Turkey, App. No. 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 and 14871/09, 22/1/2013.

AIHM, Társaság a Szabadságjogokért/Hungary, Appl. No: 37374/05, 14.04.2009.

AIHM, The Sunday Times/The United Kingdom (No. 1), App. No:6538/74, 26/04/1979.

AIHM, Thorgeir Thorgeirson/Iceland, App. No: 13778/88, 25/06/1992.

AIHM, Times Newspapers Ltd (Nos. 1 and 2)/ The UK, Appl. Nos: 3002/03 and 23676/03, 10/3/2009.

AIHM, Vereinigung Bildender Künstler/Austria, Appl. No: 68354/01,25/01/2007.

AIHM, Vogt/Germany, App. No: 17851/91, 26/9/1995.

AIHM, Von Hannover/ Germany (No.2) [GC], App. Nos.: 40660/08 and 60641/08, 7/2/2012.

AIHM, Wingrove/ The United Kingdom, Appl. No. 17419/90, 25/11/1996.

AIHM, Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlagsgesellschaft M.B.H./Austria (No. 3), App. No: 66298/01 ve 15653/02, 13/12/2005.

AIHM, Yankov/Bulgaria, App. No: 39084/97, 11/12/2003.

Aliefendioğlu, Y. (1998). “Düşünce Özgürlüğü ya da Düşünsel Özgürlük”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 234-257.

Anayurt, Ö. (1998). *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

Anayurt, Ö. (2018). *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Arslan, Z. (2001). “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: “Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri”, *Liberal Düşünce*, (24), 14-22.

Arslan, Z. (2003). ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü. Z. Arslan (Editör). Ankara: Avrupa Komisyonu, 3-44.

Ashford, N. (2011). *Özgür Toplumun İlkeleri*. (Çev. C. Madenci). Ankara: Liberte Yayınları. (Eserin orijinali 1999’da yayımlandı).

Atalay, E. (2004). “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 43-66.

Atalay, E. (2004). “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), 1-28.

Aydın, D. Ö. (2004). *Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku -I- Amerika Birleşik Devletleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Aydın, D. Ö. (2011). “Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı -ABD Anayasasının Birinci Ek Maddesi ve AIHS Sözleşmesi’nin 10. Maddesi Zemininden Hareket Eden Bir Kuram Çatısı-” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 26-63.

AYM, A.H.Ö. ve L.D., B. No: 2013/3496, 6/1/2016.

AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014.

AYM, Adem Talas [GK], B. No: 2014/12143, 16/11/2017.

AYM, Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013.

AYM, Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik [GK], B. No: 2013/6237, 2/7/2015.

AYM, Ahmet Temiz (5), B. No: 2013/8696, 10/3/2016.

AYM, Ahmet Temiz (6), B. No: 2014/10213, 1/2/2017.

AYM, Ahmet Temiz (11), B. No: 2015/16566, 7/3/2018.

AYM, Akif İpek (2) Kararı, B. No:2013/9344, 30/3/2016.

AYM, Ali Gürbüz, B. No: 2013/724, 25/6/2015.

AYM, Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, B. No: 2013/568, 24/6/2015.

AYM, Ali Karatay, B. No: 2012/990, 10/12/2014.

AYM, Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017.

AYM, Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015.

AYM, Ali Rıza Üçer (2) [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015.

AYM, Ali Sarıpınar (2), B. No: 2013/6186, 9/3/2016.

AYM, Ali Suat Ertosun, B. No: 2013/1047, 15/4/2015.

AYM, Bejdar Ro Amed, B. No: 2013/7363, 16/4/2015.

AYM, Bizim Fm Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017.

AYM, C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018.

AYM, Deniz Benol ve diğ erleri, B. No: 2014/18780, 7/2/2019.

AYM, Engin Kabadaş, B. No: 2014/18587, 6/7/2017.

AYM, Eyüp Hanoğlu, B. No: 2015/13431, 23/5/2018.

AYM, E. 1993/4 (Siyasî Parti-Kapatma), K. 1995/1.

AYM, E.1963/16, K.1963/83, K.T. 8/4/1963.

AYM, E.1997/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1998/1.

AYM, E.1997/19, K.1997/66, 23/10/1997.

AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008.

AYM, E.2007 /4, K.2007 /81,18/10/2007.

AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13/1/2011.

AYM, E.2009/51, K.2010/73, K.T. 20/5/2010.

AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011.

AYM, E.2011/18, K.2012/53, K.T. 11/4/2012.

AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.

AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015.

AYM, E.2017/130, K.2017/165, K.T. 29/11/2017.

AYM, E.2018/69, K.2018/47, K.T. 3/5/2018.

AYM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğ erleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017.

AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014.

AYM, Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015.

AYM, Emine Rezzan Aydınođlu, B. No: 2013/8396, 11/3/2015.

AYM, Erdem G l ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016.

AYM, Erdener Demirel, B. No: 2013/1869, 2/12/2015.

AYM, Eren Yıldız, B. No: 2013/8035, 13.4.2016.

AYM, Erg n Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015.

AYM, Faik  zg r Erol, B. No: 2013/2719, 9/3/2016.

AYM, Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014.

- AYM, Fikriye Aytin ve diğerkleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014.
- AYM, Hakan Yiğit, B. No: 2015/3378, 5/7/2017.
- AYM, Hasan Güngör, B. No: 2013/6152, 24/2/2016.
- AYM, Hasan Güngör (2), B. No: 2015/1554, 25/12/2018.
- AYM, Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015.
- AYM, Hidayet Karaca [GK] (B. No: 2015/144, 14/7/2015.
- AYM, Hulusi Özkan, B. No: 2015/18638, 15/11/2018.
- AYM, Hurşit Çetin, B. No: 2013/2610, 6/10/2015.
- AYM, Hüseyin Sürensoy, B. No: 2013/749, 6/10/2015.
- AYM, İbrahim Bilmez, B. No: 2013/434, 26/2/2015.
- AYM, İbrahim Kaptan (2), B. No: 2017/30723, 12/9/2018.
- AYM, İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014.
- AYM, İlker Erdoğan Kararı, B. No: 2013/316, 20/4/2016.
- AYM, İlter Nur, B. No: 2013/6829, 14/4/2016.
- AYM, İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017.
- AYM, İsa Yağbasan ve diğerkleri, B. No: 2013/1481, 20/11/2014.
- AYM, İsmail Aslan ve diğerkleri, B. No: 2013/7197, 8/9/2015.
- AYM, İyi Haber Yayın Organizasyon Tic. A.Ş., B. No: 2014/13819, 10/1/2018.
- AYM, Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015.
- AYM, Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015.
- AYM, Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018.
- AYM, Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017.
- AYM, Kemal Kılıçdaroğlu (3), B. No: 2015/1220, 18/7/2018.
- AYM, Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/12482, 8/5/2019.
- AYM, Kristal-İş Sendikası [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015.
- AYM, Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015.
- AYM, Medya İzmir Basın Yayın Rek. San. ve Tic. A.Ş., B. No: 2015/7019, 8/2/2018.

- AYM, Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015.
- AYM, Mehmet Ayata, B. No: 2013/2920, 7/7/2015.
- AYM, Mehmet Çelebi Çalan, B. No: 2013/9395, 4/11/2015.
- AYM, Mehmet Emre Döker, B. No: 2015/486, 19/9/2018.
- AYM, Mehmet Özhasaki, B. No: 2015/4972, 8/5/2019.
- AYM, Mehmet Reşit Arslan, B. No: 2013/750, 15/12/2015.
- AYM, Mehmet Reşit Arslan (4), B. No: 2013/2909, 9/3/2016.
- AYM, Metin Yamalak (2), B. No: 2013/9450, 13/4/2016.
- AYM, Muhittin Pirinçcioğlu, B. No: 2014/4397, 21/9/2016.
- AYM, Murat Karayel (3), B. No: 2013/5444, 6/1/2016.
- AYM, Murat Türk (2), B. No: 2013/7082, 21.4.2016.
- AYM, Mustafa Nihat Behramoğlu, B. No: 2014/11299, 26/10/2016.
- AYM, Nihat Özdemir [GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015.
- AYM, Nihat Zeybekci, B. No: 2015/5633, 8/5/2019.
- AYM, Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014.
- AYM, Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017.
- AYM, Osman Erbil, B. No: 2013/2394, 25/3/2015.
- AYM, Ömür Radyo Televizyon Ticaret Anonim Şirketi, B. No: 2015/14943, 21/2/2018.
- AYM, Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017.
- AYM, Özkan Kart, B. No: 2013/1821, 5/11/2014.
- AYM, R.V.Y. A.Ş., B. No: 2013/1429, 14/10/2015.
- AYM, Ramazan Aras, B. No: 2012/239, 2/7/2013.
- AYM, S.A., B. No: 2015/19664, 7/2/2019.
- AYM, Sebahat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014.
- AYM, Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.
- AYM, Sinem Hun, B. No: 2013/5356, 8/5/2014.
- AYM, Tahsin Erdoğan, B. No: 2012/1246, 6/2/2014.

- AYM, Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015.
- AYM, Tayfun Cengiz, B. No: 2013/8463, 18/9/2014.
- AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014.
- AYM, Tuğrul Culfa, B. No: 2013/2593, 11/3/2015.
- AYM, Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014.
- AYM, Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014.
- AYM, Yusuf Çabuk Kararı, B. No: 2013/8858, 23/3/2016.
- Barnum, D. G. (2006). "The Clear and Present Danger Test in Anglo-American and European Law". *San Diego International Law Journal*, 7(2), 263-292.
- Barry, N. P. (2002). "Hukuki ve Siyasi Açından İfade Hürriyeti". *Liberal Düşünce Dergisi*, (27), 5-14.
- Beydoğan, A. (2003). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.
- Bingöl, B. (2010). "Sanat Özgürlüğü". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 92-139.
- Bloustein, E. J. (1991). "The First Amendment 'Bad Tendency' of Speech Doctrine". *Rutgers Law Review*, 43(3), 507-538.
- Bloustein, E.J. (1989). "Criminal Attempts and the Clear and Present Danger Theory of the First Amendment". *Cornell Law Review*, 74(3), 1118-1150.
- Bury, J. B. (1945). *Fikir ve Söz Hürriyeti*. (Çev. A. Başman). İstanbul: Remzi Kitabevi. (Eserin orijinali 1913'de yayımlandı).
- Can, O. (2001). "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?". *Liberal Düşünce Dergisi*, (24), 89-116.
- Can, O. (2003). "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?". B.B. Özipek. (Editör). *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu. 358-412.
- Doğan, İ. (Editör). (2015). *İnsan Hakları Hukuku*. Ankara: Astana Yayınları.
- Doğru, O., Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*. Ankara: Avrupa Konseyi.
- Dost, S. (2001). *Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye*. İsparta: Fakülte Kitabevi.
- Erdem, A. R. (2013). Üniversite Özerkliği: Mali, Akademik ve Yönetimsel Açından Yaklaşım. *Journal of Higher Education & Science/Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 3(2), 97-107.

- Erdoğan, M. (2001). “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”. *Liberal Düşünce Dergisi*, (24), 8-13.
- Erdoğan, M. (2007). “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”. T. Bora. (Editör). *İfade Özgürlüğü*. İstanbul: İletişim Yayınları. 19-38.
- Erdoğan, M. (2013). *Anayasal Demokrasi*. (Onuncu Baskı). Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Erdoğan, M. (2015). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. (Dördüncü Baskı). Ankara: Orion Kitabevi.
- Ersoy, A. (2016). *Sanat Kavramlarına Giriş*. İstanbul: Hayalperest Yayınevi.
- Fendoğlu, H.T. (2002). “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13” *Anayasa Yargısı Dergisi*, (19), 111-149.
- Fendoğlu, H.T. (2018). *Anayasa Hukuku*. (4.Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Fendoğlu, H.T. (2018). *Anayasa Yargısı*. (2.Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Finkelburg, K. (1998). Demokraside İfade Özgürlüğü. (Çev. N. Ülner). H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 196-204.
- Friedrich, C.J. (2014). *Sınırlı Devlet*. (Çev. M. Turhan). Ankara: Liberte Yayınları. (Eserin orijinali 1974’de yayımlandı).
- Gökçen, A. (2001). *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312)*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.
- Gören, Z. (2013). “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12 (24), 31-60.
- Göze, A. (2016). *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*. (On altıncı Baskı), İstanbul: Beta Yayınları.
- Gray, J. (1997). *Reklam Yasakları ve İfade Özgürlüğü*. (Çev. A. Ünlü). Ankara: LDT Yayınları. (Eserin orijinali 1991’de yayımlandı).
- Güran, S. (1969). *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri*. İstanbul: Cezaevi Matbaası.
- Güran, S. (1991). “Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları”. *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8, 189-199.
- Güriz, A. (1998). “İfade Hürriyetinin Sınırları”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 82-86.
- Gürkan, Ü. (1960). “Amerika Birleşik Devletlerinde Haber Alma Hürriyeti”, *AÜHFD*, 17(1-4), 143-182.
- Hakyemez, Y. Ş. (2000). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*. Ankara: Seçkin Yayınları.

İnam, A. (1998). “Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 37-46.

İnceoğlu, S. (2010). “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”. E. Göztepe. (Editör). *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 83-129.

İnternet: Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. (2015). **9. Madde Rehberi, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü**. Ankara: Adalet Bakanlığı, 7. Web: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_TUR.pdf adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

İnternet: Commission De Venise. (Octobre, 2008). “Sur Les Relations Entre Liberté D’Expression Et Liberté De Religion : Réglementation Et Répression Du Blasphème, De L’injure À Caractère Religieux Et De L’incitation À La Haine Religieuse” Web: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2008\)026_f&lang=EN](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2008)026_f&lang=EN) adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

İnternet: Council of Europe. (October, 1997). “Recommendation No: R (97) 20 of the Committee of Ministers to Members States on “Hate Speech””, Web: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b> adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

İnternet: Delegation of the European Union to Turkey. *Charter of Fundamental Rights Of The European Union*. Web: <https://www.avrupa.info.tr/en/charter-fundamental-rights-european-union-708> adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

İnternet: European Court Of Human Rights. Violations By Article And By State Web: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf adresinden 26 Mayıs 2019’da alınmıştır.

İnternet: Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası Web: <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

İnternet: International Association of Universities. (April, 1998). “Statement on Academic Freedom, University Autonomy and Social Responsibility. International Association of Universities”, Web: https://iau-aiu.net/IMG/pdf/academic_freedom_policy_statement.pdf adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

İnternet: Kristol, I. (March, 1971). “Pornography, Obscenity The Case for Censorship”, *The New York Times Magazine*. Web: <https://www.nytimes.com/1971/03/28/archives/pornography-obscenity-and-the-case-for-censorship-pornography.html> adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

İnternet: Recommendation 1762 (2006) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Academic Freedom and University Autonomy Web: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17469&lang=en> adresinden 23 Nisan 2019’da alınmıştır.

İnternet: Standler, Ronald B. (June, 2007). "Academic Freedom in the USA". Web: <http://www.rbs2.com/afree.htm> adresinden 23 Nisan 2019'da alınmıştır.

İnternet: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Başkanlığı. Bireysel Başvuru İstatistikleri. Web: https://www.anayasa.gov.tr/media/5887/bb_istatistikler-2012-mart-2019.pdf adresinden 26 Mayıs 2019'da alınmıştır.

İnternet: Türk Dil Kurumu. Güncel Türkçe Sözlük. Web: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cbf74d89dae94.96414095 adresinden 23 Nisan 2019'da alınmıştır.

İnternet: Türk Dil Kurumu. Güncel Türkçe Sözlük. Web: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cc02ef0cd4191.18648723 adresinden 23 Nisan 2019'da alınmıştır.

İnternet: Venice Commision. (July, 2004). "Guidelines For Legislative Reviews of Laws Affecting Religion or Belief" Web: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2004\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2004)028-e) adresinden 23 Nisan 2019'da alınmıştır.

Kaboğlu, İ. (2000). "Düşünce Özgürlüğü". *İnsan Hakları*. K. Tankuter. (Editör). İstanbul. Yapı Kredi Yayınları, 106-120.

Kaboğlu, İ. (1993). "Düşünce Özgürlüğü Avrupa Ölçütleri ve Türkiye". *İnsan Hakları Yıllığı*, 15, 45-53.

Kaboğlu, İ. (1998). "Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları". H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 205-233.

Kaboğlu, İ. (2013). *Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Kuramına Giriş*. (Yedinci Baskı). Ankara: İmge Kitabevi.

Kapani, M. (1964). "Freedom to Destroy Freedom- Its Meaning and Implications-". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. (Hirsch'e Armağan)*. 261-276.

Kapani, M. (2013). *Kamu Hürriyetleri*. (Yedinci Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.

Karan, U. (2018). *"İfade Özgürlüğü". Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 2*. Ankara: Avrupa Konseyi.

Kuçuradi, I. (1998). "Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?". H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 17-26.

Küçük, A. (2003). *İfade Hürriyetinin Unsurları*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.

Lampe, E. J. (1998). "Düşünce Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Demokrasi". (Çev. N. Ülner). H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 127-134.

Locke, J. (2013). *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup*. (Çev. M. Yürüşen). Ankara: Liberte Yayınları. (Eserin orijinali 1667'de yayımlandı).

- McGonagle, T. (2007). "International and European Legal Standarts for Combating Racist Expression: Selected Current Conundrums", *Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression*. Strasbourg: ECRI, 39-50.
- Mill, J.S. (2014). *Hürriyet Üstüne*. (Çev. M.O. Dostel). Ankara: Liberte Yayınları. (Eserin orijinali 1859'da yayımlandı).
- Morange, J. (1998). "İfade Özgürlüğünün Hukuki Esasları". (Çev. T. Ballıgil). H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 87-96.
- Mumcu, A., Küzeci E. (2015). *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*. (Yedinci Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.
- Okumuş, A. (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Öner, N. (2005). *İnsan Hürriyeti*. (Beşinci Baskı). Ankara: Vadi Yayınları.
- Özek, Ç. (2000). "Kitleli İletişim Özgürlükleri". K. Tankuter. (Editör). *İnsan Hakları*. İstanbul. Yapı Kredi Yayınları, 153-178.
- Özipek, B.B. (2003). "Akademik Özgürlüğün Anlamı ve Gerekliliği". B.B. Özipek. (Editör). *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*. Ankara. Liberal Düşünce Topluluğu, 171-190.
- Özipek, B.B. (2011). Din ve Vicdan Özgürlüğü: Türkiye için Bir Anayasal Çerçeve Önerisi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 10(19), 207-219.
- Randall, M. H. (2006). "Commercial Speech Under the European Convention on Human Rights: Subordinate or equal?". *Human Rights Law Review*, 6(1), 53-86.
- Rumpf, C. (1993). "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği". *Anayasa Yargısı*, (10), 25-48.
- Sadurski, W. (2002). *İfade Özgürlüğü ve Sınırları*, (Çev. M.B. Seçilmişoğlu). Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, (Eserin orijinali 1982'de yayımlandı).
- Sağlam, F. (1982). *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- Salihpaşaoğlu, Y. (2008). "Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları". *Liberal Düşünce*, (51-52), 231-243.
- Sancar, T.Y. (2003). "Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(1), 88-99.
- Schauer, F. (2002). *İfade özgürlüğü: Felsefi bir inceleme*. (Çev. M.B. Seçilmişoğlu). Liberal Düşünce Topluluğu, (Eserin orijinali 1982'de yayımlandı).

- Selçuk, S. (1998). “Düşün Özgürlüğü”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 293-314.
- Soykan, C. (2007). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 56 (2), 63-74.
- Sunay, R. (2001). *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu.
- Şahbaz, İ. (2007). *Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şahin, K. (2009). *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Şenel, A. (1998). “Simgesel Araçlar, Düşünce Özgürlüğü ve Dinsel İdeoloji”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 47-65.
- Tan, Ü. (1998). “Özgür Beyin”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 144-155.
- Tanılır, M. N. (2002). *İnternet Suçları ve Bireysel Mahremiyet*. Ankara: Liberte Yayınları.
- Tanör, B. (2000). “Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”. *İnsan Hakları*. K. Tankuter (Editör). İstanbul. Yapı Kredi Yayınları, 47-56.
- Tanör, B. (1969). *Siyasi Düşünce hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*. İstanbul: Öncü Kitabevi.
- Tanör, B. (1998). “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğüne İlişkin Hukuk Politikaları”. H. Ökçesiz. (Editör). *Düşünce Özgürlüğü*. İstanbul. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları, 258-267.
- Taşkaya, M. (2009). “Sectoral Distribution of Surreptitious Advertising in the Process of Neo-Liberalism in Turkey”. *Global Media Journal: Mediterranean Edition*, 4(1), 29-38.
- Teziç, E. (1990). “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”. *Anayasa Yargısı*, 7, 31-46.
- Trager, R. and Dickerson, D. L. (2003). *21. Yüzyılda İfade Hürriyeti*. (Çev. A.N. Yurdusev). Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, (Eserin orijinali 1999’da yayımlandı).
- Tunç, H. (2008). “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1-2), 1113-1132.
- Uslu, C. (2013). “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti”. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 38, 185-202.

- Uygun, O. (2010). “Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi”. E. Göztepe. (Editör). *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 22-76.
- Uygun, O. (2000). “İnsan Hakları Kuramı”. *İnsan Hakları*. K. Tankuter (Editör). İstanbul. Yapı Kredi Yayınları, 13-44.
- Weber, A. (2009). Nefret Söylemi El Kitabı. (Çev. M. Çulhaoğlu). Avrupa Konseyi Yayınları.
- Wesson, M. (1993). “Girls Should Bring Wasuits Every-where... Nothing Will be Corrupted: Pornography as Speech and Product”. *Chi. L.Rev.*, 60, 845-872.
- Yavuz, B. (2009). “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan hakları”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(1-2), 283-302.
- Yürüşen, M. (2001). “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”. B.B. Özipek. (Editör). *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*. Ankara. Liberal Düşünce Topluluğu. 191-223.





EK-1. 1959-2018 Yılları Arasındaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İfade Hürriyetine İlişkin İhlal Kararlarının Ülkelere Göre Dağılımı

Ülkeler	İfade Hürriyeti (m.10)
Arnavutluk	0
Andorra	0
Ermenistan	1
Avusturya	35
Azerbaycan	5
Belçika	4
Bosna Hersek	0
Bulgaristan	17
Hırvatistan	5
Kıbrıs	1
Çek Cumhuriyeti	1
Danimarka	1
Estonya	1
Finlandiya	20
Fransa	38
Gürcistan	1
Almanya	9
Yunanistan	15
Macaristan	26
İzlanda	7
İrlanda	2
İtalya	8
Letonya	4
Lihtenştayn	1
Litvanya	2
Lüksemburg	3
Malta	5
Moldova Cumhuriyeti	18
Monako	0
Karadağ	2
Hollanda	7
Kuzey Makedonya	2
Norveç	6
Polonya	32
Portekiz	24
Romanya	28
Rusya Federasyonu	53
San Marino	0
Sırbistan	7
Slovak cumhuriyeti	10
Slovenya	2
İspanya	8
İsveç	2
İsviçre	18
Türkiye	321
Ukrayna	13
Birleşik Krallık	12
Toplam	777

EK-2. 2012-2019 Yılları Arasında Türk Anayasa Mahkemesinin İfade Hürriyetine İlişkin İhlal Kararları İstatistikleri

Durum	Toplam İhlal Kararı Sayısı	İhlal kararı sayısı	İhlal kararı yüzdesi
Makul sürede yargılanma hakkı ve birleşen dosyalar dâhil olma durumunda	7.626	272	%3,6
Makul sürede yargılanma hakkı hariç ve birleşen dosyalar dâhil olma durumunda	4.994	272	%5,1
Makul sürede yargılanma hakkı dâhil ve birleşen dosyalar hariç olma durumunda	3.251	117	%3,6
Makul sürede yargılanma hakkı ve birleşen dosyalar hariç olma durumunda	1.523	117	%7,7

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : SAKARYA, Rıdvan Ömer
Uyruğu : T.C.
Doğum tarihi ve yeri : 23.09.1990/ İzmir
e-mail : rosakarya35@gmail.com

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	Gazi Üniversitesi / Kamu Hukuku Anabilim Dalı/ Anayasa Hukuku Bilim Dalı	Devam ediyor
Lisans	Marmara Üniversitesi/Hukuk Fakültesi	
Lise	İzmir Anadolu Lisesi	

Yabancı Dil

İngilizce

Yayınlar

Sakarya, R.Ö. (2019, 18-20 Nisan). *Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvuru Kararları Kapsamında İfade Hürriyetinin İncelenmesi*. Uluslararası Hukuk Sempozyumunda sunuldu, Alanya.



GAZİLİ OLMAK AYRICALIKTIR..

