

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ÇİĞDEM BALOĞLU

ANABİLİM DALI : KAMU HUKUKU
PROGRAMI : KAMU HUKUKU

TEZ DANIŞMANI: PROF. DR. MUSTAFA KOÇAK

KOCAELİ, 2006

SUNUŞ

Bu çalışmada kamu hukuku bakış açısıyla “ifade özgürlüğü” incelenmeye çalışılmıştır. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan birisidir. Otoritenin ifadeyi sınırlama çabasının nedeni, insanların kamusal meseleler hakkında görüş bildirmeleri ve bu görüşler vasıtası ile iktidarı etkilemeleridir. Otorite-özgürlük mücadelesi ancak ifade hürriyetinin var olduğu ortamda sağlıklı olarak gelişecektir. Bu mücadelede düzen ve özgürlüğün dengesini kuran yasama, yürütme ve yargı faaliyetleri de ancak ifade özgürlüğünün sağlandığı çağdaş demokratik toplumlarda işleyebilmektedir.

Belirtilen önemi nedeni ile ifade özgürlüğü üzerine sayılamayacak kadar çok eser verilmiştir. Yazılan eserlerin birçoğu, benzer kavramları ve argümanları kullanarak ifade özgürlüğünün tanımlanması ve sınırlandırılmasına çalışmışlardır. Bu tezde ilk olarak ifade özgürlüğünün teorik boyutları ele alınmış, ifade özgürlüğünün uluslararası hukuk metinlerindeki ve yargı kararlarındaki yeri belirlendikten sonra Türk Hukukundaki ifade özgürlüğü anlayışı ve yasal boyutları incelenmiştir. Türk Hukuk mevzuatındaki son değişiklikler değerlendirilerek uygulamada gelinen nokta tartışılmıştır. Tartışmada esas alınan ölçütlerse İHAS çerçevesinde İHAM kararlarından ve ülkemizde yansımaları olan ABD Yüksek Mahkemesi kararlarından ortaya çıkanlardır.

İfade özgürlüğü bilgilenme hakkı, kanaat ve düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğünü içine alan geniş kapsamlı bir özgürlük olarak ele alındığında, çağdaş demokratik hukuk devleti olabilmenin ancak bu özgürlüğün varlığına ve etkin kullanım ortamının oluşturulmasına bağlı olduğu görülmektedir.

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	I
İÇİNDEKİLER	II
ÖZET	V
ABSTRACT	VI
KISALTMALAR	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK ÇERÇEVESİ

I.	TARİHÇE	5
II.	TANIMLAMA SORUNU	10
III.	İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DAYANDIĞI TEZLER	19
	A. Hakikat Tezi	19
	B. Demokrasi Tezi	22
	C. Bireysel Gelişim Tezi	24
IV.	İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN OLUŞUM AŞAMALARI	25
	A. Bilgilenme Hakkı	25
	B. Kanaat Özgürlüğü	29
	C. Düşünceleri Açıklama ve Yayma Özgürlüğü	30
V.	İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI	32
	A. Siyasi İfadeler	33
	B. Bilimsel ve Sanatsal İfadeler	37
	C. Eylemsel İfadeler	41
	D. Müstehcen İfadeler	45
	E. Nefret İfadeleri	46
	F. Ticari İfadeler	49

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSALÜSTÜ HUKUKTA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

I.	İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	50
	A. Genel Olarak	50
	B. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	51
	C. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi	52
	D. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi	53
	E. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi	54
II.	ABD YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	57
	A. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Yapısı ve İşleyişi	57
	B. Birinci Değişiklik ve Temel İlkeler	59
	C. İfade Özgürlüğünün Sınırları	63
III.	İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	67
	A. İHAM'ın Yapısı ve İşleyişi	67
	B. Sözleşme Kapsamında İfade Özgürlüğü	70
	C. İfade Özgürlüğünün Sınırları	75
	1. Genel Değerlendirme	75
	2. Sınırlamanın Şartları	78
	a. Sınırlamanın Kanunla Olması	78
	b. Sınırlamanın Meşru ve Haklı Bir Amaca Dayanması	80
	aa. Ulusal Güvenlik ve Kamu Düzeni	80
	bb. Genel Sağlık ve Genel Ahlakın Korunması	83
	cc. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması	84
	dd. Yargının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması	85
	c. Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması	86

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

I.	ANAYASAL VE YASAL BOYUT	91
A.	Anayasa Metinlerinde Özgür İfadenin Gelişimi	91
1.	Tarihsel Değerlendirme	91
2.	1982 Anayasası'nda İfade Özgürlüğü	97
3.	1982 Anayasası'na Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması	
a.	Sınırlama Kanunla Yapılmalıdır	105
b.	Sınırlama Anayasa Madde 26/2'deki Nedenlerle Yapılmalıdır	106
c.	Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Aykırı Olmamalıdır	108
d.	Sınırlama Hakkın Özüne ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olmalıdır	109
e.	Sınırlamada Ölçülülük İlkesine Uyulmalıdır	112
f.	Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmamalıdır	113
B.	Yasa Metinlerinde Özgür İfadenin Gelişimi	114
1.	Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu	114
2.	Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve Siyasi Partiler Kanunu	128
3.	Basın Kanunu ve Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayınları Hakkında Kanun	133
II.	TÜRK YARGISINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	135
A.	Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü	135
B.	Yargıtay ve Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü	143
	SONUÇ	155
	YARARLANILAN KAYNAKLAR	157

ÖZET

Bu çalışma, ifade özgürlüğünü kavramsal ve hukuksal boyutları ile tanımlamakta, kapsamını belirlemektedir. Oluşturulan teorik temele yargı kararları ve ülkemiz normatif düzeni eklenerek, ifade özgürlüğünün uygulamadaki sınırları belirlenmektedir.

Tez ile, uluslararası insan hakları belgelerinde, ABD Yüksek Mahkemesi kararlarında, İHAS çerçevesinde ve İHAM kararlarında ifade özgürlüğünün yansımaları ele alınarak ifade özgürlüğü ve sınırları konusunda Türk Hukukundaki gelişmeler ve iyileşmeler değerlendirilmektedir.

ABSTRACT

This study identifies conceptual and legal dimensions relating to determination of content in freedom of expression. By considering court decisions and State's normative orders, together with the theoretical foundation which is formed by this study, the border of the freedom of expression has been determined in application.

In this thesis; developments and improvements at the freedom of expression and it's limits in Turkish Law is evaluated considering international human rights documents, U.S. Supreme Court decisions, and a framework of European Convention of Human Rights and European Court of Human Right decisions.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: adı geçen eser
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C	: Cilt
CGK	: Ceza Genel Kurulu
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
Haz.	: Hazırlayan
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
S	: Sayı
s	: sayfa
SPK	: Siyasi Partiler Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TGYK	: Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
vb	: ve benzeri

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu *Teoride, Ulusalüstü Hukukta ve Türk Hukukunda* ifade özgürlüğüdür. Bu konunun seçilmesinin nedeni ifade özgürlüğünün bugün olduğu gibi her dönem güncel bir kavram olmasıdır. İfade özgürlüğünün güncelliğinin çok çeşitli nedenleri vardır. İlk olarak, ifade özgürlüğü temel hak ve özgürlükler içerisinde ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Bu ayrıcalıklı konum, ifade özgürlüğünün insana insan olma özelliğini kazandırmasından gelmektedir. İfade özgürlüğü insanın onurunu, maddi ve manevi varlığının geliştirilmesini sağlamaktadır.

İkinci olarak ifade özgürlüğü, demokratik sistemlerin olmazsa olmaz (sine qua non) şartlarından birisidir. Farklı fikirlerin ifade edilmesini, açık tartışma ortamının oluşmasını sağladıkları ölçüde sistemler demokratik olarak adlandırılmaktadırlar. Üçüncü olarak ifade özgürlüğü pek çok temel hak ve özgürlüğün kullanılmasında araç görevi görmektedir. Örneğin siyasal özgürlükler, basın ve yayın özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü gibi pek çok özgürlük ifade özgürlüğü ile var olmaktadır. Bu nedenle ifade özgürlüğü hukuksal ve siyasal anlamda toplumsal hayatta güncelliğini her dönem korumaktadır.

Son yıllarda ülkemizde AB'ye üyelik nedeni ile ulusal hukukumuzun AB hukukuna uyumlu hale getirilmesi çalışmaları hız kazanmıştır. Bu süreçte ulusal mevzuatımızda ifade özgürlüğü ile ilgili hükümler de değişikliğe uğramıştır. İHAM'ın ülkemiz aleyhine verdiği kararlar, bunun yanında İHAM'ın diğer içtihatları son dönemlerde ulusal yargı makamlarınca da kullanılmaktadır.

Bu gelişmeler konunun halen güncel olduğunu ortaya koymaktadır. İfade özgürlüğü bir yandan Genel Kamu Hukukunun belli başlı konularından birini oluştururken öte yandan Anayasa Hukukunun temel konuları arasında yer almaktadır. İfade özgürlüğünün derinlere inen felsefi boyutunun ihmal edilmesi ise konunun eksik olarak ele alınmasını doğuracaktır. Bu nedenle tarihçe, tanımlama, ifade özgürlüğüne dayanak olan tezler ve ifade özgürlüğünün oluşum aşamaları bölümleri felsefeden yararlanılarak ele alınmıştır.

Çalışma *Teoride, Ulusalüstü Hukukta ve Türk Hukukunda* ifade özgürlüğünün anlatıldığı üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölüm “İfade Özgürlüğünün Teorik Çerçevesi” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde ifade özgürlüğü felsefî temellere dayanılarak teorik olarak anlatılmaya çalışılmıştır. Otorite özgürlük mücadelesinin tarihsel süreçte geçirdiği hukuksal değişim ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün hukuki gelişim süreci “Tarihçe” başlığı altında incelenecektir. İfade özgürlüğü nedir? sorusu hep sorulmuş ve karşılığında çeşitli cevaplar alınmıştır. Bu anlamda ifade özgürlüğünün ne olduğu, düşünce özgürlüğü ile farkının nereden kaynaklandığı konusu “Tanımlama” kısmında anlatılacaktır. İfade özgürlüğü arayışını felsefî bir temele oturtabilmek amacıyla; bu özgürlüğün açıklanması için geliştirilmiş olan ifade özgürlüğünün dayanak tezleri anlatılacaktır. İfade özgürlüğünün oluşumunun üç aşamalı olarak meydana geldiği ve böylece ifade özgürlüğü ile onunla bağlantılı pek çok özgürlüğün çok yönlü olarak bilgilendirme hakkı, kanaat özgürlüğü ve düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğünü barındırdığı açıklanmıştır.

İfade özgürlüğünün hangi ifadeleri kapsadığı birinci bölümde anlatılacak konulardan birisidir. İnsanın siyasal bir varlık olması ifade özgürlüğümüzü siyasal ifadeye mi bağlamaktadır? İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin de dile getirdiği gibi bilimsel, akademik ve sanatsal ifadelerde ifade özgürlüğü kapsamındadır.¹ Ancak, durum müstehcen ve nefret ifadelerinde aynı değildir. Mahkeme’nin de karara bağladığı sadece beğenilen, bizi yansıtan düşüncelerin değil aynı zamanda toplum tarafından kabul görmeyen, alışılmadık, şok edici düşüncelerin de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir.² Voltaire bu düşüncüyü yıllar önce “söylediklerinizi onaylamıyorum, fakat ölümüne de olsa, konuşma hakkınızı savunacağım” diyerek ortaya koymuştur. Düşünce boyutundan çıkan eylem niteliğindeki ifade açıklamalarının incelenmesi de şarttır. Günümüzde halen gündemi dolduran bayrak yakılması, yumurta atılması gibi davranışların hukuki anlamı ya da hukuktaki yeri, korunma görüp görmeyeceği tartışılacaktır. Böylece ifade özgürlüğünde şekil ya da kullanılan araçlar konusunda sembolik ifadeleri ve ani

¹ İHAM Kararı, Müller ve Diğerleri v. İsviçre, 10737/84, 24.5.1988, <http://aihm.anadolu.edu.tr>, erişim tarihi: 5.5.2006.

² İHAM Kararı, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 7.12.1976, <http://aihm.anadolu.edu.tr>, erişim tarihi: 5.5.2006.

toplumsal ifadeleri de tartışmak gerekecektir. Ticari ifadelerin hangi noktada bilgilenme hakkından ayrılacağı konusu da bu bölümde incelenecektir.

İkinci bölüm “Ulusalüstü Hukukta İfade Özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Öncelikle ifade özgürlüğüne uluslararası alanda verilen önemin yansıtılması için insan hakları belgelerindeki yeri belirtilecektir. Bu anlamda ifade özgürlüğünün kullanılması ya da tanımlanması sırasında uluslararası yargının getirmiş olduğu ya da getireceği standartlar sınırlama sistemleri açısından ve ifade özgürlüğüne tanınan kapsam bakımından incelenecektir. Ülkemizde de içtihatları ve kullandıkları kriterler dolayısıyla önemli olan ve ifade özgürlüğü anlamında ortak hukuk standardı oluşturan ABD Yüksek Mahkemesi kararları ve İHAM kararları incelenecektir.

ABD Yüksek Mahkemesi’nin geliştirdiği ve sınırlandırma ölçütü olarak kullandığı “açık ve mevcut tehlike” kriterinin içtihadi olarak gelişimi ve de kararlara etkisi açıklanacaktır. Açık ve mevcut tehlike ölçütü Türk Anayasa Mahkemesi tarafından son yıllarda bazı kararlarda kullanılmaktadır. Ayrıca bazı yasa metinlerinde de yer alan bu kriterin irdelenmesi gerekmektedir. İHAS hükümleri ve getirdiği etkin denetim sistemi olan İHAM’ın kararları; hem uluslararası hukukta ifade özgürlüğünün çerçevesini çizerken hem de ülkemizde yargı yetkisi kabul edilen Mahkeme’nin etkileri açısından önem kazanmıştır.

Üçüncü bölüm “Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Uluslararası hukukta ifade özgürlüğünün durumunu belirledikten sonra ülkemizde bu durumun yansımaları (yansımamaları) açıklanacaktır. Öncelikle irdelenmesi gereken konu mevzuatta ifade özgürlüğünün gelişimi ve son durumunun ne olduğudur. İfade özgürlüğünün ülkemizdeki sınırları ancak Anayasanın, yasaların ve Mahkeme kararlarının irdelenmesi ile ortaya çıkacaktır. 1961 Anayasasında esas alınan özgürlüklerin 1982 Anayasasındaki durumu ve bu durumun Mahkeme kararlarına etkisi irdelenecektir.

İfade özgürlüğü 1982 Anayasası madde 26’da bulunan sınırlama ilkeleri ve sınırlamanın sınırları temel alınarak incelenecek özellikle Anayasa madde 13 ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan sistemin değişiklikler öncesi ve sonrası ile bu sınırlandırma sistemine madde 26’nın ekledikleri açıklanacaktır. Anayasa değişiklikleri ile gelinen nokta ve uygulamadaki yansımaları aynı zamanda Anayasalara hakim olan temel felsefenin Anayasa hükümlerine, yasalardaki hükümlere ve bunların yorumlanmasına etkileri tartışılacaktır.

Bu anlamda Türk Ceza Kanunu, Terörle Mücadele Kanununda bulunan düşünce suçları ve değişikliklerle geldikleri nokta değerlendirilecektir. Ayrıca düşünce suçları dışında Basın Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve Radyo ve Televizyonların Kuruluşları ve Yayınları Hakkındaki Kanunda bulunan ve ifade özgürlüğünün kullanımlarına getirilen sınırlamalar tartışılacaktır. İnsanların ifade özgürlüklerini kullandıkları takdirde başlarına gelmesi muhtemel yaptırımlar nedeniyle otosansüre sebebiyet verecek hükümler bu kanunlar kapsamında belirlenmeye çalışılacaktır. Ayrıca demokratik toplumların yapı taşı olan ve ancak ifade özgürlüğü ile var olan siyasi partiler ve dolayısıyla ülkemizdeki uygulaması Siyasi Partiler Kanunu bu bölümde değerlendirilecek konulardan birisi olacaktır. Bu süreçte ulusal ve uluslararası kriterler ve uygulamalar değerlendirilirken; demokrasi, insan hakları, özgürlük, eşitlik ve en önemlisi hukuk devleti temel ilkelerimiz olacaktır. Çalışmanın genel anlamda değerlendirilmesi sonuç bölümünde yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK ÇERÇEVESİ

I. TARİHÇE

Herakleitos’a göre, “Değişmeyen tek şey değişimdir.” İfade özgürlüğü de bugünkü konumuna gelişinde; ilk insan düşüncesinden hareketle çağdaş insan hakkına değin geçirdiği değişimi yaşamıştır. Montaigne düşüncelerimizin aynası, yaşamlarımızın akışıdır, demiştir.³ İfade özgürlüğünün serüveninde ayna, insan hakları tarihi olmuştur. Ancak bu süreç o kadar kolay olmayacaktır. İnsanın özgürlük mücadelesinde ilk etap düzen arayışlarıdır. İnsanlar arasında barış ve güveni sağlamak ve onların özgürlüklerini korumak amacıyla, yöneten-yönetilen ilişkisinin çok net biçimde kendisini gösterdiği bir mekanizma olan devlet, bir zorunluluk olarak kendisini göstermektedir.⁴ Devlet, bireylerin veya toplumun korunma, savunma, güvenlik gibi bir takım zaruretlerin doğurduğu veya bireylerin toplumsal yaşantıyı mümkün kılmak ve kendi esenliklerini temin etmek için oluşturdukları bir düzenlemedir.⁵

Rousseau doğal yaşamda bireyin zaten güven içinde olduğunu ancak mülkiyetle bu durumun değiştiğini ifade etmiştir. Bunun için insanlar güvenliklerini sağlamak amacıyla tüm haklarıyla birlikte kendilerini topluma terk ederek genel iradenin üstünlüğünü kabul etmişlerdir. Devlet vatandaşların özgürlüklerini terk ederek birleşmesiyle oluşur ve egemenlik halk ile meşruluk kazanır.⁶ Burada önemli olan demokratik söylemlerin ifade edilmesidir. Tabi bu söylemler ‘demokratik halk hükümrânlığı’na yol açmış ve gerçek anlamda özgürlüğe ulaşamamıştır. Bu anlamda mutlak demokrasilerin (çoğunlukçu) ifade özgürlüğü açısından uygun olmadıkları açıktır. Doğal yaşamın eşit ve özgür olduğunu düşünen Locke, insanların siyasal topluma geçişlerinin bu haklarından vazgeçmek için değil o hakları korumak için olduğunu söylemiştir. Locke’un siyasal toplumunda iki güvence birey özgürlüklerini

³ MONTAIGNE, **Denemeler**, Çev. Sabahattin EYÜBOĞLU, 23.b., İstanbul: Cem Yayınevi, 1994, s.308.

⁴ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı (Doğuşu, Gelişimi, Kavramsal Çerçevesi ve Dönüşümü)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.13.

⁵ Süheyl BATUM, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri ve AB Kopenhag Siyasal Kriterleri (Görüşler ve Öncelikler)”, Mayıs 2001, www.tusiad.org.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.17.

⁶ HAKYEMEZ, **Egemenlik Kavramı**, s.37.

garanti eder. Direnme hakkı ve güçler ayrılığı. Ayrıca devletin görevi bireylerin özgürlüklerini koruyup kollamaktır. Aslında bu anlamda Locke toplum sözleşmesi ile düşünce özgürlüğünü mülkiyet hakkı gibi mutlak kabul ederek liberal özgürlükçü ortamın kurulmasını amaçlamıştır.⁷ 1789 Fransız Devrimi ile egemenlik hakkındaki demokratik söylemler düşünceden eyleme geçmiştir.⁸

Devrim sonrası ulusal egemenlik anlayışı ile gelişen, genel irade ifadesi olan yasa kavramı da birey özgürlükleri yolunda önemli adımdır. Yasa önünde eşitlik ilkesi, yöneticilere ve egemenlikten kaynaklanan yetkileri kullananlara karşı da bireyin özgürlüğünü korur. Hukuk devleti anlamını bulmaya başlayacaktır. Devletin sınırları ikiz kardeş olan eşitlik ve özgürlük kavramları ile çizilmeye başlamıştır. Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesi, özgürlüklerin güvence altına alınmasını anayasal devlete ve güçler ayrılığının sağlanmasına bağlamakla demokratik yapının varlığı için şart olduğunu anlatmak istemiştir. Bu anlamda insan haklarına verdiği önem açısından Locke Fransız Devriminde önemli bir yapı taşıdır.

Yasalarla yönetilen bir toplumda, özgürlük, yapmanız gereken şeylerin tümünü yapabilmekten ve hoşunuza gitmeyen şeyleri yapmaya zorlanmamaktan ibarettir. Özgürlük yasaların izin verdiği her şeyi yapabilme hakkıdır. Bu düşüncüyü dile getiren Montesquieu Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesine ilham olmuştur.⁹ Devrimden sonra devlet gücünde bireyler lehine bazı sınırlamalar olmuş ve bunlar yapılan anayasalarda yerini almıştır. Sözleşme kuramları ile oluşturulmuş klasik egemenlik anlayışı artık insana sırf insan olması dolayısı ile sahip olduğu haklarını korumasında geride kalmıştır.

1791 Fransız Anayasası Başlangıç kısmında bulunan İnsan Hakları Bildirgesinde yerini alan ferdiyetçi görüş¹⁰, “kişi hak ve özgürlükleri, bireyin yaratılışı itibarıyla irade sahibi, özgür ve tek gerçek varlık olduğundan ve devletin temel yapıcı ögesi olma niteliğinden kaynaklanır”, diyerek çağdaş insan hakları anlayışının temellerini atmıştır.¹¹

⁷ Mehmet AKAD ve Bihterin Vural DİNÇKOL, **Genel Kamu Hukuku**, Genişletilmiş 2.b., İstanbul: Der Yayınları, 2002, s.110.

⁸ HAKYEMEZ, **Egemenlik Kavramı**, s.41.

⁹ Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 2.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 1997, s.33.

¹⁰ İbrahim Ö. KABOĞLU, **Anayasa Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.b., İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, s.223.

¹¹ KABOĞLU, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s.216.

Çağdaş demokratik devletler, artık insan haklarını meşruluk temeli saymaktadırlar. Devlet düzleminde bu gelişmelerle birlikte insan hakları kavramı özellikle II. Dünya Savaşı sonunda uluslararası alana taşınmış ve pozitif gelişmeler yaşanmıştır.¹² Birleşmiş Milletler Örgütü'nün kurulması ve BM'nin kabul ettiği 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi barışın sürdürülmesi kadar, insan haklarının korunması, geliştirilmesi ve güvenceye alınmasını uluslararası çapta önemli bir statüye getirmiştir. Örgütün kuruluş amacı budur.¹³ Artık insan hakları kavramı sadece anayasalarda değil onlarla birlikte ve giderek gelişerek uluslararası anlaşma metinlerinde de yerini almıştır. Yaşanan acı olaylar hak ve özgürlükler kavramının güvencelerini yeni sözleşmelerle arttırmaktadır. Aslında devletin ortaya çıkışı ve egemenlik kavramının dönüşümü anlatılmış gibi görünse de bütün bu gelişim süreci insanlığın özgürlük mücadelesidir. Öncelikle devlete karşı mücadele verilmiştir. Bu mücadelenin ürünleri çağdaş toplumların temel direkleri olmuştur. Özellikle hukuk devleti, demokrasi ve insan hakları kavramları bu temeller arasında öne çıkmıştır.¹⁴

Devlete karşı verilen mücadelede gelinen bir diğer nokta da uluslararası hukuk alanında birey haklarının devlete karşı da korunması noktası olmaktadır. Şöyle ki artık devlet dışı karşı birey hakları açısından sorumsuz değildir. Özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi temelinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne bireysel başvuru olanağının getirilmesi; uluslararası güvenlik oluşumlarının insani müdahale kapsamında gerçekleştirdikleri eylemler; ya da uluslararası ceza mahkemelerinin kurulmaları örnek verilebilir.¹⁵ İnsan hakları kavramının ortaya çıkışını ve geçirdiği evrimi bu boyutları ile değerlendirebilirsek ifade özgürlüğünün değişim sürecini daha net anlayabiliriz. Günümüz yasalarının bazılarının özgürlükten ne kadar uzak olduklarını düşündüğümüzde egemenlik-insan hakları diyalektiği veya otorite-özgürlük mücadelesi aklımıza gelmelidir. Zaten ifade özgürlüğünün değişim tarihi bu mücadelenin ürünüdür.

¹² Mustafa KOÇAK, **Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar)**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s.140.

¹³ Karl DOEHRING, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, Çev. Ahmet MUMCU, Yeniden Düzenlenmiş 2.b., İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2002, s.273.

¹⁴ Mehmet TURHAN, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 19.1.2006, s.7.

¹⁵ Yılmaz ALİFENDİOĞLU, "İnsan Hakları ve Sivil Toplum Örgütleri", www.tihak.org.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.6.

Yaşadığı dönemin sosyolojik ortamında Sokrates tanrılara hakaret ettiği, gençlerin gelişimini olumsuz yönde etkilediği gerekçesiyle yargılanmıştır.¹⁶ Aslında Sokrates var olan düzeni sorgulamıştır. Saygın bir filozoftur ve çevresindeki insanlara soru sorma yöntemi ile var olan düzenin niteliğini sorgulatmaktadır. İşte bu nokta da iktidar, Sokrates'i düzen karşıtı ilan etmiştir. İfadesi kısıtlanmış hatta canından olmuştur. Ancak, yüzyıllar geçse de insanlık Sokrates'e hak ettiği değeri vermiştir. Düşünceleri başta öğrencisi Platon olmak üzere nesiller boyu aktararak devam etmiştir. İfade özgürlüğünün önemi bu tür olaylar karşısında daha iyi anlaşılmaktadır.

Çağdaş demokratik sistemlerde insanlar fikirlerini ifade ettikleri gerekçesi ile canlarından olmamaktadırlar. İfade özgürlüğü ne kadar demokrasiye muhtaçsa demokrasi de ifade özgürlüğüne o kadar muhtaçtır. İfade özgürlüğü demokrasinin vazgeçilmez koşullarından birisidir. Halk ile yönetim arasındaki ilişkiler halkın taleplerinin özgürce ifade edilmediği bir ortamda zayıflayarak çift yönlü olmak yerine, yönetimden halka doğru uzanan karar ve emirler haline dönüşür. Bu koşullarda, halkın taleplerinin kamu politikalarına yansımaları giderek olanaksız hale gelecek, yönetimin halk için olduğunun kanıtlanması ve demokrasinin işlerliği tehlikeye düşecektir.¹⁷

Demokrasi halkın kararları ve onların dayandığı tercihlerden ibaret görülür. Birey ve toplumların tercihleri bir kereliğine oluşan ve değişmez tutum veya tavırlardan ibaret değildir. Bu tercihlerin belirlenmesini etkileyen çıkarlar, inançlar, değer, tutum ve fikirler değiştikçe tercihler de, onlara dayanan kararlarda değişecektir. Demokrasi rejimi sadece değişen kararların varlığını kabul etmekle kalmayıp, bunun iyi bir şey olduğunu da kabul eden bir içeriktedir.¹⁸

İfade özgürlüğü, toplum yapısındaki köklü değişikliklerle insanın açılması, gelişmesi, özgürleştirilmesi, insanca ve çok renkli yaşayış ortamının oluşturulabilmesi ile doğrudan ilgilidir. İnsanın yaratıcılığı, ancak böyle bir toplumsal ortamda anlam taşıyabileceği gibi ifade özgürlüğü de ancak böyle bir

¹⁶ PLATON, **Diyaloglar 1**, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1982, s.10.

¹⁷ BATUM, a.g.e., s.17.

¹⁸ Süheyl BATUM ve Ersin KALAYCIOĞLU, "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri ve AB Kopphenag Siyasal Kriterleri (Görüşler ve Öncelikler, No:2)", Eylül 2001, www.tusiad.org.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.11.

ortamda hukuksal sorunlar yaratmadan hayatiyet kazanabilir.¹⁹ İfade özgürlüğü insan hakları arasında bu nitelikleri gereği ayrıcalıklı bir yere sahiptir.

Demokratik toplumlarda insan haklarının gelişimi aynı zamanda bu hakların anayasalardaki yerini de göstermiştir. Peki, ifade özgürlüğü bu sınıflandırmada nerededir? Bu anlamda artık Jellinek'in sınıflandırması klasikleşmiştir. Negatif, Pozitif ve Aktif statü hakları olarak üç gruptur.²⁰ Ayrıca tarihsel gelişim sürecinde oluşan kuşak hakları sınıflandırmasına da paralel gitmektedir. Bu sınıflandırmanın önü gelecekte olabilecek gelişmelere açıktır.²¹

Klasik anlamıyla hak ve özgürlükler, doğal hukuk öğretisi ve ferdiyetçi görüşün ürünü sayılabilirler. Kişinin devlet tarafından dokunulmayacak özel alanının sınırlarını çizen özgürlüklerdir. Negatif statü hakları da denmektedir. Kişi özgürlükleri ve siyasal haklar; kişinin kendisi üzerinde serbest tasarrufu, düşünce ve davranışlarını serbest seçim haklarıdır. Birinci kuşak haklarda, karışılmama durumu özgürlüklerin gerçekleşmesi için yeterlidir.²² Bu haklara örnek; düşünce özgürlüğü, vicdan özgürlüğü, kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı... vb. sayılabilir.

İkinci kuşak haklar; soyut özgürlük yerine eşitlik ilkesi ele alınmış ve insanların sahip oldukları özgürlüklerden yararlanabilmeleri için gerekli olanakların sağlanması devletten beklenen davranış olmuştur. Devletten hizmet ve yardım isteme hakkı veya pozitif statü hakları olarak adlandırıldıkları gibi²³; sosyal, iktisadi, kültürel haklar ve özgürlükler de denilmektedir.²⁴ Bu haklara örnek; sağlık hakkı, öğrenim hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı... vb. sayılabilir. Jellinek'in sınıflandırmasında aktif statü hakları mevcuttur ve bu haklara örnek olarak siyasal görüş ve tutumları açıklama, örgütlenme, oy kullanma, referandum gibi haklar sayılabilir.²⁵

Üçüncü kuşak haklar; bilim ve teknolojiye gelişmeler ile birlikte toplumsal ve uluslararası dengesizliklerin, çatışmaların ürünüdürler. Dayanışma hakları da denilen bu haklara örnek; çevre hakkı, barış hakkı, gelişme hakkı, insanlığın ortak mal varlığına saygı hakkı sayılabilir. Bu sınıflandırmada ifade özgürlüğü öncelikle

¹⁹ Erdoğan TEZİÇ, "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 20.1.2006, s.6.

²⁰ Münci KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, 7.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s.6.

²¹ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, 6.b., İstanbul: İmge Kitabevi, 2002, s.41.

²² KABOĞLU, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s.221.

²³ KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s.6.

²⁴ KABOĞLU, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s.221.

²⁵ KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s.6.

düşünce özgürlüğü boyutunda birinci kuşak haklar kısmında yer alan temel hak ve özgürlüklerdendir.²⁶ Hatta tıp alanındaki son gelişmeler ve insanlığın paylaşamama mücadelesi nedeniyle çıkan savaşlar ve çeşitli mali olaylarda dördüncü kuşak hakların tartışılmasına neden olmuştur. Bu haklara yeni doğacak çocukların geleceğinin ipotek altına alınmaması amacıyla mali anayasalardaki hükümler ve kendi kararlarıyla belirleme hakkı gibi haklar sayılabilir.

İfade özgürlüğü birinci kuşak haklardan yani dokunulmaması gereken; kişinin özel alanında olan ve devletin karışmaması ya da “gölge etmeme”si²⁷ gereken haklardandır. Ancak, ifade özgürlüğü kullanımları kullanılan araçlar açısından büyük kitlelere hitap etmektedir. İletişim anlık hale gelmiştir. Bu anlamda da devletin bilgiye giden yoldaki engellere neden olmaması ya da olanakları sunması açısından çeşitli görevleri bulunmaktadır. Bu anlamda ifade özgürlüğünün yarattığı özgürlüklere ulaşmakta devletin ödevleri hak sınıflandırmalarına da etki edecektir. Hak ve özgürlüklerin bölünmez bir bütün olduğu ve bu haklardan senteze ulaşılması hakların kullanımı açısından önemlidir.²⁸

II. TANIMLAMA SORUNU

İfade özgürlüğü tanımlaması yapabilmek için öncelikle bazı soruları cevaplamak gerekir. Düşünce, bilgi, kanaat, ifade nedir? İlk çağlardan beri filozoflar bilginin nasıl elde edildiği sorununu tartışmışlardır. Bu tartışmalardan çıkan fikirlerden en anlamlısı yansı kuramıdır. Kişi nesneleri algılar ve duyum gerçekleşir. Duyum ilk adımdır; ikincisi, nesnel gerçekliğin dönüşüme uğratılıp yeniden üretildiği düşünce adımıdır. Yeniden üretim süreci bizi bilgiye götürür. Bilgi toplumsal pratikle beslenir. Şöyle ki biz başka insanlarla varız. Oluşturduğumuz düşünceyi çeşitli yollarla başkalarına iletiriz. Bu ifadedir. İfade, bizim düşüncemizin bir başkasının bilgisi olmasını sağlar. İnsanlar edindikleri duyum ya da düşünceleri çözümler, ayıklar, birleştirir ve bir sonuca varırlar. Herakleitos bu durumu, “birbirine karşı olan, birlikte giden, birbirinden ayrılanlardan en güzel uyarılık: Harmonia” diyerek ifade etmiştir.²⁹

²⁶ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.41.

²⁷ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s.6.

²⁸ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s.6.

²⁹ Orhan HANÇERLİOĞLU, *Düşünce Tarihi*, 4.b., İstanbul: Remzi Kitabevi, 1983, s.305.

Bir insanın belli bir sorun hakkında sahip olduğu bilgiler ile bir karara varması durumu da; yani harmonia'ya sahip olması kişinin kanaati olduğunu gösterir. Düşüncenin bilgi aşamasına oradan kanaate ulaşması ve çeşitli yollarla ifade edilmesiyle tekrar bilgiye dönüşümü sarmal bir durumdur. Bu sarmal durum toplumsal pratik ile insanlığın hafızasını oluşturmuştur. En ilkel düşünceden en gelişmiş düşünceye insanlığın varışı tarihsel ve toplumsal süreçle meydana gelmiştir. İfade özgürlüğü tanımına bu temel kavramlardan varılabilir.

İfade özgürlüğü konusunda hukuksal terminoloji karmaşası bulunmaktadır. Düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, düşünceleri açıklama özgürlüğü, iletişim özgürlüğü gibi çeşitli terimler kullanılmaktadır. Bu karmaşanın çeşitli nedenleri olmakla birlikte terimler birbirleri yerine kullanılmaktadırlar.

Bu tür kullanımların bir nedeni, düşünce özgürlüğü kavramının genel bir kavram olarak görülmesidir. Düşünce temelli bütün özgürlükleri –ifade özgürlüğü de dahil olmak üzere- kapsadığı fikridir. Aynı zamanda doktrinde konu anlatımlarında okuyanın kafa karışıklığına engel olmak amaçtır. İfade özgürlüğünün düşünce özgürlüğüne dahil olduğunu, genel bir kavram olduğunu ve bu nedenle düşünce özgürlüğü yerine ifade özgürlüğü terimi kullanıldığı görüşüne örnek bir tanımlama Çetin ÖZEK'ten gelmiştir.³⁰ Yazara göre; “Düşünce hürriyeti, temelde belirli bir düşüncenin açıklanması ve bu düşüncenin etrafında toplanmanın sağlanması hakkını kapsamaktadır. Gerçekte, salt düşünce, kişinin iç dünyası ile ilgili bir olgudur. Kişinin düşünme yetenek ve olanağının zaten sınırlandırılması veya engellenmesi söz konusu olamaz. Dolayısıyla düşünce hürriyeti, düşüncenin açıklanması hakkını da içermektedir. Bu nedenledir ki, siyasal bilim açısından, gerçekte, düşünce hürriyeti düşüncenin yaygınlaştırılması, etrafında birleştirilmesi hakkını da kapsadığından, düşüncenin açıklanıp, propagandasının yapılması olanakları da, düşünce hürriyeti çerçevesi içine girmektedir. Bazı yazarların, düşünce hürriyetini belirlemek için ‘ifade hürriyeti’ terimini kullanmaları bu sebeptir.”

Bu yaklaşım konu anlatımlarında çözüm olmakla birlikte düşünce özgürlüğünün ifade özgürlüğünü de içeren genel anlamda bir terim olduğunu belirtmektedir. İfade özgürlüğü düşünce temelli olmakla birlikte düşünce özgürlüğünden beslenen bir özgürlüktür. Aynı zamanda başka hak ve özgürlüklere de

³⁰ Murat Volkan DÜLGER, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Düşünce Özgürlüğü”, **Prof.Dr.Çetin ÖZEK Armağanı**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını (No:32), 2004, s.284.

kaynak olmaktadır. Şöyle ki bu özgürlük; tek başına ya da toplu ifadelerde örgütlenme özgürlüğüne, sendikal özgürlüklere, siyasal parti özgürlüklerine, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına... vb hak ve özgürlüklere vücut vermektedir; ya da ifade için kullanılan araçlar bakımından basın özgürlüğüne, görsel-ışitsel iletişim özgürlüğüne, bilim ve sanat özgürlüğüne... vb hak ve özgürlüklere vücut vermektedir.

Bu durum zincirlemedir. Ancak hepsinin temelinde düşünce kavramının yattığı şüphesizdir. İlk neden düşüncedir. Bu durumda düşünce özgürlüğünün bütün bu özgürlüklerin hamisi³¹ olduğunu söyleyen görüşler vardır. Bu görüşe örnek tanımlamayı yapan Bülent TANÖR'e göre; "Düşünce özgürlüğü, bir başka tanımla, insanın serbestçe bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı, sendika vb.) çeşitli yollarla (söz, basın, resim, sinema, tiyatro vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir."³²

Bir başka görüş de; düşünce temelli bütün bu özgürlükleri iletişim özgürlüğü üst başlığında toplamaktadır. Özetle; "...İletişim özgürlüğü sürecinde; gerçeği (başka deyişle haberi, bilgiyi) bulan veya bulunmuş gerçeklerden özgürce kanaat üreten kişinin, söz konusu gerçeği, haberi, bilgiyi yahut kanaati hiçbir engelle karşılaşmadan, istediği en son noktaya iletebilmesi aşaması düşünceleri ifade özgürlüğüdür..."³³ Anlatılan, düşünceleri ifade özgürlüğünün iletişim özgürlüğünün bir aşaması olduğudur. Ancak iletişim ve ifade kavramları birbirlerinden farklıdır. İfade; haber veren ve haber alanı gerektiren haberleşme (iletişim) anlamına gelebilir. Örneğin birbirine kızan iki kişinin tartışarak anlaşması gibidir. Bazen de ifade; iletişimi kapsamadan belli hareketleri açıklamak için (kendi kendini ifade) kullanılabilir. Örneğin arkadaşına kızan birinin tepkisini onun resimlerini yakarak göstermesi gibi. Bu açıdan bakarsak ifade her zaman iletişim olmayabilir. Dolayısıyla iletişim özgürlüğü ifade özgürlüğünü her zaman kapsamaz.³⁴

³¹ Hayrettin ÖKÇESİZ, "Düşüncenin Özgürlüğü Üzerine Düşünceler", Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.6, 2003, s.30.

³² Bülent TANÖR, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 3.b., İstanbul: BDS Yayını, 1994, s.59.

³³ Oktay EKŞİ, "Basın Bağlamında İfade Özgürlüğü", **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003, s.55.

³⁴ T. Ayhan BEYDOĞAN, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.11.

Diğer bir neden ise; düşünce özgürlüğünün kişinin iç dünyası ile alakalı olarak görülmesinden; ifade özgürlüğünün ise bu düşüncelerin dışa vurumu ile hukukun konusu haline gelmesinden dolayı sınırlandırma çabaları ile ayrı kavramlar olarak görülmelerinden kaynaklanmaktadır. Yani bu ayrımın neden olan sebeplerden biri sınırlandırma çabasıdır. Bu fikre örnek açıklamayı Bülent TANÖR yapmıştır.³⁵ TANÖR'e göre; "Düşünce özgürlüğünü, düşünme özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü diye ikiye bölen, birincisinin tam olarak korunduğunu, ikincisinin ise sınırlı olduğunu ileri süren, böylece bu temel özgürlüğü kendi kendine düşünebilme ya da eşi dostuyla dertleşebilme özgürlüğüne indirgeyen anlayış, ...kendine taraftar bulmuştur. Bütün bu görüşlerin özü, düşünce özgürlüğünü, düşünme özgürlüğü (?) ve açıklama özgürlüğü diye ortadan ikiye bölerek düşünce özgürlüğünün özünü sırf bir ön denetim yasağına yani sansür sorununa indirgemek, açıklama özgürlüğünü keyfi bir takım sınırlamalarla bağlı saymak ve fikir suçlarını meşru göstermekten ibarettir."

Düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğünü içsel ve dışsal durumlar olarak algılamak sınırlandırma çabalarının ürünüdür. Düşünce özgürlüğü kişinin içinde cereyan ettiğinden doğası gereği sınırlandırılmaz, denilmektedir. Kişinin iç dünyasında kalan açıklamadığı ya da açıklayamadığı düşüncelerin koruma görmesi ifade özgürlüğü olarak algılanmamalıdır.³⁶ Zaten bu tip bir düşüncenin temelden yanlış olduğu ilk başta verdiğimiz sarmal teori gereğidir. Çünkü kişinin iç dünyasının oluşumu başkalarının ifade özgürlüğünü kullanmaları ile mümkündür. Bilgilenme hakkının varlığı buna bağlıdır. Sınırlandırma çabaları kişiyi nedenlerini bilmediği kararları almaya ya da eksik kanaatlere götürür. Bu konuya örnek olarak; halka açık ortamda izinsiz konuşma yapan kişinin engellenmesi halinde bu kişinin ifade özgürlüğünün engellenmesi yanında onu dinlemek isteyenlerin bilgilenme hakkının da engellenmesi verilebilir. Bu durum kısır döngü oluşturur. Çünkü bilgilenme hakkı engellenen kişinin, kanaat özgürlüğü de engellenmiş demektir. Aynı zamanda ifade özgürlüğü de engellenmiştir.³⁷

³⁵ Bülent TANÖR, **TCK 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, İstanbul: Forum Yayınları, 1979, s.82-83'den DÜLGER, a.g.e., s.284.

³⁶ Ahmet Necdet SEZER, Anayasa Mahkemesi Başkanı, Anayasa Mahkemesi'nin 37. Kuruluş Günü Törenini Açış Konuşması, Ankara 1999, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006, s.3.

³⁷ İHAM Kararı, Sunday Times v.Birleşik Krallık, 26.4.1979, <http://aihm.anadolu.edu.tr>, erişim tarihi: 5.5.2006.

Konuyu açıklamaya çalışan diğer bir örnek de demokratik oldukları iddia edilen ancak, uygulamaları demokratik olmayan üçüncü dünya ülkelerinde gerçekleşmektedir. Çünkü öyle yerler vardır ki bırakın uydu bağlantısı olan televizyonların ya da internetin varlığını; telefonlar çekmez, radyo yoktur, kışın kardan yollar kapanır gazete çıkmaz, kütüphane, öğretmen ya da okul yoktur.³⁸ Benim kanaatime göre aslında bu insanların sınırsız ifade özgürlüğü vardır da sınırlandırmaya değer düşünce özgürlükleri yoktur.

Bu nokta da bir parantez açarak hak sınıflandırmaları yaparken belirttiğimiz sentez düşüncesini tekrar etmek gerekiyor. Çünkü teknolojik gelişmeler ifade özgürlüğünü ya da türevlerini karışılmama niteliğindeki haklar sınıflandırmasının yanında isteme niteliğindeki sosyal haklara da yaklaştırmaktadır. Yaşama geçirilemeyen ancak norm boyutunda tanınan hakların varlığı ne toplumsal ne de bireysel anlamda bir fayda getirmez. Bu özgürlüklerin kullanımı hakların bütün olarak değerlendirilmesi görüşü ile mümkün olacaktır.³⁹

Ayrıca düşünce özgürlüğünün içsel olması hali ile mutlak ve sınırsız olmadığı görüşü Anayasa Mahkemesi tarafından bir kararında belirtilmiştir. Bu kararında Mahkeme; düşüncelerin serbestçe oluşumunun, ifade hürriyetinin bir başka yönünü oluşturduğunu belirtmiş ve düşüncelerin serbestçe oluşabilmesi için tek yönlü etkilemelerden, koşullandırmalardan kaçınılması gerektiğine işaret etmiştir. Böylece düşüncelerin tek yönlü etkimelerle kişinin iç aleminde de yönlendirilebileceği, bu sebeple mutlak ve sınırsız olmadığı kabul edilmiştir.⁴⁰

Bu bağlamda ilerlersek düşünce özgürlüğü; bilgilenme hakkını ve kanaat özgürlüğünü içeren kapsayıcı bir özgürlüktür. Düşünce özgürlüğü aynı zamanda ifade özgürlüğüne temel olur. İfade özgürlüğü ise düşünce özgürlüğü ile varlık kazanan ancak ondan bağımsız bir özgürlüktür. Düşüncenin başka insanlarla paylaşılması ve bilginin oluşması için kullanılan yöntem olması nedeniyle ifade özgürlüğü niteliği gereği düşünce özgürlüğünden farklıdır. Düşünce özgürlüğü; bilgilenme özgürlüğü ve kanaat özgürlüğünü kapsayan genel bir kavram olarak

³⁸ Robert TRAGER ve Donna L. DICKERSEN, Çev. A. Nuri YURDASEV, **21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.271.

³⁹ Özer OZANKAYA, "Demokrasi Hukuku İle Toplumsal-Ekonomik Gelişme Arasındaki İlişki", Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.11, 2005, s.121.

⁴⁰ AYM, E.1963/16, K.1963/83, K.T.8.4.1963, AYMKD, S.1, s.199.

düşünülebilir; fakat ifade özgürlüğü ile olan organik bağlarının dışında ayrı bir özgürlük olarak ele alınmalıdır.

Literatürdeki terimlerin birbiri yerine kullanılması hali; bu iki özgürlük teriminin anlamlarının bile birbirine karışmasına neden olmaktadır. Bu konu şöyle açıklanabilir. Yanıt ve cevap aynı anlama gelse bile basındaki kullanımları gereği sanki farklı kavramlarmış gibi algılanabilir. Örneğin bir konu hakkında politikacı şu yanıtı verdi demek yerine, şu cevabı verdi demek daha sert bir üslup imiş havası yaratmaktadır. Cevap kelimesine olumsuz bir duygu yüklenmiştir. Tıpkı düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü terimlerinde düşünce özgürlüğünün kişinin iç dünyası ile alakalıymış havası yaratıldığı gibi. Böylece ifade özgürlüğü sınırlandırılabilirmiş anlamı yaratılmaktadır. Bu noktada ifade özgürlüğünün sınırsız olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Çünkü anımsamamız gereken temel tanımlardan biri de; özgürlükler; çağdaş, demokratik hukuk devletlerinde başkalarının özgürlükleri ile vardır. Özgürlük ile düzen kavramları birbirleriyle çelişen değil birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Düzenin sağlanması adeta özgürlüğün varlığı ve bireyler açısından bir anlam ifade etmesi için vazgeçilmez bir araç halini almıştır.⁴¹ Bu nedenle ifade özgürlüğünü sınırlandıran ilkeler değerlendirilirken temel alınacak kriterler kesinlikle içsel ve dışsal olmayacaktır. Hak ve özgürlükler demokratik çağdaş devletlerin anayasalarında veya uluslararası insan hakları belgelerinde kendi düzenlendikleri maddelerde belirtilen özel sınırlama nedenlerine dayalı olarak sınırlandırılabilirler. Ancak sınırlandırılmasalar da, özgürlüklerin yasalarda belirtilmese de varolan objektif sınırları vardır.⁴² İfade özgürlüğünün sınırları konusu, uluslararası sözleşmeler ve yargı makamlarının ifade özgürlüğü hakkındaki görüşleri anlatılırken değinilecektir.

Düşünce ve düşünceleri açıklama ayrımı anayasalarda ve bazı uluslararası insan hakları metinlerinde de yer almaktadır. Bu ayrımın sınırlandırma amacıyla yapıldığını söylemek doğru bir yargı olmayacaktır. Ancak, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bu ayrımı sistem olarak kabul etmiştir. 1982 Türk Anayasasının 25. maddesi düşünce ve kanaat hürriyetini düzenlemiş, 26. maddesi düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetini düzenlemiştir. İHAS'da da bu tip bir ayrım mevcuttur. İHAS madde 9'da düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (freedom of thought,

⁴¹ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S:57-2, 2002, s.20.

⁴² HAKYEMEZ, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır...", s.25.

consience and religion); madde 10'da ise ifade özgürlüğü (freedom of expression) düzenlenmiştir. “İHAS'ın bu ayırımına göre madde 9'da daha felsefî öğreti bütünlüğüne sahip inanç kavramı; madde 10'da ise anlamı ve kapsamı daha geniş olan ‘kanaat’ veya ‘görüŖ’, ‘içtihat’ yani bilgilenme sonucu edinilen kişisel kanı, düşünme ve bir değer yargısına varma tarzı, ‘fikir’ sahibi olma söz konusudur.”⁴³ Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesi de aynı sistemle birinci fıkrasında düşünce özgürlüğünü, ikinci fıkrasında düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenlemiş ve üçüncü fıkrada da sadece ikinci fıkradaki özgürlüğe sınırlar çizilebileceğini belirtmiştir.⁴⁴

Bir görüş de düşünce özgürlüğünün düşünceyi açıklama özgürlüğü olmadığını ve de düşünceyi açıklama özgürlüğünün de ifade özgürlüğü olmadığını yönündedir. Bu görüşün gerekçesi; düşünce özgürlüğü kişinin iç dünyası ile alakalıdır, düşünceyi açıklama özgürlüğü ise dışsal dünya üzerinde bir etki doğurur. İfade özgürlüğü ise düşüncelerin açıklanmasının yanında, ifadeye konu olabilecek tüm unsurların dışsal dünyaya aktarımına ilişkin geniş nitelikli bir özgürlüktür. Haber aktarımı, duygusal nitelikli açıklamalar, dinsel kanaatlerin açıklanması bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yani ifade özgürlüğü düşünceleri açıklama özgürlüğüne indirgenemez. Bu görüş aynı zamanda düşünce özgürlüğü, düşünme işlemi sonrası oluşan ürün olan düşünceyi korumaktadır, kanaat özgürlüğü ise iyi-kötü, doğru-yanlış benzeri olgular arasında bir tercih, bir taraf tutma işlemini korumaktadır, diyerek açıklanmaktadır.⁴⁵ Ancak, benim kanaatimce düşünce özgürlüğü de düşünceleri açıklama özgürlüğü de ifade özgürlüğü de (ki az önce değindiğimiz görüş bağlamındaki ifade özgürlüğü) düşünce temellidir. İnsanı insan yapan unsur olan düşünmenin hangi konuları kapsadığı önemli değildir. Çünkü hepsi insan kökenlidir.

Tartıştığımız kavram düşüncedir. Dini inançların ya da vicdani kanaatlerin çalışmamızın konusu olan ifade özgürlüğü boyutundan başka bir yeri vardır. Düşünce dediğimiz şey ilk elde yanlışlanabilir önermelerdir.⁴⁶ Dini inançlar ya da

⁴³ DÜLGER, a.g.e., s.285.

⁴⁴ Osman CAN, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, www.jura.uni-sb.de/turkish/OCan.html, erişim tarihi: 14.1.2006, s.5.

⁴⁵ CAN, a.g.e., s.5.

⁴⁶ Hayrettin ÖKÇESİZ, “Kamusal Alanda Düşünce, Duyunç ve İnanç Özgürlükleri-Savlar”, Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.11, 2005, s.124.

vicdani kanaatler inanmak ve umut etmek üzerine kuruludur ve bir kere inanılmakla artık sorgulanmaz derecede doğru addedilirler. Milton’a göre de ifade özgürlüğünün gayesi akıldır veya insan zekasının gelişmesidir.⁴⁷ İnsan kendi kaderini aklıyla çizer. Ancak, din ve inanç özgürlüğünü bu bağlamda ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirmek mümkündür. Çünkü din ve inanç özgürlüğü de düşünce özgürlüğü de eşyanın doğası gereği insan kökenlidir.⁴⁸

Vicdan veya inanç özgürlüğü, insanın, Tanrı ve dinler konusunda dilediği tercihi yapabilmesi, siyasal iktidar sahipleri ya da diğer kişilerce, yasalar ya da her hangi başka araçla baskıya uğramaksızın bir dine inanma veya inanmama konusunda özgür olmasıdır. İnanç alanı, din özgürlüğünün özünü oluşturur.⁴⁹ Vicdani kanaatler ya da inançlar söz konusu olduğu durumlarda vicdan özgürlüğü ya da inanç özgürlüğü söz konusudur. Bu bağlamda bahsedilen kanaat özgürlüğü düşünceler boyutunu kapsamaktadır. Vicdani kanaatlerimizi, inançlarımızı ifade boyutu ve gereklerini eyleme dökmemizse ibadet özgürlüğü boyutudur. Bir nevi ifade özgürlüğü olarak değerlendirilebilir. Ancak, ifade özgürlüğünün din alanındaki yansıması inanç, vicdan, din ya da ibadet özgürlüğü olarak adlandırılmaktadır.⁵⁰

İHAS madde 9 da bulunan “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” konusunun ifade özgürlüğü ile bağlantısı olmakla birlikte konu olarak ayrılmaktadır. İHAM; “9. maddede korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme’deki anlamıyla ‘demokratik toplum’un temel taşlarından birisidir. Bu özgürlük, dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. Din özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir mesele olsa da, o aynı zamanda, diğer şeylerin yanı sıra, kişinin ‘dinini açıklama’ özgürlüğünü de ifade etmektedir.”⁵¹

⁴⁷ TRAGER ve DICKERSEN, a.g.e., s.57.

⁴⁸ Niyazi ÖKTEM, “Temel Hak ve Özgürlüklerden Düşünce ve İnanç Özgürlüğünün Özü”, İnsan Hakları Sempozyumu, İBB Hukuk Müşavirliği ve Hukuki Araştırmalar Derneği İstanbul Şubesi, 1994, s.140.

⁴⁹ KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s.286.

⁵⁰ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.338.

⁵¹ Zühtü ARSLAN, *Din Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde)*, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2005, s.33.

İfade özgürlüğü, çok boyutlu bir kavramdır. Bu özgürlüğün ilk boyutu insandır. Öncelikle bireysel bir özgürlüktür. Çünkü insanın kişisel gelişimini gerçekleştirmesi için eksen görevi görür. İnsanlık onuru bu özgürlüğün kullanımına bağlıdır. Özgür ve yetkin düşünme koşullarının sağlanmasının insan (birey) için taşıdığı anlam, onun düşünme yeteneğinin kendi ‘onur’u olmasından kaynaklanır. Düşünebilmek gerçek insan onurudur: “Yeryüzünde en kırılgan şey olan bir kamıştır insan yalnızca. Ama düşünen bir kamıştır. Onu yok etmek için tüm evrenin kendisini donatması gerekmez. Hafif bir rüzgar, bir su damlası onu öldürmeye yeter. Fakat evren onu yok edecek olsa bile, insan kendisini tahrip eden şeyden daha asildir. Çünkü o öleceğini bilmektedir. Tüm evrenin onun üzerindeki üstün gücünün ayrındadır. Ama evrenin bundan hiç haberi yoktur. İşte tüm onurumuz düşünmekte yatmaktadır.” İnsan kendisini çepeçevre saran bu evrende güçsüz bir kamış gibidir, ama düşünebilmek onu yüce kılmaktadır. Çünkü o düşüncesiyle, her şeyi kavramaktadır.⁵²

Diğer bir boyutu toplumsaldır. Çünkü demokrasinin vazgeçilmez ögesidir, özgürlük-otorite mücadelesinde dengeyi sağlayacak olan demokratik düzendir. Toplumda kimin haklı, neyin doğru olduğuna karar vermenin yegane meşru yolu, eleştirme ve sorgulama yoluyla herkesin herkesi denetlemesine dayanan açık uçlu bir kamusal tartışmadır. Eleştiri ise her türlü ifadenin serbest olduğu yerde mümkündür. Toplumda kanaat oluşumunun ve kamusal tartışmanın varlığını mümkün kılan ifade özgürlüğü; bu demokratik amaçların gerçekleşmesi bakımından vazgeçilmezdir.⁵³ Modern toplumlarda huzur, ancak insanın doğasına tam bir hürriyet verilmesi ve toplumda geniş bir çeşitliliğin sağlanması ile mümkün olabilir.⁵⁴ Toplumda mükemmellikten değil onun aranmasından bahsedilebilir. Toplum için iyi olanı bulmanın yolu ise, düşünce ve tartışma hürriyetini temin etmektir.⁵⁵ Çağdaş demokratik bir toplumda ifade özgürlüğü, yöneticilerin veya kamu makamlarının

⁵² Hayrettin ÖKÇESİZ, “Düşünce Özgürlüğü”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S:1, 1998, s.24.

⁵³ Mustafa ERDOĞAN, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.40.

⁵⁴ H.Yücel BAŞDEMİR, “Bireysel Hürriyet Düşüncesi ve John Mill”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.116.

⁵⁵ BAŞDEMİR, a.g.e., s.119.

hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil her türlü düşüncüyü serbestçe açıklama özgürlüğüdür.⁵⁶

Bu açıklamalardan sonra ulaşılan ifade özgürlüğünün en genel tanımı şudur. İnsan için, kişisel ve toplumsal yaşamın bütün sorunlara vermek istediği yanıtları, kendi kendine seçme ve hazırlama, davranış ve işlemlerini bu yanıtlara uygun hale getirme ve gerçek addettiğini başkalarına iletme olanakları ifade özgürlüğüdür.⁵⁷

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DAYANDIĞI TEZLER

İfade özgürlüğünün varlığını açıklayan ve neden gerekli olduğu sorusuna yanıt arayan bu tezler, Türk Hukuk doktrininde inceleme konusu yapılmamakla beraber bu konunun incelenmesinin nedeni, ifade özgürlüğünün teorik olarak bir temele kavuşturulmasının bu özgürlüğün neden var olduğunun ve öneminin anlaşılması ile mümkün olmasından kaynaklanmaktadır. İfade özgürlüğünün var olduğu ortamda hakikatlerin er geç ortaya çıkacağını ileri süren hakikat tezi, çağdaş demokrasilerin olmazsa olmaz şartlarından birinin ifade özgürlüğü olduğunu savunan demokrasi tezi ve son olarak bir insanın kişisel gelişiminin ancak kendisini ifade etmesi ile mümkün olduğunu savunan bireysel gelişim tezi bu bölümde anlatılmaya çalışılacaktır. Böylece ifade özgürlüğü teoride soyut temelden somut bir yapıya kavuşabilecektir.

A. Hakikat Tezi

İfadenin hakikat arayışının antresi olduğu görüşü, Milton, Locke, Mill ve Holmes tarafından ileri sürülmüştür.⁵⁸ İfade özgürlüğünün sayesinde doğru ve yanlış ayrımı yapılabilir. Açık tartışma, eleştiri, araştırma ve fikirlerin serbestçe alışverişi ile gerçeğe ulaşılabilir.⁵⁹ Bu fikri Mill şöyle izah etmiştir. "...nüfuzlarının egemen olduğu yerde (gerçi kabul edilen fikrin düşünülmeden ve bilinmeden reddedilmesi

⁵⁶ Vahit BIÇAK, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.269.

⁵⁷ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s.334.

⁵⁸ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.130.

⁵⁹ Frederick SCHAUER, **İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M.Bahattin SEÇİLMİŞOĞLU, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2002, s.21.

mümkünse de), bunun akıl ve insaf çerçevesinde reddedilebilmesini neredeyse imkansızlaştırır; çünkü tartışmaya kapıyı tamamen kapamak nadir olarak mümkündür ve tartışma bir kez içeri girdimi, kanaate dayanmayan inançlar bir delilin en hafif benzeri karşısında dikiş tutturamamak eğilimindedir.”⁶⁰

İfade özgürlüğü hakkındaki ilk kapsamlı savunma Milton tarafından yapılmıştır. Yazara göre; “Hakikatle beraber bütün doktrinlerin rüzgarları yeryüzünde varken, hakikatin gücünden şüphe ederek ruhsatlandırma ve sansürlemeye gidersek ona zarar veririz. Bırakın hakikat ve şer güreşsinler, hür ve açık bir karşılaşmadan hakikatin yara alacağını kim söyleyebilir”⁶¹ demektedir.

Düşünce ve tartışma özgürlüğünü hakikate varmanın baş şartı sayan diğer bir düşünürse Mill’dir. “Bir düşüncenin ifadesini susturmanın kötülüğü, o fikre sarılanlardan ziyade ona karşı çıkanlardan olmak üzere, bugünkü ve gelecek kuşaklar dahil, bütün insanlığı soymaktır. Eğer düşünce doğruysa, insanlık hatayı hakikatle değiştirme şansından mahrum kalacaktır; eğer yanlışsa, aynı derecede bir kazancı, hata ile karşılaşmadan doğan hakikatin daha açık ve canlı resmini, kaybedeceklerdir.”⁶² Mill bu yaklaşımıyla baskı altına alınan yanlışlığın gerçeğin bir kısmını içerebileceğini ve dolayısıyla yasaklamanın gerçeğin yanlışın yerini alma ihtimalini yasakladığını öne sürmüştür.

Daha sonra bu fikir; ABD Anayasasının Birinci Değişikliğinin şekillenmesini sağlayan Holmes, Brandeis, Frankfurter gibi yargıçlar tarafından geliştirilmiştir. Örneğin Holmes, “gerçekliğin en iyi testinin, düşüncenin piyasa rekabeti içinde kendisini kabul ettirme gücü” olduğunu ileri sürmüştür. Frankfurter ise, “uygarlık tarihinin büyük oranda, bir zamanlar resmi doğrular olarak hüküm süren yanlışların, sonraları birer birer başka gerçekleri doğuracak şekilde yanlışların yerini almasından ibaret olduğunu ve bu yüzden de, hangi resmi gerçeklere itiraz ediyor olursa olsun, insanın gerçeği araştırma özgürlüğünün engellenmemesi gerektiğini” ileri sürmüştür.⁶³

Fikirlerin pazaryeri olarak da ifade edilen bu teori bütün fikirlerin serbestçe ifade edildiğinde, gerçeğin ortaya çıkmasının muhtemel olduğunu öne sürmektedir. İfade özgürlüğünün bir amaç değil, gerçeği tanımlamanın ve kabul etmenin bir yolu

⁶⁰ Jhon Stuart MILL, **Hürriyet Üstüne (On Liberty)**, İstanbul: Liberte Yayınları (No:109), 2004, s.74.

⁶¹ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.56.

⁶² MILL, a.g.e., s.51.

⁶³ SCHAUER, a.g.e., s.22.

olduğu görüşüne dayanır. Ayrıca gerçeğin gücünün, fikirler arasındaki yarışmadan zaferle çıkmaya yetecek kadar, zıtlıklar sürecinde ağır bastığına dair bir inanca dayanır. Tanınmış inançlar ve büyük ölçüde kabul görmüş gerçeğin, yanlış diye reddettiğimiz görüşün doğru olması ihtimalinin kesin bir itirafıyla mantıklı bir biçimde nasıl bir araya getirileceği konusunda şüphecidirler. Sadece yargı makamlarında değil toplumda da gerçeğin araştırılmasında zıtlık sistemini uygulamalıdır. Çünkü “bilgili olan toplum daha az bilgili olandan her zaman daha iyidir.”⁶⁴

Ayrıca fikirlerin pazaryeri teorisinin kullanılması ile bilginin artacağına inanılır. Ancak, bu teorisinin eleştirilen yönü de burada dikkati çekmektedir. Çünkü problemlerin çözümü ve doğrunun yanlıştan ayırt edilebilmesi için aklın yeteneği ve o yeteneğin gelişmesine izin verilmiş olması şartına güvenmişlerdir. Bunun nedeni Aydınlanma felsefesinin insanın rasyonelliğine fazlaca güvenmiş olmasıdır. Ancak, insanlığın rasyonelliği tam güvence kriteri olmak konusunda yetersizdir. Dolayısıyla çoğunlukla mantıklı olmak istemeyen veya olamayan bir halka gerçekliğin araştırılması tezinin uyarlanması her zaman doğru sonuçlar vermez.⁶⁵

Diğer bir eleştiri de; bilgilerin gelişebilmesi için çok miktarda yanlış hoş görmek riskine katlanmak gerektiğidir. Bu risk yanlış görüşlerin bunlara uygun davrananlarca doğru kabul edilmesi sonucuna gidebilir. Örnek olarak da ırkçılık konusunda yanlış olduğu kesin görüşlerin kabul edilmesi durumu verilebilir.⁶⁶

Rasyonel düşünce gözetildiğinde işe yarayan bu tez aksi takdirde zayıflatılarak çözülmektedir. Sistemin göze aldığı hataların, gerçeğin eksik korunmasıdır. Yanlış ifadelerin nispi olarak himaye edildiği bir sistemde risk, sonuç olarak bazı yanlış ifadelerinde aşırı korunacağıdır.⁶⁷

Bu tez yanlış addettiğimiz düşüncelerin doğru olması ihtimaline dikkat çekmesi bakımından önemlidir. Bizim yanlışlıklarımızı hatırlatarak, yasaklanacak olan düşüncenin doğru olması ihtimali nedeniyle duraksama yaratır. Aynı durum, iktidarda olanın yasaklamaları halinde duruşumuzu belirlememizde yol gösterecektir. Piyasadaki başarısızlığın devlet müdahalesini meşrulaştırması açısından risklidir.⁶⁸

⁶⁴ MILL, a.g.e., s.56.

⁶⁵ SCHAUER, a.g.e., s.38.

⁶⁶ SCHAUER, a.g.e., s.43.

⁶⁷ Wojciech SADURSKI, **İfade Özgürlüğü ve Sınırları**, Çev. M.Bahattin SEÇİLMİŞOĞLU, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2002, s.8.

⁶⁸ SADURSKI, a.g.e., s.5.

Bu konuda Scanlon, “yanlış inançlar edinmeye götürme zararı, özerk bir insanın, ifadenin sınırlanması yoluyla kendisini himaye etmesi konusunda devlete izin vermeyeceği bir şeydir” iddiasını ileri sürmüştür.⁶⁹

B. Demokrasi Tezi

İfade özgürlüğünün dayanak tezlerinden birisi de demokrasidir. Demokrasi ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi ilk dile getirenlerden birisi de Tocqueville’dir. “Her insana toplumu yönetme hakkı verildiği zaman, herkesin zamanında tartışılan konular arasında seçim yapma ve seçimine rehberlik edecek muhtelif vakaları teşhis etme kapasitesinin tanınması gerekir.”⁷⁰ Demokrasiye dayanan tezin işlerliği devletin örgütlenmesi ve yönetilmesinin uygun bir kılavuzu olarak demokratik ilkelerin a priori kabulünü gerektirir.⁷¹

İfadeyi demokrasi teziyle açıklayanlardan biri de Meiklejohn’dur. Bu teze göre ifade özgürlüğü, genelinin bağımsız olduğu varsayımı olan bir toplumun zorunlu bileşeni olarak görülür. Bu siyasi temeli; kamusal meselelere ilişkin ifade tezi gereğince, ifadenin önemli olduğu ve hatta kamu görevlilerinin ve politikalarının eleştirilmesinin daha da önemli olduğu kanaatine götürür. İki amaç bu tezde önemlidir.⁷²

Birincisi, ifade özgürlüğü bağımsızlık gücünün geliştirilmesi için seçmenin bilinçli hale getirilmesi bakımından önemlidir. Çünkü halk kararları alacak olandır ve dolayısıyla, herhangi bir kararı almadan önce, bütün bilgi materyallerini elde etme ihtiyacındadır.⁷³

İkincisi, eleştirme özgürlüğü kamu görevlilerinin efendileri olan halk çoğunluğuna karşı tam anlamıyla sorumlu kamu hizmetçileri olarak kalmalarını mümkün kıldığı için önemlidir. Bir demokraside liderlerin halkın arzularına hizmet etmek üzere iktidarda olduklarını hatırlatır. İfade özgürlüğü, halkın bu arzularını yönetime iletmesinin bir yoludur ve halkın, isteklerini ifade etmesinin yasaklanması, iktidarın, halkın taleplerine cevap vermek şeklindeki kesin varoluş amacıyla

⁶⁹ SADURSKI, a.g.e., s.20.

⁷⁰ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.133.

⁷¹ SCHAUER, a.g.e., s.51.

⁷² SCHAUER, a.g.e., s.52.

⁷³ SCHAUER, a.g.e., s.54.

bağdaşmaz.⁷⁴ Ayrıca iktidarın hizmetçi rolü, liderleri reddetme ve eleştirme hakkımızın tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Kendi kendini yönetme teorisi de denen demokrasi tezince bu durum tam merkezdedir.⁷⁵

Dolayısıyla demokrasiye dayanan tez gücünü, siyasi yönetimlerin çoğunlukla, genel oy hakkı ve çoğunluk kuralına dayalı bazı ilkelerle sık sık ve açık olarak yapılan seçimler şeklindeki bir sistem aracılığı ile bütün halkın teoride ve uygulamada egemenliğe sahip olduğu bir devleti oluşturmak üzere yapılması gerektiği şeklindeki başlangıç varsayımından alır. Kendi kendini yönetme fikrini somutlaştırır. Bu bağlamda en önemli olanı ise, insanlara hatalı olabilme hakkını tanıyan bir yönetim sistemi olmasıdır.⁷⁶ Ancak, tezdeki egemen halk kavramı, tezi güçlendirdiği ölçüde zayıflatmaktadır. Şöyle ki egemen halk çoğunluğun sesi olduğu takdirde azınlığın haklarını yok sayabilecektir. Yetki verirken de halk bu egemenliği kullanabilecektir. Çoğunluk neyin doğru neyin yanlış olduğuna karar verebilecek ve sonuçta konuşulmasını istemediği konularda sınırlamalar veya yasaklamalar getirecektir.⁷⁷ Bu tür demokrasiler mutlak demokrasi anlayışı içerisindedirler ve kayıtsız şartsız çoğunluğun iradesine dayanırlar. Mutlak demokrasilerde azınlığın hiçbir rolü yoktur. Oysa klasik demokrasilerde azınlığa hiç olmazsa ‘çoğunluk haline geçebilme’ hakkı tanınır.⁷⁸

İnsanın insan olmak nedeniyle sahip bulunduğu hak ve özgürlükleri kutsal kılan, bunları olabildiğince çağdaş boyutlarda geliştirmeğe çalışan ve devlet mekanizmasını bu amacı sağlamak doğrultusunda oluşturan, insanların doğuştan gelen temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan, kişileri her türlü baskıya karşı koruyan, ideal özgürlükler ve haklar düzenine gene özgürlükçü yoldan gitmeğe çalışan rejimi klasik demokrasi olarak adlandırdığımız takdirde ifade özgürlüğü ve demokrasi ilişkisini netleştirmiş oluruz.⁷⁹ Dolayısıyla bu tezde ifade özgürlüğünün dayanağı olarak gösterilen demokrasinin niteliği kesinlikle mutlak veya otoriter olmayacaktır.

⁷⁴ SADURSKI, a.g.e., s.22.

⁷⁵ SCHAUER, a.g.e., s.56.

⁷⁶ BEYDOĞAN, a.g.e., s.54.

⁷⁷ BEYDOĞAN, a.g.e., s.63.

⁷⁸ KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s.167.

⁷⁹ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000, s.40.

C. Bireysel Gelişim Tezi

İfade, özgür insanlar olarak kendimizi nasıl tanımladığımızdır. Her ifade bir kendini gerçekleştirme eylemidir. Çünkü insan olarak, hayatın bize sunduğu imkanlar hakkında düşünmek ve geçmişi ve geleceği tahayyül etmek yanında, bu imkanları açık bir şekilde kelimeler, sanat, edebiyat ile ifade edebilmek isteriz.⁸⁰

İnsanlar inançlarını ve genel tartışmalardaki politik yaklaşımlarını ve diğer insanların eleştirilerine cevaplarını formüle etmek için serbest olmadıkça zihinsel ve manevi olarak gelişemezler. Bu tez, serbest ifadeyi, her şahsın kendi kendini geliştirme ve tanımlama hakkının bütünleyici yönü olarak görür.⁸¹

Bu tez konusunda Thomas Emerson şöyle demiştir. “İfade hürriyeti bireyin kendini gerçekleştirme vasıtası olarak elzemdir. Bireyin bir insan olarak karakterini ve potansiyellerini gerçekleştirmesi insanoğlunun hususi gayesidir. İnsanın hakikat arayışını ve onun ifadesini durdurmak toplumu ve devleti despotik bir konuma yükseltmek ve bireyi başkalarının keyfi kontrolüne bırakmak demektir.”⁸²

Ancak bu tezin de eleştirilmesi gereken yanı sınırsız bir özgürlük anlayışı eğiliminde olmasıdır. İfade özgürlüğünün önemi üzerinde fazlaca durmuş olan Mill dahi, “ifade edildikleri şartlar, ifade edildikleri zaman bazı şeytani eylemlere sebebiyet verecekse, fikirler bile dokunulmazlıklarını kaybederler” demiştir.⁸³

Eğer ifade özgürlüğünü himaye gerekçesi, konuşmacının kendini ifade etmesini mümkün kılmak ise, o zaman ‘kötü’ ifade örnekleri, iletişimsel veya başka türlü herhangi bir davranış konusunda kabul ettiğimiz sınırların aynısına tabi tutulmalıdır. Bu yüzden kendini ifade ve kendini gerçekleştirme değerlerine başvurmak, ifade özgürlüğünü sınırlayan yasalara bir dayanak olmamaktadır.⁸⁴

⁸⁰ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.126.

⁸¹ BEYDOĞAN, a.g.e., s.42.

⁸² TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.126.

⁸³ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.127.

⁸⁴ SADURSKI, a.g.e., s.19.

IV. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN OLUŞUM AŞAMALARI

A. Bilgilenme Hakkı

İfade özgürlüğüne giden yolda düşünceyi temel alırsak düşünce özgürlüğünü bir kaynak gibi düşünmemiz gerekir. Bu kaynak iki aşamadan oluşur. Birincisi bilgilenme hakkıdır. Kişinin düşüncelere sahip olabilmesi bilgilenme hakkının kullanılabilir olmasına bağlıdır. Kişinin çeşitli düşüncelere sahip olması kanaati olduğunu gösterir ki kişilik, kanaatler olduğu sürece vardır. Kanaat özgürlüğü bu anlamda ikinci aşama olarak değerlendirilmelidir. Bu kanaatlerin açıklanması ve yayılması ile ifade özgürlüğü süreci tamamlanmış olur.

İfade özgürlüğünden bahsedilmek için haber, fikir ve bilgilerin araştırılması, elde edilmesi ve serbestçe öğrenilmesi gerekir. Bilgi kişisel düşünme yetisini geliştirir. Düşünce yalın akıl faaliyeti ile yapılabilen bir eylem değildir. Başkaca bilgi ve düşüncelerin ussal bir faaliyet ile sonuçlandırılmasıdır. Düşünceye ulaşabilmek için iletişim ve bilgiye ulaşma kanallarının açık olması gerekir. Bazı bilgilere ulaşma yollarının yasaklanması veya sınırlandırılması ile tek tip düşünce oluşmaya başlar. Bu durum toplumun gelişimi önünde oldukça ciddi bir engeldir.⁸⁵ Bu hak insanın bilmek ve öğrenmek ihtiyacını karşılayan bir haktır. Bilgilenme kişisel gelişimi sağlamakla birlikte toplumsal bilinç oluşumu açısından da önemlidir. Demokratik toplumun temel dayanaklarından biri de ifade özgürlüğünün kullanılabilmesidir.

Demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gereği, ifade özgürlüğü olmazsa olmazdır. Çoğulculuğun reddedildiği bir ortamda, bireylerin serbest düşünme yetenekleri körelmektedir. Bu anlamda bireylerin bilinçsiz olduğu ortamda demokratik denetleme mümkün değildir. Çünkü ülke gelişimine yön verecek olan iktidarı belirleyen kamuoyunun oluşumu, hangi nedenle neyi seçtiğini bilen insanlarla mümkün olacaktır. Ancak bilgi sahibi insan yönlendirilmeden kendi kanaatlerini oluşturur ve yine kendi kanaatlerine göre karar verebilir. Belli bir zamanda bir tartışmalı sorun karşısında, bu sorunla ilgilenen kişiler grubuna veya gruplarına hakim olan kanaate kamuoyu denilmektedir.⁸⁶ Bu

⁸⁵ Hamit ERSOY, “Ulusalüstü ve Ulusal Mevzuat Işığında İfade Özgürlüğü”, www.tbmm.gov.tr, erişim tarihi: 24.1.2006, s.2.

⁸⁶ Münci KAPANİ, **Politika Bilimine Giriş**, 12.b., Ankara: Bilgi Yayınevi, 2000, s.147.

tanımlamadan da anlaşılacağı üzere kamuoyu oluşumu grupların kanaatlerinin varlığına bağlıdır.

Kanaat oluşumu ancak bilgilenme hakkının kullanılabilmesi ile mümkündür. Ayrıca sadece iktidarı belirleme konusunda değil demokratik rejimlerin özelliği gereği toplumsal bütün sorunlarda ifade özgürlüğünün örgütlü kullanımı ile kamuoyu oluşturulabilmektedir.

Demokrasinin işlerlik kazanması ve denetlenmesi halkın katılımı ile olmaksay bu katılım ancak ifade özgürlüğü ile olabilir. Bu anlamda halkın ifade özgürlüğünü kullanabilmesi haber, bilgi ya da belgelere ulaşabilmesi ile mümkündür. Haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme enformasyon hakkı olarak da nitelendirilmektedir. Enformasyon hakkının gerçekleşebilmesi sadece haber ve bilgi iletme serbestliğiyle değil, aynı zamanda iletme ödevinin gerçekleşmesine de bağlıdır. Buna “enformasyon verme ödevi” denilmektedir. Devlet ilk muhataptır. Devlet bu dolaşımın gerçekleşmesi için enformasyon ağı kurmakla yükümlüdür.⁸⁷

İnsanların bilgilere ulaşması kadar kendilerine iletilmesi de gereklidir. İlgili bilgi ve haberleri iletme (enforme etme) özgürlüğü, karşılıklı olarak enformasyon alışverişinde bulunma hak ve özgürlüğü, enforme edilme, bilgi edinme veya bilgilenme hakkı olarak üç aşamaya ayrılabilir.⁸⁸ Bu ağı içerisinde devletin açıklığı, tek yanlı karar alma sürecinde kapalılığın kaldırılması ve idari işlemlerin yapılması olayının saydamlığa kavuşturulmasıdır.⁸⁹ İdarede açıklık ilkesi bilgi ve belgelere ulaşma hakkının varlığını zorunluluk saymaktadır. Demokratik olmayan sistemlerde bireylerin bilgilenme hakkının sınırlandırılması devlete mahsus yarar kapsamında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla gizlilik ve devlet sırrı kapsamında değerlendirilen bilgi ve belgelerle, bireyin ve kamunun bilgilenmesine açık bilgi ve belgelerin belirlenmesi sorununun çözümü, demokratik şeffaf yönetimin temini açısından önemlidir.

24.10.2003 tarihinde 25269 sayılı resmi gazetede yayınlanan ve 24.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, ülkemizde şeffaf yönetime geçmek amacıyla getirilmiş bir yasal düzenlemedir. Kanunun birinci

⁸⁷ İbrahim Ö. KABOĞLU, “Düşünce Özgürlüğü”, Editör: İbrahim Ö. KABOĞLU, **İnsan Hakları**, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları (Cogito), 2000, s.108.

⁸⁸ KABOĞLU, “Düşünce Özgürlüğü”, s.108.

⁸⁹ Reyhan SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları (Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında)”, (Yayımlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999), s.43.

maddesinde; “Bu kanunun amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir” şeklinde ifade edilmiştir.

Bilgi edinme hakkı, kamu yönetiminde, yönetimin elinde bulunan bilgi ve belgelere ulaşabilme hakkıdır. Bu hakkı kısaca, yönetimin kararları, eylem ve işlemleri ile ilgili bilgi ve belgelerin yönetilenler tarafından elde edilebilmesi olgusu olarak da tanımlanabilir.⁹⁰

Getirdiği birçok sınırlamaya rağmen Bilgi Edinme Hakkı Kanununun ülkemizde, yasal bir boşluğu doldurması açısından büyük önemi vardır. Bireyler artık devletin tasarrufları, kamu kurumlarının işleyişi konusunda bilgi sahibi olabileceklerdir. Devlette kutsallık ve dolayısıyla dokunulamazlık boyutundan bilgi isteme noktasına gelmek her açıdan iyi bir gelişmedir. Her ne kadar bilgi edin(me) hakkı kanunu olarak nitelendirilmiş olsa da. Bilgi edinme hakkı, yönetenler ile yönetilenler arasında daha iyi, basit ve güvenli bir bağ kurmaya, diyalog yoluyla çatışmaları önlemeye, anlaşmazlığı azaltmaya ve böylece yönetimde etkinlik ve verimliliği arttırmaya yönelik bir haktır.⁹¹

Avrupa Birliği Anayasası’nın II. Bölümünde madde 102’de bulunan belgelere erişim hakkı başlıklı hükümle; “herhangi bir Birlik vatandaşı ve Üye Devletlerden birinde ikamet eden ya da kayıtlı işyeri Üye Devletlerden birinde bulunan bütün gerçek ya da tüzel kişiler, Birlik kurumları, teşkilatları ve dairelerinin belgelerine, bu belgelerin oluşturuldukları biçimde ulaşma hakkına sahiptir” diyerek bilgilenme hakkını AB mevzuatında pozitif temele kavuşturmuştur.

Bilgi edinme ya da bilgilenme hakkı konusunda çağdaş anayasalarda en kapsamlı düzenleme Portekiz Anayasası tarafından yapılmıştır. Bunun yanında enformasyon özgürlüğüne İHAS da madde 10’da yer vermiştir. “Bu hak, kanaat özgürlüğü ve resmi makamlarca ve ülke sınırlarına bakılmaksızın, haber veya fikirleri almak ya da iletmek özgürlüğünü içerir.” Sözleşme, açıklama özgürlüğünün sınırlarını siyasal, dinsel, felsefi söylemler alanına çekerek genişletmiştir. Yani amaç bilginin içeriğinden çok formülasyonu ile ilgilenmektir. Bu durum enformasyonların

⁹⁰ Erdoğan YÜCEL, “Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı ve Uygulaması”, www.adalet.gov.tr, erişim tarihi: 29.4.2006, s.2.

⁹¹ YÜCEL, “Türkiye’de Bilgi Edinme...”, s.3.

ülke sınırlarını aşarak serbest dolaşımını sağlamak ve iletişim teknik araçlarına herkesin serbest giriş olanağının tanınmasını gerekli kılmaktadır.⁹²

Ayrıca enformasyon ağında bir boyutta bilgiye ulaşmada kitle iletişim araçlarının etkin kullanımıdır. Basın, radyo, TV ve çağımızın bilgi kaynağı internet kullanımlarının enformasyon açısından hayati değeri vardır. Bu araçların önemi her çeşit görüş ve fikrin öğrenilebilmesinde yatmaktadır. Ancak, kamuoyunun yönlendirilmesini kolaylaştıran kitle iletişim araçları iktidarın ya da başka güç odaklarının baskıları nedeniyle yozlaşmaktadır.⁹³ Gerçeklere ya da bilgiye ulaşmada sapmalar yaşanmaktadır. Bu anlamda devletin demokratik ve çağdaş yapısını muhafazası ancak tekelleşmenin önleendiği, ulusal ve uluslararası bilgi kaynaklarına kolay ulaşımın sağlandığı enformasyon ağı ile mümkün olacaktır.⁹⁴

Uluslararası alanda genel bilgi kaynaklarına ulaşmak herkesin hakkıdır. Ancak, bireyin kendisiyle ilgili kaynaklara ulaşma hakkını içermemektedir. Bilgi edinme hakkı kapsamında, idareden talep edilen bilgi ve belgelerin ilgilere verilmesi uygulamasının mutlak olamayacağı, bilgi edinmenin de bir sınırının olduğu, her talep edilen bilgi ve belgenin verilmeyeceği/verilemeyeceği açıktır⁹⁵. Bu sınırlandırmada kullanılacak ölçütlerde; gizlenmesinde kamu yararı olduğu mutlak olan bilgi ve belgelerin açıklanmaması kuralı, mutlak istisna ve idarenin bilgiye sahip olduğunu ya da bilgiyi açıklamasındaki kamu yararından daha büyük bir kamu yararı bulunması durumunda bilginin açıklanmayacağı kuralı dikkate alınmalıdır⁹⁶. Yönetimde açıklık bilgi ve belgelere ulaşmayı gerektirse de bilgilenme aşamasında özel haberleşme alanının muhafazası şarttır. Bu alana telefonla haberleşmede dinlenmeme; mektup, fax, e-posta, davetiye gibi yazışmalarda gizliliğin sağlanması dahildir.⁹⁷

Bilgilenme hakkına yönelik bir kaynak da eğitimidir. Eğitim kişileri bilgilendirici, potansiyellerini geliştirici tarafsız bir kamu faaliyeti olarak ele alınmaz ise; kişilerin belli bir inanç, dünya görüşü veya ideoloji doğrultusunda yetiştirme faaliyeti olarak değerlendirilirse, düşünebilme yetenekleri tek yönlü gelişen kişilerin

⁹² KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s.338.

⁹³ Harun TEPE, “Medya, Düşünce Özgürlüğü ve İnsan Hakları”, Haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.5, 2002, s.42.

⁹⁴ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.47.

⁹⁵ ÇOLAK N.İlker, “Bilgi Edinme Hakkı, Önemi ve Bilgi Verme Yükümlülüğü”, www.e-akademi.org.tr, erişim tarihi: 25.05.2006.

⁹⁶ ÇOLAK N.İlker, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Sınırlama Ölçütleri”, www.e-akademi.org.tr, erişim tarihi: 25.05.2006.

⁹⁷ Sami SELÇUK, “Düşün Özgürlüğü”, haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA)**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.12, 2005, s.142.

ifade özgürlükleri engellenmiş olacaktır.⁹⁸ 1982 Anayasası madde 5'e göre de devletin temel görevlerinden birisi, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gereken ortamın sağlanmasıdır. Ancak, gelişmekte olan ülkelerin temel sorunlarından birisi devletin resmi ideoloji mantığı ile kişisel gelişimi algılamasıdır. Kişilerin rasyonel bir varlık değil de yön verilmeye muhtaç varlıklar olarak algılanmalarıdır. Gerçeğin ya da doğrunun tespiti yöneticilerin tekelinde görüldüğünden, farklı olmaya ve düşünmeye izin verilmez. Farklı fikirlerin öne sürülmesi, toplum düzenine bir tehdit olarak görülür.⁹⁹ Kişilerin kendi ülkelerinde veya dünyada olan biten konusundaki kendi fikirlerini oluşturma ve ifade etme hakkı, ancak doğru bilgi edinme hakkının korunmasıyla sağlanabilir.¹⁰⁰

B. Kanaat Özgürlüğü

Bilgiye ulaşan kişi bunların içinden kendince en doğru olanını seçer ve artık kanaat sahibidir. Kanaat özgürlüğünün oluşabilmesi bilgilenme hakkının kullanılabilmesine bağlıdır. Bu anlamda kanaat özgürlüğü, içeriği her ne olursa olsun her türlü bilgiye ulaşılabilirdiği takdirde gerçekleşecektir. Bu hak, hangi alanda olursa olsun bireyin edindiği bilgiler arasından doğru olduğuna inandığı görüşleri seçebilmesi anlamına gelir. Bu özgürlük aslında kişinin zihninde gerçekleşir. Kanaat özgürlüğünde seçim yapılan alan din, vicdani kanaatler veya ahlak alanında olursa din veya vicdan özgürlüğü olmaktadır.

Kanaat özgürlüğü her ne kadar kişinin iç dünyası ile ilgili de olsa korunma görmeyeceği anlamına gelmez. Çünkü kanaate sahip olma, bu kanaati açıklamama, kanaati nedeniyle kınanmama ya da kanaati olmayan şeyleri açıklamama haklarını kapsar. Bu özgürlük, sadece kanaatlerin açıklanmasını tehlikeye koyan her şeye karşı güvenceleri değil, farklı siyasal, felsefi ya da dinsel inanışları nedeniyle bireyleri rahatsız eden ya da bunların benimsenmesini engelleyen olumsuz etmene karşı güvenceyi gerekli kılmaktadır.¹⁰¹

Kanaat özgürlüğü aynı zamanda demokratik bir toplumun zorunlu ögesidir. Çünkü demokrasi; kişileri kanaatleri dolayısıyla baskı görmemesi için uygun ortamı

⁹⁸ SUNAY, "İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları", s.45.

⁹⁹ Cüneyt TORAMAN, "İfade Özgürlüğü Raporu", www.hukukcularder.org.tr, erişim tarihi: 14.1.2006, s.5.

¹⁰⁰ TEPE, a.g.e., s.44.

¹⁰¹ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s.337.

yaratmakta ve de kaygı duyulmamasını sağlamaktadır. Bu hak sayesinde demokrasinin en temel niteliği ortaya çıkmaktadır. Serbest düşünce dolaşımının sağlandığı ortamda oluşan bilinçli kanaatler sayesinde gelişebilmektedir. Böylece bugünkü net doğrular yarınki yanlışlar olabilmektedir. Demokraside geçiş süreçlerini olaysız geçirilmesini sağlayan, değişen tercihleri hoşgörü ile barındıran bir sistem olmaktadır. Bu anlamda devletin tarafsızlık yükümlülüğü vardır.

Kanaat özgürlüğünün kısıtlanması durumu öncelikle kişilerin kanaatleri dolayısıyla kınanması ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ile olmaktadır. Ancak çağdaş demokratik toplumlarda herkes ulaştığı çeşitli bilgilerden kendince doğru olanı seçmekte özgür olmalı ve topluma aykırı bir düşünce de olsa saygı görmeyi hak etmektedir.

C. Düşünceleri Açıklama ve Yayma Özgürlüğü

Düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü, özgür ifade oluşumunda son aşamadır. Kişinin iç aleminde kalan açıklanmayan ya da açıklanamayan düşünce özgür değildir. Ancak düşüncelerin dış dünyaya yansıtılması ile gerçek anlamda ifade özgürlüğü oluşmaktadır. Çünkü sadece bilgi edinme ve tercih yapabilme yetmemektedir. Fikirlerin serbestçe açıklanabilmesi gerekmektedir. Bu durum hem kişisel gelişim açısından hem de toplumsal gelişim açısından önemlidir. Fikirlerin açıklanması imkanı, kişilerin ve toplumların ilerlemesinin temel şartı olarak değerlendirilmektedir.¹⁰² Tanımlama bölümünde de belirttiğimiz gibi sarmal teori gereği açıklama özgürlüğü kısıtlandığında bilgi akışı da durmaktadır. Toplumsal ilerleme durur ve kargaşa ortamı oluşur. Sosyal çevrede yaşayan insanın, istek ve ihtiyaçlarına kendi fikir ve inançları doğrultusunda çözüm araması en doğal hakkıdır.

Düşüncelerin açıklanması ve yayılması faaliyetleri çeşitli şekillerde gerçekleşmektedir. Kişisel düşüncelerini ifade kapsamında, dile getirme, savunma, anlatma, tanıtmaya, ilan etme, yaratma, eleştirme, reddetme, çağrıda bulunma, karşı çağrıda bulunma, ikna etme, açıklama, yayma, yayımlama, benimsetmeye çalışma, propaganda ve bir düşünce için mücadele yapma şeklinde belirtilebilir. Araçlar söz, yazı, resim, müzik, sinema, ticari reklamlar ve ilanlar, sembolik ifadeler denen

¹⁰² İHAM Kararı, Oberschlick v. Avusturya, 23.5.1991, <http://aihm.anadolu.edu.tr>, erişim tarihi: 5.5.2006.

eylemler, giyim, gösteri, radyo, televizyon, internet... vb her türlü araç kullanılabilir. Ayrıca kullanılan dil de anlatım özgürlüğünün ayrılmaz parçasıdır.¹⁰³ Kişilerin ifade için seçtikleri dilin niteliği önemli değildir. Çünkü asıl olan ifadedir. Hangi dilin kullanıldığı demokratik ve çağdaş toplumlarda sorun yaratmamalıdır. Bazen de ifade için seçilen dil ifadeyi tanımlamak ya da daha etkili hale getirmek amacıyla kullanılır ki bu da düşünceleri açıklama özgürlüğü kapsamında yer alır. Çünkü düşüncenin toplumda etki yaratması asıldır. Hatta dil konusunda uluslararası alanda dillerin korunması ve standartların belirlenmesi amacıyla Avrupa Dil Şartı belgesi akdedilmiştir. Dil Şartı eğitim, adalet, kamu hizmeti, kitle iletişim araçları, kültürel, ekonomik ve sosyal faaliyetlerde yöresel ya da azınlık dillerinin kullanılması konu edilmiştir.¹⁰⁴

Düşüncelerin açıklanması özgürlüğü kendi fikirlerini açıklama, beğenmediği düşünceleri eleştirme, fikir ve inançlarına uygun davranabilmeyi gerektirdiği gibi bunun yanında fikirlerini başkalarına kabul ettirme imkanlarını da vermektedir. Fikre taraftar kazanmayı ve bireylerin tutumları üzerinde kontrol kurmayı hedefleyen propaganda faaliyetleri de fikirlerin açıklanması ve yayılması özgürlüğü içerisinde yer almaktadır. Ancak sınır şiddet ve zor kullanım olmalıdır. Çünkü suç alanına girmiş olur. Yani düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü şiddet içermeyen propagandayı da kapsamına almaktadır.¹⁰⁵

Düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü kullanıldığı araçlara göre çeşitli özgürlüklere kaynaklık etmektedir. Özellikle kullanılan araçlar kitle iletişim araçları olduğu takdirde kitle iletişim özgürlüğü adını almaktadır. Bu özgürlük araçlar farklılaştıkça başka özgürlüklere vücut vermektedir. Öncelikle ilki klasik yazılı, süreli ve süresiz basın ve yayın faaliyetleri ile bilgi ve düşünce aktarımlarını içeren basın-yayın özgürlüğüdür. İkincisi televizyon, radyo, video, müzik, sinema gibi araçlarla yapılan ifade aktarımları görsel-işitsel iletişim özgürlüğü olarak adlandırılmaktadır. Üçüncüsü ise daha çok sanatsal ifadeleri kullanmaları nedeniyle ve akademik çalışmalar nedeniyle bilim ve sanat özgürlükleri olmaktadır. Bu

¹⁰³ SELÇUK, a.g.e., s.141.

¹⁰⁴ Şinasi Özgür MUMCU, "Düşünce Özgürlüğü ve Onun Uzantısı olan Hak ve Özgürlüklere İlişkin 2001 Anayasa Değişiklikleri", **Yıldızhan YAYLA'ya Armağan**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını, (ty), s.632.

¹⁰⁵ SUNAY, "İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları", s.55.

özgürlüklerin spesifik bir şekilde ifade özgürlüğünün alt birimleri ya da ondan türeyenler olduklarını söyleyebiliriz.¹⁰⁶

Düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü insanın doğası gereği başkaları ile paylaşıldıkça vardır. Ayrıca kişiler bu özgürlüğü başka kişilerle birlikte kullanabilmektedirler. Bu kullanımlar toplu olduğu zaman kolektif özgürlükleri gündeme getirir. İfade özgürlüğünün etkin kullanım biçimi olması açısından hayati önem taşımaktadır. Ayrıca demokrasinin ve çoğulculuğun zenginleşmesinde büyük rol oynar. Kolektif özgürlüklerin kullanıldığı somut mekan ve topluluklar derneklere örnek; vakıflar, toplantı ve gösteri, meslek kuruluşları ve sendikalar, siyasal partiler... vb gösterilebilir. Bu araçların kullanımına göre çeşitli özgürlükler ortaya çıkmaktadır. Örnek toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğü olabilir.¹⁰⁷

Bilgilenme hakkı, kanaat özgürlüğü ve devam eden süreçte düşünceleri açıklama özgürlüğü olmadan özgür ifade oluşmamaktadır. İfade özgürlüğü bu üç aşama neticesinde meydana gelmektedir. İfade özgürlüğü öncelikle insan saygınlığı, kişisel gelişim açısından daha sonra da demokratik toplumun gerçekleşmesi açısından önemlidir.

V. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Hangi ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ve bu ifadelerin sınırlarının ne olduğu konusu ifadelerin nitelikleri dikkate alınarak ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. Çünkü ifade özgürlüğü hususu farklı kültürlerle ait yargı makamlarında çeşitli hükümlere neden olmuştur. Özellikle siyasi ifadeler ve eylemsel ifadeler konusunda İHAM kararları ve ABD Yüksek Mahkemesi kararları farklılık arz etmektedir.

İfade özgürlüğünün kapsamına müstehcen ifadelerin ve nefret ifadelerinin de girip girmediği incelenmesi gereken bir husustur. Ticari ifadeler de kamu düzeni ve genel sağlık açısından sınırlı olmakla birlikte bilgilenme hakkı kapsamında değerlendirilerek ifade özgürlüğü boyutu alt başlık halinde irdelenmelidir.

¹⁰⁶ SEZER, a.g.e., s.4.

¹⁰⁷ TANÖR, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s.77.

A. Siyasi İfadeler

İfade özgürlüğü açısından siyasi ifadeler neden önemlidir? Siyasal ifadeler neden kısıtlanmaktadır ya da kısıtlanmamalıdır?

Siyasal ifadeler belli ölçüler içinde ifade özgürlüğüne dahildir. Aristoteles, insanın siyasal bir öze sahip olduğunu ve bu niteliğinin toplum içinde anlam kazanacağını dile getirmiştir.¹⁰⁸ Siyasal varlık olmak kesinlikle insanın düşünme yeteneği ile ilgilidir. Kişi kendini gerçekleştirirken öncelikle düşünme yetisini kullanır. İnsanın toplumsal bağlarını da ifade özgürlüğü kurar. Bir insanın toplumla en temel bağı yaşadıkları toplumu geliştirmektir. Toplumda yanlış gittiğini düşündüğü konular hakkında fikirlerini ifade etmesi, eleştiri yapması, kamusal meselelerin kendi düşünceleri yönünde gelişmesi için iktidarı etkileyecek örgütlenmelere gitmesi, iktidarı belirlerken seçeceği yöneticilerin niteliklerini öğrenebilmesi, bu yöneticiler hakkındaki bilgilerini başka insanlarla paylaşabilmesi... vs. hepsi bir kişinin kendini gerçekleştirebilmesi, toplumsal katılımını sağlayabilmesi açısından önemlidir.

Bu anlamda fikirlerin serbestçe dile getirilemediği bir toplumda kamusal meseleler hakkında sağlıklı bilgi edinmek ve neyin kamunun iyiliğine olduğunu hep birlikte tespit edilmesine imkan verecek bir tartışma ve müzakere ortamını oluşturmak mümkün değildir.¹⁰⁹

Politik söylemler sayesinde toplum iktidar mücadelesini şiddet olmadan, kansasız halletmektedir. Yani otorite-özgürlük çatışmasının uzlaşma zeminine kavuşması politika sayesinde.¹¹⁰ Kişilerin siyasi düşüncesi olması, devlet-iktidar-toplum ilişkisi içinde fikir yürütme, devlet yönetimi, toplumsal gerekler hakkında çözüm önerileri sunmaktır.¹¹¹ Bu anlamda politika herkesin yararına olan bir toplum düzeni kurma çabasıdır. İşte bu noktada siyasal düşüncelerin korunması ve ifade özgürlüğü kapsamında bulunması şarttır.

Siyasal anlamda ifade özgürlüğünü en iyi şekilde sağlayan sistem demokrasi olmaktadır. Çünkü demokrasinin esasını, vatandaşların kendilerini ilgilendiren kararların alınması sürecine katılması oluşturur. Halkın kendi kendini yönetmesi

¹⁰⁸ DOEHRING, a.g.e., s.23.

¹⁰⁹ ERDOĞAN, "Demokratik Toplumda İfade...", s.40.

¹¹⁰ KAPANİ, *Politika Bilimine Giriş*, s.20.

¹¹¹ BEYDOĞAN, a.g.e., s.24.

olarak tanımlanan demokrasi yöneticilerin, yönetilenlerin düşünce ve duygularına karşı duyarlı olmalarını gerektirir. Bu anlamda ifade özgürlüğü anayasal güvence olarak yönetici-yönetilen arasındaki ilişkiyi sürdürmektedir. Ayrıca ifade özgürlüğü, seçmenlerin seçme yetkilerini akılcıca kullanması için seçime ilişkin seçmenlerin karar vermesini ve seçimlerin serbestçe yapılabilmesini etkileyen gerekli bilgilerin sağlanmasının taahhüt edilmesini gerektirir. Bir de olması gereken eleştiri hürriyeti ile kamu hizmetlisi olarak idari memurların üzerinde nüfuzu ve amirlerine karşı gereği gibi sorumlu olmayı mümkün hale getirmektedir.

Siyasi ifade, aydın vatandaşların üzerinde düşüneceği konu çeşitlerini kapsayan ve hakkında kamuoyu görüşünün gelişmesi ile ilgili tüm ifadelere hasredilebilir.¹¹²

Demokratik katılım ve serbest fikir akışının yarattığı özgürlük ortamında bu özgürlüklerden yararlanarak iktidarın ele geçirilmesi tehlikesi söz konusu olabilmektedir ki bu tehlike her zaman mevcuttur. Ancak, belirtmek gerekir ki bu düşünce siyaseti; ötekilerin susturulması, konuşmanın engellenmesi, aynı zamanda diğerlerinin siyasal özne olmaları çabalarının engellenmesi olarak algılayan düşüncenin ürünüdür.¹¹³ Bu nedenle düzenin kendini koruma çabaları olacaktır. Ancak, koruma siyasal ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar olarak belirecektir. Kısıtlamaların hukuk devleti, eşitlik ve demokrasi standartlarına uyması şarttır. Bu amaçla çıkarılan yasaların Anayasa Mahkemeleri tarafından denetlenmeleri ve hak ve özgürlüklerin siyasal iktidar karşısında korunmalarının sağlanması çok önemlidir.¹¹⁴ Çünkü vatandaş, ötekilerine seslenme hakkı ötekilerce tanınmış olan insandır.¹¹⁵

Kısıtlamalar konusunda önemli standartlar getiren İHAM, önüne getirilen sorunları Sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde yorumlamaktadır. Mahkeme siyasal ifadenin korunmasına oldukça fazla önem vermekte ve genellikle siyasi konuşmanın yapılmasına konulan sınırlandırmaları haklı gösterecek güçlü sebepler aramaktadır.¹¹⁶

¹¹² BEYDOĞAN, a.g.e., s.52.

¹¹³ Zühtü ARSLAN, "Liberal Demokrasilerin Zor Zaman Krizi ve İfade Özgürlüğü", Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.75.

¹¹⁴ ARSLAN, "Liberal Demokrasilerin Zor...", s.89.

¹¹⁵ ARSLAN, "Liberal Demokrasilerin Zor...", s.97.

¹¹⁶ BEYDOĞAN, a.g.e., s.81.

Ayrıca Mahkeme, politik konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünü sınırlamak için manevra alanının oldukça dar olduğunu; hükümet ile özel kişiler ve hatta politikacılar karşılaştırıldığında, hükümet için getirilebilecek eleştiri sınırlarının daha geniş olduğunu; hükümetin elinde bulundurduğu güç nazara alındığında kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı birçok farklı şekilde cevap verme hakkı varken cezai prosedürü işletme konusunda oldukça hassas davranmaları gerektiğini belirtmektedir.¹¹⁷

Mahkeme, siyasal liderler hakkında öne sürülen düşüncelerin aktarılması olgusunun kamuoyunun şekillenmesini sağlayan en temel niteliği olan siyasi tartışmanın Sözleşme tarafından korunan hakların başında geldiğini; politikacılar için kabul edilebilir eleştiri sınırının diğer bireylere göre daha geniş olması gerektiğini; özel kişilerden farklı olarak politikacıların her söz ve davranışını bilerek ve isteyerek basın ve kamuoyunun, görüş ve eleştirisine açtığı tespitlerini yapmıştır. Kişilerin şeref ve haysiyetlerinin korunmasından politikacılarında yararlanabileceğini, ancak bu gibi durumlarda korumanın zorunlu olup olmadığı, siyasi konuların açıkça tartışılması gereği açısından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁸

İHAM siyasal ifade özgürlüğü konusunda değerlendirmesini yaparken 10. maddenin yanı sıra 11. maddeden de faydalanmaktadır. Mahkemeye göre ifade özgürlüğünün toplu olarak kullanılması siyasi parti faaliyetlerinin bir kısmını oluşturması, siyasal partilerin Sözleşmenin 10. ve 11. maddelerinin korunmasından yararlanmasını sağlar. 11. madde de yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin hedeflerinden biri olarak fikir ve ifade özgürlüğünün korunmasını nitelendirdikten sonra, bu durumu “siyasi partilerin çoğulculuk ve demokrasinin tam olarak işlevini sağlamadaki temel rollerini” dikkate alarak partiler için de geçerli kılmıştır.¹¹⁹

İHAM siyasal haklar konusunda önemli olan seçim sistemleri konusunda ve İHAS Birinci Protokol madde 3 hakkında verdiği Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika kararında;¹²⁰ “Sözleşmeciler Devletler kendi iç hukuk düzenlerinde, seçme ve seçimlerde aday olma hakkını, Birinci Protokolün 3. maddesiyle kural olarak

¹¹⁷ BIÇAK, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları...”, s.284.

¹¹⁸ BIÇAK, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları...”, s.280.

¹¹⁹ İbrahim Ö. KABOĞLU, “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 20.1.2006, s.5.

¹²⁰ İHAM Kararı, Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika, 9267/81, 2.3.1987, <http://aihm.anadolu.edu.tr>, erişim tarihi: 16.5.2006.

engellenmemiş şartlara tabi tutabilirler... Seçim sistemleri, bir yandan, halkın görüşlerini güvenilir ve adilane bir şekilde yansıtmak, öte yandan, yeterince açık ve sağlam bir siyasal iradenin ortaya çıkmasını sağlayacak surette günün fikirlerine kanal açmak gibi, bazen birbirleriyle pek zor uyuşan hedefleri gerçekleştirmeye çalışırlar. Bu çerçevede, "yasama organının seçiminde halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda" deyimi, Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğünden ayrı olarak, esas itibarıyla, bütün vatandaşların seçme ve seçilme haklarını kullanırken eşit muamele görme ilkesini ima etmektedir."demektedir.

Siyasal ifade özgürlüğünün korunması basın özgürlüğü ile de yakın ilişki içerisinde. Çünkü başta da belirttiğimiz gibi siyasal ifadelere sahip olabilmenin ön koşulu her türlü bilgiye ulaşabilme imkanı yanında her türlü fikrin serbestçe ifade edilmesinde yatmaktadır. Tocqueville Amerika ziyareti sonrasında oradaki basının siyasal yaşam açısından önemi hakkında şunları dile getirmiştir. "Siyasi yaşamı bu geniş ülkenin bütün köşelerine yayıyorlar. Basının gözleri asla kapalı değil, siyasi saflardaki gizli değişiklikleri çıplak bir şekilde ortaya koyuyorlar ve devlet adamlarını kamuoyunun yargısına zorluyorlar. Belli doktrinler üzerinde yoğunlaşarak parti sloganlarına şekil veriyorlar. Basın vasıtasıyla, partiler gerçekten bir araya gelmeden birbirlerini dinleyip tartışıyorlar."¹²¹

Basın özgürlüğü oldukça siyasal ifadelerin de özgür olacağı görüşünü öne sürmek mümkündür. Siyasal ifadeler konusunda basın özgürlüğünün de diğer anlatımlar gibi devlete ya da otoriteye karşı korunması gerekmektedir. Ancak günümüz teknolojik, sosyal gelişmeleri çerçevesinde, devletin pasif halinden çıkarak sosyal devlet ödevini gerçekleştirmesi beklenmektedir. Ayrıca devlet, basın özgürlüğünün korunması gereken tek öge değildir. Bunun yanında dördüncü kuvvet olarak değerlendirilen basın, bazı güç odakları nedeniyle çok sesli görünümünü kaybetmekte tek sesli hale gelmekte ve hatta artık iletişimciler medyayı dördüncü maymun olarak adlandırmaktadırlar. Çünkü artık tek seslilik öyle bir hal alır ki toplum gündemi gerçek addeder. Bu anlamda basında öz denetimin sağlanması

¹²¹ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.133.

gerekmektedir. Yani adalet, objektiflik ve doğruluk gibi etik ve mesleki değerlerin uygulanması ile gerçekleşebilmektedir.¹²²

B. Bilimsel ve Sanatsal İfadeler

İnsanlar düşüncelerini çeşitli yollarla ifade edebilirler. Bu yollardan birisi de sanattır. Bu yargı ile sanatın ifade aracı olduğunu kabul ediyoruz. Peki, ne tür sanatsal ifadeler ifade özgürlüğü kapsamında olmalıdır?

Örneklerle bu konuyu irdelemeliyiz. Bir insan siyasi, felsefi, hukuki görüşünü, ya da dünya görüşünü ya da herhangi bir konudaki duygularını sanatın istediği bir şeklini seçerek anlatabilir. Bu araçların müzik, resim, heykel, modern sanatlar, sinema, tiyatro, edebiyat, plastik sanatlar olmasında bir ayrım yoktur.

Bir fikrin veya duygunun sanatla ifade edilmesinin önemi diğer insanlar üzerinde bıraktığı etki nedeniyledir. Çünkü normal yollardan açıklanan ifadenin yaratacağı etki yerine insanlar üzerinde şok etkisi yaratacak ya da kalıcı etki bırakacak ifadenin kullanılması daha mantıklı görülmektedir. Hedeflenen noktaya daha çabuk ulaşılabilir.

Örneğin Bob Marley, İngiliz sömürgesi olan Jamaikalı bir müzisyendi. 1970’lerde ülkede bağımsızlık mücadeleleri verilmeye başlanmıştır ve iç savaş halinde ülke çeşitli gruplara bölünmüştür. İngiliz baskısı insanları sınıflara ayırmıştır ve ekonomik açıdan kötü durumda olanlar tabi ki yerli halk ve varoşlardır. Şiddet artmıştır ve suç oranı çok yüksektir. Bob Marley bu ortamda yaptığı müzik nedeniyle çok ilgi gören bir müzisyendir. Hatta ilgi görmesinin bir nedeni de mevcut düzeni sorgulayan ve artık Jamaika’nın uyanması gerektiğini ifade eden bir güneş ve rasta motiflerinin albümlerine konmuş olmasıdır. Albüm kapakları, şarkı sözleri ve tınısı ile tamamen yeni ve asi bir tavrı vardır. Aslında yaptığı iş; müzikle beraber siyasi ifadesini sanat aracılığı ile ifade etmektir. Sonucunda politikacılara ulaşan bir etkinliği olmuştur. Şiddetin iyice arttığı bir ortamda politikacılar Bob Marley’in Jamaika’nın birleştirilmesi için konser vermesini talep ettiler ve o konserden sonra

¹²² Nevin Ünal ÖZKORKUT, “Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti’ndeki Görünümü”, **AÜHFD**, C:51, S:3, 2002, s.69.

büyük oranda ülkede şiddet olayları yatışmıştır. Halk sanatsal ifadesine saygı duyduğu bir müzisyeni dinlemiştir.¹²³

Bir başka örnek de; geçtiğimiz aylarda Danimarka’da bir gazetede yayınlanan ve İslam Peygamberi Hz. Muhammed (s.a.v.) ile ilgili karikatürler konusudur. Bunların sanatsal bir yanı var mıdır tartışılabilir. Ancak, genel anlamda karikatürün çizgi ile hiciv sanatı açısından değeri tartışılmaz. Bu anlamda olan olayları hatırlarsak karikatürler nedeniyle-ki içeriğini tartışmıyoruz-bütün dünyada Müslüman ülke halklarından protestolar ve de resmi makamlardan kınamalar gelmiştir. Karikatürler de bir düşüncenin ifadesi olmuştur ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeli midir? Yoksa dini değerler hakkında karikatür çizilmemeli midir ya da bunun sınırı ne olmalıdır? Bu konuda özellikle çeşitli yargı kararlarının kullanacakları ölçüt özellikle bir dine göre kutsal sayılan değerlere saldırının ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığının tartışılmasıdır. İfadenin etkisi hususunda da sınırlama yapılması halinde bu sınırlamanın sosyal bir ihtiyaca cevap verdiği ya da kamu düzenini koruduğu gerekçesi olmalıdır.

Bir karikatür meselesi de ülkemizde olmuştur. Bir dergide Başbakan ile ilgili karikatürler yayınlanmıştır. Bu karikatürler Başbakanı hayvan figürleri ile anlatmaktadır. Bu olayın neticesi ise yargıda hakaret davası açılması olmuştur. Politikacılar hakkında karikatür çizilmemeli midir? Yoksa politik söylemlerin karikatür ile hicvedilmesi sanatsal anlamda ifade özgürlüğü kapsamına girmemekte midir?

Bu konuda Mahkeme gerekçeli kararında; “Geniş kitlelere ulaşan karikatürler mademki Ülkenin Başbakanı ile ilgilidir Hukuka ve Adalete duyulan güvenin sarsılmaması için Yargı ve Hakim siyasi düşünce ile hareket etmemeli, zamana, kişiye, şartlara göre değişiklik gösteren sübjektif bir değerlendirmeden ibaret olacak hüküm yerine, toplumu oluşturan her bir bireyin kendi düşünce evreninde yapacağı yargılama sonucu vereceği hükme uygun hukuk kurallarına göre uyumazlığa çözüm getirmelidir...” demektedir. Devamla kararda; “Karikatür, kişi ya da olayları gülünç alışılmadık, çelişkili yanlarını yakalayarak, bazen de yazı ile desteklenen, abartılmış çizgilerle mizaha dönüştürme sanatıdır. Amacı insanların anlık algılarına yönelerek güldürmek ve güldürürken düşündürmektir. Konu olarak çoğu zaman insanı ele alır. Ancak, esasında ele aldığı insan değil, onun tutum ve davranışlarıdır. İnsanı konu

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.bobmarley.com, erişim tarihi: 5.5.2006.

alan karikatürler barındırdıkları mizah unsurları nedeniyle kişiyi gülünç duruma düşürebilirler. Bu açıdan bakıldığında karikatürün kişiyi toplum içinde gülünç duruma düşürdüğü için kişilik haklarını ihlal ettiği her zaman ileri sürülebilir. O zaman da karikatürün aslında bir sanat türü olmadığı, sadece hakaret etmenin bir yolu olduğu sonucu çıkar ki bu sonuç da karikatürü tamamen yasaklamayı gerektirir.” Denilerek karikatür tanımlanmıştır. Mahkeme kararda verilen cezayı değerlendirerek; “Tazminat hakkın korunmasında kullanılan bir yoldur, bu yolu fikirlerin serbestçe ifade edilmesinin karşısında bir silah durumuna getirmemek gerekir. Zira bilim ve sanatçıları, düşünürleri, yazarları, şairleri tazminat silahı ile susturulmuş bir toplumda ilerlemeyi sağlayacak fikir zenginliği ortamının oluşması beklenemez. Fikir öyle bir şeydir ki, kimine göre doğru olan öbürünün doğrusu olmamaktadır. Hatta bu doğrular zamana göre kişinin kendisinde bile değişebilmektedir. Düşünce ve fikirler olumluyu değil, olumsuzluğu da içerebilir. İncitici, aykırı ve endişe yaratıcı da olabilir. Önemli olan değer yargılarına ilişkin düşünce ve fikirlerin serbestçe ifade edilebilmesidir. İnsanları, tüm varlıkları, sanatı seven kişilerin ilerleyip gelişmesi için gerekli ve zorunlu koşullardan, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereği olduğu için demokratik toplumun temel taşlarından biri, hatta en önemlisi Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğüdür. Sanatçıların fikir ve düşüncelerini serbestçe açıklayabilmesi ile toplumun demokratikleşme katkısı göz ardı edilemez. Ancak bu özgürlüğün de tüm özgürlükler gibi sınırları vardır...” şeklindeki açıklaması ile karikatür nedeniyle fikirlerin serbest ifadesinin kısıtlanmaması gerektiğine değinmiştir. Mahkeme bu gerekçelere ek olarak ifade özgürlüğünün korunmasının nedenini belirttiği kararında; “Bu nedenle karikatürlerin toplumun tümünde veya bir kesiminde infiale sebebiyet vermemesi, gerçekte var olmayan bir durumu, olguları kasten çarpıtmak suretiyle varmış gibi göstermeye çalışmaması, kişileri yada kurumları toplum içinde küçük düşürücü ve bu durumdan maddi veya manevi çıkar sağlamayı amaçlamaması gerekir. Bu kriterler gözetilmeden çizilen karikatürler hukuka aykırı olur.” açıklamasıyla davanın reddine karar vermiştir.¹²⁴

Sadece siyasal amaçlarla değil müstehcen veya şiddet içerikli oldukları için bazı ifadeler ifade özgürlüğü kapsamında değildir. Örneğin bir resmin şiddet içerikli olduğu gerekçesi ile sınırlandırma yapılırken şiddet içeriği hangi kriterlere göre ve

¹²⁴ Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesi kararı, E.2005/105, K.2006/26, K.T. 14.02.2006.

kim tarafından belirlenmektedir? Sanatsal ifadeler açısından bir standart belirleme çabası da Greenawalt'dan gelmiştir. Resim, müzik ve dans gibi sözsüz ifadeler ifade hürriyeti kapsamına üç şartla girebilir. Birincisi, eseri yapan vakaları veya değerleri anlatmak isterse, ikincisi izleyiciler niyetin bu olduğunu anlarsa, üçüncüsü hükümetin bastırma girişimi bu mesaja yönelik olursa ifade özgürlüğü kapsamındadır.¹²⁵ Tabi bu sınırlandırma siyasal ifade içeren sanatsal ifadeler için özel boyutta kalacak bir sınırlandırma testidir. Ancak sanatsal ifade özgürlüğünün sınırları genellikle yargı makamlarınca genel ahlak, genel sağlık, kamu düzeni şeklinde belirlemektedir. Anti-demokratik ülkelerde bu kıstaslara ulusal güvenlik de eklenebilmektedir.

Sanatsal ifadeler de ifade özgürlüğü kapsamına alınmıştır. İHAM bu konuda pek çok kararında sanatsal söylemlerin de düşünce açıklaması olduğunu belirtmiştir.¹²⁶

İnsanın ifade özgürlüğü açısından verdiği ilk mücadelelerden biri de bilimsel ifadeyi açıklama konusunda olmuştur. Bu anlamda pozitif bilimlerin gelişimi hızlanmış ve otoriteye karşı, dogmalara karşı mücadele yani siyasal ifade bilimsel ifade ile birlikte gelişmiştir.

Bilimsel ifadelerde özgürlük, özellikle akademik özgürlük alanında önem taşımaktadır. Çünkü akademik özgürlük; akademik topluluğun, yani bilim adamları, öğretmenler ve öğrencilerin, kendi bilimsel aktivitelerini herhangi bir dışsal baskı olmaksızın kendi belirledikleri çerçeve içinde etik kurallara ve uluslararası standartlara uygun bir biçimde izleyebilme özgürlüğüdür.¹²⁷

Akademik özgürlük üniversitelerden ayrı düşünülemez. Üniversiteler günümüzde akademik ve bilimsel bilginin üretildiği, toplumların geleceğini biçimlendiren fikirlerin ortaya atıldığı, tartışıldığı ve sistemleştirildiği en önemli yerlerden birisidir. Akademik özgürlüğün ayrı bir kategori olarak düzenlenmemesi gerektiği yönünde görüşler vardır. Bu görüşlerin gerekçesi akademisyenlerin herkes gibi sivil ve siyasal ifade özgürlüklerinden ya da soruna göre toplanma

¹²⁵ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.30.

¹²⁶ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve Oğuz SANCAKTAR, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Gözden Geçirilmiş 2.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.443.

¹²⁷ Bekir Berat ÖZİPEK, "Akademik Özgürlüğün Anlamı ve Gerekliliği", Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.192.

özgürlüklerinden yararlanabilecekleridir. Ayrıca bilim adamlarına imtiyaz tanımak gereksiz olacaktır. Ancak, bu teorinin geçerliliği demokratik toplumda özgürlüklerin herkes için sorunsuz işlemekte olmasına bağlıdır.

Oysa demokratikleşme sürecindeki ülkelerde, üniversitelerle ilgili bir düzenleme yapılırken bir ilke olarak sürekli göz önünde tutulmasının, sivil ve siyasi hakların en azından akademik ve bilimsel etkinlikler alanındaki kullanım alanını genişletmeye katkıda bulunacağı düşünülebilir. Bu anlamda akademik özgürlüğü pratik olarak sınırlayıcı bir etken olarak, bilimsel araştırmaların devlet tarafından finanse edilmesi ve desteklenmesinden söz edebiliriz. Kaldı ki bu tür yaklaşımlar demokratik sistemlerde bile olmaktadır. Bu açıdan akademik ve bilimsel özgürlüğün kısıtlanmaması ancak devlet denetimine mümkün olduğunca uzak kalmasında, üniversitelerin özerkliğinde ve çeşitli finansmanlarda yatabilmektedir.¹²⁸

C. Eylemsel İfadeler

İfade özgürlüğünün kapsamı araştırılırken günümüzde yoğunlukla tartışılan ve bir teorik temele oturtulmaya çalışılan eylemsel ifadelerin durumudur. Eylemler ifade özgürlüğü kapsamında mıdır? Özgürlük kanunların izin verdiği her şeyi yapabilmek hakkıdır. Descartes'in düşünce'sinin yerine eylem geçebilir mi? Felsefe tarihi düşüncenin ne olduğu ve nasıl insanın kafasında olduğu sorularını sormakla geçmiş ve daha sonra yerini var olmak için yapmak gerektiği sorularına bırakmıştır. Fichte, bir şeyler düşünmek için değil, bir şeyler yapmak için yaşıyoruz demiştir. Fichte'ye göre yapmak özgürlük mücadelesidir. Ne türlü olursa olsun yapabiliyor muyum? Öyleyse özgürüm.¹²⁹ Felsefi anlamda ele alınan bu düşünceye göre düşünce eyleme bitişik olarak kabul edilmiştir. İfade eylem midir? Ancak, ifade ve eylemin sınırı nasıl çizilecektir? Bu sınırı çizmek sanıldığı kadar kolay değildir.

Günümüz teorileri de iki boyutta ele alınabilir. Birincisi ilaveli-ifade, ikincisi sembolik eylemdir. İlaveli-ifadeye göre, ifade hiçbir zaman saf (pure-speech) değildir. İfadeyi mümkün kılan eylemi yani ilavesi her zaman vardır. Örneğin siyasi bir gösteride göstericilerin iletmek istediği protestonun esasına iliştilmiş bir

¹²⁸ ÖZİPEK, "Akademik Özgürlüğün...", s.206.

¹²⁹ HANÇERLİOĞLU, a.g.e., s.299.

ilavedir. Sözelimi bir gazetede ücretli bir ilan ile de protesto ilavesiz olarak da gerçekleştirilebilirdi.¹³⁰

Sembolik eylem ise ifadeye eşlik etmesi veya onu taşıması değil, kendisinin bir ifade veya ifadenin eş değeri olmasıdır. Sembolik ifadeye örnek olarak bayrak yakma olayı verilebilir. Verilmek istenen mesaj bayrak yakmadan verilemez mi? ABD Yüksek Mahkemesi hakimi benzer bir olayda sembolik eylem konusundaki görüşünü şöyle açıklamıştır. “Mesaj ve şekil birbirinden ayrılamaz. Büyük oranda eylem biraz ifade şeklindeki nitelendirmeler amaç bakımından uygun değildir. Şekil, mesajın parçasıdır.”¹³¹

Eylemsel ifade konusunda önemli bir noktada eylemde amaç ifade edilmek istenen fikrin iletilmek istenen kişi veya kişiler üzerinde sözlü ifadesinden daha fazla etkin olacağıdır. İletişim amacı taşıyan bu ifadelere örnek olarak kolluk takmak, tek tip giymek, bir bayrağı selamlamak veya selamlamamak... vb. Ana amaç sembolik yahut iletişimsel olmalarıdır. Aslında sözle iletebilecek bir mesajı taşımaktır ancak, sembolik eylemle daha etkin olacaktır.¹³²

Ancak sembolik ifade her zaman ifade özgürlüğü kapsamında değildir. İfade özgürlüğünü garanti altına alan ülkeler ifadeyi sınırlamak yerine eylemi sınırlandırmayı tercih ederler. Eylemler fiziksel zarara, mülkiyet kaybına ve yönetim sürecine müdahaleye neden olabilir. Demokratik toplumlar fiziksel zararı önlemek amacıyla kişinin istediği gibi eylemde bulunmasını söz konusu eylem ifadeye bağlı olsa bile önlenmesi gerektiği düşüncesi vardır. Ancak sembolik eylemde verilecek cezanın ifade nedeniyle değil de oluşan zarar nedeniyle verilmesi gerekmektedir. Bu anlamda sembolik ifade örneği olarak değerlendirilebilen, politikacılara yumurta atılması olayında ne ceza verilmesi gerekir? Politikacının elbisesinin kirlenmesi dolayısıyla kuru temizleme ücreti, toplumda küçük düşürüldüğü gerekçesi ile hakaret davası, ya da yumurtanın atılması nedeniyle oluşan herhangi bir fiziksel zarar nedeniyle oluşacak bir suçun cezası mı verilecektir? Bir politikacıya yumurta atılması olayı ülkemizde gerçekleşmiş olup bu fiili gerçekleştiren kişi hakkında “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet”, “görevli memura, devlet büyüklerine hakaret”, “kamu görevlisine, görevinden dolayı hakaret”, “kamu görevlisine görevini yaptırmamak için direnmek” suçlamalarıyla 6 yıldan 13 yıla

¹³⁰ SADURSKI, a.g.e., s.56.

¹³¹ SADURSKI, a.g.e., s.64.

¹³² SADURSKI, a.g.e., s.57.

kadar hapis cezası istemiyle dava açılmıştır.¹³³ Kanaatimce bu durum, hakların dengelenmesinin yanında pek çok hukuk ilkesine de aykırıdır.

Amerikan Mahkemesi, sembol ya da eylemin ifade taşıyıp taşımadığı ile ilgilenmektedirler. Bunun için bayrak yakılması örneğinde kamu düzeni bozulduğu için zaruri sebep nedeniyle mi ifade kısıtlanmıştır yoksa bayrak yakma olayı ile verilen mesaj nedeniyle mi ifade kısıtlanmıştır. Mahkeme bu hususu araştırmaktadır. Sonucuna göre eylemi veya sembolik eylemi ifade özgürlüğü kapsamına almaktadır.¹³⁴ Amerikan Yüksek Mahkemesi bir düşünceyi sınırlandırırken özellikle sembolik ifadelerde; ifadede bulunana herhangi bir düşünceyi ifade etmek saiki aranmasının yanında sınırlandırma bakımından da, yasa koyucudan, düşüncenin mesajını hedef almaması, bu mesaj göz önünde tutulmasa dahi ifadenin yol açabileceği tehlike ya da zararı temel almaktadır. Yani sınırlandırmada hedef bayrak yakma fiilinin taşıdığı mesaj değil yarattığı zarar ya da tehlikedir.¹³⁵

Alışılmış etkin ifade kanallarından yeterince yararlanma olanağı bulamayan kişi ve grupların başvurduğu ve bu yolla mesajlarını duyurmak, kamuoyunu etkilemek istedikleri zaman kullandıkları mekanlar (public forum) iletişim aracı olmaktadır. Bu tür kişiler için oturma eylemleri, picketingler, yürüyüş ve kalabalık gösteriler, kullanılan sloganlar, taşınan dövizler, bayraklar, semboller ile birlikte, açıklama ve etkilemenin en iyi vasıtalarıdır. Bu araçlarla yapılan ifadeler eylemlerle açıklama ve iletişim olgusunu geliştirmiştir. Public forum yani orta mallarının kamu düzeni anlamında değeri olsa da eski çağlardan beri ifade anlamında misyonu olduğu unutulmamalıdır.¹³⁶ İşte bu kriter ile dengeleme yöntemi daha işlevsel hale gelir.

Tabi ki otorite ve özgürlük mücadelesinde ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla alternatif mekanlar geliştirilmektedir. Bu mekanların en önemli özelliği, aynı alıcı kitlesine, aynı mesajı, eşit derecede etkili araçlarla iletebilme ya da alıcının bu mesajı diğer kaynaklardan edinebilme olanağı bulunmalıdır. Özellikle bizim ülkemizde toplantı ve gösteri yürüyüşleri kanunu bazı maddeleri açısından bu

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.tbmm.gov.tr/tutanak., erişim tarihi: 5.5.2006.

¹³⁴ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.25.

¹³⁵ Didem Öykü AYDIN, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku-I-Amerika Birleşik Devletleri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.375.

¹³⁶ Sait GÜRAN, “Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları”, www.anayasa.gov.tr., erişim tarihi: 20.1.2006, s.193.

kriterleri yerine getirememekte, hakkın kullanımının ciddi şekilde zarar gördüğü açıktır.¹³⁷

Eylemsel ifadeler konusunda incelenmesi gereken bir husus da ani toplantılardır. Ani toplantılar genellikle toplum tarafından duyarlılık gösterilen bir konu hakkında ortaya çıkan yeni gelişmelerin halk tarafından duyulması ve önceden kararlaştırılmaksızın ani tepkiyle ya da toplumsal refleks olarak gerçekleştirilen toplantılardır. Bu tür hareketlerin eylemsel ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusudur. Ani toplantılara bir örnek ülkemizde yaşanmıştır. Bergama ilçesinde siyanürle altın arama faaliyetini sürdüren bir şirketin çalışma alanına bir kamyon siyanür getirdiğine ilişkin duyum alan köylülerin toplumsal refleksleri neticesinde trafiği aksatmadan tek sıra halinde yürümekle oluşan eylemi yargıya taşınmıştır. Halkın siyanürle altın aranması işlemlerinin idari yargı kararı ile durdurulmuş olmasına rağmen şirketin çalışmasını sürdürmesi konusunda gösterdiği duyarlılığa bir de siyanürün insan yaşamını ve çevreyi olumsuz yönde etkileyeceği inancının eklenmesi ile ani tepkiler meydana gelmiştir. Toplumsal duyarlılığın dışı vurumu olarak nitelendirilebilecek olan bu hususun ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekliliği demokratik bir sistemde şart olduğu ortadadır.

Bütün bu açıklamalara ek olarak demokratik sistemlerin bir özelliğinden yani kamusal meseleler hakkındaki tepkilerin barışçıl yollarla gösterilmesinden bahsetmek gerekecektir. Çünkü pasif direniş olarak da adlandırılan zora ve şiddete başvurmadan baskıya karşı koyma yolları da eylemsel ifade kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin yöneticilerin emir ve kararlarına bilinçli olarak uymamak, açlık grevi, boykot, uzun mesafeler arasında büyük protesto yürüyüşleri, yollara ve meydanlara yatarak uzun insan barikatları kurmak... vs. Ayrıca bu tür pasif direnme de sayılan eylemsel ifadeler, barışçıl yollardan olmakla birlikte uygulamaları ancak bu tepkilere kulak veren yönetimlerin mevcut olduğu demokratik sistemlerde mümkündür.¹³⁸ Dolayısıyla “Anayasalarda meydana getirilen hukuki teminat mekanizmaları teknik yönden ne kadar ustaca kurulmuş olurlarsa olsunlar,

¹³⁷ Ülku AZRAK, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu Açısından Kollektif Özgürlükler”, www.barobirlik.org.tr, erişim tarihi: 5.12.2004, s.7.

¹³⁸ KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s.313.

hürriyete değer veren ve onu her adımda korumağa azimli uyanık kitle bilincine dayanmadıkça adeta boşlukta dönen çarklar gibidirler.”¹³⁹

D. Müstehcen İfadeler

Müstehcen materyaller ifade özgürlüğü kapsamında mıdır değil midir tartışmasının nedeni çoğunlukla sözlü ya da resimli şekilde bulunması sebebiyle sık sık dile getirilmesidir. Ayrıca birey hayatları ve faaliyetleri üzerindeki iktidar sınırlandırmalarının meşru temellerinin araştırılmasıdır. Müstehcen, duyular açısından tiksindirici veya nefret uyandıran ya da pis, açık-saçık, ayıp, iğrendirici veya hoş olmayan anlamına gelir.¹⁴⁰

İfade özgürlüğü kavramındaki ‘ifade’ kelimesinin, özgür ifade kavramını alttan destekleyen gerekçelerle yakın ilişkisi bulunan bir sosyal bilim terimi olduğunu akılda tutarsak, bu durumda bütün pornografi türlerinin, mutlaka bu teknik anlamdaki ifade olduğu söylenemez.¹⁴¹ Şehvet uyandıran pornografinin söz konusu teknik anlamdaki ifade olarak ele alınmasını reddetme, orijinal haldeki pornografik materyalin, haberleşmeden daha çok, cinsel faaliyetin özelliklerini paylaştığı kesindir.¹⁴²

Amerikan Yüksek Mahkemesi bir yapıtın müstehcen kabul edilmesi için üç kriter getirmiştir. Birincisi, yapıtın yoğun bir biçimde şehvet arzusunu kışkırtması; ikincisi, çok açık bir biçimde incitici ve nahoş olması; üçüncüsü, hiçbir sosyal değere sahip olmayan bir malzeme içermesidir. Ayrıca Mahkeme’ye göre müstehcen materyalin ciddi bir edebi, sanatsal, siyasi ve bilimsel değerden yoksun olması gerekmektedir.¹⁴³ Bu görüş de müstehcenliğin neden korunmaması gerektiğine dair ayrıntılı bir meşrulaştırma sunmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir.¹⁴⁴

Müstehcen materyallerin sınırlandırılması genellikle, ahlaki veya dini sebeplerle olmaktadır. Toplumun standartlarından ne kadar sapıldığı veya toplum

¹³⁹ KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, s.313.

¹⁴⁰ SCHAUER, a.g.e., s.245.

¹⁴¹ SCHAUER, a.g.e., s.246.

¹⁴² SCHAUER, a.g.e., s.247.

¹⁴³ Melih YÜRÜŞEN, “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.214.

¹⁴⁴ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.149.

mensupları için yüksek derecede incitici olup olmadığı hususu yasaklamada Amerika Yüksek Mahkemesi'nin sınırlandırmada kullandığı bir kriterdir.¹⁴⁵

Genel olarak tüm toplumlarda egemen ahlak standartlarının korunması amaçtır. Müstehcen materyalin değerlendirilmesinde her ülke ahlakının kendi değerleri içinde değerlendirilmesi, kamu düzeni açısından da elzemdir. Zaten İHAM'da bu yöndeki görüşünü; “Sözleşmecı devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. Bu anlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır” diyerek belirtmiştir.¹⁴⁶

Bir görüşe göre de pornografinin savunmasının pozitif argümanlarla yapılması hususunun gerçeklik tezi ile açıklanmasıdır. Bu tür bir savunma, oluşturacağı riskler nedeniyle ancak ifade özgürlüğünün tam anlamıyla garantiye alındığı bir sistemde çok büyük ölçüde kontrol edilebilir.¹⁴⁷

Müstehcen materyallerin ifade özgürlüğü korumasının dışında tutulmasının temeli, onun fiziksel etkiye sahip olması değil, başka hiçbir şeye sahip olmamasıdır.¹⁴⁸

E. Nefret İfadeleri

Halkların birbirine karşı ya da bir kısmını diğer kısmına karşı kin ve düşmanlığa tahrik, halkın bir kısmına ya da bu kısımlara mensup kimselere karşı kin ve düşmanlık temelli tahkir, ırkçılık, yabancı düşmanlığı, din, felsefi, inanç, cinsiyet ya da cinsel seçim düşmanlığı gibi fiilleri ve mağdurun, diline, ırkına, dinine, inanç, milliyet, etnik köken ve cinsiyetine, cinsel tercihiine yönelik kin ve düşmanlık vb.

¹⁴⁵ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., s.148.

¹⁴⁶ İHAM Kararı, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 7.12.1976, <http://aihm.anadolu.edu.tr>., erişim tarihi: 5.5.2006.

¹⁴⁷ YÜRÜŞEN, a.g.e., s.244.

¹⁴⁸ SCHAUER, a.g.e., s.249.

nedenlere dayalı olarak işlenen tahkir fiilleri ya da din, dil, ırk, inanç, milliyet, etnik köken, cinsiyet ve cinsel tercih düşmanlığı propagandası nefret ifadesi (hate speech) olarak adlandırılmaktadır.¹⁴⁹

Nefret ifadeleri pek çok ülke tarafından kısıtlanmaktadır. Çünkü düşünce özgürlüğünün objektif sınırlarından biri olarak görülmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi bir kararında nefret ifadeleri ile ilgili şunları dile getirmiştir. “Düşünce özgürlüğünün her zaman ve her durumda mutlak bir niteliğe sahip olmadığı belirtilmelidir. İyice tarif edilmiş ve kapsamı dar tutulmuş bazı düşünce açıklamaları vardır ki bunların önlenmesi ve cezalandırılması hiçbir anayasal sorun doğurmaz. Bunlar bayağı, müstehcen, küfür, iftira, şeref ve haysiyet kırıcı nitelikte olan ya da bu biçimde olmaya meyilli olan sözlerdir ki bunlar toplumsal barışı aniden bozmaya yatkındırlar. Bu biçimdeki ifadelerin, düşüncelerin açığa vurulması biçiminde esaslı bir amacı olmadığı gözlemlenmelidir ve bunlar gerçeğe ulaşma yönünde hiçbir toplumsal katkı sağlamayan, ahlakilik ve düzeni sağlama noktasında hiçbir toplumsal yararı olmayan sözlerdir.”¹⁵⁰

Ancak, nefret ifadeleri, demokratik ve açık bir toplumun parçası olan “düzensiz ve kuralsız” söylemin bir örneği olarak görenler de vardır.¹⁵¹ Bu anlamda nefret ifadelerine kısıtlama getirilip getirilmeyeceği tartışmaları hep bir çelişki yaratmaktadır. Irk olarak veya etnik olarak hakaret sözleri söylemeye izin veren bir kişinin ifade özgürlüğü hakkı ile onları “incitici sözlerden” koruyan başkalarının eşitlik hakkı arasındaki çelişki böyledir.

Bu değerler çatışmasının vasıflandırılması SADURSKI’ye göre şöyledir; “eşitliğe (nefret ifadesinin teşvik ettiği klişelerin ve ön yargıların sonucu olarak, genel kamu hayatından gadre uğramış grupların dışlanma ihtimaline ilişkin endişe anlamına gelmektedir) karşı özgürlük (ifade özgürlüğünü gerektirir); fiili eşitliğe (saldırgan ifade yüzünden üzülenlerin saygınlığı konusuna ilgiyi gerektirir) karşı biçimsel eşitlik (bir kimsenin görüşlerinin değerine bakmadan, kamusal meseleler konusunda eşit olarak konuşma hakkını gerektirir); azınlıkların çıkarlarına saygıya (ki en savunmasız hassasiyetlerin korunmasını gerektirir) karşı çoğunluğun

¹⁴⁹ AYDIN, a.g.e., s.365.

¹⁵⁰ HAKYEMEZ, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Objektif Sınır...”, s.27.

¹⁵¹ TRAGER ve DICKERSON, a.g.e., 157.

görüşlerine saygı (çoğunluk bazı aşırıların saldırgan ifadeleriyle istifini bozmadığında) vesaire.”¹⁵²

Amerikan Yüksek Mahkemesi özellikle nefret ifadelerinde çok somut bir tehlike durumunun (kamu düzeninin bozulmak üzere olması gibi) ya da temel hukuki değerlerin tehlikeye atıldığı bir ön zararın (kamu düzeninin bozulması) gerçekleşmiş olmasını aramaktadır. Eğer durum bu şekilde devam ederse yakın zamanda gerçekleşecek kanunsuz fiillerden korkulmalıdır. Yani nefret sözlerini “açık ve mevcut tehlike” kriterinin alt dalı olarak nitelendirerek söylendikleri anda kamu düzeninin ani olarak bozulmasını kışkırtmaya eğilim gösteren sözler olarak tanımlamıştır. Ancak daha sonra bu görüşten dönerek, yalnızca pek yakında gerçekleşecek kanunsuz bir fiili teşvike ya da yol açmaya yönelik ve öyle bir fiili gerçekleştirmeye elverişli olan ifadelerin yasaklanabileceklerini belirtmiştir.¹⁵³

İlk yaklaşım yani ifadelerin oluşturdukları suçların gelişimi tehlike suçundan zarar suçuna doğru eğilim göstermiştir. Ülkemizde özellikle “düşünce suçu” kavramının varlığı ve bu yönde çıkarılmış pek çok yasanın halen uygulanıyor olması düşünüldüğünde, nefret ifadeleri konusunda sınırlandırma ölçütünde özellikle kamu düzeninin bozulması tehlikesine teşvik ve tahrik edecek genel ve soyut değerlendirmelerin yapıldığı açıktır. Ayrıca bu düşünce alanının yasalarda özel koruma gördüğü belirtilmelidir. Örnek, halkı düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik suçunda korunan hukuki yararın kamu düzeni olmasıdır.¹⁵⁴

İfade özgürlüğü kapsamında nefret ifadeleri somut olaya göre değerlendirilmelidir. Kamu düzeninin sağlanması için gerekenlerin yapılması yanında ifade özgürlüğü korumasının haklar arası dengeleme yöntemi ile çözülebileceği açıktır. Ayrıca İHAM da, koruma görmeyen ifadeler arasında nefret içeren ifadelerin de olduğunu belirtmektedir.¹⁵⁵

¹⁵² SADURSKI, a.g.e., s.277.

¹⁵³ AYDIN, a.g.e., s.369.

¹⁵⁴ Ahmet GÖKÇEN, “Halkı Düşmanlığa veya Kin Beslemeye Tahrik Cürmü (TCK madde312/2)”, **Polis Dergisi**, S:36, Yıl:9, 2003, s.376.

¹⁵⁵ İHAM Kararı, Zana v. Türkiye, 18954/91, 25.11.1997, <http://aihm.anadolu.edu.tr> , erişim tarihi: 16.05.2006.

F. Ticari İfadeler

İfade özgürlüğünü doğru olarak kendi boyutunda bilgi ve fikirleri almak ve onları iletmek hakkı olarak nitelendirdikten sonra ticari konuşmanın bu özgürlükle doğrudan ilişkili olduğunu belirtmek gerekecektir. Bu tanımlama İHAM'ın Barthold v. Almanya kararında karşı görüş bildiren Hakim Pettiti'ye aittir. Hakim Pettiti'nin ticari ifadelerin gerekliliği konusunda dile getirdiği şu ifadeleri aynen aktarmak gerekir. “Bilgi özgürlüğünün, yayıncılıktaki serbest pazarın ve iletişim uydularının kullanımı gibi önemli konular, reklam olgusu dikkate alınmaksızın çözülemez; zira reklamın tamamen yasaklanması, yayıncıları mali destekten mahrum bırakarak özel yayıncılığın yasaklanmasına götürür. Bilginin serbest bir şekilde akışını devam ettirebilmek için uygulanan herhangi bir kısıtlama sadece bir çözüme değil, acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermelidir.”¹⁵⁶

Ticari veya reklam nitelikli açıklamalar da, öncelikli olarak bir bilgi aktarımı niteliğinde ise, açıklayanın buna kendi olumlu yargısını kattığını yadsımamak gerekir. Çünkü bir ifade de içerik olarak ayrımcılık yapılmaması gerekir. Açıklayanın bu ifade ile kazanç sağladığının temel hak korumasında bir rolü olamaz. Dolayısıyla her ikisinde de ifade de ayrımcılık yaratılmış olur.¹⁵⁷

Görsel işitsel medyada ticari reklamcılık, reklamların topluma karşı sorumluluk taşıyan tarzda hazırlanması, ahlaki değerlere özellikle dikkat edilmesi halinde ifade özgürlüğü kapsamındadır. Ayrıca çocuklara yönelik her tür reklam, onların çıkarlarına zarar verecek bilgi içermekten kaçınmalı ve çocukların fiziksel, zihni ve ahlaki gelişmesine saygı göstermelidir.¹⁵⁸ Ticari ifadelerin çatışan diğer hukuki menfaatlerin karşısında ağırlıklı koruma görmesi, ancak söz konusu ticari ifadelerin kamunun bilgilenebilmesi ve faydalanması bakımından önem taşıması halinde mümkün olabilecektir.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Vahit BIÇAK (der.), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2002, s.113.

¹⁵⁷ CAN, a.g.e., s.5.

¹⁵⁸ Monica MACOEVI, “İfade Özgürlüğü, AİHS'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz (İnsan Hakları El Kitapları N:2)”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde10.htm>, erişim tarihi: 5.5.2006, s.12.

¹⁵⁹ Şule ÖZSOY, “Uyumsuzluklarımız ve Yeni Uyum Yasaları: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Düşünceyi Açıklama Hakkı Örneği”, **Bülent TANÖR Armağanı**, Haz. Öget Öktem TANÖR, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004, s.508.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSALÜSTÜ HUKUKTA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

I. İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

A. Genel Olarak

İfade özgürlüğünün uluslararası hukukta insan hakları belgelerindeki görünümünü incelerken aslında ifade özgürlüğünün tarihi gelişim sürecini de hukuki boyutu ile incelemiş oluyoruz. BM örgütünün kuruluşu ve İHEB'in oluşturulmasına kadar geçen süreçte ortaya çıkan insan hakları metinlerinde yer alan ifade özgürlüğünü bu bölümde ayrı olarak değerlendirdikten sonra İHEB, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve İHAS farklı başlıklar altında incelenecektir. Otoritenin özgürlük üzerindeki baskıları çeşitli bildirimlerle engellenmek istenmiştir. Özellikle İngiltere'de ortaya çıkan insan hakları anlamında olmasa da iktidarı sınırlandırma amacı güden ve bu yönde kurallar koyan metinler düzenlenmiştir. 1215 Magna Carta Libertatum (Büyük Hürriyet Fermanı) ile kişi haklarının sağlanması yolunda ilk adımlar atılmıştır.¹⁶⁰ Petition of Rights (1628), Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (1689), Act of Settlement (1701) ile bu adımlar büyümüştür.

Daha sonra 1776 tarihli Virginia Anayasası'nın Başlangıç kısmında yer alan Bill of Rights; kişi güvenliği, vicdan özgürlüğü, söz özgürlüğü, basın özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi klasik hak ve özgürlükleri ilan etmiş ve daha sonraki belgelere model olmuştur.¹⁶¹

1787 yılında oluşturulan Amerikan Anayasası, 1791 yılında ilk değişikliğe 10 maddelik Haklar Bildirisinin eklenmesi ile uğramıştır.¹⁶² 1791 Haklar Bildirgesi, özgürlüklerin en temel olarak kodifiye edilmesi olmuştur. ABD Anayasası kısadır ve temel özgürlükleri güvence altına alan ek maddelerini zaman içinde gelişen özgürlüklerin dinamik boyutuna ayak uydurmuştur.¹⁶³

¹⁶⁰ GEMALMAZ, a.g.e., s.12.

¹⁶¹ Ayferi GÖZE, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 9.b., İstanbul: Beta Yayınevi, 2000, s.425.

¹⁶² Safa REİSOĞLU, *Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları (Uluslar arası Sözleşmeler Ekliidir)*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s.5.

¹⁶³ AYDIN, a.g.e., s.34.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi de 1776 Bill of Rights'tan etkilenen bildirilerden birisidir. Fransız Haklar Bildirisi çok genel olması ve bunun sonucunda çok kısa formül ve ilkeler içermesi nedeniyle sadece Fransız halkının olmaktan çıkmış, bütün insanlar için geçerli ve evrensel bir hale gelmiştir. Bu bildirge, “özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme haklarını” insanın doğal ve zamanaşımına uğramaz hakları olarak görmektedir.¹⁶⁴

Daha sonra pek çok anayasayı etkilemiş olan Bildiri özetle; “İnsanlar özgür ve eşit doğarlar ve böyle kalırlar. Bütün politik kuruluşların temel amacı insan haklarının, özgürlüğün, mülkiyetin, güvenliğin korunmasıdır. Özgürlük başkasına zarar vermeyen her şeyin yapılabilmesidir. Hakları kullanmanın sınırları kanunla belirlenir. Kimse kanunun emretmediği bir şeyi yapmaya zorlanamaz. Kimse kanunun belirlediği hallerin ve şekillerin dışında tutuklanamaz. Herkes suçu sabit oluncaya kadar masum addolunur. *Görüşlerin serbestçe ifade edilebilmesi insanın en önemli hakkıdır. Bütün vatandaşlar, hakkın kötüye kullanılması sayılacak kanunla belirlenmiş haller dışında, serbestçe konuşmak, yazmak ve yayında bulunmak hakkına sahiptir.* Mülkiyet kutsal ve dokunulmaz bir haktır. Kimse, kanunla belirlenmiş kamu yararı olmadıkça ve tam karşılığı önceden ödenmedikçe mülkiyet hakkından yoksun bırakılamaz.” şeklinde hakları hukuksal olarak güvence altına almıştır.¹⁶⁵

Haklar ve özgürlükler ile bunların temellendirildiği anlayış bakımından 1789 Haklar Bildirgesi'nin etkisi hem kendisini izleyen anayasalarda, hem de hazırlanışından çok sonraki belgelerde, örneğin 150 yıl kadar sonra biçimlendirilen 1948 tarihli BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi kaleme alınırken görülmüştür.¹⁶⁶

B. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Hak ve özgürlüklerin ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün ulusal boyuttan uluslararası alana geçişi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan Birleşmiş Milletler Örgütünün düzenlediği 1945 BM Şartı ve 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile olmuştur.

¹⁶⁴ KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s.232.

¹⁶⁵ REİSOĞLU, a.g.e., s.5.

¹⁶⁶ GEMALMAZ, a.g.e., s.53.

BM insan haklarının uluslararası alanda meşrulaşmasını sağlamıştır. Hazırladığı çeşitli metinlerde insan onurunu, insanın temel haklarına inancı amaç edinmiştir. Özellikle İHEB daha sonra hazırlanan insan haklarına ilişkin pakt, anlaşma ve anayasalara örnek olmuştur. İHEB madde 18,19, 20 ifade özgürlüğü bağlantılı düzenlemelerdir. Özellikle madde 19, “Her kişinin düşünce ve düşüncelerini açıklamak hürriyetine hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden ötürü kaygılanmamak, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve düşünceleri her vasıta ile aramak, elde etmek ve yaymak hakkını içerir.”¹⁶⁷ şeklindeki düzenlemesi ile ifade özgürlüğünün temel çerçevesini belirlemiştir.

İHEB’in hukuki bağlayıcılığı yoktur. Bildirinin ayırt edici özelliği “yol göstericiliği”, “ulaşılması gereken hedefleri” belirleyen ideal haklar listesi niteliği taşıması olmuştur.¹⁶⁸ Metinden hareketle değerlendirme yapmak yanlış olur. Çünkü İHEB uluslararası alanda ve devletler bakımından sadece moral değerdir. Bu anlamda Bildirgeyi, “hukuksal olarak kabul edilen genel bir uygulama” ile (Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, madde 38/1.b.) teamül gücü kazanmış olup olmadığı ya da “uygar uluslarca tanınmış hukukun genel ilkelerinden” (38.1.c.) olup olmadığı veya ilkeleri uluslararası hukukta emredici normlar bütünü oluşturup oluşturmadığı hususuna olumlu yanıt verilecektir.¹⁶⁹

C. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

İHEB’i hazırlamak için 1947 yılında kurulan BM İnsan Hakları Komisyonu 1966 tarihinde iki insan hakları belgesini daha düzenlemiştir. İfade özgürlüğü açısından değerlendirmemizde yararlı olacak olan, 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Pakt’tır. Bu Pakt, birinci kuşak hak ve özgürlükleri düzenleme konusu yapmıştır ve de ifade özgürlüğü ile bağlantılı hükümlere 18., 19., 20., 21., 22. maddelerde yer vermiştir.

Sözleşmenin 19. maddesi ifade özgürlüğünü düzenlemiştir. Buna göre; “(1) Herkesin karışmasız görüş edinme hakkı vardır. (2) Herkesin anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, ister sözlü, ister yazılı veya basılı sanat biçiminde, ister seçilen başka iletişim yoluyla olsun, sınır tanımaksızın, her türlü bilgi ve düşüncayı

¹⁶⁷ REİSOĞLU, a.g.e., s.225.

¹⁶⁸ GEMALMAZ, a.g.e., s.235.

¹⁶⁹ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s.199.

araştırma, alma ve verme özgürlüğünü de içerir. (3) Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, ödev ve sorumlulukları da içerir. Bu nedenle belli kısıtlamalara bağlı olabilir. Ancak, bunlar yasayla öngörülen ve (a) Başkalarının haklarına ve adına saygı göstermek; (b) Ulusal güvenliği veya kamu düzenini ya da kamu sağlığını genel ahlakı korumak; için gerekli olan kısıtlamalar olabilir.”¹⁷⁰

Bu Sözleşme’de düzenlenen haklar ve özgürlükler için sınırlamalar öngörülmüştür. Kamu düzeni, kamu güvenliği, ulusal güvenlik, genel sağlık, ahlakın korunması, özel yaşamın korunması, çocukların korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, başkalarının hak ya da şöhretine saygı gösterilmesi ve adaletin gerekleri maddelerde yer verilen sınırlama ölçütleridir. Sınırlamaların sadece sayılan nedenlerle ve yasayla yapılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca sınırlamanın sınırı ölçütü olarak “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” aranmıştır.¹⁷¹

Bu Sözleşme, öngördüğü haklara taraf devletlerce saygı gösterilip gösterilmediğini denetlemek amacıyla bir İnsan Hakları Komitesi kurmuştur. Komitenin kararları genel gözlem niteliğindedir. Uzlaştırmacı olarak dostça çözüme varma olanakları konusunda görüş bildirme işlevi vardır.¹⁷² Taraf devletler bu sözleşmenin hukuki bağlayıcılığını ancak, psikolojik, diplomatik, ya da ekonomik baskılarla sağlayabilmektedir. Tabi her şeyden önemlisi bir devlet imzaladığı sözleşmenin uluslararası toplum önünde gereklerini yerine getirmek durumundadır.¹⁷³

D. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

İfade özgürlüğünün uluslararası boyutta korunması, etkili bir denetim mekanizmasının sağlanması ile daha sağlıklı olacaktır. Bu anlamda oluşturulmuş sözleşmelerden biri de Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesidir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 1969 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşme 13. maddesinde ifade özgürlüğüne yer vermiştir.¹⁷⁴

¹⁷⁰ REİSOĞLU, a.g.e., s.235.

¹⁷¹ GEMALMAZ, a.g.e., s.246.

¹⁷² KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.202.

¹⁷³ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.201.

¹⁷⁴ Metin için bkz. www1.umn.edu/humanrts/oasintr/zoas3can.htm, erişim tarihi: 5.5.2006.

İdeolojik temelli insanın temel hakları belli bir devlete aidiyetten kaynaklanmaz, beşeri kişilik sıfatına dayanır. Başlangıç bölümünde, insan onurunu aynen diğer insan hakları belgelerindeki gibi açıklamıştır. Birinci maddesi haklara saygı ikinci maddesi alınacak iç hukuk yolları anlamında devlete ödevler yüklemektedir.¹⁷⁵ Bireysel özgürlük ve sosyal adalet rejimi ancak demokratik kurumlar çerçevesinde kurulabilir.

1978’de yürürlüğe giren Sözleşme iki mekanizma ile denetimi amaçlamıştır. Birincisi, Komisyon hem siyasal hem de yarı-yargısal yetkilerle donatılmış bir organdır. İkincisi Mahkeme ise, davaları kesin kararlarla çözen bir yargı organıdır. Bu sözleşme ile bireysel ve devletlerarası başvuru yolu belirlenmiştir. Sözleşme içerik olarak kişisel siyasal hakları bir madde de düzenlemiş; aynı zamanda sosyal, ekonomik ve kültürel haklara yönelik hükümleri de bir madde de toplamıştır.¹⁷⁶

E. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

İfade özgürlüğü gibi pek çok hak ve özgürlüğün etkili bir denetim mekanizması ile korunduğu sistem, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. İkinci Dünya Savaşı nedeniyle yaşanan olaylar yeni Avrupa kurulması düşüncesini yaratmıştır. Bu anlamda kurulan ilk siyasal kurum Avrupa Konseyi olmuştur. AK üyeleri arasında ortak varlıkları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve yaymak, ekonomik ve toplumsal gelişmelerini sağlamak, insan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunması amacı ile kurulmuştur. Bu amaç çerçevesinde hazırladığı İHAS, İHEB’den esinlenmiş ancak daha dar kapsamlı olmakla birlikte, uluslararası hukuka büyük katkısı olan bir sözleşmedir.¹⁷⁷

Avrupa Konseyince 04.11.1950 tarihinde imzalanmış ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye de düzenlemeyi 18.05.1954 tarihinde onaylamıştır. Ülkemiz ilk kez 28.01.1987 tarihinde Komisyonun bireysel şikayet başvurularını inceleme yetkisini tanımıştır. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini ise 22.01.1990 tarihinde tanımıştır. Sözleşme getirdiği denetim sistemi ile İHEB’den ayrılmaktadır. Bu denetim sistemi, 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No’lu Protokol öncesi üçlü bir

¹⁷⁵ AKAD ve DİNÇKOL, a.g.e., s.250.

¹⁷⁶ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.246.

¹⁷⁷ Şeref ÜNAL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri)*, Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları (No:89), 2001, s.67.

mekanizma üzerine kurulmuştur. Birincisi, 1954'te uygulamaya konulan insan hakları ihlalleri ile ilgili şikayetleri inceleyecek olan İHAK; ikincisi, 1959'da çalışmaya başlayan İHAM; üçüncüsü de üye devletlerin Dışişleri Bakanlarından veya Delegelerinden oluşan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi idi.¹⁷⁸

İHAS ile öngörülen yapılanma, yıllar içinde ek protokollerle çeşitli yönlerden geliştirilmiş ve bugüne kadar 13 protokol kabul edilmiştir. Bunlardan 1, 4, 6 ve 7 No'lu Protokoller Sözleşmede Güvence altına alınan haklara ve özgürlüklere ilaveler yaparken, 2 No'lu Protokol Mahkemeye görüş bildirme yetkisi tanımış ve 9 No'lu Protokol ise, bireysel başvuru sahiplerine ilgili devletin bu protokolü onaylaması kaydıyla, uyuşmazlığı incelemek üzere komisyonun oluru ile Mahkeme önüne getirme imkanı öngörmüştür. Ancak bu düzenlemeler başvuru sayısında ve Avrupa Konseyi üye sayısındaki artış nedeniyle, 11.5.1994 tarihli 11 No'lu Protokol ile Komisyon ve Mahkeme şeklindeki ikili sistem kaldırılarak sürekli çalışan her ülkeden tek bir hakimin görev aldığı bir mahkemeye dönüştürülmüştür. Ayrıca 2000 yılında 12 No'lu Protokol Roma'da imzalanmış ve de 2002'de Vilnius'ta 13 No'lu Protokol imzalanmıştır.¹⁷⁹

İHAS'ın 9. maddesi düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü; 10. maddesi ifade özgürlüğünü; 11. maddesi dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzenlemektedir. Sözleşmenin kapsamı ve uygulama alanı; kişisel olarak, sözleşmeyle sadece onu onaylayan diğer akit devlet vatandaşlarının değil, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü devlet vatandaşlarının ve hatta vatansız olan kişilerin temel hak ve özgürlükleri girmektedir.

Yerel olarak, devlet egemenliği ülke sınırları içinde geçerli olduğundan, birinci maddeye göre akit devlet ilke olarak ancak kendi sınırları içindeki insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulmakla beraber, egemenlik tasarruflarının ülke dışında da yani diplomatik temsilcilikler, konsolosluk organları ve silahlı güçler gibi devlet otoritesini kullanan yetkili makamların ulusal sınırlar dışındaki eylemlerinin sonuç doğurması halinde bunlar da Sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁸⁰

Konuya ilişkin olarak, Sözleşmenin birinci maddesi Sözleşmenin birinci bölümünde yer alan hak ve özgürlükleri güvence altına almıştır. Bir de 34. maddeye

¹⁷⁸ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.48.

¹⁷⁹ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.53.

¹⁸⁰ Yasemin ÖZDEK, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye (AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye)**, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2004, s.34.

ilişkin olarak ek protokollerle güvenceye alınan haklar ve özgürlükler de Sözleşme kapsamındadır.¹⁸¹ Sözleşme kapsamında, üye ülkelere sözleşmeyi imzalarken belli koşullar ileri sürme hakkı tanınmıştır. Bu noktada sözleşmenin 57. maddesinde düzenlenen çekinceler gündeme gelmektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi koruduğu hak ve özgürlüklere “çekince” getirme yolunu da tanıyarak, taraf devletlere sözleşmenin koruma alanını daraltma olanağını vermiştir. Çekince kavramı bir sözleşmenin onaylanması ya da imzalanması sırasında o sözleşmenin bazı hükümlerini hukuksal açıdan bağlayıcı sonuç doğurmaması amacı ile sözleşmeci bir devlet tarafından yapılan tek taraflı bir açıklamayı ifade etmekte; imzalanan ya da onaylanan sözleşmelerin çekince konulan hükümleri o devlet bakımından yok sayılmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin çekinceler başlığını taşıyan 57. maddesinde sözleşmenin imzalanması veya onaylanması sırasında taraf devletlerin sözleşmenin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir yasa bu hükme uygun olmadığı ölçüde çekince konulabileceğini düzenlemiş, ancak maddenin devamında genel nitelikte çekince konulamayacağı ve konulacak çekincelerin sözü edilen yasanın kısa bir açıklamasını içereceği belirtilmiştir.¹⁸²

İHAS madde 10/1’de ifade özgürlüğü tanımı, 10/2’de sınırları belirtilmiştir; “(1) Herkes anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, düşünce özgürlüğünden başka, resmi makamlar karışmaksızın, haber ve düşünce almak ya da vermek özgürlüğünü içerir. Bu madde, devletin radyo, sinema ya da televizyon işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmasını engellemez. (2) Kullanılması görev ve sorumluluk gerektiren bu özgürlükler, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün, kamu güvenliğinin, düzeni korumanın, suçun önlenmesinin, sağlığın ya da ahlakın ve başkalarının ünü ya da haklarının korunması için, demokratik bir toplulukta zorunlu önlemler niteliğinde olarak, gizli haberlerin açıklanmasının engellenmesi ya da yargı erkinin üstünlüğünün ve yansızlığının sağlanması bakımından, kanunla belirli işlemlere, koşullara sınırlamalara ya da yaptırımlara bağlı tutulabilir.” İHAM Sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde önüne gelen sorunları çözümlemektedir. İfade özgürlüğü bağlantılı din ve vicdan özgürlüğü konusunu madde 9; örgütlenme özgürlüğü, siyasi parti özgürlüklerini ve toplantı özgürlüklerini madde 11 çerçevesinde değerlendirmektedir.

¹⁸¹ ÜNAL, a.g.e., s.87.

¹⁸² TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.72.

II. ABD YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İfade özgürlüğünün ABD Yüksek Mahkemesi kararlarındaki durumu öncelikle bu Mahkemenin yapısı ve işleyişi hakkında yeterli bilgiye sahip olduktan sonra irdelenmesi gereken bir husustur. Çünkü bu ülkenin farklı bir kültürel ve siyasal yapıya sahip olması, hakimlerin atanma usullerinin farklı olması kararları etkilemektedir. Ayrıca mevcut Anayasanın gelişim süreci ve siyasal olayların etkisi kararları farklı bir duruma getirmiştir.

İfade özgürlüğünün kapsam ve unsurlarını belirleyen Mahkeme İHAM'dan farklı veya benzer ölçütler kullanmaktadır. Bu temel ilkeler ve dayandıkları Anayasanın ifade özgürlüğü açısından geçirdiği Birinci Değişikliğin de ayrı başlık altında incelenmesi gerekmiştir.

A. ABD Yüksek Mahkemesinin Yapısı Ve İşleyişi

ABD Yüksek Mahkemesi kararlarının ifade özgürlüğü çalışması içinde bulunmasının nedeni; Mahkeme her ne kadar bölgesel olsa da oluşturduğu içtihatlar yoluyla uluslararası hukukta ifade özgürlüğüne teorik bazda önemli katkılar da bulunmasıdır. Bu anlamda ABD'de yaşanan olaylar Yüksek Mahkeme'nin kararlarında hukuksal ifadesini bulmaktadır. ABD'nin siyasal üst benliği olarak adlandırılabilir olmasının nedeni budur. Çünkü ülkede yaşanan tutucu ve liberal siyasal eğilimlerin en üst hukuk platformunda çekiştiği ve uzlaştığı bir yüksek hukuk mercii olmuştur. Mahkeme'ye seçilen yargıçların kökenlerinde dahi bu çekişme ve uzlaşma sürecinin izlerini bulmak mümkündür.¹⁸³ Baş Yargıç ünvanı taşıyan Yüksek Mahkeme Başkanı Amerikan hukuk ve siyasal sisteminde çok önemli bir yere sahiptir. Mahkeme başkanları, Yüksek Mahkeme'yi temsilin ötesinde, ABD Başkanlarının yargılanması halinde, Senato'da oluşturulan komiteye başkanlık ederler. Yüksek Mahkeme yargıçları, diğer federal yargıçlar gibi ABD Başkanı tarafından atanırlar. Ancak, Başkanın aday gösterme ve atama yetkisi Senato'nun denetimine tabidir. Senato adayların uygun niteliklere sahip olup olmadıklarını tartışır ve duruma göre onaylar ya da reddeder. Yargıçların atanma prosedürünün hem yasama hem de yürütme alanına dahil olması yargıçları belli bir alana borçlu

¹⁸³ AYDIN, a.g.e., s.38.

hissetmesini önlemektedir. Ayrıca yargıçlar bir kez atandıktan sonra düzgün yaşam şartıyla görevden alınamazlar, maaşları düşürülemez ve istedikleri zaman bu görevden ayrılabilirler.¹⁸⁴

ABD Yüksek Mahkemesi asli olarak federal bir üst derece Mahkemesi'dir. ABD yargısının en tepesinde bulunan Mahkeme, dokuz üyeden oluşmaktadır. Ayrıca sınırlı kapsamlı olarak da eyalet mahkemelerinin verdiği kararlar için Anayasa Mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Ancak, Avrupa'daki Anayasa Mahkemeleri gibi soyut norm denetimi yapmamaktadır. Temyiz mahkemesi sıfatıyla yasaların somut norm denetimini gerçekleştirmektedir. Yetkileri sadece Anayasaya uygunluk denetimi yapmaktan oluşmaz. Aslen Anayasaya uygunluk denetimi yapabilmesine olanak sağlayan bir Anayasa maddesi de bulunmamaktadır. Mahkeme kendinde bu yetkiyi ilk olarak 1803 tarihli *Marbury v. Madison* davasında görmüştür.¹⁸⁵ Bu karara göre Mahkeme Kongre'nin çıkardığı kanunları anayasallık bakımından denetleyebileceğini, Anayasa'ya aykırı kanunları geçersiz kılacağını ilan etti. Bu karar Yüksek Mahkeme'nin o tarihten sonraki yargı ve yetki alanını belirledi.¹⁸⁶

Anayasanın hazırlayıcılarından Hamilton yargısal denetimi "anayasanın üstünlüğü" temelinde meşrulaştırmaya çalışmış ve Madison kararına bu tezini dayanak yapmıştır. Madison kararını açıl原因an Yargıç Marshall, "Bu anayasa ve bu Anayasa uyarınca yapılacak Birleşik Devletler yasaları... ülkenin en üstün yasası olacak; ve bütün eyaletlerdeki yargıçlar, herhangi bir eyaletin anayasası ya da yasaları karşıt hükümlere rağmen bu üstün yasaya uyacaklardır." Bu görüş yargısal denetim yetkisini anayasanın üstünlüğünün mantıksal olarak bir sonucu olduğuna dayandırıyor. Hamilton bu durumda Yargının Yasamanın önüne geçeceği tartışmalarına şu şekilde cevap veriyor. "Yürütme sadece paye dağıtmakla kalmaz, aynı zamanda toplum kılıcını da elinde tutar. Yasama sadece para kesesine hükmetmekle kalmaz, aynı zamanda her vatandaşın hak ve vazifelerini düzenleyen kurallar koyar. Oysa yargı ne kılıç ne de kese üzerinde bir etkiye sahiptir... Gerçek şudur ki, yargı ne güç ne de irade sahibidir, sadece hüküm (karar) sahibidir. Dahası yargı, kararlarının etkili bir şekilde uygulanabilmesi için bile, yürütme organının yardımına muhtaçtır." Bu görüş aslında anayasa uygunluk denetimi yapan yargıçların

¹⁸⁴ Zühtü ARSLAN (der.), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.15.

¹⁸⁵ AYDIN, a.g.e., s.34.

¹⁸⁶ ARSLAN, **ABD Yüksek Mahkemesi...**, s.18.

yorum yaparken saf olarak hukuka bağı kalacakları düşüncesine dayanmaktadır. Ancak başta ifade ettiğimiz gibi siyasal olaylar yargıçları belirlerken yorum yapan yargıçların siyasadan etkilenmemeleri mümkün değildir. Ancak yargısal denetimin Birleşik Devletler de doğduktan sonra gitgide yaygınlaştığı ve yazılı bir anayasaya sahip ülkelerin ortak pratiği olmaya başladığı ve halen meşruluğu tartışılan bir sorun olduğu kesindir.¹⁸⁷

B. Birinci Değişiklik Ve Temel İlkeler

Amerika Anayasasının Birinci Ek Maddesi ya da Birinci Değişiklik (First Amendment) diye adlandırılan hükmün ifade özgürlüğü anlamında Yüksek Mahkeme tarafından zaman içinde artan bir dikkat ile ifade özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi için temel olmasını sağlamıştır. Birinci Değişiklik; “Kongre bir dinin kurumsallaşması ile ilgili, ya da özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan, ya da ifade, ya da basın özgürlüğünü, ya da kişilerin barışçı biçimde toplanma, veya hükümete şikayetlere çözüm bulunması için dilekçe verme hakkını kısıtlayan hiçbir yasa yapamaz” şeklinde bir düzenleme getirmiştir.¹⁸⁸

Ortak hukuk anlayışının sonucunda yargı kararlarında, genel hukuk sorunlarından çok olay merkezli bir anlayış egemendir. Olaya özgü hukuk yaratan yargıç da geçmişte bağlayıcı olarak görülen bazı ilkeleri, olayın farklı niteliğini göz önünde tutarak farklı değerlendirebilmektedir. Bu durum, bağlayıcı kararları bir hukuk kaynağı olarak nisbileştirmektedir. Özellikle ABD Yüksek Mahkemesi, yargı yetkisini, somut olayı en ince ayrıntısı ile değerlendirerek tamamen olaya özgü kararlar vermekte oldukça serbest davranmaktadır. Bu bakımdan Yüksek Mahkeme’nin kararlarından temel ilkeler çıkarmak, oldukça zordur ve Mahkeme uygulamasının tarihsel bağlamı içinde yapılabilmektedir. Bir karara bakarak belirli bir konu ile ilgili temel kurallar ortaya koyabilmek ve kararı her durumda bir yasa gibi görebilmek mümkün değildir.¹⁸⁹

Bu gel-gitler içinde Birinci Değişikliğin yalnızca düşüncenin açıklanmasının sansürünü yasaklamadığı aynı zamanda da düşüncelerin açıklanmasından sonra getirilen yaptırımlar yoluyla sınırlandırılmasında da gündeme geleceği kuramının

¹⁸⁷ ARSLAN, ABD Yüksek Mahkemesi..., s.21.

¹⁸⁸ AYDIN, a.g.e., s.49.

¹⁸⁹ AYDIN, a.g.e., s.36.

bütünüyle kabulü yakın bir geçmişe rastlar. Yine, ifade özgürlüğünün yalnızca siyasal ifadeyi değil diğer tüm düşünceleri de kapsadığını kabul etmek de Amerika da uzun zaman almıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra geliştirdiği öğretilerle ifade özgürlüğünü belki de Amerikan Anayasa koyucusunu Anayasayı yaparken düşündüğünün de ötesinde geçerek geliştirmiştir.¹⁹⁰

Birinci Değişikliğin amacı ve anlamı içeriğini oluşturan hak ve özgürlüklerin nasıl yorumlanması gerektiğine yönelik yöntemlerle anlaşılabilir. Bu yöntemler özellikle Yüksek Mahkeme yargıçları tarafından öne sürülmüş ve içtihatlarla geliştirilmişlerdir. Birincisi “*mutlak koruma*” dır. Bu yönteme göre ifade devlet tarafından görebileceği müdahalelere karşı mutlak koruma görmelidir. Örnek olarak sansür yasağı verilebilir. Ancak bu anlayışın kabulü ile ifade yoluyla işlenen suçlara anayasaya aykırı olarak cezalandırılabilmesi sonucu çıkar. Amaç özünde bir yaklaşımı ifade özgürlüğünü sınırlandıran düzenlemeler karşısında koruma duyarlılığını ifade eder. Dolayısıyla tüm içtihatlarda uygulanabilecek bir kriter değildir.¹⁹¹

Diğer bir yöntem “*dengeleme*” yöntemidir. Bir olayda ifade özgürlüğünün başka toplumsal menfaatlerle tartılması anlamına gelir. “Kamu düzeni menfaatini korumak amacı ile belirli bir hareket düzenlenirken, bu düzenleme düşüncesinin ifadesinin dolaylı, kısmi bir sınırlaması ile sonuçlandırılırsa, Mahkemenin görevi, ortadaki özel durumlar karşısında çatışan bu iki menfaatten hangisi için daha büyük koruma talep edileceğini belirlemektir.”¹⁹² Bu yöntemde de tartışılan dengeleme faaliyetini kimin yapacağıdır. Yasa koyucu mu yoksa anayasa koyucu mu yani dolayısıyla anayasaya uygunluk denetimi yapan yargıçlar mı yorumlayacaklardır.

Başka bir yöntem de “*dikkatli ve özenli inceleme*” dir. Bu yöntem Birinci Değişiklik de koruma altına alınan hakların dengeleme yöntemi sırasında öncelikli yeri olduğu görüşünden hareket etmektedir. Bu öncelik özgürlüklere bir dokunulmazlık ve şüpheli müdahalelere izin vermeme yaptırımını getirir. Bu yöntemin biçimlendirildiği dava New York Times Co. v. Sullivan dır. Bu davada ifade özgürlüğü daha doğrusu basın özgürlüğü, kendisine basın yoluyla hakaret edilen kişinin hakları karşısında kötü niyet olmadığı gerekçesi ile geniş ölçüde

¹⁹⁰ AYDIN, a.g.e., s.50.

¹⁹¹ AYDIN, a.g.e., s.60.

¹⁹² AYDIN, a.g.e., s.65.

korunmuştur. Bu yöntemler kullanılarak Birinci Değişiklik de çeşitli ifade özgürlüğü boyutları oluşturulmuştur. *Ulaşılan çağdaş kuram da, tüm düşünce açıklamalarının içeriğinden bağımsız olarak korunması gerektiğidir.*¹⁹³

Birinci Değişiklik her farklı uygulama alanı için gerektiği ölçüde uygulanan bazı temel ilkelere sahiptir. Bu ilkelerin Birinci Değişikliğin öğretisi ve içtihadının özünü oluşturduğunu söylemek mümkündür. İlk ilke “*tarafsızlık*” ilkesidir. Düşüncenin içeriğine karşı toplumda egemen olan basit ve mücerret bir muhalefet onun açıklanmasının sınırlandırılması için hiçbir biçimde bir mazeret oluşturmamalıdır. Toplumun çoğunluğunun bir düşünceyi ‘rahatsız edici’, ‘yaralayıcı’ ya da ‘kabul edilemez’ bulması onun yasaklanması için gerekçe olamaz.¹⁹⁴

İkinci ilke, “*duygusal ve heyecansal ifadelerinde koruma görmesi*” dir. Mahkeme Cohen v. California davasında duygu ifade eden bazı sözcüklerin yasaklanmasının ileride düşüncelerin toptan yasaklanmasına gitmesi tehlikesidir. İfade yalnızca tanısallık nitelikleri ile değil coşku ve öfke yaratıcı duygusal nitelikleri ile kışkırtıcı nitelikleri ile de korunmalıdır.¹⁹⁵

Üçüncüsü, “*sembolizm*” ilkesidir. Bu ilke ile ifadenin yalnızca dilin kullanılması ile değil iletişimsel davranışlar adı verilen ve belirli simgelerin gösterildiği toplantı ve gösteri gibi etkinliklerle somutlaşan davranışları da koruması altına aldığı gerçeğidir. Yüksek Mahkeme çeşitli kararlarında bu ilkeye yer vermiştir. Bunlardan biri de Stromberg v. California davasıdır. Bu davada kurulu düzene muhalefet amacı ile bayrak sergilenmesi hadisesinde bu ilkeyi kullanmıştır. Özetle kurulu düzene muhalefet iletişimsel davranış dahil olmak üzere ve kullanılan araç bayrak da olsa ifade özgürlüğü korunmalıdır.¹⁹⁶

Diğer bir ilke “*zarar ya da zarara yol açma gereği*” ilkesidir. İfadenin ancak bir zarara ya da ciddi bir zarar tehlikesine somuta çok yakın olarak yol açması durumunda yasaklanabileceğini belirtir. Aslında fiziksel zarara yol açabilecek ifadelerin düzenlenmesi konusundaki bu ilke “açık ve mevcut” tehlike ölçütü ile bağıntılıdır. Tepkisel zararlar konusunda zararın ne zaman nasıl ortaya çıkabileceği

¹⁹³ AYDIN, a.g.e., s.75.

¹⁹⁴ ARSLAN, ABD Yüksek Mahkemesi..., s.322.

¹⁹⁵ ARSLAN, ABD Yüksek Mahkemesi..., s.301.

¹⁹⁶ ARSLAN, ABD Yüksek Mahkemesi..., s.301.

hususu belirsiz olduğundan açık ve mevcut tehlike ölçütü biçimsel kalabilmektedir.¹⁹⁷

Bir diğeri, “*nedensellik*” ilkesidir. Bu ilke sınırlandırmanın meşru olabilmesi için, dış dünyada meydana gelen ve ihlalin sonucunu oluşturan etkilerle, yani zarar ile ifade arasındaki sıkı bir bağlantının bulunması gereğini anlatır. Nedensellik ilkesi de sonuçta aynı koşulu daha dar anlamda anlatan bir ilkedir. Bu ilkeden doğan ve onu en somut olarak yansıtan en önemli ölçütlerden biri “açık ve mevcut tehlike” ölçütüdür. Ölçüt şiddetin ya da suç oluşturan fiillerin savunulmasının söz konusu ifade dolaysız olarak meydana gelebilecek hukuk dışı bir fiile teşvik etmedikçe ve aynı zamanda böyle bir fiili tahrik ya da teşvike yönelmiş ve bu teşviki gerçekleştirmeye de yeterli olmadıkça serbest bırakılmasını anlatmaktadır.¹⁹⁸ Aslında zarar ilkesinde de açıkladığımız gibi fiziksel zararın belirsiz bir zamana yayılması nedeni vardır. Etkiler artarak şiddete dönüşebilir. Ancak sırf ifade nedeniyle ifadenin sınırlandırılması engellenmektedir.

“*Belirlilik*” de bu temel ilkelerden birisidir. Belirlilik ilkesi, ifade özgürlüğünü düzenleyen ya da sınırlayan yasaların muhatabında yasanın sözünün gereksiz ölçüde geniş olması nedeni ile izin verilmiş düşünce açıklamaları bağlamında dahi otosansür gereksinimi yaratmadan yasaya uymayı ve kişilerin ifadelerini yasada belirlenene göre ayarlayabilmesini sağlayacak derecede açık olmayı ifade eder. NACCP v. Button kararında Mahkeme, “özgür ifade anlamında geniş olarak önleyici kurallar anayasallık bakımından şüphelidir... Bizim en değerli özgürlüklerimize çok yakından dokunan bir alanda düzenlemenin belirliliği temel bir ölçü olmalıdır.” Şeklindeki açıklamasıyla belirlilik ilkesini açıklamıştır.¹⁹⁹

Mahkeme’nin ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarında temel olarak aldığı bir ilke de “*muğlaklık öğretisi*” dir. Bu öğretiy yasaların makul olarak anlaşılabilir olması zorunluluğunu ve yurttaşlara neyin yasal neyin yasadışı olduğunun açıkça belirtilmesi gereğini anlatır. Muğlak düzenlemelerin yasaklanması yasa koyucunun ya da idarenin yetkilerini aşmasının da önüne geçen hareketlerini denetleyen bir ilke olmaktadır. Yüksek Mahkeme Smith v. Goguen kararında Amerikan bayrağına karşı yapılan zarar verici muamelelerin fiillerini cezai müeyyide altına alan bir yasaya

¹⁹⁷ AYDIN, a.g.e., s.311.

¹⁹⁸ AYDIN, a.g.e., s.311.

¹⁹⁹ AYDIN, a.g.e., s.315.

dayanılarak verilen mahkumiyet kararını yasanın muğlaklığı gerekçesi ile “hukukun olması gerektiği gibi ve eşit uygulanması” ilkesi gereğince geri çevirmiştir.²⁰⁰

“Çok geniş kapsam” öğretisi de yine Mahkemenin kullandığı ilkelere biridir. Bu öğreti, tarafların mahkemenin önündeki olayda anayasaya uygun yasanın uygulanması yolunda bir haklarının bulunduğu ilkesine dayanır. Bu öğreti, ifade özgürlüğünü sınırlayan yasaların istenmediğini anlatır. Çünkü çok geniş kapsamlı ve bu nedenle sınırları belirsiz yasalar gelecekte ifade özgürlüğünden yararlanmak isteyen kimseler üzerinde de yıldırıcı bir etkide bulunabilir.

İfade özgürlüğü ABD Yüksek Mahkemesi tarafından yukarıda açıklanan temel ilkelerle değerlendirilmekte ya da sorun bu ölçütlere göre çözülmektedir.

C. İfade Özgürlüğünün Sınırları

İfade özgürlüğünün Yüksek Mahkeme tarafından değerlendirilirken kullanılan temel ilkeler yanında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin standartları belirleme yolunda yani sınırlandırılması meselesinde ilk önemli karar 1919 tarihli Schenck v. US kararıdır.²⁰¹ Bu kararın önemi fikirlerin pazaryeri teorisinin yaratıcısı Yargıç Holmes tarafından sınırlandırma ölçütü olarak “açık ve mevcut tehlike” kriterinin ABD hukukunda ilk kez dile getirilmesidir. Bu karara göre sınırlama konusu olabilecek ifadeler; Kongrenin önleme yetkisine sahip olduğu esaslı zararları meydana getirebilecek ifadelerdir. Kongrenin önleme yetkisine sahip olduğu “zararları doğurması hayli muhtemel” ifadeler sınırlanabilmekteydi. Bu kararda önemli nokta, düşünce açıklamaları ifade ettikleri fikrin beğenilmemesi, hoş karşılanmaması sebebiyle yasaklanmamalıdır. Sınırlama ancak suça teşvik ve tahrik halinde, geçerli bir zararın önlenmesi amacıyla yapılabilirdir. Sınırlanan özgürlük ile bu yolla korunmak istenen hukuki menfaat dengelenmek istenir. Gerçek bir zarar tehlikesinin varlığı halinde mümkün bir durumdur.²⁰²

Açık ve mevcut tehlike kriteri de diğer değerlendirmelerde olduğu gibi bir gelişim göstermiştir. Yani ABD’de yaşanan olaylar ve Dünyadaki olayların ABD’ye yansımaları nedeniyle yargıçların anayasa yorumları değişmiş ve tabi ki kriterlerin

²⁰⁰ AYDIN, a.g.e., s.316.

²⁰¹ ARSLAN, ABD Yüksek Mahkemesi..., s.53.

²⁰² Şule ÖZSOY, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:56, 2005, s.35.

gelişimi de buna bağlı olmuştur. Açık ve mevcut tehlike kriteri ancak elli yıl sonra gerçek ifadesini bulmuştur. Bu süreçte özgürlükleri savunanlar ifadenin ancak şiddet veya buna benzer ölçülebilir bir zarara yönelik, ciddi tehlikenin varlığı halinde sınırlanabilmesini savunmuştur.²⁰³

1925 tarihli *Gitlow v. New York* kararında Mahkeme Yargıç Holmes'un karşı oyuna rağmen açık ve mevcut tehlike kriterinden dönmüş ve daha çok "zararlı eğilim" ya da "kötü eğilim" adı verilen kriteri uygulamıştır. Kötü eğilim ölçütü; soyut tehlike cürümleri ile anlatılabilir. Soyut tehlike cürümleri, bir hukuki değerın korunmasını amaçlamakla birlikte, bu hukuki değerin konusunu zarara uğratmanın ya da tehlikeye sokmanın gerekmediği ve hareketin, yasa koyucu tarafından soyut olarak tehlike yaratma potansiyelini içinde taşıması nedeni ile cezalandırıldığı durumlardır.²⁰⁴ 1927 tarihli bir diğer kararı olan *Whitney v. California*'da yine; değerlendirilenin artık konuşmanın önlenmeye çalışılan zararı yaratma olasılığının yakınlığı-uzaklığı ve çatışan menfaatler arasında orantılı bir denge kurulması değildir. Önlenmeye çalışılan eylemlere, ifadenin zayıf da olsa bir katkı sağlama eğilimi göstermesi sınırlama için yeterli görülmekteydi. Ölçülülük testi, uygulama alanını kaybederek yerini sınırlı bir rasyonalite (makul olma) testine bırakmıştır. Makul bir insan tarafından yapılan sınırlamanın amacı uygunsa yeterliydi.²⁰⁵

Açık ve mevcut tehlike kriterinden kopuş 1951 tarihli *Dennis v. US* kararında kendini göstermiştir. Bu kararda Komünist Parti liderleri komünist düşünce nedeniyle yani devrim yoluyla hükümeti devirmek fikri nedeniyle mahkum edilmişlerdir. Dennis kararının önemi bu kararla açık ve mevcut tehlike ölçütünün değiştirilmesi ya da tamamen rafa kaldırılmasıdır. Bu kararı yazan Yargıç, açık ve mevcut tehlike ölçütü hakkında anayasallık denetiminde uygun olsa da bu kısa tamlama ilgili davaların koşullarına bakılmaksızın uygulanan sert bir ölçüt düzeyine yükseltilmiştir, demektedir. Bu ölçütün yerine dengeleme ölçütü kullanılmıştır. Belirli bir davranış kamu düzeni menfaati bakımından düzenleniyorsa ve ilgili düzenleme, ifadenin dolaylı, koşullu, kısmi bir sınırlamasını öngörüyorsa, mahkemenin görevi birbiriyle çatışan bu iki menfaatten hangisinin özel koruma görmesi gerektiğini belirlemektir.²⁰⁶

²⁰³ ÖZSOY, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda...", s.36.

²⁰⁴ AYDIN, a.g.e., s.109.

²⁰⁵ ÖZSOY, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda...", s.36.

²⁰⁶ AYDIN, a.g.e., s.151.

Ancak, menfaatlerin özenle tartılması denen bu ölçüt, yalnızca devletin kendini koruması yönünde bir dengelemeye neden olduğundan özgürlüklerin geniş ölçüde kısıtlanmasına neden olmuştur.

Açık ve mevcut tehlike kriterine ilk dönüş 1957 tarihli Yates v. US kararında kendini göstermiştir. Bu kararda Mahkeme sadece bir partiye üye olmanın mahkumiyet için yeterli sebep olmayacağını, bunun Birinci Değişiklik ile korunan ifade hakkının ihlali olduğunu tespit etmiştir.²⁰⁷

1969 tarihli Brandenburg v. Ohio kararı ile Yüksek Mahkeme, halen uyguladığı açık ve mevcut tehlike kriterini yazmıştır. Bu karara göre; kuvvet ve şiddet kullanımını ahlaki ve felsefi olarak savunmanın hatta bunun gerekliliğini müdafaa etmenin tek başına ifadeye müdahale etmeyi meşru kılmadığı, ancak bir grup insanı böyle bir harekete hazırlama, kışkırtma halinde müdahale edilebileceğini belirtmiştir. Kışkırtmadan kastedilen hukuka aykırı bir hareketi oluşturmaya veya oluşumunu kışkırtmaya yönelmiş ve amaçlanan sonucu yaratması olası olan bir eylemdir. Hukuki olarak iki amacı bulunan ölçüt, belli bir zaman diliminde bir eylem, hukuken yasaklansa dahi bu eylemin gerekli ya da arzu edilebilir olup olmadığını tartışmanın serbest olması ve insanları derhal etki doğuracak şekilde bir takım yasa dışı eylemlere katılmaya sevk etmenin bu katılımı oluşturma şansı olduğu ölçüde yasaklanabileceğidir.²⁰⁸

Mahkeme Brandenburg kararı ile, “düşünce ve basın özgürlüğünün anayasal güvencesi, bir devlete, ifade çok yakın kanunsuz bir fiili teşvik etmeye ya da gerçekleştirmeye yönelik olmadıkça ve bu fiili tahrik etmeye veya gerçekleştirmeye kuvvetle yeterli olmadıkça şiddete ya da kanun ihlallerine başvurulmasının savunulmasını cezalandırma yetkisi vermemektedir.”²⁰⁹ Yani ifadenin teşvik ve tahrike yeterli olması aranmıştır. Devlet ifadeyi, zarar pek yakın bir zamanda yol açabileceği öngörüsü olmadan, bir zarara yol açabileceği gerekçesi ile cezai müeyyide altına alamaz. Brandenburg ölçütünün uygulanmasında ifadenin hem içeriği hem de bağlamı ve gerçekleştiği koşullar önem taşır.

1968 tarihli O'Brien v. US kararı ile açık ve mevcut tehlike kriterinde kullanılan ölçülülük anlayışı belirlenmiştir. Bu anlayışa göre sınırlamanın anayasa uygun olması için dört kriter gereklidir. Birincisi; düzenleme, düzenlemeyi çıkaran

²⁰⁷ ÖZSOY, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda...”, s.37.

²⁰⁸ ÖZSOY, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda...”, s.37.

²⁰⁹ AYDIN, a.g.e., s.349.

devlet organının Anayasal yetkileri dahilinde olmalıdır. İkincisi; düzenleme, önemli ya da dikkate değer bir devlet menfaatinin gerçekleşmesine hizmet etmelidir. Üçüncüsü; bu devlet menfaati ile özgür ifadenin bastırılması arasında bir ilişki olmamalıdır. Dördüncüsü; Birinci Değişiklik ile korunduğu iddia edilen özgürlüklere yan etkisi olarak getirilen sınırlama bu menfaatin gerçekleştirilmesi bakımından yaşamsal olandan daha geniş olmamalıdır.²¹⁰

Yüksek Mahkeme O'Brien kararı ile anayasallık bakımından ifadenin konusunu temel alan sınırlandırmalar ile, ifadenin zararlı etkilerini temel alan sınırlandırmalar arasında fark gözetmiştir. Buna göre politik, sanatsal, bilimsel ve edebi ifadeler toplumsal değere sahip, yüksek koruma gerektiren ifadeler olarak kabul edilmiştir. Bu ifadelerin konusunu sınırlayan düzenlemeler açık ve mevcut tehlike kriterine ve Değişikliğe aykırı olacaktır. İfadenin zararlı etkilerini temel alan sınırlamalara O'Brien testi uygulanacaktır. Bu sınırlamalar, genellikle sembolik ifadelerle, kamusal alanlarda yapılacak konuşmaların zaman, yer ve şeklini konu alan düzenlemelerdir.²¹¹

İfade özgürlüğünü sınırlandıran bir kavram olarak açık ve mevcut tehlike kriteri ölçülebilmesi zor olan, toplumsal barışa ve eşitliğe yönelik bir takım zararların meşru hedefler olarak tanınmasında zorluklar içeren bir ölçüttür. Çünkü sınırlamanın ifadenin konusuna yöneldiği gerekçesi ile 1992 tarihli R.A.V. kararında -korkutma amaçlı olarak yanan gamalı haçı siyah bir ailenin bahçesine bırakılmıştı- sınırlamayı anayasaya aykırı bulmuşken; 2003 tarihinde verdiği Virginia v. Black kararında Amerikan tarihinde kölelik ve ırk ayrımı ile ilgili yaşanan acı olayları çağrıştıran sembollerin göz korkutma amaçlı olarak kullanımını, toplumsal barışa karşı gerçek tehdit olarak kabul etmiştir.²¹²

Mahkemenin Terminiello v. Chicago kararında belirttiği gibi; “ konuşma sıklıkla provokatif ve meydan okuyucudur. O ön yargılara veya daha önce oluşmuş kanaatlere saldırabilir ve bir düşünciyi kabul ettirmek için alışılmadık, önemli etkiler doğurabilir. Bu nedenle, sınırsız olmamakla birlikte ifade özgürlüğü, kamusal, rahatsızlığın, kızgınlığın ve huzursuzluğun ötesinde ciddi ve somut bir zararın açık ve mevcut tehlikesi gösterilmedikçe sansür edilemez.”²¹³

²¹⁰ AYDIN, a.g.e., s.270.

²¹¹ ÖZSOY, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda...”, s.38.

²¹² ÖZSOY, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda...”, s.39.

²¹³ AYDIN, a.g.e., s.126.

III. İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

A. İHAM'ın Yapısı ve İşleyişi

İHAS getirdiği uluslararası koruma sistemi ile uluslararası hukuk alanında yeni bir anlayış getirmiştir. Sözleşme ile koruma altına alınan hak ve özgürlüklere karşı oluşabilecek tüm müdahaleler Sözleşmenin getirmiş olduğu denetim mekanizması ile güvenceye alınmıştır. İHAS'ın getirdiği denetim sistemi 11 No'lu Protokol ile iki ayrı döneme ayrılmıştır. 11 No'lu Protokol 11.05.1994 yılında kabul edilmiş, 02.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Sözleşme organlarını ve sistemini yeniden yapılandırmıştır. Sözleşmenin 2. 3. ve 4. bölümleri ve de 2 No'lu Protokol değiştirilmiştir.

11 No'lu Protokol'den önceki dönem, denetimi üçlü bir sistemle gerçekleştirmekteydi. Bu üçlü sistem, İnsan Hakları Avrupa Divanı, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve Bakanlar Komitesinden oluşmaktaydı. Sözleşmenin amacı bu sistemle birlikte iç hukuklardaki insan hakları düzenini asgari standartlarda birleştirmektir.

Komisyon, başvuru aşamasında dilekçelerin ön incelemesini gerçekleştiren yargısal organdır. Şikayetleri kabul edilebilirlik yönünden inceler ve dostane çözüm arayışına başvurur. Eğer dostane çözüm başarıya ulaşamazsa, Sözleşmenin ihlal edilen hükümleri hakkında bir rapor hazırlanır ve yargılama aşaması için raporun Divana götürülmesi kalır. Uyuşmazlığın Divana götürülebilmesi için uyuşmazlığa taraf devletin Divanın yargı yetkisini tanımış olması gerekiyordu. Türkiye 22.01.1990 tarihinde Divanın yargı yetkisini kabul etmiştir. Bakanlar Komitesinin siyasal karar organı olması dolayısıyla raporun incelenmesi genellikle yargılama şeklinde gerçekleşmezdi. Divan kararları kesin hüküm niteliğindedir. Uyuşmazlığa taraf olan devletler için bağlayıcıdır.²¹⁴

11 No'lu Protokol sonrası denetim sisteminde değişim yargılama organları ve sistemi açısından olmuştur. Komisyon ve Divan birleştirilerek İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi adı altında tek bir organa dönüştürülmüştür. Aynı zamanda bireysel başvuru hakkını ve Mahkemenin yargı yetkisinin kabulünü üye devletlerin isteğine

²¹⁴ KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s.264.

birakan hükümleri kaldırmıştır. Daha önceden hakim sayısı devletlerin üye sayısı kadarken yeni düzenleme ile bu sayı her devletten tek hakime indirilmiştir.

Mahkeme’de Komisyonun görevlerini Daire yerine getirmektedir. Yani şikayetin kabul edilebilirlik incelemelerini, tespitleri, uzlaştırma ve esasa ilişkin kararları Daire yerine getirmektedir. Böylece siyasi bir organ olan Bakanlar Komitesi yargılama sürecinden dışlanmış ve denetim sisteminin hukukileşme süreci ilerlemiştir. Yargılama süreci, şikayetlerin ön incelemesinin yapılabilmesi için üç yargıçlı Komitelere gitmesi ile başlar. Komite oybirliği ile şikayetin kabul edilemez olduğuna karar verebilir. Aksi halde başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verecek olan yedi yargıçlı Daireye gelir ve esasa ilişkin karar verilir. Bu kararın kesinleşmesi taraflardan birinin 3 ay içerisinde kararı on yedi yargıçlı Büyük Daireye götürmemesine bağlıdır.²¹⁵

Mahkemeye başvurular hem devlet hem de bireyler tarafından yapılabilir. Bireysel başvuru hakkı doğrudan Mahkemeye başvuru ile olabilmektedir. Bireylerden kasıt; Sözleşmeyle güvenceye alınan hakkının ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden bireyler, hükümet dışı örgütler ve birey topluluklarıdır. Türkiye bireysel başvuru hakkını 1987 yılında kabul etmiştir. Bireysel başvuru hakkı İHAS madde 34’te, devlet başvuruları hakkındaki düzenleme ise madde 33’te yer almaktadır.

İHAM iç hukuka göre ikincil konuma sahiptir. Yani ulusal mahkemelerin temyiz merci değildir. Ancak İHAM hak ve özgürlükleri ulusal hukukun yetersizlikleri karşısında güvence altına alan bir mahkemedir. Bu anlamda İHAS madde 35’te yer alan Mahkemeye başvuru koşullarından ilki iç hukuk yollarının tüketilmiş olması koşuludur. Sözleşme devlet başvurularını düzenlerken bu hususa da değinmiş ve devlete bireylere haklarını arayabilmeleri için etkili başvuru yollarının sağlanması ödevini yüklemiştir. Şikayetçi iç hukuk yollarının tükenmesinden itibaren yani son kararın verilmesinden itibaren 6 ay içinde Mahkemeye başvurmak zorundadır.

Bireysel başvuruya özel başvuru koşulları da; kimliğin belirli olması, daha önce İHAM tarafından incelenmiş bir konu olmaması, daha önce başka bir uluslararası soruşturma ya da çözüm yerine aynı konu ile başvurulmamış olması, başvurunun sözleşme hükümleri ile bağdaşır olması, esasa ilişkin olarak açıkça

²¹⁵ ÖZDEK, a.g.e., s.47.

temelden yoksun olmaması ve de başvuru hakkının kötüye kullanılmamış olması gerekir.²¹⁶

İHAM'ın da kabul edilebilirlik kararı dilekçenin esastan incelenmesine olanak sağlar. Böylece yargılama başlar. İlk etap dostça çözüm çabalarıdır. Eğer dostça çözüme ulaşırsa dava düşer. Daireler ya da Büyük Daire kararları kesinleştikten sonra yayınlanır. Sözleşme ihlali söz konusu ise bu kararın yerine getirilmesi iç hukukta bazı uygulamalar neden olur. Örnek olarak şartla salıverme, af ya da yargılamanın yenilenmesi verilebilir. Türkiye'de yeniden yargılama konusu, 03.08.2002 tarihli ve 4771 sayılı yasa ile hukuk ve ceza davaları için tanınmıştır.²¹⁷

Ancak halen tartışma konusu olan ve eksiklerin giderilmesi konusunda çalışılan husus İHAM'ın kararlarının uygulanmaması sorunudur. Bu konuda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi bir tavsiye kararıyla, Bakanlar Komitesi'ne kararların yerine getirilmesini güçlendirecek kimi önerilerde bulunmuştur. Bakanlar Komitesi de aldığı tavsiye kararı ile üye devletleri yeniden yargılama konusunu sağlamaya davet etmiştir.²¹⁸

Bu zincir aslında İHAS denetim mekanizmasının, İHAM kararlarının ya da Bakanlar Komitesinin kararları ile iç hukuklar üzerinde etki oluşturulmuştur. Türkiye içinde ifade özgürlüğü ihlalleri ile ilgili olarak verilen kararlar neticesinde iç hukukun dönüşümü gündemde önemli bir yer oluşturmaktadır. Ülkemizde İHAS ile iç hukuk arasındaki uyum sorunu benzer ihlal kararları ile kendini göstermektedir. Uyum sorunu hakkında önemli bir konuda uyumun sadece sözleşmeye uygunluk olmadığı aynı zamanda uluslararası standartların oluşturulması açısından da önemli olduğudur.²¹⁹ Bu anlamda Anayasa'nın 90. maddesi gereği İHAS yasa hükmündedir. Anayasa'ya aykırılığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'nde iptal istemiyle dava açılmaz. İHAS'ın iç hukukta yasa ve Anayasa karşısındaki durumu tartışmalı bir durumda idi.²²⁰ Ancak Anayasa'nın 90. maddesinde 5170 sayılı yasa ile değişiklik yapılmıştır. Anılan yasa ile 90. maddenin son fıkrasına bir cümle eklenmiş olup, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı kanundaki farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” hükmü getirilmiştir. 24.05.2004

²¹⁶ ÖZDEK, a.g.e., s.60.

²¹⁷ KABOĞLU, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s.269.

²¹⁸ ÖZDEK, a.g.e., s.74.

²¹⁹ ÖZSOY, “Uyuşmazlıklarımız ve Yeni Uyum Yasaları...”, s.502.

²²⁰ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.121.

tarihinde yapılan değişikliktten önce uluslararası sözleşmelerin konumu iç hukukumuz açısından sorun yaratmakta, doktrinde tartışmalara yol açmakta idi. Ancak yapılan değişiklikle sözleşme ile kanunlar arasındaki hiyerarşi sorunu tam anlamı ile çözülmemiş ise de, ulusal mevzuatın farklılık arz etmesi halinde sözleşme hükümlerinin uygulanacağı esas kabul edilmiştir.

İHAS'ın Türk Hukukundaki yeri ve İHAM'ın kararları ifade özgürlüğünün ülkemizdeki gelişimi, düşünce suçlarının kaldırılması ve uzun yıllardan beri gündemde bulunan Avrupa Birliği'ne uyum çalışmaları açısından önemli bir konudur. Avrupa Birliği'ne uyum amacıyla ulaşılması beklenen Kopenhag Kriterlerinde de bu konu dile getirilmiştir.²²¹

B. Sözleşme Kapsamında İfade Özgürlüğü

İHAS kapsamında ifade özgürlüğü, ancak Sözleşme metni ve metin çerçevesinde İHAM'ın içtihatları yoluyla oluşturduğu kurallar bütünü birlikte ele alınarak incelendiği zaman daha net hale gelecektir. İfade özgürlüğü İHAS madde 10'da düzenlenmiştir. Kullanılan "freedom of expression" terimi ifade özgürlüğünü karşılamaktadır. Ancak ifade özgürlüğünün İHAS kapsamında tanımlanmasına ve içeriğine geçmeden önce Türkiye'deki kavram karmaşasının Sözleşme bağlamında durumuna bir göz atmak gerekecektir. Çünkü daha önce tanımlama kısmında bahsettiğimiz gibi düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü kavramların tanımlanma sorunu vardır. Ancak İHAS'da 10. madde ile kastedilen ifade özgürlüğüdür. Düşünce özgürlüğü ile ilgili olarak düzenleme 9. madde ile din alanında düşünce, din ve vicdan özgürlüğü şeklinde bir düzenleme ile yapılmıştır. Ancak Türkiye'deki gibi düşünce suçları bulunmadığından İHAS'ın ifade özgürlüğü ile ilgili 10. maddesini incelerken kast edilen kesinlikle ifade özgürlüğü olacaktır.

İHAS madde 10 kapsamında ifade özgürlüğü, ikili bir sistem geliştirmiştir. Maddenin düzenlemesi ilk fıkrayı kavramın içeriğine ikinci fıkrayı yapılacak müdahalelerin hangi nedenlerle yapılabileceğini tek tek saymıştır. Ancak bir sonraki başlık altında inceleyeceğimiz sınırlama nedenleri Mahkeme içtihatları ile geliştirilen sınırlama ölçütleri çerçevesinde denetlenmektedir.

²²¹ DÜLGER, a.g.e., s.287.

İfade özgürlüğü 10. madde birinci fıkra kapsamında “Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir” şekliyle başlar ve “görüşlere sahip olma, bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir” şeklindeki düzenleme ile de devam etmektedir. Aslında bu düzenleme özgürlüğün içeriğini belirlemektedir. Ayrıca bu özgürlüğün kullanılmasında devletin müdahale edemeyeceği ve ülke sınırlarının söz konusu olmadığını ve de radyo, televizyon ve sinema işletmeciliğinin izne bağlanmasının sözleşme açısından mümkün olduğu da belirtilmiştir.

Bu bağlamda İHAS’a göre ifade özgürlüğü her türlü ifadeyi kapsar. İfadeyi iletmek için kullanılan araçlar yazılı ve görsel basın, radyo ve televizyon da güvence sistemine dahildir. Ayrıca ifadenin içeriği politik, kültürel, ekonomik, ticari, sanatsal, bilimsel... vs olabilir.

Sözleşme düzeninde ifade özgürlüğü, ancak belirli hallerde kısıtlanabilen ve konusu ne olursa olsun, herkesçe kullanılabilecek bir hak olarak tanınmıştır.²²² Herkesten kastedilen yargıçlar, memurlar ve askerler dahil olmak üzere gerçek kişiler; tüzel kişiler, bireysel gruplar, meslek kuruluşları... vs olmak üzere her tür özel gruptur. Mahkeme kamu görevlilerinin de korunma göreceğini Wille v. Liechtenstein kararında belirtmiştir. Bu karara göre Mahkeme; anayasal konularda açıkladığı fikirleri nedeniyle yükselmesi engellenen İdare Mahkemesi Başkanının ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir. Ayrıca Vogt v. Almanya kararında da; Alman Komünist Partisine üye olduğu gerekçesi ile görevinden çıkarılan öğretmenın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir. Akkoç v. Türkiye davasında; bir eğitim sendikası başkanının basına verdiği beyanat neticesinde aldığı disiplin cezası hakkında bir kamu görevlisinin kişisel fikirlerini basına açıklamasının ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu beyan etmiştir.²²³

İfade özgürlüğü Mahkeme tarafından özellikle, demokratik toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişimi için temel koşullardan biri olarak görülmektedir. “Denetim görevi; Mahkeme’yi, 'demokratik bir toplumu' niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve

²²² ÖZSOY, “Uyumsuzluklarımız ve Yeni Uyum Yasaları...”, s.509.

²²³ BİÇAK, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi....**, s.26.

'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her 'formalite', 'koşul', 'yasak' ve 'ceza', izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.”²²⁴

Demokratik topluma verdiği önem dolayısıyla İHAM politik ifadeleri geniş alanda ele alarak daha bir özenle korumaktadır. Bu konuya ilişkin olarak verdiği Sürek ve Özdemir v. Türkiye kararında; “basının politik konularda, bu konular farklılaşmalara ve bölünmelere yol açacak nitelikte olsa da bilgi ve fikirleri aktarma görevi olduğunu; kişilerin de bu bilgi ve fikirleri öğrenme hakkı olduğunu; politik konuşmalar ve kamuyu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünü sınırlamak için manevra alanının oldukça dar olduğunu; hükümet ile özel kişiler ve hatta politikacılar karşılaştırıldığında, hükümet için getirilebilecek eleştirilerin sınırları daha geniş olduğunu; hükümetlerin elinde bulundurdıkları güç nazara alındığında kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı birçok farklı şekilde cevap verme hakkı varken cezai prosedürü işletme konusunda oldukça hassas davranmaları gerektiğini” dile getirmiştir.²²⁵

İHAM, politik söylemlerin ifade özgürlüğü açısından önemini Casstells v. İspanya kararında tekrar göstermektedir. Senatör olan Casstells’ın, Bask bölgesindeki faili meçhul cinayetlerle ilgili makalesinde bu cinayetlerin arkasında hükümetin olduğunu ileri sürmüş, makalede kullandığı ifadeler nedeni ile hükümetin manevi şahsiyetine hakaret ettiği gerekçesi ile mahkum edilmiştir. Mahkeme Casstells’in görüşlerini senato kürsüsünden değil, kendi seçtiği bir dergiden yaptığını, istemesi halinde kürsüde yapacağı konuşma ile hükümeti, hiçbir yaptırıma uğramaksızın eleştirmesi mümkün iken, bu yolu tercih etmemesi nedeni ile, hükümeti eleştirme hakkını kaybettiğinin kabulünün mümkün olmadığını belirttikten sonra hükümete yöneltilen eleştirilerin kabul edilebilirlik sınırının, özel kişilere hatta bir politikacıya yapılan eleştiriye nispeten daha geniş olduğunu işaret ederek, başvuru yerinde görmüştür.²²⁶

²²⁴ İHAM Kararı, Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 7.12.1976, <http://aihm.anadolu.edu.tr>, erişim tarihi: 5.5.2006.

²²⁵ BIÇAK, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi....**, s.28.

²²⁶ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.436.

İHAM politikacıların daha fazla eleştirilebileceğini bir kararında belirtirken beraberinde basın özgürlüğünün de politik söylemler konusunda sınırlarını belirlemiştir. Mahkeme Lingens v. Avusturya kararında bu görüşünü şu şekilde dile getirmiştir. “Basın özgürlüğü, siyasal liderlerin fikirlerini meydana çıkarmalarını ve onların düşünce ve davranışları hakkında halkın bir kanaat sahibi olmasını sağlayan en iyi araçlardan birisidir. Demokratik toplum kavramının özünü de siyasi tartışma özgürlüğü teşkil eder. Bu nedenle, kabul edilebilir eleştirinin sınırları, özel kişilere nazaran politikacılar için daha geniştir. Özel kişilerin aksine politikacılar kaçınılmaz olarak ve bilerek her sözünü ve fiilini hem gazeteciler ve hem de halk kitlesinin yakın tetkikine açarlar ve sonuç olarak daha fazla tolerans göstermek zorundadırlar. 10/2 bütün şahısların itibarının korunmasını gerektirir ve bu koruma politikacıları da içine alır, fakat siyasal meselenin alenen tartışılması ile kişisel korumanın yararları karşılaştırılarak dengeleme yapılmalıdır.”²²⁷

İHAM demokratik toplumda ifade özgürlüğünün gelişimi açısından basın özgürlüğüne de ayrıca özen göstermiştir. Basın özgürlüğünü tek taraflı olarak algılamamıştır. Basın özgürlüğünü yalnızca haber verme veya aktarma olarak değil kişilerin bilgilendirme hakkı açısından da görmüştür. Bu görüşünü Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka kararında şöyle dile getirmiştir. “Basın söz konusu olduğunda bu ilkeler (10/2) özel bir önem kazanır. Bu ilkeler, önemli ölçüde toplumun yararına hizmet eden ve aydınlatılmış bir halkın işbirliğini gerektiren adaletin dağıtılması alanına da aynı ölçüde uygulanır... basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdür. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır.”²²⁸

Mahkeme basın özgürlüğü ile ilgili Goodwin v. UK kararında da gazeteciliğe ilişkin kaynakların korunmasının öneminden bahsetmiştir. “Gazetecilerin kaynakları korunmadığında, kaynaklar kamuyu ilgilendiren konularda, basının toplumu bilgilendirme işlevine yardımcı olmaktan vazgeçebilirler. Bunun bir sonucu olarak, basının hayati önem taşıyan kamusal izleme işlevinin temeli çürütülebilir ve basının

²²⁷ BIÇAK, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*..., s.128.

²²⁸ DÜLGER, a.g.e., s.293.

tam ve güvenilir bilgi sağlama kapasitesi de bundan olumsuz etkilenir. Demokratik bir toplumda basın özgürlüğü için haber kaynaklarının korunmasının önemini ve kaynak ifşa etme emrinin bu özgürlüğünün uygulanabilmesinin üzerindeki sarsıcı potansiyel etkisini göz önüne aldığımızda, bu tür bir önem, kamu çıkarının gereklerini hiçe sayan bir meşrulaştırma yapılmadan sözleşmenin 10. maddesi ile bağdaştırılamaz.”²²⁹

Sözleşme anlamında ifade kavramı sadece sözlü ifadelerle sınırlandırılmamış bunun yanında rahatsız edici potansiyel taşıyan davranışların da korumadan yararlanacağını belirtmiştir. Provokatif amaçlı yavaş yürüme, tilki avlanmasını önlemek amacıyla düdük çalma... vs sayılabilir.²³⁰ Yine İHAM Piermont v. Fransa kararında gösteri yürüyüşüne katıldığı gerekçesi ile ülkeye dönüşü yasaklanan politikacının ifade özgürlüğünün kısıtlandığına karar vermiştir.²³¹

İfade özgürlüğü araçları olarak sadece yazılı basın değil görsel ve işitsel medyanında koruma göreceğini belirtmiş ve de basında kullanılan ifadelerin şekli olarak da koruma altında olduğunu Jersild v. Danimarka kararında belirtmiştir. Mahkemeye göre; “bir gazetecinin ‘ödev ve sorumlulukları’ göz önüne alındığında, ilgili aracın potansiyel etkisi önemli bir faktördür ve genel olarak kabul edilmektedir ki, bu bakımdan görsel ve işitsel medya, yazılı olandan çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahiptir. Görsel ve işitsel medya, yazılı medyanın ifade edemediği, görüntü yoluyla anlam iletme araçlarına sahiptir. Aynı zamanda söz konusu medyadaki başka şeylere de bağlı olarak, objektif ve dengeli haber bildirme yöntemleri de dikkate değer biçimde farklılaşabilmektedir. Ne İHAM ne de ulusal mahkemeler için, gazeteciler tarafından hangi tür haber iletme tekniklerinin kullanılacağı konusunda kendi görüşlerini basının görüşünün yerine koyamaz. Bu bağlamda Mahkeme 10. maddenin sadece ifade edilen fikir ve bilginin özünü değil, aynı zamanda onun nakletme biçimini de koruduğunu hatırlatır.”²³²

İHAM çeşitli kararlarında ifade özgürlüğünün kapsamının politik ifadelerle sınırlı olmadığını aynı zamanda bilimsel ve sanatsal ifadelerin de koruma kapsamında olduğunu belirtmiştir. Müller ve Diğerleri v. İsviçre kararında 10.

²²⁹ Rick LAWSON, “İfade Hürriyetini Güvenceye Almak: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Üç Eğilim”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.261.

²³⁰ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.426.

²³¹ BIÇAK, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi....**, s.30.

²³² LAWSON, a.g.e., s.255.

maddenin kültürel, siyasal ve sosyal alanda her türlü bilgi ve görüşlerin dolaşımını sağlayarak sanatsal ifadeyi de içerdığını belirtmiştir.²³³

İHAS madde 10/1'in son cümlesinde yer alan radyo ve televizyon yayıncılığı konusu da Mahkeme; Lentia ve Diğerleri v. Avusturya davasında “son yıllarda ortaya çıkan teknik gelişmeler, dolayısı ile bu kısıtlamalar frekans ve kanal sayısını referans ile gerekçelendirilemez diyerek, uydu iletimi ve kablolu televizyon yayınının frekansların sayısının sınırsız hale gelmesini sağladığını, ancak bunun devletlerin medya şirketlerini ruhsata tabi tutmasına engel olmadığını” ifade etmiştir.²³⁴

Gropper Radio AG v. Avusturya davasında da Mahkeme; 10/1'in üçüncü cümlesinin amacı, devletlerin kendi topraklarında yayıncılığın düzenlenişini bir ruhsat sistemi ile, özellikle teknik yönleri açısından, kontrol altında tutmalarına olanak tanıdığını açıkça ortaya koymaktır, ancak bu cümle ruhsat sistemine ilişkin önlemlerin bunun dışında madde 10/2'nin koşullarına tabi olmaması anlamına gelmez.²³⁵

C. İfade Özgürlüğünün Sınırları

1. Genel Değerlendirme

İHAS madde 10/2'de “Kullanılması görev ve sorumluluk gerektiren bu özgürlükler, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün, kamu güvenliğinin, düzeni korumanın, suçun önlenmesinin, sağlığın ya da ahlakın ve başkalarının ünü ya da haklarının korunması için, demokratik bir toplulukta zorunlu önlemler niteliğinde olarak, gizli haberlerin açıklanmasının engellenmesi ya da yargı erkinin üstünlüğünün ve yansızlığının sağlanması bakımından, kanunla belirli işlemlere, koşullara sınırlamalara ya da yaptırımlara bağlı tutulabilir.” şeklindeki düzenleme ile metin olarak da müdahale nedenlerini ya da sınırlama nedenlerini belirli sayıda saymıştır.

²³³ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.443.

²³⁴ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.440.

²³⁵ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.442.

İHAS’da genel sınırlama nedeni yoktur. 1982 Türk Anayasası madde 13’te 2001 tarihli 4709 sayılı yasa öncesi olan genel sınırlama hükmü Sözleşme açısından geçerli değildir. Sözleşmenin sistematığına da aykırı bulunmaktadır. Sözleşmede düzenlenen bir hakka getirilen kısıtlama, o hakkı düzenleyen maddenin içerisinde gösterilmiş ve böylece soyut ve her tarafa çekilebilecek sınırlama nedenleri yaratılmamaya çalışılmıştır.

Sözleşme metnindeki ve İHAM’ın oluşturduğu içtihatlar çerçevesinde 10/2’deki sınırlamaların sınırı çizilmiştir. İHAM da kısıtlamaya gidilirken “dar yorum” yapılması gerektiğini 1980 tarihli Sunday Times kararında belirtmiştir.²³⁶ Bu kararda sınırlama nedenlerinin dar yoruma tabi olduğunu belirtmiştir. Ayrıca sınırlama nedenleri konusunda taraf devletlerin takdir yetkisi olduğunu ancak son aşamada yine Mahkemenin denetleme yetkisi olduğunu aynı kararda şu şekilde belirtmiştir. “Mahkeme... Sözleşme’de kabul edilen hak ve özgürlüklerin korunmasında sorumluluğun, öncelikle Sözleşmeci Devletlerin kendilerinde olduğunu vurgulamıştır. Bu bakımdan, 10. maddenin 2. fıkrası Sözleşmeci Devletlere bir takdir alanı bırakır. Bu alan hem ulusal yasa koyucuya... hem de, aralarında bağımsız yargı organlarının da bulunduğu, yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş organlara bırakılmıştır. Bununla beraber, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası, Sözleşmeci Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Mahkeme... bir yasağın 10. madde de korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai karar vermekle yetkilidir; bu denetim, sadece temel hukuki düzenlemeleri değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar.”²³⁷

10/2’deki sınırlamalar madde metninde de belirtildiği üzere, hakkın ödev ve sorumluluk yüklemesinin bir sonucudur. İHAM 1992 tarihli Thorgeirson kararında bunun ayrı bir sınırlama nedeni olmadığını ancak sınırlama nedenleri varsa ödev ve sorumluluğun göz önünde bulundurulması gerektiğini tespit etmiştir.²³⁸ Yine Engel ve Diğerleri v. Hollanda kararında, askerlerin bazı üst düzey subayları eleştiren bir gazete yayınlaması ve dağıtması konusunda getirilen yasak, Mahkeme tarafından ifade özgürlüğüne haklı bir müdahale olarak görülmüştür. Ancak söz konusu bu insanların ifade özgürlüğünden yoksun kılınması değil, onların bu özgürlüğü

²³⁶ BIÇAK, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi....*, s.55.

²³⁷ DÜLGER, a.g.e., s.292.

²³⁸ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.443.

suiistimal edecek tarzda kullanmasının cezalandırılmasıdır. Bu anlamda hem hakkın kötüye kullanımı açısından hem de hakkı kullanırken ödev ve sorumluluk bilincinin yerine getirilmesi gereğini vurgulamaktadır.

İHAS madde 17 “hakların kötüye kullanımının yasaklanması” başlığı ile düzenlediği hükümde, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Özgürlüğün kötüye kullanılması, bir kişinin veya bir topluluğun, onu amacından saptırıp hedefine aykırı alana yönelmesi anından itibaren oluşan durumdur.²³⁹ Bir hakka özgülenen amacın görmezden gelinmesi ya da sözleşme de tanınan hakların kullanılarak onların yok edilmesi faaliyeti kötüye kullanma olarak açıklanabilir. İHAS madde 17 sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ve kullanılmasına kayıtlamalar getirmektedir. Şöyle ki sözleşmeci devlet sınırlama yaparken sözleşmenin belirlediği sınırları aşmaması gerekecektir. İHAM süreç içinde ilk olarak 17. maddeyi bağlılık ya da sadakat ödevi olarak yorumlamıştır. Alman Komünist Partisi ile ilgili kararında 17. maddeyi genişletici ve eleştiriye açık bir yorumla “ifade özgürlüğünün içeriğini boşaltıcı ve İHAS’ın ideolojisinin, Avrupa ülkelerinde komünist partilerin varlığı ile bağdaşmadığı” izlenimi yaratan bir karar vermiştir.²⁴⁰

Ancak süreç içinde bu kararını liberal bir yaklaşımla değiştirme yoluna gitmiştir. Haklar arasında bir kategori yaratarak sözleşme karşıtı hareketleri geliştiren haklarla –ki ifade özgürlüğü bu gruba dahildir- bu hareketlere destek hizmeti görmeyen hakları ayırarak aynı etkiye sahip olmadıklarını dile getirmiştir. Glimmerveen kararında Mahkeme, 17. maddenin amacını totaliter grupların, Sözleşmenin koyduğu ilkeleri lehlerine kullanmalarına engel olmak olarak yorumlamış ve amacı gerçekleştirirken bireyleri Sözleşmenin tümünden yoksun kılacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir.²⁴¹

İHAS madde 15 “olağanüstü hallerde askıya alma halinde ifade özgürlüğünün durumu” yine İHAM tarafından getirilen bir ilke ile düzenlenmiştir. Mahkeme; güvence altına alınan hakları sınırlamaya olanak tanıyan durum ve koşulları, yani olağanüstü durumları “savaş durumu” veya “ulusun varlığını tehdit eden” başka bir tehlike olarak tanımlamıştır. Mahkeme olağanüstü durumlarda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmadan, sapma hükümlerine geçilmeden önce başka önlemlerle olağan

²³⁹ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.101.

²⁴⁰ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.103.

²⁴¹ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.104.

düzenin sağlanıp sağlanamayacağını araştırmak gerektiğini dile getirir. Bu anlamda eğer sapma durumu olacaksa da “durumun gerektirdiği ölçüde” olması kriterinin kullanılmasını şart koşar. Aslında bu kriter ölçülülük ilkesinin bir görünümüdür. İHAM, Sözleşme’de tanınmış olan haklara getirilen sınırlamalar, eğer kamusal tehlike hakkın ihlali ya da askıya alınmasını gerektirmeyen daha az sertlikteki araçlarla giderilebiliyorsa, ihlali haklı görmez. Mahkeme olağan hukuk düzeni ile sonuç alınması gereğinin üzerine gidilmesini Lawless kararında dile getirmiştir. Mahkeme madde 18’deki hakkın öngördüğü amaçlar için sınırlandırılması gerektiği hükmünü de bu kararla güvence altına almıştır.²⁴²

İHAM, ifade özgürlüğüne müdahaleyi ancak 10/2’deki nedenlerle ve de belirlediği üç kriterin birlikte bulunması halinde mümkün kılmaktadır. Bu üç kriterden ilki; sınırlamanın kanunla yapılıyor olmasını arar. İkincisi sınırlamanın meşru ve haklı bir amaca dayanmasını arar ki bu meşru amaçları 10/2’deki sınırlama nedenleri ile kayıt altına almıştır. Sınırlamanın sınırı olarak üçüncü kriter sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olmasıdır. Ayrıca Mahkeme demokratik toplumda müdahaleyi değerlendirirken kısıtlama ile elde edilmek istenen amacın orantılı olmasını da aramaktadır. Mahkeme bu ölçütlere göre somut olayı kendi şartları içinde değerlendirir ve bu ölçütlerden birinin bulunmaması halinde sınırlamada 10. maddenin ihlalini kabul etmektedir.²⁴³

2. Sınırlamanın Şartları

a. Sınırlamanın Kanunla Olması

İHAS madde 10/2’de sınırlamanın kanunla yapılması gerektiğini hükme bağlamış ve de Mahkeme yasa tanımını hukuken öngörülmüş olma hali olarak belirlemiştir. Yasanın Parlamento’da açık görüşme ve tartışma usulleriyle hazırlanması, herkes için geçerli kurallar koyması nedeniyle getirilecek sınırlamaların objektif olması hali de güvence sistemine dahildir. Tabi ki bu güvence yasamanın yanılma ihtimaline karşı Anayasa yargısı ile de desteklenmektedir.

²⁴² KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s.119.

²⁴³ Ümit KOCASAKAL, Emine Eylem AKSOY ve Pınar MEMİŞ, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003, s.30.

İHAM sınırlamanın hukuken öngörölmüş olması gerektiğine yönelik görüşünü; 1997 tarihli Zana v. Türkiye kararında; eski bir politikacının basına yaptığı açıklamalar nedeniyle mahkum edilmesini ifade özgürlüğünün kısıtlanması olarak görmüş, ancak müdahalenin hukuken öngörölmüş olduğunu tespit etmiştir. Çünkü müdahale konusunda TCK 168. ve 312. maddelerinde cezanın öngörölmüş olmasını somut olay açısından tespit etmiştir.

Yasa ulaşılabilir ve açık olmalıdır. Tüm bireyler tarafından ulaşılabilir ve gerektiğinde bir hukukçunun yardımıyla da olsa, belirli bir davranışın hangi sonuçlar doğurabileceği vatandaş tarafından kestirilebilir olmalıdır. Mahkeme bu görüşü açıkladığı 1991 tarihli Observer&Guardian v. Birleşik Krallık kararında; olayda uygulanan hukuk kuralı ile ilgili bilgilerin daha önce Lordlar Kamarası tarafından açıklanmış olmasının ulaşılabilir olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Aynı kararda, kanunların ulaşılabilir olmasının yanı sıra açık ve kesin olması gerektiğini söylemiştir.

İHAM sınırlamanın yasa ile yapılmış olması konusunda yasanın mutlaka yazılı olması şartını aramamıştır. Kanun ile kastedilen yazılı veya yazılı olmayan hukuk kurallarıdır demiştir. Mahkeme, Observer&Guardian v. Birleşik Krallık kararında Common Law hukuk sisteminden hareketle kısıtlama sadece yargı organının tasarrufları ile oluşan kanunlarla değil, toplumda oluşan örf, adet ve teamüllere göre de gerçekleşebilir demiştir.²⁴⁴ Aynı zaman da Mahkeme Sunday Times v. Birleşik Krallık kararında içtihat hukukunun da kanun kapsamında olduğunu belirtmiştir. Çünkü içtihat hukukunun dışarıda bırakılması devletin hukuk sisteminin temelden sarsılması anlamına gelebilir.²⁴⁵

Yasanın yazılı olmasının şart olmadığını belirttiği Barthold v. Almanya kararında da Mahkeme meslek kurallarının da kanun kapsamında olduğunu dile getirmiştir.

²⁴⁴ KOCASAKAL, AKSOY ve MEMİŞ, a.g.e., s.32.

²⁴⁵ BIÇAK, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi..., s.70.

b. Sınırlamanın Meşru ve Haklı Bir Amaca Dayanması

İHAS madde 10/2’de belirtilen sınırlama nedenleri meşru amaçlardır. Burada sayılan nedenler dar yorumlanmalıdır. Yani benzetme vasıtası ile başka nedenler oluşturulamaz.

Bu nedenler; ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü, kamu güvenliği, düzensizliğin veya suçun önlenmesi, genel sağlığın korunması, genel ahlakın korunması, gizli bilgilerin açığa çıkmasının önlenmesi, yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının korunması, üçüncü kişilerin şöhret ve haklarının korunmasıdır. Bu sınırlama sebeplerini dört başlık halinde incelemek daha düzenli anlatımı sağlayacaktır.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması halinde özgürlüğün işlevselliğinin yitirilmemesine ayrıca dikkat edilmelidir. Çatışan menfaatler söz konusu olduğu takdirde ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, zorunlu ve istisnai bir tedbir olması gerekir.

aa. Ulusal Güvenlik Ve Kamu Düzeni

Ulusal güvenlik kavramı genel olarak; devletin ve ülkenin iç ve dış güvenliğinin korunmasını kapsamakla birlikte ulusal güvenliği bozan faaliyetler tüm halkı etkilemektedir. Dolayısıyla siyasal ya da ideolojik içeriği bulunmamaktadır. Ancak normal zamanlarda ulusal güvenlikle ilgili eleştirileri içeren tartışmaları ulusal güvenlik nedeniyle sınırlandırmamak gerekir.²⁴⁶

İHAM önüne gelen ulusal güvenliğe yönelik bir davada ifade özgürlüğünün karşısındaki ulusal güvenlik sorununu somut olaya göre değerlendirmiştir. Dava konusu olay emekli bir İngiliz istihbarat teşkilatı mensubunun, içinde teşkilatın kanuni olmayan faaliyetlerinin yer aldığı hatıratının bazı gazetelerde yayınlaması ile ilgili bulunmaktadır. Observer ve Guardian gazeteleri 1986 yılında kitapla ilgili bilgiler yayınlamış fakat Mahkeme tarafından, milli güvenliği sarstıkları gerekçesi ile yayınları durdurulmuştur. Kitap daha sonra Amerika’da yayınlanmış ve bazı nüshaları İngiliz vatandaşları tarafından satın alınarak yurda sokulmuştur. 1987 yılında kitabın bazı bölümleri Sunday Times gazetesinde yayınlanınca Lordlar kamarası, daha önceki Mahkeme kararına dayanarak ilgili gazete ve diğer bütün

²⁴⁶ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.67.

medya araçlarına yayın yasağı koymuştur. İHAM, İngiliz Mahkemesinin Observer ve Guardian gazetelerine koyduğu geçici yayın yasağının milli güvenlik açısından gerekli olduğuna karar vermiş; Sunday Times gazetesine ve diğer medya araçlarına konan yayın yasağının Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre Amerika’da yayınlandıktan sonra kitabın gizliliği kalmamıştır. Dolayısıyla ulusal güvenliği koruma gerekçesi de kalmamıştır. İstihbarat teşkilatının etkinlik ve itibarının korunması ise yayın yasağı konulması için tek başına yeterli görülmemiştir.²⁴⁷

Ulusal güvenliğe ilişkin sınırlandırma sorununa ilişkin olan bir konu da kişilerin askerlikten soğutucu nitelikte görülen ifadelerin sınırlandırılması konusudur. Mahkeme bu konuya ilişkin olarak Arrowsmith v. İngiltere kararında; Kuzey İrlanda’ya gitmek üzere bir kampta bulunan askerlere bildiri dağıtarak, görevden kaçmalarını isteyen kişinin askeri firara tahrik suçundan cezalandırılmasını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Mahkeme’ye göre dava konusu bildiri bir inancı açıklamak için halka yönelik genel bir bildiri niteliğinde olmayıp, yakında Kuzey İrlanda’ya gidecek olan belli bir asker grubunu hedef almaktadır. Başvurucunun İngiltere’nin Kuzey İrlanda’ya karşı izlediği politikayı eleştirmesinden değil, askeri firara tahrik etmesi nedeniyle mahkum edildiğini belirten Mahkeme, burada siyasi görüş belirtmekten daha öteye gidildiğini, verilen mahkumiyetle izlenen amacın, ordu içindeki düzenin ve milli güvenliğin korunması olduğunu açıklamıştır.²⁴⁸

Bir sınırlama nedeni olan kamu düzeni aslında genel güvenlik ve asayiş kavramlarını da içerisine almaktadır. Kamu düzeninin korunması, toplumsal yaşamın maddi temellerinin korunması olarak ve “dirlik-düzenlik” öğelerini içerir şekilde yorumlanmalıdır.²⁴⁹

Ulusal güvenliğe ilişkin olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında bir neden de örgütlenme özgürlüğü alanıdır. Örgütlenme ülke topraklarını bölmeye yönelik olursa ve bu amaca yönelik hareketlerin bölge barışını bozma eğilimi varsa veya komşu devletlerin düşmanca emellerine hizmet ediyorsa sınırlandırma meşru sayılabilir.²⁵⁰

²⁴⁷ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.445.

²⁴⁸ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.66.

²⁴⁹ Sevtap YOKUŞ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s.70.

²⁵⁰ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.67.

Sürek v. Türkiye (No:3) kararında Mahkeme; haftalık bir dergide yayınlanan bir makalede devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapıldığı gerekçesi ile derginin toplatılıp sahibinin mahkumiyetiyle ilgili olarak, ulusal güvenliğin sağlanması, toprak bütünlüğünün korunması ve kamu emniyetinin sağlanması ifade özgürlüğüne müdahale sebeplerinden olduğunu belirlemiştir. Dava konusu makalede ülkenin bir bölgesinde mücadeleyi “güvenlik kuvvetlerine karşı yürütülen bir savaş” olarak nitelendirilmesi ve “özgürlük mücadelesini sonuna kadar sürdüreceğiz” ifadesinin kullanılması, makalenin yazarının kendisini terör yoluyla mücadeleyi sürdüren örgütle özdeşleştirmiş olduğunu, makalenin etnik bir grubun silahlı mücadeleye çağrı ve teşvik içerdiği gerekçesi ile müdahaleyi sosyal bir ihtiyacı karşıladığı için haklı bulmuştur.²⁵¹

Sürek v. Türkiye (No:1) kararında Mahkeme; haftalık bir dergide yayımlanan “silahlar özgürlüğü engelleyemez” ve “suç bizim” başlıklı iki okuyucu mektubunun yayınlanması üzerine yapılan yargılama sonucu mahkumiyet kararı üzerine, mektuplarda Türk ordusunun katliam yapan, şiddet ve baskı uygulayan bir kurum olarak tanıtılmasının taraflar arasındaki kin ve nefrete dayalı kökleşmiş ilişkinin şiddeti daha da arttırmaya yönelik olduğunu, mektuplarda okuyucuların kendilerini devlete karşı korumak amacıyla şiddete ve saldırgan davranışlar göstermeye yöneltmek amacı olduğu ve şiddetin övüldüğü gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁵²

Yine Mahkeme ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve suçun önlenmesine yönelik ifade kısıtlamaları ile ilgili Zana v. Türkiye kararında; Zana’nın gazetecilere beyanında PKK’nın eylemlerini milli kurtuluş mücadelesi olarak nitelediğini bunun, PKK’nın Türk devletine karşı yürüttüğü silahlı mücadeleye destek anlamına geldiğini, bu tür sözlerin belediye başkanlığı yapmış belli bir siyasi kimliği bulunan bir kişi tarafından söylenmesi devlet yetkililerini haklı olarak kendi topraklarında terör faaliyetlerinin yoğunlaşmasından endişeye sevk etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme müdahaleyi toprak bütünlüğünü korumak ve suçu önlemek amacı ile haklı bulmuştur.²⁵³ Özellikle burada belirtilmesi gereken bir husus da ifade özgürlüğü karşısında meşru sebep olan kamu düzeni, suçun önlenmesi ve toprak bütünlüğü

²⁵¹ BIÇAK, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi....*, s.43.

²⁵² Erol KARAASLAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce Özgürlüğü”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:78, S:4, 2004, s.1457.

²⁵³ BIÇAK, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi....*, s.42.

nedenlerinin şiddete sevk, güvenlik karşısında tehdit kavramları bağlamında verilen cezanın sosyal bir ihtiyacı karşıladığı değerlendirilmesidir.

Chorherr v. Avusturya kararı kamu düzeni konusunda Mahkemenin ifade özgürlüğünü daraltıcı bir karardır. Ancak Mahkeme somut olaya göre değerlendirmesini yaparken ifadenin açıklanış şekli, yeri ve zamanını da dikkate almıştır. Dava, şikayetçinin Viyana Belediye meydanında yapılan Avusturya'nın bağımsızlığını kutlama töreninde, Avusturya ordusuna avcı uçakları alınmasını protesto eden pankart açılması ve bildiri dağıtılması ile ilgilidir. Ulusal makamlar seyircilerin görüş alanı kısıtlanacağı gerekçesi ile müdahale etmişler ve şikayetçi mahkum edilmiştir. Kamuya açık alanda gösteri yapılması isteğinin demokratik toplumda hoşgörü ile karşılanması gereğini dile getirmiştir. Pankartın seyircilerin görüş alanını daraltacağı şeklindeki gerekçeyi haklı bulmamıştır. Ancak Mahkeme karışıklık çıkma ihtimali nedeniyle ve bu karışıklıkların önlenmesi amacıyla müdahale edilmesi gerekçesini de sözleşmeye aykırı bulmamıştır.

bb. Genel Sağlık ve Genel Ahlakın Korunması

Genel ahlak nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırları konusunda İHAM'ın standartlarını belirten karar 1976 tarihli Handyside v. İngiltere'dir. Bu davada özetle Londra'da yayınevi sahibi olan R. Handyside'a iki Danimarkalı'nın yazdığı Küçük Kırmızı Kitap adındaki kitabı yayınlaması nedeniyle para cezası verilmiştir. Kitap eğitim öğretim amaçlı yazılmış da olsa bir kısmında cinsel konulara yer vermiş ve müstehcen olduğu gerekçesi ile toplatılmıştır. Yayıncının üst derece mahkemesine yaptığı itirazı gençlerde ahlak bozukluğuna ve çöküntüye yol açacağı gerekçesi ile reddedilmiştir. Bu konuda İHAM, ahlaki değerlerin korunması zorunluluğunun zamana ve mekana göre değiştiğini, üye devletlerin iç hukuklarından Avrupa ortak ahlak kavramının çıkartılamayacağını açıklamıştır. Sözleşmenin devletlere ahlaki değerlerin korunmasında takdir yetkisi tanıdığını ancak, bu yetkinin denetlendiğini belirten Mahkeme, somut olayda ahlaki değerlerin korunmasını, meşru ve haklı bir sebep olarak değerlendirmiştir.²⁵⁴

Genel ahlakı, belli bir zamanda belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca

²⁵⁴ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.446.

anlaşılan kurallar bütünü diye tanımlamak mümkündür. Genel ahlak toplumun manevi yönüne etki etmektedir. Toplumun oluşması ve sağlıklı bir biçimde işleminde salt maddi değerlerin değil, manevi değerlerinde pay sahibi olması genel ahlakın önemine vurgu yapmaktadır. Bu anlamda ahlak, toplumdan topluma ve hatta aynı toplum içinde bile farklılıklar göstermektedir. Dolayısıyla müdahale toplumun ortak ahlaki değerlerinin oluşturduğu maddi düzenin korunmasına yönelik olmalıdır.²⁵⁵

Genel ahlak ve genel sağlık konusunda Mahkeme yine ifadenin hitap ettiği topluluğu dikkate almıştır. Müller ve Diğerleri v. İsviçre kararında toplum ahlakı ve başkalarının haklarının korunması nedenleri ile kapatılan ve ayrıca insanla hayvanlar arasında cinsel ilişkileri tasvir eden resimlerin bulunduğu sergi ile ilgili olarak; kültürel, sosyal ve dini etkenler yanında resimlerin sergilendiği kantonda yaşayan halkın yapısı ve serginin her yaş grubuna açık olmasını göz önüne alarak ihlal olmadığı kanaatine varmıştır. Ayrıca bu alanda ulusal makamların daha fazla takdir yetkisi olduğunu söylemiştir.²⁵⁶

cc. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması

Başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacı ile ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlama konusunda İHAM öncelikle kişileri kamu görevlisi ya da kamu görevlisi bulunmayan olarak ayırmaktadır. Sıradan vatandaşların eleştiri hakları ile basın eleştiri hakları arasında; politikacıların eleştirilmesi ile normal vatandaşın eleştirilmesini ayırmaktadır. Ayrıca kamu görevlilerinin haklarının sınırları konusunda olaya göre farklı değerlendirmeler yapmaktadır.

Örneğin Thorgeirson v. İzlanda kararında, polise “üniformalı canavarlar! Barbarlara ve sadistlere sapıklıklarını uygulamaya izin verin” şeklinde sert bir eleştiri getiren gazetecinin hüküm giymesini, kamuoyunu yakından ilgilendiren bir konuda basın aracılığı ile görüş bildirdiği gerekçesi ile mahkumiyet ile hakkın ihlal edildiğini bildirmiştir.²⁵⁷

²⁵⁵ Nihal BULUT, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:IV, S:1-2, 2000, s.32.

²⁵⁶ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.73.

²⁵⁷ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.447.

Politikacılara yönelik eleştiriler konusunda daha önce de belirttiğimiz gibi daha geniş olunması gerektiğini belirterek Lingens v. Avusturya kararında basın başkalarının haysiyetini düşünerek sınırlara uyması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak konu siyaset olunca ve kamu yararı söz konusu olunca basının öncelikli görevinin bilgi aktarımı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca politikacıların eleştiri konusunda hoşgörülerinin sıradan vatandaşlara göre daha geniş olması gerektiğini çünkü kendilerini kamuya bilerek ve isteyerek açtıklarını dile getirmiştir.

Ancak, Mahkeme Engels ve Diğerleri davasında, askerlerin yüksek rütbeli askerleri eleştirileri dolayısıyla ceza almaları konusunda ordu içindeki disiplini ve düzeni sağlamak için sınırlamanın gerekli olduğunu ifade etmiştir.²⁵⁸

İHAM Tammer kararında; basın özgürlüğünün mutlak olmadığı ve özel hayatın korunması gerekliliği yönünde görüş bildirmiştir. Suçlanan ifadeler Bayan Laanaru'nun özel hayatının bazı yönleri ile ilgilidir. Bunları kendi özel hayatında tuttuğu güncelerde tasvir etmektedir. Kendisi (daha önce Başbakanlık da yapmış olan ve eşi olan) İç İşleri Bakanının yardımcısıdır. Suçlanan ifadeler Bayan Laanaru'nun bir anne olarak ve kocasının eski ailesinin parçalanmasındaki rolüne ilişkindir. Mahkeme ifade özgürlüğünün ihlali olmadığına ilişkin verdiği kararda; "bir siyasi parti ile ilişkisinin devam ediyor olmasına rağmen, Mahkeme kendisinin özel hayatına ilişkin olan söz konusu ifadelerin kamuyu ilgilendiren konulardan olduğuna veya genel önem taşıyan bir mesele olduğuna ikna olmamıştır."²⁵⁹

dd. Yargı Organlarının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması

Yargı gücü ve otoritesinin korunması konusunda Mahkemenin üye devletler bakımından zamana ve yere göre farklı tutum ve davranışlarda bulunulmasına gerek olmayıp görüş birliği bulunduğunu dile getirmiştir. Bu görüşünü 1979 tarihli Sunday Times v. İngiltere kararında açıklamıştır. Bu karara konu olay, hamilelikleri sırasında kullandıkları Thalidomide adlı ilaç nedeniyle çocukları sakat doğan annelerin açtıkları dava sürerken gazetede konuyla ilgili makale yayınlanacağını önceden ilan eden gazetenin yayının durdurulması nedeniyle konu Mahkeme'ye intikal etmiştir. Mahkeme söz konusu olayda yargı gücünün otoritesine yönelik bir tehdidin kesin

²⁵⁸ SUNAY, "İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları", s.78.

²⁵⁹ MACOVEI, a.g.e., s.45.

olarak ortaya çıkmadığını ileri sürmüştür. Mahkemelerin tamamen yalıtılmış ortamda çalışmadıkları gerçeğinin herkesçe bilindiğine işaret eden Mahkeme, yargı yerlerinin anlaşmazlıkların çözüm yerleri olmakla birlikte bu durumun anlaşmazlık konularının basın ile halk önünde daha önceden tartışılmayacağı anlamına gelmez. Mahkeme önemli noktanın adaletin doğru olarak uygulanmasına yönelik sınırlamalara dikkat edilmesi gerektiğidir. Haber ve bilgi akışının sağlanması amacını taşıyan makalenin ve araştırmanın yayınının durdurulmasını Sözleşmenin ihlali saymıştır.²⁶⁰

Yargı konusunda diğer bir kararda da Mahkeme yargı mensuplarının eleştirilebileceğini belirtmiştir. De Haes ve Gijels v. Belçika davasında, birkaç hakimin itibarını sarstıkları gerekçesiyle iki gazetecinin mahkum edilmesini ifade özgürlüğünün ihlali saymıştır. Perna v. İtalya davasında kıdemli bir İtalyan yargı mensubunun eski İtalyan komünist partisine bağlılık yemini ettiğini yazan gazeteci hakaret suçundan mahkum olmuştur.

Mahkeme bu olaydaki kararında; basın mensubunun kullandığı beyanın içeriğinin sembolik olduğunu ve yargı mensubunun eski komünist partisinin bir üyesi olarak siyasi eleştirel bir görüş açıklaması olduğu, iddianın doğru temellere dayandığı, yargı mensuplarının temelsiz saldırılara karşı korunması gerekmele birlikte yargı mensuplarının kendilerine verilen görevi gereği gibi yerine getirip getirmedikleri konusunda halkın ve politikacıların görüş sahibi olmasının yollarından birisinin basın olduğunu; bir siyasi partinin militan bir üyesi olarak hareket eden bir yargı mensubunun yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sarsacağını, böyle bir davranışta bulunan yargı mensubunun kaçınılmaz olarak kendisini basının eleştirilerine açmış olacağı tespiti yapmış ve sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁶¹

c. Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

Sözleşmenin hazırlanmasında ve başlangıç kısmında bu ilkeye yer verilerek aslında demokratik rejim standartlarının oluşturulmasının Sözleşme için ne kadar önemli olduğu vurgulanmıştır. Aslında demokratik sistemin önemi temel hak ve özgürlüklerin varlığını gerçekleştirmesi ve korunmasında yatmaktadır. Demokratik

²⁶⁰ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.76.

²⁶¹ BİÇAK, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi....*, s.23.

toplum kavramı özellikle sözleşmenin özünü oluşturduğundan bu kavram Mahkeme tarafından hak ve özgürlüklerin somut olayda sınırlandırılmasında ve hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında anlam ifade etmektedir. Demokratik toplum kavramı sınırlama konusunda genel anlamda bir ölçüt getirmekle sınırlamanın nerede kalacağını iletmektedir.

Demokratik toplum derken ne kastedilmektedir? Bu kavramın içeriğini İHAM verdiği çeşitli kararlarla, getirdiği içtihatlarla oluşturmaktadır. Demokratik toplumun unsurları pek çok kararında belirttiği gibi, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliktir. Demokrasi, sivil toplum bazında düşünülmüştür. Çoğulculuk birey anlamında farklılık, toplumsal anlamda siyasal, sosyal, kültürel ve pek çok anlamda çoğunluktan ayrı olarak düşünebilme ve hareket edebilme anlamına gelmektedir.²⁶²

Demokrasiyi tanımladığı Handyside kararında; “ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “haber” ve “düşünceler” için değil, ama ayrıca devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, tasvip edilmeyen, şok eden, rahatsız eden bilgi ve düşünceler içinde uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık görüşlülüğün gerekleridir, bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her “formalite”, “koşul” ve “ceza” izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.” demektir.²⁶³

Demokrasi bu anlamda sadece bir iktidar verme tekniği değil ama aynı zamanda bir iktidar kullanma tekniğidir ve köklerinde her zaman mikro sosyal münasebetler vardır. Ayrıca demokrasiyi açıklayan politik ve sosyal söylemlere hukuku da eklemek gerekecektir.²⁶⁴ Buna en güzel örneği İHAM vermektedir. Demokrasiyi çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik olarak tanımlamış ve de demokratik toplum terimi ile demokrasiyi devlet temelinden sivil toplum temeline çekmiştir.

²⁶² SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.87.

²⁶³ Fikret İLKİZ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Özgürlüğü Açısından Basın, Radyo ve Televizyon Kanunlarının Değerlendirilmesi”, **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003, s.73.

²⁶⁴ Bakır ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.1.

Demokratik toplumda gereklilik, müdahaleyi meşrulaştırma açısından önemlidir. Mahkeme gereklilik kavramı ile acil sosyal ihtiyaç²⁶⁵, baskın sosyal gereksinimi²⁶⁶ anlatmaktadır. Ayrıca bu gereklilik açık bir şekilde ortaya konulmalıdır. Çünkü hakların sınırlandırılmasının denetimine İHAM ayrıca önem vermektedir. Gerekliliği incelerken özellikle somut olayın özelliklerini dikkate almaktadır. Bu incelemede çatışan hakların arasında denge kurmaya çalışmakta, özel önem verdiği ve demokratik toplumun olmazsa olmazı dediği ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için gerçekten acil bir sosyal ihtiyacı aramaktadır.

Demokratik bir toplumda gereklilik kavramını Mahkeme “gerekli” sıfatı; “zorunlu” ile aynı anlamda değildir, hem de “kabul edilebilir”, “olağan”, “faydalı”, “mantıklı” ve “arzu edilir” gibi kavramların esnekliğine de sahiptir, acil sosyal ihtiyaçların olduğunu gösterir şeklindeki açıklamasında tanımlamıştır. Gereklilik için aranan acil sosyal ihtiyaç denetimini ulusal makamların yapacağını ve bu konuda takdir yetkileri olduğunu iletmektedir. Üye devletlerin takdir yetkisi ile ilgili Casede Coca v. İspanya davasında bir avukatın düzenli olarak gazete ve dergilere bürosunun ilanını vermesini öncelikle baro mensuplarının ticari işletme gibi düşünülmemesi gerektiğini belirttikten sonra her devletin barosunun ve mahkemelerinin milletlerarası nitelik taşıyan Mahkemeye göre daha iyi bir değerlendirme yapabilecek durumda olduğuna işaret etmiştir.²⁶⁷ Ayrıca Mahkeme üye devletleri kendisinin denetleyebileceğini bu denetlemenin Avrupa ortak standardına uygunluk bakımından olduğunu belirtmektedir.

Mahkeme, demokrasiyi tanımlarken Young, James ve Webster kararında; “çoğunluğun görüşünün sürekli olarak üstün olmasından ibaret değildir, tersine, azınlığa da hak tanınması ve üstün durumda olan tarafın bu durumunu istismar edememesi yönünde bir dengeyi gerektirir.” Yine de bu anlamda demokratik rejimi değiştirmeyi amaçlayan örgütlenmelere kapalıdır.²⁶⁸ Mahkemeye göre anti demokratik görüş ve düşünceler korunmaya layık değildir. Örnek olarak Otto-Preminger Institut v. Avusturya kararında ırk, din ayrımcılığı yapan veya tahrik eden düşünce ve haberin 10. madde kapsamında koruma göremeyeceğini söylemiştir. Bu davada söz konusu dernek Roman Katolikleri rencide edecek bir filmin sergilenmesi

²⁶⁵ TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, a.g.e., s.450.

²⁶⁶ KOCASAKAL, AKSOY ve MEMİŞ, a.g.e., s.33.

²⁶⁷ KOCASAKAL, AKSOY ve MEMİŞ, a.g.e., s.37.

²⁶⁸ YOKUŞ, a.g.e., s.77.

sonucu filmlere el konulması ile İHAM'ın önüne gelmiştir. Mahkeme dinsel barışı sağlamak ve dini düşünceleri nedeni ile bazı kişilerin saldırıya maruz kalmasını önlemek amacıyla fiillere el konulmasını haklı saymıştır.²⁶⁹

Hak ve özgürlüklerin korunmasında İHAM, demokratik toplumda gerekli olma ölçütünü kullanırken bu ölçütü birlikte başka kriterleri de kullanmaktadır. Özellikle denetimde bir hakka getirilen sınırlamanın öngörülen meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir. Gereklik kavramının yanına Mahkeme orantılılık kavramını koymaktadır. Mahkeme terazinin bir tarafına korunmak istenen kamu yararının önem ve ağırlığını, diğer tarafına ise kamu yararını korumak için kişi hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlamaların önem ve ağırlığını koymakta ve bunlar arasında bir denge olup olmadığını aramaktadır. Denge bulunduğu takdirde sınırlamanın “demokratik toplum için gerekli olduğu” sonucuna varmaktadır.²⁷⁰

Mahkemenin gereklik ve orantılılık kavramlarını yoğun şekilde kullanmasından çıkarılacak olan bir sonuç da sınırlamanın zorunlu toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olması ve demokratik toplumda gerekli olması şekli ile başka bir ölçütü de kullandığını göstermektedir. Bu ölçüt ölçülülüktür. Çünkü ölçülülük ilkesi ile ilgili ortak tanımlamalar da sınırlamada kullanılan araçların elverişli, sonuca yeterli, makul, gerekli ve orantılı olması şeklindedir.²⁷¹

Sınırlamanın sınırı olduğu kabul edilen demokratik toplumda gereklik ve orantılılık ölçütleri ile ilgili bir örnek karar da 1998 tarihli İncal v. Türkiye kararıdır. Bu dava da; İzmirli bir avukat ve daha sonra kapatılan bir partinin İzmir İl Başkanı İncal tarafından hazırlanan ve Kürt kökenli vatandaşlara yönelik kötü muameleyi eleştiren bir bildiri yetkili makamlarca dağıtılmadan toplatılmış ve haklarında TCK madde 312/2 nedeniyle ceza davası açılmıştır. Mahkeme olayla ilgili olarak siyasi fikirlerin savunulması ve ifade edilmesi özgürlüğünün kısıtlanmaması gerektiğini dile getirmiştir. Ayrıca muhalefet partisi üyesi siyasetçilerin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi demokratik toplum açısından bir ihlaldir. Daha sonra Mahkeme alınan tedbirlerin orantısızlığına işaret etmiştir. “Eleştirinin izin verilebilir sınırları, Hükümet için sade bir vatandaş ve hatta bir siyasetçi için olan sınırdan daha geniştir. Demokratik bir sistemde Hükümetin fiilleri ve ihmalleri sadece yasama ve yargı

²⁶⁹ KOCASAKAL, AKSOY ve MEMİŞ, a.g.e., s.35.

²⁷⁰ YOKUŞ, a.g.e., s.79.

²⁷¹ YOKUŞ, a.g.e., s.79.

organlarının değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakından denetimine tabi olmak zorundadır. Ayrıca Hükümetin işgal ettiği üstün mevki, özellikle muhaliflerin haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabileceği yerde, ceza davasına sınırlı hallerde başvurmaları gerektirir... Mahkeme, dava konusu müdahalenin radikal niteliğini not eder...”²⁷²

Müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olması konusuna bir örnek de De Becker v. Belçika davasıdır. Bu davada, Belçika’nın Naziler tarafından işgali sırasında Le Soir gazetesinin yazı işleri müdürü olan De Becker, işgalden sonra düşmanla işbirliği ile suçlanmış ve mahkum olmuştur. Cezası ömür boyu haptiden 17 yıla indirilmiş daha sonra salıverilen De Becker’ın yaşam boyu oy kullanma, avukatlık, öğretmenlik, gazetecilik yapma, kültürel ve sportif faaliyetlere katılma, şirket işletme gibi hak mahkumiyetleri sürmüştür. Mahkeme bu konuya ilişkin kararında, 10/2 gereğince savaş süresince sınırlı olmak şartıyla bu yasağı kabul edebilecekken savaş bittikten ve normal zamana döndükten sonra somut olayda bu durumun çok ilgisiz yasaklar getirmesi nedeniyle gerekliliği ve orantılılığı aştığını belirtmiştir.

²⁷² DÜLGER, a.g.e., s.298.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

I. ANAYASAL VE YASAL BOYUT

A. Anayasa Metinlerinde Özgür İfadenin Gelişimi

1. Tarihsel Değerlendirme

İfade özgürlüğünün ülkemizdeki gelişimi yasal ve anayasal metinlerin tarihsel gelişimi ile bağlantılı olarak incelendiğinde ilk olarak hak ve özgürlüklerin çıkışına yönelmek gerekir. Bu anlamda özgürlük-otorite mücadelesinde özgürlük lehine hükümlerin ilk olarak ortaya çıkışı Padişah III. Selimin başarısız ıslahat hareketlerinden sonra gelişen olaylar çerçevesinde ortaya çıkan ve Osmanlı-Türk anayasa hukuku açısından ilk önemli belge olan Sened-i İttifak'tır.²⁷³ Ancak ferman niteliğindeki belge hak ve özgürlüklere yönelik olmaktan çok merkezi otoriteye sınırlamalar getiren bir nitelik arz etmektedir. Devamında yaşanan dönemin siyasi ve sosyal gelişmeleri çerçevesinde bazı hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvence altına alınması İmparatorluğun kurtuluşunu batılılaşma hareketlerinde gören II. Mahmut tarafından gerçekleştirilen yeniliklerle olmuştur.

Hukukta çağdaşlaşma ve batılılaşma hareketleri ile kişi hak ve özgürlüklerinin eksik de olsa ilk olarak bir listesinin hazırlanması Tanzimat Fermanı ile olmuştur. Bu eksiklikler içerisinde düşünce, basın, dernek, toplanma gibi ifade özgürlüğü temelli pek çok özgürlük de bulunmaktadır. Ancak bu özgürlüklerin liste de bulunmamasının en önemli nedenlerinden birisi dönemin toplumunun nesnel, maddi ve sosyo-ekonomik yapısının geriliğidir. Osmanlı imparatorluğunda henüz liberalizm kökleşmemiştir.²⁷⁴

Ancak batılılaşma hareketleri çerçevesinde çıkarılan kanunlar ile bu alanlara yönelik çalışmalar yapılmıştır. Özellikle basın faaliyetleri alanı ifade özgürlüğü kapsamında uygulamalara sahne olmuştur. Tanzimat yönetimleri 1857 tarihli Basmahane Nizamnamesi ile basımevi açılması, kitap basımı izin ve ruhsata

²⁷³ Bülent TANÖR, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 11.b., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları (Cogito), 2004, s.41.

²⁷⁴ TANÖR, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, s.89.

bağlandı, ülke için “muzır olan” kitap ve broşürlerin toplatılmasında ve ilgili basımevlerinin kapatılmasında polis yetkili kılınmıştır. Ardından 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi ile süreli yayınlar ruhsata bağlanmış, devlete “taarruz ve husumet” düşüncesi ile yurtdışında basılan eserlerin ülkeye sokulması yasaklanmıştır, hükümete gazete kapatma yetkisi verildi, padişah uygunsuz söz ve terimlerin vekillere ve dost devletlerin hükümdarlarına “dokunur” sözlerin kullanılması, meclisler ve devlet kurulları ile memurları kötüleyici yayınların yapılması cezalandırılmıştır.

1867 tarihli Kararname-i Ali adı ile hükümet tarafından Matbuat Kanunun dışında önlem ve yasaklar getirilmiştir. Bütün bu yasaklar yeterli görülmeyerek 1876 tarihinde tekrar bir nizamname çıkartılmıştır. Bu nizamnameye göre de gazetelere sansür konulmuştur. Ancak bütün bu sınırlama işlemleri basının kamuoyu oluşturma işlevini tümüyle engelleyememiştir. Tanzimat ile birlikte bireyi ön plana alan bir toplumsal gelişme yaşanmıştır.²⁷⁵ Modernleşme kapıları Anadolu’ya açılmıştır.

Kanun-i Esasi’nin hazırlanması ile hak ve özgürlükler alanında bir takım gelişmeler olmuştur. Dinsel özgürlükler bu anayasada tanınmış ancak ifade özgürlüğü anlamında sadece basın “kanun dairesinde serbesttir” biçiminde bir hüküm getirmiştir. Sansürün de yasaklanmadığı bu anayasaya da düşünce özgürlüğü anlamında herhangi bir hüküm girmemiştir.

Meşrutiyet yanlılarının susturulması ile Abdülhamit dönemi yani baskı dönemi başlamıştır. Bu dönemde çıkarılan 1888 Matbaalar Nizamnamesi ile basımevi açılması, kitap basımı, yabancı yayınların ülkeye sokulması izne bağlanmıştır. Muzır ve edebe aykırı basılı eserleri taşımayı, satmayı ve dağıtmayı ve bunları topluca üzerinde bulundurmayı suça ortaklık saymıştır. Bu tür yasaklar çok çeşitli şekillerde getirilmiş ve uygulanmıştır. Tiyatro da sansüre uğramıştır. Kralların tahttan indirilmesini konu alan eserler oynanamamıştır. Gazetelerde hürriyet, yıldız, deli, birader, sakal, burun, cumhuriyet, vatan, millet gibi bazı kelimelerin kullanılması yasaklanmıştır.²⁷⁶

Ancak siyasal bazı olaylar sonucu II. Meşrutiyet’in ilanı ile Kanun-i Esasi’de 1909 değişiklikleri uygulanmıştır. Bu değişiklikler ifade özgürlüğü alanında hükümlere yer vermese de farklı bir görünümü olan basın özgürlüğüne yer vermiştir.

²⁷⁵ ÖZKORKUT, a.g.e., s.73.

²⁷⁶ ÖZKORKUT, a.g.e., s.77.

Ancak getirilen hüküm “basın kanun dairesinde serbesttir” ile devamında ön denetime tabi tutulamayacağı şeklindedir. Bu değişiklik ile toplantı ve dernek kurma hakları da getirilmiştir. Haberleşmenin gizliliğine de yer verilmiştir.

Türk Anayasa tarihinde önemli bir yeri olan 1921 Anayasası olağanüstü koşullarda hazırlanmıştır. Bir geçiş dönemi anayasası olan bu metin eksik ve yetersizdir. Kişi hak ve özgürlüklerini düzenlememiştir. Ancak egemenlik ve iktidarın kaynağında köklü değişiklikler getiren bu anayasa dünya anayasalcılık hareketleri içinde özgün bir yere sahiptir.²⁷⁷

1924 Anayasası devletin kuruluş ve yapılanmasında kişi hak ve özgürlüklerini doğal hukukçu ve bireyci bir yaklaşımla anayasaya taşıyan bir metindir. Bu anayasa genel bir madde ile kişi dokunulmazlığını, vicdan, düşünce, söz, toplantı, yayın, seyahat, sözleşme, çalışma, mülk edinme, malını kullanma, dernek ve ortaklık kurma hak ve özgürlüklerini (madde 70) Türklerin tabi haklarından diyerek “Türklerin Hukuku Ammesi” başlığı altında hükme bağlamıştır. 1924 Anayasası Türk kimdir sorusuna madde 88 ile “Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk ıtlak olunur” diyerek cevap vermiştir. Ayrıca madde 75 ile felsefi görüş ve dinsel inancından dolayı kınanamama ve yasalar çerçevesinde dinsel ayinler yapabilme hakkını; madde 77 ile basının serbestliğini ve ön denetimin yasak olduğunu; madde 79 ile toplanma, dernek ve ortaklıklar kurabilme haklarını; madde 81 ile haberleşmenin gizliliğini hükme bağlamıştır.²⁷⁸

1924 Anayasası 1945 senesine kadar tek parti rejimi içinde uygulanmıştır. 1945’den sonra ülke çok partili rejime geçmiştir. Tek partili rejim sırasında ifade özgürlüğü ile ilgili olarak yapılan basın özgürlüğü alanındaki uygulamalar baskı ağırlıklı idi. 1913 tarihli bir yasa ile Bakanlar Kurulu gazete ve dergi yayını, ülkenin iç ve dış güvenliğini sarstığı gerekçesi ile durdurabiliyordu. 1925 tarihli Takrir-i Sükun Kanunu ile gericiliğe ve isyana yol açabilecek ve asayışı bozabilecek yayınlar Cumhurbaşkanının onayı ile hükümet tarafından önlenebiliyordu. 1931 tarihli Matbuat Kanunu ile memleketin umumi siyasetine dokunacak yayımlar yapan gazeteler icra vekilleri heyeti tarafından geçici olarak kapatılıyordu. Ancak bu gazetelerin sahipleri ve yazı işleri müdürleri başka bir gazete çıkaramayacaklardı.

²⁷⁷ TANÖR, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s.288.

²⁷⁸ TANÖR, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s.309.

Dernekler konusunda 1938 yılına kadar hukuken serbestlik fiilen izin sistemi varken 1938 den sonra tam izin sistemi uygulanmıştır. Tek Parti dönemine yönelik olarak toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğü vardır. 1909 tarihinde çıkartılan İçtimaatı Umumiye Kanunu yürürlükte. Bu yasaya göre toplantı ve gösteri için izin şartı aranmıyor, 48 saat öncesinden idareye haber vermek yetiyordu. Tabi fiilen uygulama özgürlüğü askıya almaktadır.²⁷⁹

Çok partili rejim döneminde ifade özgürlüğü uygulamaları da pek fark yaratamamıştır. Tek parti döneminde de var olan düşünce suçları (TCK 140, 141, 142, 163) kaldırılamamıştır. Hatta bazılarının cezaları arttırılmıştır. Ancak bu dönemde yasalarda bir iyileştirme yapılsa da daha sonra anti demokratik pek çok yasa ile bu iyileştirmeden dönülmüştür. Özellikle Tahkikat Encümenleri ve Komisyonlar sayesinde ve bu organlara tanınan geniş yetkiler ile ifade özgürlüğü ve yansıması olan pek çok özgürlük alanında anti demokratik uygulamalar başlatılmıştır. 1950 tarihli Basın kanunu ile basın özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar yapılmıştır. 1951 tarihli resmi ilanlar kararnamesi ile hükümetin gazeteleri ödüllendirme ve cezalandırma yolu açılmıştır. Anti demokratik hükümlere yeni basın suçları, sorumluluk alanı genişletilmesi, cevap ve düzeltme hakkının idareye bırakılması, ispat hakkı tanınmaksızın basına karşı hükümetin kayrılması bakanları küçük düşürücü sayılan yayınlara karşı cezai soruşturmanın adeta “otomatik” hale getirilmesi..vb sayılabilir. Bu anti demokratik uygulamalar basın özgürlüğünü ortadan kaldırıcı etki yaratmıştır.²⁸⁰

1961 Anayasası, özgürlüğün temel sınırlamanın ise istisna olduğu bir anayasa idi. 1924 Anayasasına göre daha sistemli ve ayrıntılı idi. “1924 Anayasasını oluşturan güç iktidarda kalacağını bilen ve kalan bir güçken 1961 Anayasasını yapan güç iktidarda kalmayacağını bilen ve genel oy koşullarında iktidarın gene eski sahiplerine döneceğini hesaba katmak zorunda olan güçtür. Birincisinin sorunu hukukla engellenmemek, ikincisininse hukuki güvencelerle beslenmiş bir siyasal demokrasidir.”²⁸¹ Çünkü hak ve özgürlükler bakımından kişiyi devlete karşı korumak amacıyla oluşturulmuştur. 1961 Anayasası; kişi dokunulmazlığı, özel yaşamın gizliliği, haberleşme özgürlüğü, seyahat ve yerleşme, vicdan ve din, düşünce, bilim ve sanat, basın, gazete, dergi, kitap ve broşür yayınlama, basın dışı haberleşme

²⁷⁹ TANÖR, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s.319.

²⁸⁰ TANÖR, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s.355.

²⁸¹ Bülent TANÖR, *İki Anayasa*, 3.b., İstanbul: Beta Yayınevi, 1994, s.21.

araçlarından yararlanma özgürlüklerini, düzeltme ve cevap, toplantı ve gösteri yürüyüşleri, dernek kurma, hak arama ve ispat haklarını düzenlemektedir.²⁸² Ancak 1961 anayasasının yarattığı önemli bir değişim de “Türklerin Hukuku Ammesi” şeklinde başlayan ve hakların Türklere ait olduğu yönündeki şekli olarak uygun olmayan düzenlemeyi herkes ile başlayan cümlelerle kullanmıştır. Böylece daha demokratik bir söylem oluşturulmuştur.

1961 Anayasası insan haklarının ayrıntılı bir listesini yapmıştır. 1924 Anayasasından farklı olarak listeye yeni haklar eklenmiş, hem bazı faaliyet ve özgürlükler güvence altına alınmış, ayrıca her hak ve özgürlüğün içeriği ve tanımı ilgili maddesinde verilmeye çalışılmıştır. İfade özgürlüğü ile ilgili olarak madde 19 vicdan ve dini inanç ve kanat hürriyetini, madde 20 düşünce ve kanaat hürriyeti ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini, madde 21 bilim ve sanat hürriyetini, madde 22 basın hürriyetini, madde 23-29 arası hükümlerse basınla ilgili haklar ve toplantı hak ve hürriyetlerini düzenlemiştir.

1961 Anayasası döneminde ifade özgürlüğünün özgürlük alanı yani sınırlandırılması halinde durumu nedir? Öncelikle Anayasa madde 20’de “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir. Kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.” şeklindeki düzenlemesi ile ifade özgürlüğünü tek maddede düzenlemiştir. Madde içeriği herhangi bir sınırlama nedeni barındırmamaktadır. Bu nedenle ifade özgürlüğünün sınırlandırılmaz olduğu yani sınırsız olduğu yönünde tartışmalara neden olmuştur. Bu konudaki görüşlerden ilki; Anayasa madde 11/2’de ‘temel hakların özü’ başlığıyla “kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.” şeklinde bir hükümle genel sınırlama maddesi getirmiştir. Dolayısıyla da düşünce özgürlüğü de sınırlandırılmalıydı.

İkinci görüş ise; madde 11/2’de bir sınırlama hükmü getirilmemektedir. Öze dokunma yasağı bu madde için daha doğru bir yorum olur. Dolayısıyla hak ve özgürlükler ilgili oldukları maddelerle sınırlandırılmalılar. Düşünce özgürlüğü madde 20’de herhangi bir sınırlama nedeni öngörmediğinden sınırsız olarak yorumlanabilir. Düşünce özgürlüğü içerik olarak da sınırlandırılmaya müsait

²⁸² Mümtaz SOYSAL, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11.b., İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997, s.67.

değildir.²⁸³ 1961 Anayasası bütün hak ve özgürlükler için kademeli bir sınırlandırma rejimi getirmiştir. Buna göre, bazı özgürlükler hiç sınırlanmayacak –ki ifade özgürlüğü bu gruba dahil- bazı özgürlükler Anayasada belirtilen nedenlerle sınırlanabilecek, bazıları ise kanunla sınırlanabilecektir.

Bu görüşün yarattığı ikilem 1971 yılı değişiklikleri ile giderilmeye çalışılmıştır. Getirilen çözüm madde 11’i genel sınırlama hükmü olarak yorumlamıştır. Ayrıca da hak ve özgürlükler genel sınırlama nedenleri ile, kendi maddesinde getirilen özel sınırlama nedenleri ile, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir, denilmiştir. Buna rağmen bazı yazarlar madde 11’in genel sınırlama nedeni olamayacağını belirterek tartışmayı devam ettirmişlerdir.²⁸⁴

1961 Anayasası, sınırlamanın sınırı olarak “mümkün olan yasal sınırlama yapılırken dahi temel hakların çekirdek çevresine değmemek” ölçütünü esas almıştır. Öze dokunulmaması gereği denilen bu durumda dokunulmaması gereken öz neydi? Bu öz her hak ve özgürlük için değişik nitelik taşıyabilmektedir. Zaten Anayasa Mahkemesi de “bu öz, her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrıdır, belli bir hürriyetin özünün, belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkarı umumiye yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tesbit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna şekil verir.” diyerek tanımlamıştır.²⁸⁵ Hakkın özüne ne zaman dokunulmuş olur sorusuna yanıt yine Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir. Mahkemeye göre, “bir hak ve hürriyetin gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.”²⁸⁶

1961 Anayasası ile ilgili olarak şu yorumu aynen aktarmakta fayda vardır. “Anayasa temel hak ve özgürlükler rejiminin korunmasının en etkili yolu olan ‘kendi kendini koruma’ sistemini yaratmıştır. Bu anayasayla çeşitli yönlerden sağlama bağlanan ‘kamuoyu rejimi’dir. ‘Kamuoyu serbestçe oluşumu’ (madde 26) ve bunun sağlayacağı denetim ve güvenceler 1961 Anayasasının da asıl teminatı gibi görünmektedir. Düşünce ve bilim özgürlüğünden, birleşme (dernek, toplanma vb.)

²⁸³ Tahsin FENDOĞLU, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (A.Y. md.13)”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.122.

²⁸⁴ FENDOĞLU, a.g.e., s.122.

²⁸⁵ Zühtü ARSLAN, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.144.

²⁸⁶ ARSLAN, “Temel Hak ve Özgürlüklerin...”, s.144.

özgürlüklerine ve siyasal haklara uzanan geniş çerçeve, sivil toplumun bu olanağı kullanmasını mümkün kılmaktadır... Anayasa koyucunun, genel olarak anayasanın özel olarak da özgürlüklerin asıl güvencesini devlet organ ve kurumlarında ya da resmi kişilerde değil de, sivil toplum güçlerinde bulduğu, Anayasayı ‘vatandaşların uyanık bekçiliğine emanet’ etmesinden de anlaşılıyor.’²⁸⁷

1961 Anayasasının özgürlükçü ruhu sınırlama yönünde ilerlemeye başlamıştır. Bu anlamda 1971 değişiklikleri ve sonrasında çıkarılan pek çok yasa baskı rejimine katkı sağlamaktadır.

2. 1982 Anayasası’nda İfade Özgürlüğü

Ülkemizde özgürlük-otorite mücadelesinde 1961 Anayasası ile zirveye varış yerini önce 1971 değişiklikleri ile inişe bırakmış ve ardından 1982 Anayasası ile hak ve özgürlükler adına baskıcı bir anlayış getirmiştir. 1961 Anayasası bireyi devlete karşı koruma amacı ile oluşturulmuşken 1982 Anayasasını hazırlayan ortamın faturası Anayasaya çıkartılmış ve 1982 Anayasasında amaç devletin bireye karşı korunması olmuştur.²⁸⁸

1982 Anayasası hak ve özgürlükleri ayrıntılı düzenlemiştir. Ancak ayrıntının niteliği sınırlandırma yönünde ağır basmaktadır. Hak ve özgürlüklerin daraltılmasında üstünlük devlet otoritesindedir.

1982 Anayasası ifade özgürlüğünü ve bağıntılı pek çok özgürlüğü düzenlemiştir. Örneğin madde başlıkları kapsamında; madde 24 din ve vicdan özgürlüğünü, madde 25 düşünce ve kanaat özgürlüğünü, madde 26 düşünciyi açıklama ve yayma özgürlüğünü, madde 27 bilim ve sanat özgürlüğünü, madde 28-32 basın ve yayımla ilgili hükümleri, madde 33-34 dernek kurma ve toplantı gösteri yürüyüşü özgürlüklerini düzenlemiştir.

İfade özgürlüğü 1982 Anayasasında, 1961 Anayasasında olduğu gibi tek bir madde de düzenlenmemiştir. Burada düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü ayrı maddeler halinde düzenlemiştir. Bu düzenlemenin sebebi düşünce ve kanaat özgürlüğünün kişinin içsel yaşamına ait olarak görülmesi

²⁸⁷ TANÖR, *İki Anayasa*, s.28.

²⁸⁸ Yavuz ATAR, “Türkiye’nin Hukuk Devleti Sorunu: Hukukun Evrensel Üstünlüğüne Karşı Devletin Anayasal Üstünlüğü”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.346.

ve dokunulamaz alan olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır. İfade özgürlüğü anlamında düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü ise kişinin iç yaşamından artık toplumsal alana yani dışsal alana geçtiği için hukuka dahil olmaktadır. Dolayısıyla kişinin dışında olan bu alanın sınırlandırılması söz konusu olabilecektir.

Bu ikili ayrım Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Mahkeme bu konudaki görüşünü 1963 tarihinde verdiği iki kararda dile getirmektedir. “Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarından. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak, kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. İnsanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz-yazı, resim... vs gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği (devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle ‘kayıtlanmasını zorunlu kılar...Bahsi geçen...kayıtlama...vatandaşın...hakkında herhangi bir kanaat beslemesini men edici mahiyet taşımamaktadır. Esasen kanaat besleme kişinin iç alemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlanmaya da tabi tutulamaz. Bu kanaatin söz, yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki... bazı kayıtlamalara tabi kılınmıştır.”²⁸⁹

Burada metnin düzenleniş şekli açısından uluslararası belgelere benzeme hali söz konusu olsa dahi içerik ve anlayış açısından bakıldığında sadece şeklen benzediğini belirtmekte fayda vardır. 1982 Anayasası ifade özgürlüğünü iki ayrı madde ile düzenleyerek aslında geniş bir özgürlük alanı değil özgürlüğün alanın daraltıldığı bir düzenleme getirilmiştir.²⁹⁰

1982 Anayasasının ifade özgürlüğü anlamında sınırlandırma rejimini değerlendirirken Anayasayı bir bütün olarak ele almak gerekecektir. Ayrıca 1982 Anayasasında Avrupa Birliğine uyum amacı ile gerçekleştirilen çeşitli değişiklikler ve bunların içerisinde özellikle 4709 sayılı kanunla 3.10.2001 tarihli değişiklikler önemlidir. 2001 değişiklikleri 1982 Anayasasının özgürlük alanına dönüşümü için

²⁸⁹ Ersan İLAL, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yıgımsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.63.

²⁹⁰ KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku**, s.353.

başlatılan bir harekette yapı taşıdır. Ayrıca metnin İHAS'ne paralellik göstermesi açısından gerçekleştirilen değişiklikler önemlidir. Ancak yine de sınırlı bir iyileştirme hareketi olarak gören yazarlar da vardır.²⁹¹ Bu nedenle 1982 Anayasasında sınırlama rejimi tartışılırken 2001 değişiklikleri öncesi ve sonrası karşılaştırılarak değerlendirilecektir.

1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak ilk düzenlemesini bu hak ve özgürlüklerin niteliğini belirtmekle başlamıştır. 1961 Anayasasında bu bölümün başlığı hak ve özgürlüklerin korunması idi. 1982 Anayasasının 12. maddesine göre; “temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” kuralı geçerlidir. Buna göre de hak ve özgürlükler anlamında kişi ödev ve sorumluluk ile sınırlandırılmaktadır.

1982 Anayasası 1961 Anayasası döneminde yaşanan sınırlandırma sorunlarını da gidermek amacıyla genel sınırlama hükmü getirmiştir. 1982 Anayasası madde 13'te temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusu hükme bağlanmıştır. Bu madde ile temel hak ve özgürlükler kendi maddelerinde bulunan özel sınırlama nedenleri ile birlikte bir de madde 13'teki genel sınırlama nedenleri ile sınırlandırılacaklardır. Madde 13'teki genel sınırlama nedenlerinin tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli olduğu belirtilmiştir. Böylece daha önceki tartışmalara son vermek istenmiştir. Eğer bir hak ve özgürlükle ilgili özel bir sınırlama nedeni gösterilmemişse o hak ve özgürlük sadece genel sınırlama nedenine dayanılarak sınırlandırılabilir. 1982 Anayasasının getirdiği sınırlama rejimi sadece genel sınırlama maddeleri yanında özel sınırlama maddelerinden ibaret değildi. 1982 Anayasası madde 13'e göre; “(1) Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir. (2) temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. (3) Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

²⁹¹ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.35.

Yani temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması; madde 13'teki genel sınırlama nedenleri ile ve ilgili maddedeki özel sınırlama nedenleri ile kanunla yapılmalıydı, sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmamalıydı, başka bir kriter sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıydı ve son olarak sınırlama öngörüldükleri amaç dışında kullanılmamalıydı. Bu bilgiler ışığında 1982 Anayasasının kademeli bir sınırlandırma rejiminden ağırlaştırılmış bir sınırlama sistemine geçtiği açıkça görülebilir.

2001 değişiklikleri sonrasında genel sınırlama maddesi olan 13'de bazı iyileşmeler yapılmıştır. Buna göre maddenin yeni şekli “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” Görüldüğü üzere sınırlamada genel hüküm kalkmış bunun yerine ilgili maddelerde belirtilen nedenlerle sınırlama yapılabilecektir. Kanunla sınırlama kriteri korunmuştur. Eski şekli ile maddeye uyan diğer bir kriter de demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriteridir. Ayrıca sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gerekliliği devam ettirilmiştir. Ancak 2001 değişiklikleri temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda 1961 Anayasasında bulunan öze dokunma yasağı geri getirilmiştir. 1982 Anayasasının ilk halinde bulunmayan öze dokunma yasağı kriteri Anayasa mahkemesi tarafından benimsenmiş bir ölçüttür.²⁹²

1982 Anayasası sınırlama sistemine giren ancak daha önce pozitif temelden mahrum olan bir kriter de ölçülülüktür. 1961 ve 1982 Anayasa metinlerinde bulunmayan ancak Anayasa Mahkemesi tarafından sıklıkla kullanılan bu kriter 2001 değişiklikleri ile Anayasaya girmiştir. Diğer bir sınırlamanın sınırı olarak getirilen ve 2001 değişiklikleri ile ilk kez Anayasaya giren “laik Cumhuriyetin gerekleri” kavramıdır.

1982 Anayasası sınırlama rejimi Anayasayı bir bütün olarak değerlendirildiği takdirde madde 13'teki kriterler ile kalmamakta ek olarak Anayasa madde 14'teki temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağı hükmü de bulunmaktadır. 1961 Anayasasında bulunmayan ancak 1971 değişiklikleri ile madde 11/3 ve 4. fıkralarla eklenen bu hüküm özgürlüklerin sınırsız olduğu tartışmasından doğmuştur. Ancak

²⁹² FENDOĞLU, a.g.e., s.130.

1961 Anayasası pek çok hükmü ile hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirmekteydi. Sadece yorum meselesiydi. Ayrıca hak ve özgürlüklerin zaten objektif sınırları mevcuttu. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin “silahsız ve saldırısız” olması zorunluluğu belirtilmemiş olsaydı bile herhalde hiç kimse bu hakkın “silahlı ve saldırılı” toplantı ve gösteri yürüyüşleri yapmayı kapsadığını ileri süremezdi.²⁹³

1982 Anayasası madde 14’teki hüküm şöyleydi. “(1) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar. (2) Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir. (3) Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.” Bu hükme göre; Anayasa temel hak ve hürriyetleri doğrudan doğruya ortadan kaldırma eylemini cezalandırmaktadır. Yani temel hak ve özgürlükler maddedeki amaçları gerçekleştirmek için kullanılacak olurlarsa hak ve özgürlük kötüye kullanılmış sayılacaktır.²⁹⁴

2001 değişikliği ile madde 14’deki nedenleri kısaltmıştır.²⁹⁵ Yeni şekline göre; “(1) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. (2) Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. (3) Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir.” Bu haliyle madde metni İHAS madde 17 ile paralellik göstermektedir. Ayrıca madde de yapılan değişiklikte faaliyet kelimesi ile cezalandırılanın eylem olduğu vurgusu yapılmaktadır. Kısıtlanan amaç değil faaliyet

²⁹³ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 8.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s.109.

²⁹⁴ ÖZBUDUN, a.g.e., s.110.

²⁹⁵ ALİEFENDİOĞLU, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin...”, s.24.

arak değiştirilmiştir.²⁹⁶ Kötüye kullanan kişiler kapsamına devletinde alındığı yeni halinde gözden kaçmamalıdır.

1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde incelenmesi gereken bir de 15. madde vardır. Madde 15; temel hak ve hürriyetlerin durdurulması başlıklı bir hükmüdür. 1961 Anayasası döneminde Anayasa böyle bir hükmü barındırmamaktaydı. Ancak savaş ve sıkıyönetim hallerine ilişkin 124. madde de “sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı... kanunla gösterilir.” şeklinde bir hüküm vardı. Anayasa Mahkemesi de bu hükümle ilgili olarak; durdurma kavramının sınırlamayı ařan bir kavram olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bu karara göre, belli bir temel hakkın özüne dokunulmadıkça sınırlamadan sonra o hakkın önemli kullanım olanakları devam etmektedir. Oysa durdurma halinde hakkın kullanım olanakları dondurulmuştur... Dondurma, belli bir hakkın kullanılmasının mümkün olmamasını ifade eder.²⁹⁷ 1982 Anayasası da 15. madde ile Mahkemenin görüşünü hüküm haline getirmiştir. Ancak 15. maddenin farklı tarafları vardır. İlki madde metnin de geçen ve “durumun gerektirdiği ölçüde” şeklinde ifade edilen ölçölülük kriteridir. Ayrıca milletlerarası hukuktan doğan yükümlölükleri ihlal etmemesi gereği ifade edilmiştir. Son olarak da bir çekirdek alan yaratılarak olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak haklar sayılmıştır. Buna göre savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında (2004 tarihli Anayasa değişiklikleri ile kaldırılmıştır.); kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. Ancak sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava ačílamaması Anayasaya uygunluk denetimi ačíısından bir engel teşkil etmektedir.²⁹⁸

1982 Anayasasında ifade özgürlüğü anlamında değerlendirilmesi gereken Anayasanın başlangıç bölümüdür. Anayasalarda başlangıca yer verilmesi, ölkelerin

²⁹⁶ İsmet GİRİTLİ, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.4.

²⁹⁷ ÖZBUDUN, a.g.e., s.112.

²⁹⁸ ÖZBUDUN, a.g.e., s.113.

anayasalcılık geleneğinin özelliklerine ve anayasanın hangi sosyo-politik ortamda yapıldığına bağlıdır. Başlangıç kısımları, genellikle anayasa yapıcılarının ya bir devrim veya bağımsızlık sonrasında birtakım siyasal ilke ve değerleri vurgulama ve benimsetme ihtiyacı duymalarının ya da belli bir ideolojik tercihi anayasaya yansıtmak istemelerinin sonucu olarak ortaya çıkarlar.²⁹⁹ Başlangıç bölümleri bir anayasanın dayandığı temel felsefeyi ifade eden ve normatif değerden yoksun herhangi bir hukuki değerden yoksun manevi değerde ve genellikle edebi bir üslupla yazılan metinlerdir.³⁰⁰ 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasası da Başlangıç kısmını Anayasa madde 176/1’de “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir” diyerek Anayasa metni kapsamına sokmuştur. Bu hükmün amacı yine başlangıç kısmında belirtilmiştir. Buna göre başlangıçta yer alan ilkeler, “FİKİR, İNANÇ VE KARARIYLA anlaşılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere” şekliyle ifade edilmiştir.³⁰¹

Ayrıca Başlangıç kısmı, 1982 Anayasası madde 2’de Cumhuriyetin temel niteliklerinden sayılarak metne dahil edilmiştir. 2001 değişiklikleri ile başlangıç bölümünde yer alan “hiçbir düşünce ve mülahazanın... Türk milli menfaatleri karşısında korunma görmeyeceği” şeklindeki düzenlemesi; “hiçbir faaliyet” olarak değiştirilmiştir. Buna göre faaliyetten ne kast edildiği tartışması vuku bulmuştur. Faaliyet Arapça fiil kökünden türetilmiş olduğu için ve de düşünce açıklaması fiil kabul edildiği için herhangi bir değişikliğin olmadığı yönünde görüşler vardır.³⁰² Anayasa Mahkemesi başlangıç ilkelerini “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynak” olarak göstermektedir.³⁰³

İfade özgürlüğü ile ilgili olarak 1982 Anayasası madde 26/1’de içerik açıklaması yapılmıştır. Bu maddeye göre; “herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir

²⁹⁹ Mehmet Tevfik GÜLSOY, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, www.jura.uni-sb.de/turkish/TGuelsoy.html, erişim tarihi: 1.3.2006, s.1.

³⁰⁰ Kemal GÖZLER, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.3.

³⁰¹ GÜLSOY, a.g.e., s.2.

³⁰² GÖZLER, “3 Ekim 2001 Anayasa...”, s.3.

³⁰³ CAN, a.g.e., s.9.

almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.” Madde düşünceyi açıklama ve yayma kavramlarını birlikte düzenlemiş ve kullanılacak araçları sınırlı sayıda değildir.

Madde 26/2’de sınırlama nedenlerine değinmiştir. 2001 yılında bir değişiklik geçiren fıkra da sınırlama nedenleri değişiklikten sonra 13. maddeden kaldırılan genel sınırlama nedenlerinin çoğu 26. maddeye eklenmiştir. Bu değişiklikten sonra ifade özgürlüğü maddedeki özel sınırlama nedenleri olan; milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milletiyle 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 sınırlanabilir.

Bu değişiklik İHAS madde 10/2’ye benzemesi amacı ile bu kadar çok sınırlama maddesi içermektedir. Ayrıca bu sınırlama maddelerine 1982 Anayasasının sınırlama nedenleri eklenmeye çalışıldığı için maddedeki sınırlama nedenleri bir hayli fazla ve ayrıca bazı nedenler birbirini içerik olarak içlerinde barındırmaktadırlar. İfade özgürlüğü bağlamında sınırlama nedenleri olarak 26/2 değerlendirilecektir ancak ifade özgürlüğüne bağıntılı diğer özgürlüklerin maddelerinde de benzer sınırlama nedenleri kullanılmıştır. Demokrasi açısından vazgeçilmez olan ifade özgürlüğü için sınırlama nedenlerinin azaltılması şarttır. Sınırlamanın olabildiğince sınırlı tutulması Batı standardında bir demokrasi için zorunludur.³⁰⁴ Ayrıca sınırlama nedenlerinde genel ahlak ve genel sağlık nedenlerinin bulunmaması düşündürücüdür. Çünkü İHAS kapsamında dile getirildiği üzere ifade özgürlüğünün bu nedenlerle kısıtlanması meşrudur. Ancak ülkemizde bu nedenler unutulmuş gibi görünmektedir.

1982 Anayasasında madde 26/3’te 2001 değişiklikleri ile kaldırılarak ifade özgürlüğü kullanılırken hangi dilin kullanıldığının önemi kalmamıştır. 3. fıkra da değişiklikten önce “düşüncelerin açıklanmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz” şeklinde bir hüküm vardı. Ancak dil yasağı ile ilgili olan yasa

³⁰⁴ Fazıl SAĞLAM, “2001 Yılında Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.9.

1991 değişiklikleri ile zaten kaldırılmıştı. Bunun yanında 28. maddedeki yasak dille yayın yasağı da kaldırıldı.³⁰⁵

3. 1982 Anayasası'na Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

a. Sınırlama Kanunla Yapılmalıdır

1982 Anayasası madde 13'e göre temel hak ve özgürlükler sadece kanunla sınırlanabilecektir. Ayrıca ifade özgürlüğü ile ilgili olarak madde 26/son 2001 değişiklikleri ile eklenen fıkraya göre de düşünciyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir denilerek bu ölçüt getirilmiştir. Düzenleme yönetmelikle, tüzükle ya da başka düzenleyici işlemle yapılamayacaktır.³⁰⁶

Yasa ile sınırlandırma her zaman mümkün olmamaktadır. Bütün alanlarda düzenlemelerin kanunla yapılabilmesi zordur. Ancak yürütmenin düzenleyici işlemleri ifadeyi sınırlarsa bu sınırlamaların önceden mutlaka yasayla öngörölmüş olması şarttır. Bu konuda denetim İdare Mahkemelerine, Danıştay'a düşmektedir.³⁰⁷ Tabi bir de yasanın niteliği de önemlidir. Yasanın hangi nitelikte olması gerektiği yani sınırlamanın sınırının ne olacağı hususu bazı kriterlere göre olmalıdır. Bizim ölkemizde bu kriterler çok sayıdadır. Çok sayıda olması şeklen sınırlamayı daraltır gibi gösterse de reel olarak sınırlamanın alanı genişletilmiştir. Hatta yasa hükümlerinin dayandıkları Anayasa hükümleri bu genişlemeye neden olmaktadır. Bu sorunun çözümü öncelikle Anayasa Mahkemesinin Anayasa yorumunda yatmakla birlikte çağdaş demokratik devletlerdeki standartların ve İHAM'ın içtihatlarının dikkate alınması ile olacaktır.

Ayrıca 26/4'deki hükme göre "haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünciyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz" denilerek sınırlamanın kanunla yapılacağı hükmüne istisna getirmiştir. Görsel ve işitsel araçlarda teknolojinin de gelişmesi nedeniyle ortaya çıkan karmaşanın önlenmesi, kamu düzeni ve diğer pek çok nedenle devlet kontrolünde düzenlenmesi

³⁰⁵ GİRİTLİ, a.g.e., s.5.

³⁰⁶ ALİEFENDİOĞLU, "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin...", s.15.

³⁰⁷ SOYSAL, a.g.e., s.132.

sınırlanma sayılmamalıdır. Ancak madde 13 ve 26/sona rağmen getirilen bu hüküm çelişki yaratmaktadır.

b. Sınırlama Anayasa Madde 26/2'deki Nedenlerle Yapılmalıdır

4709 sayılı yasa ile değişik 26/2'de sayılan sınırlama nedenleri; milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının özel aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi olarak sayılmıştır.

Bu kavramlar milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması temelde aynı grupta değerlendirilebilir. İHAS 10/2'de de benzer sınırlama nedenleri sayılmıştır. Ancak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü nedeni Sözleşmede bulunmamaktadır.

Milli güvenlik kavramı; siyasi, ekonomik ve hukuksal yönleri olan ülkenin yerleşmiş düzeninin sürekliliğini sağlayan üst düzeyde önlemleri içeren bir kavramdır. Milli güvenliği bozan faaliyetler uzun süreli, içten ve dıştan gelebilen sürekli eylemler olarak kendilerini gösterirler. Milli güvenlik nedenine dayanılabilmesi için ülkenin genelinde bir tehlikenin varlığı aranmalıdır. Milli güvenlik devletin varlığını, ulusun yaşamını ve anayasal düzeyde siyasal yapıyı ilgilendirir. Dolayısıyla genellikle olağanüstü rejimlerin uygulanmasına yol açar ya da bu dönemlerde kullanılırlar.³⁰⁸ Milli güvenlik kavramına devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü kavramını dahil edebiliriz. Ancak bire bir karşıladığını söyleyemeyiz.

Kamu düzeni kavramı ile bir ülkede yaşayan halkın günlük yaşantısının güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik içinde sürdürülmesi için alınan önlemler sınırlama nedeni oluşturabilir. Kamu düzenini bozan faaliyetler genellikle süreklilik arz etmezler. Kamu düzeni, devletin işleyişine hakim olan ilkelerle birlikte bireylere

³⁰⁸ YOKUŞ, a.g.e., s.73.

uygulanan ve uyulması zorunlu olan kurallar bütünüdür.³⁰⁹ Kamu düzeni kavramı genellikle genel sağlık, kamu güvenliği, suçların önlenmesi kavramlarını ekleyebiliriz. Madde 26/2 de genel ahlak kavramı bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin müstehcen yayınlar ile ilgili verdiği bir kararında genel ahlak ve genel sağlık kavramlarını kamu düzeni ve kamu yararı içinde görmekte olduğunu belirtmiştir.³¹⁰

Cumhuriyetin temel nitelikleri kavramı sınırlama nedenidir. Sadece 26/22de değil aynı zamanda başka özgürlüklerde de bu sınırlama nedeni bulunmaktadır. Örneğin bilim ve sanat hürriyetini düzenleyen madde27/2’de ve basın hürriyeti ile ilgili olan madde 28/3’de bulunmaktadır. Cumhuriyetin temel nitelikleri nelerdir? Bu sorunun cevabını bulmak için Anayasanın 2. maddesine gitmek ve Cumhuriyetin niteliklerine bakmak gerekecektir. Anayasa madde 2’de bu nitelikler şu şekilde sıralanmaktadır. “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.”

Bu nitelikler toplum huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı, hukuk devleti, sosyal devlet, laik devlet, demokratik devlet, Atatürk milliyetçiliğine bağlı devlet, insan haklarına saygılı, başlangıçta belirtilen ilkelere dayanan şeklinde gruplandırılırsa başlangıçta belirtilen ilkeler kavramını açmak gerekecektir. Anayasa Mahkemesi başlangıç ilkelerini; Atatürkçü milliyetçilik anlayışı ve onun ilke ve inkılapları, Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu, Egemenliğin kayıtsız ve şartsız Türk milletine ait bulunduğu, Hiçbir düşüncenin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları karşısında korunma görmeyeceği, Din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmayacağı, Türk vatandaşlarının milli gurur ve ıftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu ilkesidir. Cumhuriyetin temel niteliklerinden başlangıç ilkelerine oradan da pek çok sınırlama maddesinin bulunduğu Anayasa Mahkemesi ilkelerine gidiş ile ilgili olarak,

³⁰⁹ YOKUŞ, a.g.e., s.73.

³¹⁰ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.74.

doktrinde açıldıkça içinden yenisi çıkan Rus bebekleri benzetmesi yapılmaktadır.³¹¹ Bu ilkeler içerisinde Anayasanın otorite-özgürlük karşısında otoriteye ağırlık veren ve soyut bazı kriterlerin eklenmesi eleştiri görmüştür. Hatta bu konuda pozitif hukuka ve anayasaya uygun olmayan kavramlar kullanıldığı belirtilmektedir.³¹²

Ayrıca Türk Anayasasının bu tarz kavramlar ile doldurulmasının demokratik ve çağdaş sıfatlarına yakışmadığı belirtilmiştir. Ayrıca bu tür ifadelerin hukuki bir kavram ya da kategori olmadığı, hukuk açısından pozitif bir anlam taşımadığı ve dolayısıyla Anayasaya bu tür yüklemelerin yapılmasının doğru olmadığı görüşü belirtilmiştir.³¹³

c. Sınırlama Anayasanın Sözüne Ve Ruhuna Aykırı Olmamalıdır

1961 Anayasası döneminde sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır şeklindeki ibare 1982 Anayasası ile “aykırı olmamalıdır” şeklinde düzenlendi. Anayasaya uygunluk, sözüne ve ruhuna bağlı olmayı ve bu öz dışında sınırlama yapmamayı gerektirir ve de aykırı olmamaksa, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun düşmese bile aykırı olmamak koşulu ile sınırlama yapılabilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla daha fazla sınırlayıcı bir sözcüktür.³¹⁴

Anayasanın sözüne aykırı olmama haline örnek olarak başlangıç ilkeleri verilebilir. Bu ilkeler her tür hakkın sınırlamayı uygulayan makamın keyfine göre Anayasanın sözüne uygun olarak gerçekleştirilebilir durumdadır. Anayasanın ruhu nedir? Anayasanın ruhu bütünüdür ve ondan çıkan anlamdır.³¹⁵

Ruhuna aykırı olmama halinde ise Mahkemenin de uyguladığı gibi Anayasanın ruhu konusunda Anayasanın ideolojik temelini kriter olarak aldığı bir gerçektir. Bu sakıncalar karşısında ve ayrıca uluslararası hukuk anlamında bu tür bir kriterin geçerli olmaması gerektiği açıktır. Anayasa mahkemeleri yasamanın hak ve özgürlükleri sınırlama yönündeki keyfi davranışlarına karşı bir set görevi görmesi

³¹¹ Mustafa KOÇAK, “Düşünceleri Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak, Cumhuriyetin Nitelikleri”, www.e-akademi.org.tr, erişim tarihi: 19.1.2006, s.5.

³¹² KOÇAK, “Düşünceleri Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün...”, s.6.

³¹³ Bülent TANÖR, “Türkiye’de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler”, www.tusiad.org.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.53.

³¹⁴ ALİEFENDİOĞLU, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin...”, s.17.

³¹⁵ Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000, s.234.

gerekirken Anayasanın ortaya koyduğu resmi ideolojiyi kriter alması özgürlükler açısından engel teşkil etmektedir.³¹⁶

d. Sınırlama Hakkın Özüne Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olmalıdır

Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kavramı 1982 Anayasası ile bir sınırlama ölçütü olmuştur. 1961 Anayasası döneminde hakkın özü kavramı kullanılmaktaydı. Demokratik toplum düzeni kavramının tercih edilmiş olmasının nedeni hakkın özü kavramına göre daha belirgin olduğu görüşü ve bunun yanında daha kolay kullanılabilen bir kriter olduğu görüşüdür. Öz güvencesi yerine demokratik toplumun kabul gerekçesi otoriteyi güçlendirme çabalarıdır.³¹⁷ Ayrıca yine 13. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere bu kriter uluslararası sözleşmelerde kabul edilmiştir. İHAS'ın 10/2'de ve yine Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde de düzenlenmiş bir kriterdir.

Demokratik toplum gerekleri kavramının daha belirgin ve kullanışlı olması tartışmalı bir konudur. Örneğin haberleşmenin gizliliği konusu; demokratik hukuk devletlerinde bazı durumlarda mektuplar açılabilmekte ve telefonlar dinlenebilmektedir. Hakkın özü ölçütü benimsendiğinde bu faaliyetler Anayasaya aykırı olacak, çünkü hakkın özüne dokunmuş olacaktır oysa demokratik toplum düzeninin gereklerine göre haberleşmenin gizliliğine müdahale edilebilir.

Diğer bir örnek de toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğüdür. Bu konuda Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda³¹⁸; “Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte olan... ve hak veya özgürlüğün amacına uygun olarak kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz bir duruma düşüren koşullar olduğunda bir hakkın özüne dokunulmuş olur” şeklinde bir beyanda bulunmuştur.

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkan vekili Feyyaz GÖLCÜKLÜ yaptığı konuşmalarda; özgürlüklere getirilecek sınırlamaların özgürlüklerin özüne dokunacağını; oysa demokratik toplum düzeni ölçütüne vurulduğunda bu

³¹⁶ Mustafa ERDOĞAN, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2.b., İstanbul: Adres Yayınları, 2004, s.214.

³¹⁷ ARSLAN, “Temel Hak ve Özgürlüklerin...”, s.148.

³¹⁸ AYM, E. 1962/208, K. 1963/1, K.T. 4.1.1963, *AMKD*, S:1, s.74.

sınırlamaların Anayasaya aykırı olmayacağını belirtmekteydi. Bu görüşünü, “Anayasa Mahkememiz, idarenin, mülki amirin o günün şartları sebepleriyle bir gösteri yürüyüşünü ertelemesini, erteleme yetkisine sahip olmasını, hakkın özüne dokunma telakki ederek maddeyi iptal etmiştir... Oysa demokratik toplum gereği, demokratik toplum bir kargaşa, bir saldırı toplumu değildir, demokratik toplumda bu toplantı, gösteri yürüyüşünün tehiri bazı şartlarda caizdir... hepsi meşru kısıtlamalardır ve hepsi de demokratik toplum gereklerine aykırı değildir.” diyerek savunmaktadır.³¹⁹

Özü dokunma yasağı hak öznesine dokunulmaz bir asgari alan sağlamaktadır. Başka bir deyişle, öz sınırlandırmanın sınırını, asgari bir alanı korurken, demokratik toplum düzeninin gerekleri ise, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir ölçüt olmaktadır.³²⁰

Hakkın özü ve demokratik toplum gerekleri ölçütlerinin her ikisinin de belirsiz olduğunu söyleyen TURHAN, “Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı ilkesi demokratik toplum gerekleri arasında yer alır. Temel hak ve özgürlükler en iyi özgürlükçü ve çoğulcu bir demokraside gerçekleşebilir. Bu tür demokrasilerde çoğunluk ilkesi yanında aynı derecede önemli siyasal katılma, hoşgörü ve buna benzer başka ilkeler yer almaktadır. O halde demokratik toplum gerekleri temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı anlamına gelir. Bir hak veya özgürlüğün özüne dokunulamayacağını göstermektedir. Aksi halde temel hak ve özgürlüklerin anayasalara konmasının bir anlamı olmayacaktır.”³²¹

Demokratik toplum düzeni ile ilgili tartışmalar “hangi demokratik toplum?” sorusunu da beraberinde getirmiştir. 1982 Anayasasının benimsediği demokratik toplum görüşü ve batılı, çağdaş demokrasi görüşü olmak üzere iki görüş vardır. Birincisine göre; Anayasanın başlangıç kısmının 5. paragrafında “hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı”³²² hükmü ile desteklenmekle birlikte Feyyaz GÖLCÜKLÜ’nün şu açıklaması da bu görüşe destektir. “Bu Anayasada öngörülene gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir, bu Anayasanın hükümlerine tabi demokrasidir. Fazla kelime

³¹⁹ ARSLAN, “Temel Hak ve Özgürlüklerin...”, s.147.

³²⁰ Mehmet TURHAN, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.404.

³²¹ TURHAN, “Anayasamız ve Demokratik...”, s.407.

³²² GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s.238.

kullanarak daha fazla yoruma yol açmamak gerekir kanaatimizce hukuk tekniğinde. Onun için demokratik toplum dedik. Zaten bundan anlaşılan da Anayasamızın demokratik toplumdur, standardı bellidir.”³²³

İkinci görüşse; Anayasa Mahkemesi tarafından birinci görüşten dönülerek bir kararında ifade edilmiştir. “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz.”³²⁴

Ancak bu Mahkeme kararına “Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir.” şeklindeki ibareyi de eklemiştir. Bu aslında Mahkemenin klasik çağdaş batılı demokrasi anlayışının farklı olduğu gerçeğini anlatmaktadır. Yani Anayasa demokratik toplum düzenini bu ibare ile tanımlamaktadır.³²⁵ Yani Mahkeme demokrasiyi evrensel, özgürlükçü, çoğulcu, batılı model anlamında yorumlarken bazı kararlarında bu değeri Türkiye’nin anayasal düzeniyle yani 1982 Anayasasında ifadesini bulan demokratik toplum düzeni ile özdeşleştirmiştir.³²⁶ Ancak çağdaş demokrasi kavramının ne olduğu sorunu hakkında doktrinde ve İHAM’ın görüşlerinde bazı cevaplar verilmektedir. Örneğin doktrinden; çağdaş demokrasi anlayışı özgürlükçü, çoğulcu demokrasi anlamına gelir. İnsan haklarına saygı ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ve anayasal olmalarıyla nitelendirilir.³²⁷

İHAS demokratik toplum düzeni kavramına 10/2’de yer vermiştir. Ancak bu kriterin özgürlükler lehine gelişmesinde asıl rol oynayan Mahkeme olmuştur. İHAM daha önce de değindiğimiz pek çok kararında demokratik toplum düzenini “çoğulcu, hoşgörülü ve açık fikirli” olarak tanımlamış bunun yanında bu kriteri kullanırken her somut olayı kendi şartları içinde değerlendirmiştir. Değerlendirmesinde sınırlamayı acil bir sosyal ihtiyaca cevap verip vermemesine göre gerekli olup olmadığını araştırmış bunun yanında da öngörülen meşru amaçla sınırlamanın orantılı olup olmadığını araştırmıştır. Ayrıca Mahkeme kararlarında demokratik toplum düzeninin gereklerini araştırırken özgürlük ve eşitlik lehine hareket etmiştir.

³²³ GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s.237.

³²⁴ ARSLAN, “Temel Hak ve Özgürlüklerin...”, s.148.

³²⁵ GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s.240.

³²⁶ ERDOĞAN, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s.214.

³²⁷ TURHAN, “Anayasamız ve Demokratik...”, s.406.

e. Sınırlamada Ölçülülük İlkesine Uyulmalıdır

Sınırlamada ölçülülük ilkesi 1982 Anayasasının 2001 değişiklikleri öncesinde ve de 1961 Anayasası döneminde pozitif temelden yoksundu. Ancak bazı görüşler madde 13'teki "öngörülen amaçlar dışında kullanılamayacağı"³²⁸ ve de madde 15'teki "durumun gerektirdiği ölçüde"³²⁹ ibarelerinden bu ilkenin bulunduğunu ve bazı görüşlerde hukuk devleti ilkesinin içinde ölçülülük kriterini barındırdığını belirtmişlerdir. Ancak 2001 değişikliklerinde ölçülülük ilkesinin Anayasa madde 13'e sınırlamanın sınırı olarak girmesi ile pozitif temele kavuşmuştur.

Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvuru aracı sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder.³³⁰ Elverişlilik, gereklilik ve oranlılık şeklinde üç kriterden oluşmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi 2001 değişiklikleri öncesinde de kullanmıştır. Avukatlık Yasası ile ilgili bir kararında; amaçla sınırlama arasında makul bir oranlılığın varlığının aranması gerektiğini vurgulamış, ayrıca ölçülülük ilkesinin alt bölümleri olan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ölçütlerini kullanmıştır. Bu karara göre; "...Amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili 'ölçülülük' temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik 'elverişlilik'; sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunluluk-gereklilik'; ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen 'oranlılık' ilkeleri..."³³¹

Sınırlama yaparken ölçülülük ilkesi İHAM tarafından da kullanılmaktadır. Mahkeme demokratik toplumda gereklilik kavramını araştırırken sınırlamanın başka bir şekilde yapılması mümkünken daha ağır olacak şekilde yapılmasını orantısız bulmaktadır. Oranlılığı açıklarken aynı derecede etkili olan başka bir aracın kullanılabilmesi mümkünken aksinin gerçekleşmesini hak ihlali kabul etmektedir.

³²⁸ GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s.248.

³²⁹ ÖZBUDUN, a.g.e., s.104.

³³⁰ ÖZBUDUN, a.g.e., s.104.

³³¹ GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s.248.

f. Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmamalıdır

2001 değişiklikleri ile Anayasaya sokulan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ilkesi de laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamadır. Maddedeki ifadeden de anlaşılacağı üzere sınırlamada gözetilmesi gereken bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani ifade özgürlüğüne getirilecek olan sınırlama meşru bir nedene dayanıyor ve diğer şartları taşıyor olsa da laiklikle bağdaşmıyorsa Anayasaya aykırı olduğu söylenebilecektir.³³²

Laiklik genelde demokratik toplumun temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Laiklik ve Cumhuriyetin gerekleri kavramına Anayasanın pek çok maddesinde rastlıyor olmamız Anayasa koyucunun bu kavramlara verdiği özel önemden kaynaklanmaktadır. Ancak bunun yanında Anayasa Mahkemesi de laiklik kavramına “ayrıcalıklı”³³³ olarak nitelendirmektedir.

Başlangıç kısmında “...laiklik ilkesinin bir gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” hükmü yer almıştır; madde 24, 136 ile Atatürk ilke ve inkılapları kapsamında madde 174’te koruma görmüştür. Ayrıca Siyasi Partiler Kanunu ile laiklik ilkesi parti kapatma nedenlerine temel olmuştur.

Laik Cumhuriyetin gerekleri kavramı Anayasa Mahkemesi tarafından demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı ile birlikte kullanılmıştır. Dolayısıyla en çok sınırlama olarak laiklik kavramını siyasi partilere yönelik kapatma davalarında kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi özellikle Diyanet İşleri Başkanlığı’nın genel idare içerisinde yer almasına ilişkin madde 136’ya aykırı amaç güdülmemesi yasağına yönelik madde 89’u tüm partilere laik/antilaik ayrımı yapmadan uygulamıştır.³³⁴

Laiklik ilkesinin anayasal yapının temelini oluşturduğu ve bu niteliğinden dolayı da Anayasadaki tüm ilke ve kuralların aynı doğrultuda ve ona uygun yorumlanması gerektiği Anayasa Mahkemesince bir kararında vurgulanmıştır.³³⁵

³³² ERDOĞAN, *Anayasa Hukukuna Giriş*, s.212.

³³³ ARSLAN, “Temel Hak ve Özgürlüklerin...”, s.152.

³³⁴ Mustafa KOÇAK, *Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları (Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Örnek Kararlar)*, Ankara: Turhan Yayınevi, 2002, s.146.

³³⁵ Yılmaz ALİFENDİOĞLU, “Laiklik ve Laik Devlet”, Der. İbrahim Ö. KABOĞLU, *Laiklik ve Demokrasi*, İstanbul: İmge Kitabevi, 2001, s.101.

Ancak 1995 değişiklikleri ile siyasi parti kapatma nedenleri anayasada sınırlı olarak sayıldığından Mahkeme görüş değişikliği yapmıştır. Buna göre aynı konuda ayrıntılı düzenleme getiren ve yasaya göre üst norm değerinde olan Anayasa kuralının uygulanması gerekliliğini dile getirmiştir. Mahkeme devletin dinsel konularda düzenleme yapma yetkisini, denetim ve gözetim yapma yetkisine sahip olmasını demokratik toplum düzeninin gerekleri ve laik Cumhuriyetin gerekleri konusunda bağıntılı addetmiştir.³³⁶

B. Yasa Metinlerinde Özgür İfadenin Gelişimi

1. Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu

Mevzuatımızda ifade özgürlüğünü ilgilendiren bir çok kanun vardır. Getirdiğı yaptırımlar nedeniyle kişinin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale eden Türk Ceza Kanunu bunların en önemlilerindendir. TCK pek çok suçta ifade özgürlüğünün sınırlarını düzenlemekte ve sınırın aşılması halinde cezalandırılmasını öngörmektedir. Ancak cezai düzenlemelerin hangi aşamalardan sonra bugünkü hallerini aldıklarının anlaşılması için önce bazı hükümlerin tarihçesine bakmak gerekir.

Özellikle 1991 yılında Terörle Mücadele Kanunu ile kaldırılmadan önce TCK'da bulunan ve düşünce suçu olarak nitelendirilen bazı maddelere bakılmalıdır. Düşünce suçları tarihi özgürlüklerin kural sınırlamanın istisna olduğu felsefesine dayanan 1961 Anayasası döneminde dahi var olmuşlardır.

İlk olarak “Devletin hariçteki itibar veya nüfuzunu kıracak şekilde devletin dahili vaziyeti hakkında yabancı bir memlekette asılsız, mübalağalı veya maksadı mahsusa müstenid havadis veya haberler neşreden veya milli menfaatlere zarar verecek herhangi bir faaliyette bulunan vatandaş, beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapse konulur” hükmünü barındıran TCK'nın 140. maddesidir. Bu madde özellikle yurtdışına yönelik siyasi açıklamalarda bulunanları hedef almıştır. Ayrıca yurtdışında yaşayan vatandaşlar da bu hükümle mahkum olmuşlardır.³³⁷

³³⁶ ARSLAN, “Temel Hak ve Özgürlüklerin...”, s.153.

³³⁷ TANÖR, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.63.

Başka bir düşünce suçu oluşturan madde de TCK 141'dir. Bu madde hükmü de kanun tarafından yasaklanan bazı belli düşünceler etrafında toplanılmasını yasaklıyordu. Cemiyetlere yönelik bu suçta özellikle yargı kararlarında özgürlük aleyhine işletilmişlerdir. Sendika, dernek ve parti yöneticileri bu hükümden mahkum olmuşlardır. TCK 141 gereğince Askeri Yargıtay, bu tür cemiyet kurmanın veya buna girmenin henüz faaliyete geçilmemiş olsa dahi bir düşünce suçu oluşturduğunu ve cezayı gerektirdiğini belirtmiştir.³³⁸

Yine TCK'da bulunan ve 1938 yılındaki değişiklik ile artık cebir ve şiddet aramayan TCK madde 142 hükmü; düşüncenin propagandasını cezalandırmıştır. Yargıtay kararlarında 142/1 ile propagandayı cezalandırırken, 142/4 ile övme suçu cezalandırmıştır. Övmek ile kastedilen, bir fikrin başkaları tarafından benimsenmesi için onu iyi göstermek, savunmak veya değerini yükseltmektir. Propaganda ise taraftar kazanmak maksadı güdüldüğü halde, övme fiilinde sadece ileri sürülen fikirlerin benimsenmesi için övgülerde bulunarak başkaları üzerinde tesir yaratmak yeterli görülmüştür. Fark anlaşılamadığı gibi amaç ta zaten propaganda ile cezalandırılmayan kişilerin cezasız kalmasını önlemektir.³³⁹

Bu hükümlerle cezalandırılan belli düşünceler genellikle komünizm ve özellikle düzen karşıtı düşüncelerdir. Basın yayın yoluyla işlendiğinde daha geniş kitlelere ulaştıkları için Mahkeme tarafından cezalandırılmıştır. Ayrıca özel suç kastı aranmamaktadır. Düşüncelerin başkalarına aktarılması yeterli görülmektedir. Bilimsel çalışmalar ya da özel mektuplaşmalar bu maddeler ile ceza görmüştür. Ancak 1980 sonrası ağırlık kazanan baskıların nedeni o dönemde yaşanan olaylar ve dönemin yargı makamlarının düşünce sistemleri olmuştur.

Özellikle laiklik ile ilgili düşünce suçlarının oluşumuna yol açan TCK madde 163'tür. Aynı fıkra da yer alan suçlar 1983 tarihindeki değişiklik ile farklı fıkralara ayrılmıştır. TCK 163/3'te "laikliğe aykırı olarak devletin sosyal veya ekonomik veya siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa dini esas ve inançlara uydurmak amacıyla...her ne suretle olursa olsun propaganda yapan" şeklinde düzenlenmiştir. Bu fıkra ile içeriği nedeniyle düşünceler cezalandırılmıştır. TCK 163/4 ise ikinci bir suça varlık kazandırmıştır. Buna göre dinsel inanç, duygu ya da sembollerin kişisel ya da siyasal amaçlara alet edilerek kötüye kullanılmasını cezalandırmaktadır.

³³⁸ TANÖR, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s.64.

³³⁹ TANÖR, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s.65.

Anayasa Mahkemesi bu konuda laikliğe aykırı düşüncelerin açıklanması özgürlüğünün olmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla 163/4 anayasaya aykırı bulunmamıştır.³⁴⁰

Bu maddelerin ne 1961 Anayasası ile ne de 1982 Anayasasında dayanakları bulunmamaktadır. Ancak 1982 Anayasası 14. madde açısından kendi dönemlerinde aykırı değildi. Çünkü laiklik konusunda 14. madde sınırlamaya açıktı. Dolayısıyla 14. maddenin bu hükümlere dayanak olduğu söylenebilir.³⁴¹ Bu maddeler nedeniyle ve mahkemelerin uygulamaları nedeniyle binlerce insan mahkum olmuştur. Bu maddelerin dışında TCK'da başkaca ifade özgürlüğünü kısıtlayan hükümler bulunmaktaydı. Türk Ceza Kanunu birçok suç ile düşünce özgürlüğünün sınırlarını düzenlemiştir. Sınırların aşılması halinde yaptırımlar öngörmektedir. Düşüncenin açıklanması hakaret ve sövme suçlarında, kişinin onurunu kıran, kişinin gıyabında üç kişiye söylenmişse suç oluşmaktadır. İki kişiye söylenmişse ifade özgürlüğü kapsamındadır. Dolayısıyla suç teşkil etmez. (TCK madde 480-482) Ayrıca herkes duygu ve düşüncelerini söz veya yazıyla ifade edebilir ancak halkın ar ve haya duygularını inciten, cinsel arzularını tahrik ve istismar eden yazı yazılamaz, söz söylenemez. (TCK madde 427-428) Suç işlemeye teşvik ve tahrik de düşünce özgürlüğünü yasaklayan bir suçtur. Teşvik ve tahrik, failin başkalarını kanunun suç olarak düzenlediği fiilleri işlemeye itmesi, bu şahıslar üzerinde suça itici motifleri güçlendirmesidir. Teşvik ve tahrik alenen yapılmalıdır. (TCK madde 311) Örneğin; suç işlemeye kışkırtma madde 311'de, suç sayılan fiili övme, halkı yasalara uymamaya ve sınıfları birbirine karşı kin ve düşmanlığa tahrik etme madde 311, 312; Cumhurbaşkanına madde 158, Türklüğe, Cumhuriyete, BMM'ye, hükümetin manevi kişiliğine, bakanlıklara, silahlı güçlere ve emniyet kuvvetlerine ve adliyeye hakaret madde 159'da yaptırıma bağlanmıştır.

3713 sayılı ve 12.4.1991 tarihli TMK ile TCK madde 140, 141, 142 ve 163 kaldırılmıştır. Ancak bu maddelerin kaldırılması zihniyet değişikliğine yol açmadığı için yerlerine 142/3'e denk gelecek şekilde TMK madde 8 ve yine genel nitelikte TCK madde 312 ve TCK madde 159 ağırlıklı olarak uygulanmaya başlanmıştır.

TCK 159. madde 1926 tarihli TCK ile mevzuatımıza girmiştir. Madde başlığı “Anayasa Kuruluşlarını ve Kamu Manevi Şahsiyetlerini Tahkir-Kanunlara ve BMM

³⁴⁰ TANÖR, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s.69.

³⁴¹ TANÖR, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s.70.

Kararlarına Sövmesi” şeklinde olup, Türklüğü, Cumhuriyeti, BMM, Hükümetin manevi şahsiyetini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler cezalandırılır. 159 sadece hukuki olarak değil siyasal anlamda önem taşıyan bir maddedir. Siyasetteki değişim ve dönüşümlere göre uygulamasında farklılıklar yaşanmıştır.³⁴² Bu maddenin uygulanması, devlet yapısına, özgürlüklerle bu özgürlüklerin sınırları arasındaki anlayış farklılıklarına göre biçimlenmektedir. Dolayısıyla politika-hukuk ilişkisi bu maddenin çok oynanan bir madde olmasına neden olmaktadır. 159. maddenin metninde sayılan organ ve kurumlara, özellikle de devlet işlerini idare eden hükümete yönelik eleştiriler arttıkça ve bu eleştirilere karşı demokratik bir sistemde olması gereken müsamaha azaldıkça maddenin uygulanması daha sık gündeme gelmektedir. Dolayısıyla 159. madde eleştiri hakkının önüne engel ve ifade özgürlüğünün kullanımına karşı baskı aracı olarak anılmıştır.³⁴³

TCK madde 159, 19.2.2002 tarihli 4744 sayılı yasa ile değişikliğe uğramıştır. Buna göre, ceza miktarı 1 seneden 6 seneye kadar ağır hapis iken 1 seneden 3 seneye kadar hapis cezasına dönüştürülmüştür. Yine 9.8.2002 tarihli 4771 sayılı yasa ile tekrar değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile maddeye eklenen fıkraya göre; “Birinci fıkra da sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.”³⁴⁴ Eleştiri hakkının hatırlatıldığı bu fıkra konusunda, aslında düşünceyi açıklama hakkının kullanımının önündeki engel olduğu uyarısıdır.³⁴⁵ Ayrıca bu değişiklik uyum yasaları çerçevesinde yapılmış olduğu dikkate alınınca zaten var olan bir özgürlüğün hatırlatılmasının politik bir kaygıya cevap olduğu düşünülebilir.³⁴⁶

TCK ile düşünce suçları anlamında özellikle 1990’lı yıllarda sıklıkla kullanılan bir madde de 312’dir. 1926 tarihli TCK’nın ilk yürürlüğe girdiği dönemde 312, tek fıkra halinde “alenen kanunun cürüm saydığı fiilin methedilmesi”, “halkı kanuna itaatsizliğe” ve “cemiyyetin muhtelif sınırlarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik” suçlarını hükme bağlamaktaydı. 1953

³⁴² Türkan Yalçın SANCAR, “Türk Ceza Kanununun 159. ve 312. maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”, **AÜHFD**, C:52, S:1, 2003, s.94.

³⁴³ SANCAR, a.g.e., s.94.

³⁴⁴ Burhan KUZU, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü Alanında Geldiğimiz Nokta”, **İÜHFM**, C:LIX, S:1-2, 2001, s.270.

³⁴⁵ SANCAR, a.g.e., s.96.

³⁴⁶ Yağız Ali DAĞLI, “T.C.K. 159. Madde Kapsamında İfade Özgürlüğü”, **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003, s.156.

yıldındaki değişiklik ile madde dili sadeleştirilmiştir. Ancak madde 312, 1981 tarihinde yapılan değişiklik ile ifade özgürlüğü aleyhine genişletilmiş ve fıkradaki ceza arttırılmıştır. Değişiklik ile cemiyetin muhtelif sınıfları ibaresi “halkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse... cezalandırılır.” şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca fiilin umumun emniyeti için tehlikeli tarzda işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak eklenmiştir.

Maddeye bir değişiklikte yine 4744 sayılı yasa ile 19.2.2002 tarihinde getirilmiştir. TCK 312/2’nin yeni şekli, “sosyal sınıf, ırk, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” olmuştur. Madde yeni halinde kamu düzeni kavramını ve alenen ibaresini içermektedir. Ayrıca “kin ve nefret” ibaresi “düşmanlığa veya kin beslemeye tahrik” şeklinde değiştirilmiştir. Yani ve veya farkı ifade özgürlüğü aleyhine suçun unsuru genişletilmiştir.

Madde başlığına bakınca, suça kapalı tahrik fiillerini düzenlemektedir. Birisi kanunun suç saydığı ve cezalandırdığı bir fiili işlemesi için birilerini açıkça tahrik ederse bu madde 311 kapsamındadır. Madde 312 üstü kapalı olarak birilerini suça teşvik etmeyi düzenlemektedir.³⁴⁷

TCK 312. maddenin getiriliş amacı, kamu düzeninin sağlanmasıdır. Suçun oluşmasıyla toplumun çeşitli katmanları arasında ortaya çıkabilecek kin ve düşmanlık duygularının önlenmesi amaçlanmıştır. Bu sonuç maddenin kamu düzeni aleyhine işlenen suçlar kısmında düzenlenmesinden de çıkarılabilir.³⁴⁸ Ayrıca kamu düzenini koruma sınırlama nedeni olarak kastedilen; belirli bir dünya görüşü, siyasal felsefe ya da ideolojinin eleştiri ve tartışmalara konu edilmemesi değil, toplumun maddi ve fiziki düzeninin bozacak nitelikteki faaliyetlerin engellenmesidir. Ancak madde 312’nin koruduğu değer “çoğulculuk ve barış esasına dayalı” kamu düzeni değil, sınırları resmi söylemce belirlenmiş ideolojik yüklü bir kamu düzeni anlayışıdır.³⁴⁹

³⁴⁷ Burhan KUZU, “Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006, s.265; Hacı Ali ÖZHAN, “Madde 312”, www.geocities.com/barositesi/chd.htm, erişim tarihi: 30.4.2006, s.2.

³⁴⁸ GÖKÇEN, a.g.e., s.377.

³⁴⁹ Fazıl Hüsni ERDEM, “TCK’nın 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni”, *AÜHFD*, C:52, S:1, 2003, s.50.

Suçun hukuki konusu; cürüm fiilini övme, kişilerin kanununa uymamasına tahrik ve de halkın... kin ve düşmanlığa tahriktir. Bu suçun faili sivil ya da kamu görevlisi olabilir. Mağdur olan halktır. Halktan kasıt toplumun bütünüdür. Suçun kanuni unsuru olan tahrik fiilinin işlenebilmesi için halkın farklı dine, ırka, mezhebe, bölgeye ve sınıfa karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk edecek şekilde yapılması gerekir.³⁵⁰

Ayrıca suçun maddi unsuru alenen tahriktir. Aleniyet suçun başkalarının görebileceği ve işitebileceği şekilde işlenmesi ile olur. Tahrikse hukuksal olarak; bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi ya da var olan bir durumun kişi veya kişilerin iradesi üzerinde etki yapması iradenin harekete geçirilmesi belirli bir yöne itilmesidir. 312/2 grupları karşı karşıya getirilmiş olmayı aramaz, grupların birbirlerine karşı düşmanlık duymalarını veya kin beslemelerini birbirlerinden nefret etmelerini isteme anlamına gelir.³⁵¹ Suçun değişiklikten sonraki haliyle oluşabilmesi için tahrikin kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde yapılması gerekir. Tehlike zarar ihtimali olarak tanımlanabilir. Suçun bu haliyle oluşup oluşmadığının tesbiti konusunda tartışma olmakla birlikte görüşler; çatışma tehlikesini meydana getirmesi, mağdur olan grubun hukuka güveninin sarsılmış olması yeterlidir, yani tehlikenin fiilen ortaya çıkması beklenmez.³⁵²

Suçun zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğu konusunda farklı görüşler olmakla birlikte genel kanı tehlike suçu olduğu yönündedir. Bu yönde bir görüş; “Tehlike suçları; ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından etrafında duraksamalara, yanlış anlaşılmalara elverişli bir alan yaratır. Bu bakımdan demokratik hukuk düzenlerinde, tehlike suçu yaratmaktan olabildiğince sakınılır, ancak teknolojinin insan yaşamına bu derece egemen olduğu bir dönemde bireyler, tehlikelerle çevrilmiş olarak yaşadıkları tehlike çanlarına yer vermek zorunda olmaktadır.”³⁵³

Tehlike suçu olduğu yönündeki başka bir görüş de; suçun ceza tahdidi altına alınmasında, kanunun huzur ve sükun içinde yaşaması amaçlanıyor. Yani kanun, söz konusu nitelikteki bir tehlikeye neden olacak biçimde halk kısımlarının kin veya

³⁵⁰ GÖKÇEN, a.g.e., s.384.

³⁵¹ GÖKÇEN, a.g.e., s.387.

³⁵² GÖKÇEN, a.g.e., s.390.

³⁵³ Erol CİHAN, “İfade Özgürlüğü Açısından TCK.m.312’deki Suçun Değerlendirilmesi”, **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003, s.166.

düşmanlığa tahrik edilmelerini cezalandırıyor.³⁵⁴ TCK 312/2'nin cezalandırması gerekenin soyut tehlike değil somut tehlike olduğu ileri sürülmüştür. Yani çeşitli amaçlarla yapılan açıklamaların gerçek anlamda somut bir şekilde tehlikeyi doğurabilecek nitelikte olması halinde tahrik cezalandırılmalıdır. Tahrikin varlığı için, somut bir tehlikeyi doğurabilmeye elverişli bulunmalıdır.³⁵⁵ Madde metnindeki “tehlikeli olabilecek şekilde” ibaresinden suçun somut ve objektif bir tehlikeyi cezalandırdığı doktrindeki bir diğer görüştür.³⁵⁶

TCK madde 312'nin koruduğu hukuksal değer ve dolayısıyla uygulamada karşılaşılan sorunlara yönelik iki farklı görüşten biri “maddeye ilişkin verilmiş yargı kararlarının incelenmesinden bu kararların resmi ideolojinin iki sac ayağı olan laiklik ve bölünmez bütünlük ilkelerinin korunmasına yönelik düşüncenin ifadesi olduğudur. Uygulamada, ayrılıkçı düşünce açıklamalarının cezalandırılmasına ilişkin çok sık ve yaygın örneklere rastlanırken ayrımcılık yasağını ihlal eden düşünce açıklamalarının cezalandırılmasına yönelik örneklere rastlanmadığı” yönündeki görüşe karşılık³⁵⁷ diğer bir görüş; “maddeyi somut tehlike doğuran suç haline çevirmek gerektiği konusunda, maddenin mevcut halinin uygulama alanını daraltmaya çalışmak ve nasıl tespit edileceği belirli olmayan alıntı bir takım ölçütlerle kamu düzenine yönelik tehdidin zarar verme aşamasına gelinceye kadar ayrımcılık yapmak suretiyle halkın kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesine izin vermek, 1982 Anayasasının başlangıç’ında devam eden maddelerinde yer alan birlik ve beraberliği tam manasıyla tehlike içine koymak, bu birlik ve beraberliği tartışılır ve hatta kamu düzenini bozabilecek zararların doğmasına rıza göstermek anlamına gelecektir.”³⁵⁸

5237 sayılı 26.9.2004 tarihli TCK, 765 sayılı 1926 tarihli TCK'yı yürürlükten kaldırmıştır. Dolayısıyla ifade özgürlüğüne yönelik olan madde 159 ve 312 yürürlükten kalkmıştır. Ancak Yeni TCK da ifade özgürlüğü konusunda batı standartlarından çok eski sistemde sınırlandırmalara devam eder nitelikte hükümleri barındırmaktadır. Zaten metinlerden çok uygulamanın değiştirilmesi ihtiyacı mevcuttur.

³⁵⁴ CİHAN, a.g.e., s.168.

³⁵⁵ CİHAN, a.g.e., s.168.

³⁵⁶ SANCAR, a.g.e., s.99.

³⁵⁷ ERDEM, a.g.e., s.61.

³⁵⁸ Ersan ŞEN, “Türk Ceza Kanununun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:IV, S:1-2, 2000, s.26.

Yeni TCK madde 216 ve 301 ifade özgürlüğü bağlamında ve eski TCK madde 159 ve 312 paralelinde incelenmesi gereken maddelerdir. Yeni TCK madde 216; “(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak, alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Halkın bir kesiminin, benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin gerekçesinde şu hususlar vurgulanmıştır; “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçu, hukuk devleti olma standardı yüksek olan birçok ülkenin ceza kanunlarında yer almaktadır. Hiçbir devlet, vatandaşları arasında, muayyen özelliklere sahip bir kesiminin diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa, öç almayı gerektirecek şiddetli nefrete yönlendirilmesini seyirci kalamaz.

Öte yandan çağdaş dünyada, gelişmenin temel dinamiği olarak, düşünceyi açıklamak ve yayma özgürlüğü kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kişilerin düşündüklerini hür bir ortamda söyleyebilmeleri, demokratik toplumun varlığı için zaruret sayılan unsurlardandır. Söz konusu suç tanımı bu düşünceler dikkate alınarak yapılmıştır. Suçu oluşturan tahrik, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olmalıdır. Fail subjektif olarak da bu amacı gütmeli, halk kesimini kin ve nefrete tahrik etmelidir. Bu kapsamda salt yüz çevirme, soyut bir red veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma veya bu yönde sözler sarf etme, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığı tahrikin var olması gereklidir. Failin fiili, adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunmalıdır.

Kin ve düşmanlık husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeyi, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hal olarak açıklanabilir.

Fıkra metninde fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde yapılması arandığı için, suç soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, somut tehlike suçu haline getirilmiştir. Bu durumda sadece şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler madde kapsamında değerlendirilecektir.

Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu kapsamda kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespit sırasında “açık ve mevcut tehlike” kriterinin dikkate alınması gerekir. Buna göre yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilememektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçun oluşması için ise, farklı bir kesimin alenen aşağılanması gerekir. Ayrıca maddenin kamu barışına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi nedeni ile maddede öngörülen suçların oluşabilmesi için eylemin kamu barışını bozmaya elverişli olması gerekmektedir. Görüleceği üzere, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddesinde düzenlenen suç, artık bir torba madde olmaktan çıkarılmış ve madde soyut tehlike suçu yerine somut açık ve mevcut tehlikeyi içeren bir yapıya kavuşturulmuştur. Yeni Türk Ceza Kanununun 216. maddesinde düzenlenen suçtan dolayı ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için olayda, madde gerekçesinde belirtilen kriterlerin bulunması gerekmektedir.³⁵⁹

216. maddedeki suçun esası, halk arasında kamunun esenliğini bozacak bir biçimde kini veya düşmanlığı tahrik etmektir. Açık ve mevcut tehlike kriterinin metne dahil edilmesiyle ilgili uygulamanın nasıl gelişeceği önemlidir. Çünkü bu kriter somut tehlike aramak yerine keyfi olarak fiillerin tehlike olarak görülmesine sebebiyet verebilecek niteliktedir.³⁶⁰ Çünkü açık ve mevcut tehlike kriteri ülkemizde muhalif olan her ifadeyi tehlike olarak algılanmaktadır. Devletin kendini koruması gibi son derece soyut ve belirsiz bu kavramı kullanan yargı tarafından farklılıkların tehdit olarak görülmesine neden olabilecektir.³⁶¹

³⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006, s.286.

³⁶⁰ Zeki HAFIZOĞULLARI, “Liberal Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:55, 2004, s.97.

³⁶¹ Zühtü ARSLAN, “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.65.

Yeni TCK üçüncü bölümde yer alan ve “Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama” suçu madde 300’de, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” suçu madde 301’de düzenlenmiştir. TCK madde 301’e göre; “(1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya TBMM’yi alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında arttırılır. (4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

301. maddenin gerekçesinde; maddenin birinci fıkrasında, Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılamak, suç olarak tanımlanmıştır. Maddede geçen Türklük deyiminden maksat, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumları da kapsar. Cumhuriyet deyiminden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti anlaşılmalıdır.

Suçun maddî unsuru aşağılamaktır. Bu aşağılamanın alenen gerçekleşmesi gerekir. Aşağılamak, suçun konusunu oluşturan değerlere duyulan saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlardan ibarettir.

Maddenin ikinci fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılamak, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm karşısında, örneğin iktidarın tahkir ve tezyifi hâlinde fiilin Hükûmete yönelik bulunduğu hususunda duraksanmayacak işaret ve alâmetler varsa, fiilin Hükûmete yönelik olduğu kabul edilecektir.

Üçüncü fıkra bu suçun konusu, işlendiği yer ve faili bakımından daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hâli kabul edilmiştir. Buna göre, Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, ceza artırılabacaktır.³⁶²

Bu metindeki “Emniyet teşkilatı” değişikliği erklere hakaretten teşkilat seviyesine inen hakaret ile madde alanını genişletmiştir. Madde metnindeki “Türklük” ibaresi Anayasada mevcut “Türklük” ibaresi ile çelişmektedir. Buna göre

³⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006, s.400.

Atatürk Milliyetçiliği yerine ırki bir anlayış gelmiştir.³⁶³ Ayrıca maddedeki aşağılama kastının belirsiz olduğu da ileri sürülmüştür.³⁶⁴ Eleştirme maksadına yer veren hüküm haber verme maksadına yer vermemiştir. Bu anlamda basın özgürlüğü adına daraltıcı bir hükümdür.

“Kurumsallığına dokunmadan eylem ve işlemlerinden ötürü siyasi iktidarları beğenmemek, kötülemek, yermek ve gene devletin bizzat erklerine saldırmadan, kamu idaresinin eylem ve işlemlerini, bu sınırlar içinde kalarak isteyen istediği biçimde değerlendirmesi, demokratik, toplumsal-siyasal hayatın olmazsa olmazıdır. Kamu idaresinin eylem ve işlemlerinde bir dokunulmazlığı yoktur. Kanunun 301. maddesi... gerekçe de aksi iddia edilse bile, iletişim (ifade özgürlüğü) alanını belirsiz bir biçimde daraltmıştır. Özellikle, siyasi çekişmelerin çok yoğunluk kazandığı günümüzde... ifade hürriyeti, eskiden olduğundan daha çok bilirkişilerin insafına terkedilmiş olacaktır.”³⁶⁵

1991 yılında çıkarılan ve TCK’da bazı maddeleri kaldıran TMK da düşünce suçları getirmiştir. TMK genel gerekçesinde söz konusu maddelerin (140,141, 142 ve 163) uygulamada “düşünceyi ifade hürriyeti ile düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı” hale geldiği belirtildikten sonra da kısıtlamaların kaldırılarak, “bunların yerine kaim olmak ve fakat şiddeti vasıta kılmayan düşünceyi ifade hürriyeti ile bu düşünceler etrafında örgütlenme hürriyetini koruyan düzenlemelerin” yapılmakta olduğu açıklanmıştır. Yasa koyucu bu kanunla şiddet içermeyen ifadeleri ve örgütlenmeleri serbest bırakma amacındadır.³⁶⁶ TMK, ülke bütünlüğünü korumak konusunda iki tür propaganda suçunu düzenlemiştir. Bunlardan biri ülke bütünlüğünü bozmak maksadıyla propaganda, diğeri söz konusu amaç için cebir ve şiddete başvurma propagandasıdır.³⁶⁷

3713 sayılı TMK’nın 6. maddesine göre; “(1)İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu

³⁶³ HAFIZOĞLULLARI, a.g.e., s.98.

³⁶⁴ HAFIZOĞLULLARI, a.g.e., s.98.

³⁶⁵ Oktay EKŞİ, Basın Konseyi Başkanı, “Basın Konseyi Uzmanlar Grubu İfade ve Basın Özgürlüğünü İlgilendiren Hükümleriyle Yeni Ceza Yasası Raporu”, www.basinkonseyi.org.tr, erişim tarihi: 20.1.2006, s.10.

³⁶⁶ Bülent TANÖR, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, Rapor”, www.tusiad.org.tr, erişim tarihi: 10.12.2004, s.113.

³⁶⁷ Doğan SOYASLAN, “Düşünce Özgürlüğü ve 4744 Sayılı Kanunla Değiştirilen Terörle Mücadele Kanunu”, **Prof.Dr.Çetin ÖZEK Armağanı**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını (No:32), 2004, s.797.

görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler... ağır para cezası ile cezalandırılır. (2) Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara... ağır para cezası verilir..." şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde kime yöneldiği anlaşılacak şekilde kişilere karşı terör örgütlerince suç işleneceğini açıklamayı yasaklamaktadır.

Yargıtay herkesçe bilinen görevlilere ait kimlik açıklamasını suç olarak görmemiştir. 6/2 ile terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarının basılması ve yayınlanması suç sayılıyor. Yayınlayanın yayınladığı bildiri ve açıklamayı desteklemesi aranmıyor. Hatta yayınlayan yayınladığı açıklamayı ve örgütü hiç benimsemediğini belirtip eleştirmiş olsa bile salt yayınladığı için cezalandırılması gerekiyor. Yargıtay da bu anlamda yayınlamayı suçun oluşumu için yeterli görerek ayrıca içeriği ile ilgilenmez.³⁶⁸

TMK madde 7'de birinci fıkra ile TCK'nın 168, 169, 171, 313 ve 315. maddeleri dışında kalan terör örgütü kurucularını/yöneticilerini ve üyelerini cezalandırmaktadır. TMK 7/2 ise örgüte yardımı ve örgüt propagandasını suç saymaktadır. Madde bu açıdan bakıldığında terör örgütünün propagandasını yasaklaması demokratik topluma uygunken terörden ne kastedildiği ve terör örgütlerinin hangileri olduğu saptandığında sağlıklı işleyecektir. TMK madde 1 terör tanımını yapmıştır. Ancak terör örgütlerini belirleyen idarenin bu tanımlı kullanmadığı ileri sürülmektedir.³⁶⁹ TMK birinci maddesindeki terör örgütlerinin ortak özellikleri baskı, şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme, tehdit, devlet otoritesini zaafa uğratarak Anayasal düzeni yıkmak veya genel sağlık ve kamu düzenini bozmaktır. TMK madde 1, 2'de Anayasa da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak için cebir şiddet kullanarak ele geçirmek üzere anlaşma halinde terör amacıyla örgütlenme suçu oluşur. Terör esas itibarıyla, büyük çaplı korku veren, bireylerde yılgınlık yaratan ve şiddet içeren bir eylem durumudur. Ancak TMK terör tanımında bulunan ilkeler

³⁶⁸ Turgut KAZAN, "İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası", **İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003, s.189.

³⁶⁹ KAZAN, a.g.e., s.190.

eleştiri hakkının kullanıldığı görüşlerinde bu kanun kapsamında görülmesine neden olmaktadır.³⁷⁰

4744 sayılı kanun ile TMK 7/2 değişmiştir. Değişiklikten önce terör amacıyla kurulan örgütlere yardım ve propaganda müştereken suç sayılıyordu. Değişiklik ile propaganda ayrı bir fiil olarak suç sayılmaktadır. TMK çıkarıldığı 1991 yılından bu yana 12 defa değiştirilmiş ve para cezaları arttırılmıştır.³⁷¹ Ayrıca TMK 7/2 4963 sayılı 7.8.2003 tarihli yasa ile değiştirilerek propaganda suçunun oluşması için “şiddet veya diğer terör eylemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda” yapılmasını öngörmüştür.

TMK madde 8 “devletin bölünmezliği aleyhine propaganda” başlığı taşımaktadır. Madde değişikliğe uğramadan önceki ilk metnine göre; “hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz” TMK madde 8/2 basın mensuplarıyla ilgilidir. Düşüncenin içeriğiyle ilgilenmeden “hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun” ibaresi ile terörle alakası bulunmayan ifadelerinde suç sayılması mümkündür. Uygulama da bu yönde gelişmiştir. Nitekim kaldırılan 142/3 yerine uygulanmaya başlanmıştır. 4126 sayılı 27.10.1995 tarihli yasa ile “hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun” ibaresi metinden çıkarılmıştır. Madde metninde hangi tür propagandanın suç sayılacağı yönünde belirsizlik vardır.³⁷² maddenin yeni şekli de yapılan propagandanın devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünü sarsacak nitelikte olması şartını yine aramamıştır. Propaganda failin cezalandırılması için yaptığı propagandanın bu sonucu doğurmaya elverişli ve yeterli olup olmadığına bakılmamıştır. Sırf failin böyle bir amaç gütmüş olduğunun farz edilmesi ceza için yeterlidir.³⁷³

4744 sayılı 6.2.2002 tarihli yasa ile değiştirilen TMK madde 8 “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak amacıyla yazılı, sözlü veya görüntülü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapanlar...” şeklinde değiştirilerek görüntü unsuru eklenmiştir. Suçun basın yoluyla işlenmesi halinde yazarla birlikte yazı işleri müdürü ve sahibi cezalandırılmaktadır. Ancak

³⁷⁰ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.72.

³⁷¹ SOYASLAN, a.g.e., s.802.

³⁷² TANÖR, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri...”, s.115.

³⁷³ TANÖR, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri...”, s.115.

AB'ye uyum sürecinde çıkarılan yasalardan biri olan 4928 sayılı 7.8.2003 tarihli yasa ile TMK madde 8 yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu boşluk mantığı TMK 7/2'ye eklenen fıkra ile doldurulmaya çalışılmıştır.³⁷⁴

Ancak uyum çalışmaları devam etmekle beraber gündemde olan Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Meclise gönderilme aşamasındadır.³⁷⁵ TMK Tasarısı madde 2'de, terör suçlarını 3713 sayılı yasanın 3. maddesinde değişiklik yaparak saymaktadır. Buna göre 5237 sayılı TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 316, 320. maddeleri terör suçudur. TMK Tasarısı madde 3'de terör amacıyla işlenen suçları belirtmiştir. TMK Tasarısı madde 5 ile 3713 sayılı yasada mevcut madde 6 de geçen ceza niteliği para cezasından hapis cezasına çevrilmiştir. TMK madde 7 yeniden düzenlenmiştir. Madde 7/2 ile "terör örgütünün veya amacının propagandasını yapanlar..." şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Terörün amacının ne olduğu belirtilmemiştir. Ancak madde 4 ile getirilen ve terör amacıyla işlenen suçlar kısmında belirtilen suçların genel niteliği cebir ve şiddet içermeleridir. Dolayısıyla propagandanın da cebir ve şiddet içermesi halinde terör örgütünü veya amacını propaganda suçu oluşabileceği söylenebilir. Terör örgütü, bir siyasi hedefe ulaşmak amacıyla suç işlemeye yönelik teşekkül oluşturmak; bu teşekküllerin faaliyetleri ile işlenen suçlar da terör suçları olmaktadır. Terör suçları tarif edilirken daha çok cebir, şiddet ve tehdit unsurdur.³⁷⁶

Propaganda suçu bir tehlike suçu veya engelleyici suçu olduğundan fiilde elverişlilik veya somut tehlike aranacaktır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını gerektiren meşru amaçlar İHAS'a göre ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, suç işlenmesini önlemek, suçluların cezalandırılması, toprak bütünlüğüdür. ABD Yüksek Mahkemesi kararları çerçevesinde de bir ifade kısıtlanırken kullanılan ölçüt düşünce açıklandığı zaman açık ve mevcut tehlikeye neden olan etkisinin olup olmadığıdır. Türk Hukukunda da ifade kısıtlanırken özetle Anayasa madde 26'daki özel meşru amaçlar mevcut mu, sınırlama yapılırken Anayasa madde 13'deki kurallara uyuluyor mu ayrıca Anayasa madde 14'deki kötüye kullanma halinin mevcut olup olmadığı sorgulanır. Ancak bunun yanında ifade özgürlüğü özel düşünce suçlarını oluşturmakta ise sınırlandırılmaktadır.

³⁷⁴ Oktay UYGUN, "Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de İfade Özgürlüğü", **Bülent TANÖR Armağanı**, Haz. Öget Öktem TANÖR, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004, s.796.

³⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.adalet.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006.

³⁷⁶ İzzet ÖZGENÇ, "Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti", **İÜHFİM, Tükan RADO'ya Armağan**, C:LV, S:3, 1997, s.56.

Bunlardan birisi TMK’da bulunan ve ülke bütünlüğünü bozmak amacı ile propaganda yapılması halidir. Ancak TMK madde 8, 4928 sayılı kanun ile kaldırılmıştır. TMK Tasarısının bu suç çerçevesinde getirdiği hüküm terör örgütlerinin ve amaçlarının propagandasının yapılmasıdır. Bu anlamda propagandanın neyi kapsadığı belirsizdir. Anayasa Mahkemesi TMK da bulunan kavramların belirsiz olduğu iddiasını reddetmiştir. Mahkemeye göre; yöntemlere ilişkin kavramlar kanunilik ilkesini zedeleyecek nitelikte anlaşılmaz, ilgisiz, hürriyetler açısından kötüye kullanılabilir kavramlar değildir. Bunların tümü uygulamada Ceza hukukunun bilinen kavramlarıyla özdeşleşen ya da eş anlamlı olarak kullanılabilecek kavramlardır. Ancak bu karar muhalif görüşler, bu kavramların haksızlıklara ve keyfi uygulamalara yol açabileceğini belirtmişlerdir. Ayrıca takdir yetkisinin aşırı kullanılmasına imkan veren bu kavramlar, keyfi uygulamaların kaynağı olabileceği gibi, bu belirsizlik içinde en doğal tutum ve davranışlar bile sakıncalı görülebilir.³⁷⁷ Ancak uygulamada yorumun ifade özgürlüğü sınırlandırılırken yukarıda belirttiğimiz meşru amaçlar çerçevesinde menfaatleri dengeleyeceği şeklinde olacağıdır. Ancak bu güne kadarki uygulamalarda farklı olmuştur.

2. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve Siyasi Partiler Kanunu

Ülkemizde ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlerken incelememiz gereken önemli yasalardan birisi de toplantı ve gösteri yürüyüşleri yasasıdır. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri özellikle halk için elverişli, pratik, ucuz ve etkili ifade ve baskı araçlarıdır.³⁷⁸ Toplantı ve gösteri yürüyüşleri özellikle örgütlenme özgürlüğü ve ifadenin etkili kullanımı açısından önemlidir. “Toplu eylem özgürlükleri birden çok kişinin ancak birlikte kullanabildiği öznelere sürekli ya da geçici gruplaşmalardan oluşan bireylerin yalnız başlarına gerçekleştiremediği amaçları hedef alan özgürlüklerdir.”³⁷⁹ Bu çerçevede kamuoyu oluşturmak amacıyla yapılan toplantılar önceden düzenleme yapma, katılım serbestliği gibi ilkeler ile şekillenir. Toplantının yapılması, barışçıl olması ve kamu düzenini bozmaması kaydı ile düşüncelerin serbestçe ifadesini kapsar.

³⁷⁷ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.102.

³⁷⁸ TANÖR, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, s.107.

³⁷⁹ KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, s.405.

Bu anlamda 1982 Anayasası da bu hakkı anayasal güvence altına almıştır. 1982 Anayasası madde 34 hükmü önceden izin almadan herkesin bu hakkı kullanabileceğini belirtmiştir. 34/2 ise özel sınırlama nedenlerini belirtmiştir. 34/3 kullanılmasına yönelik şartların ancak kanunla konulabileceğini düzenlemiştir. Bu madde 2001 değişiklikleri ile son halini almıştır.

1956 tarihli 6761 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun ile önemli sınırlamalar getirmiş ve izin sistemini benimsemişti.³⁸⁰ 1963 tarihli 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun ile bu özgürlüğü düzenlemişti. Kanunun ilk şeklinde yasaklama ve erteleme tanınmamıştı. Kamu düzeni sınırı vardı. Bu hallerde hükümet komiseri toplantıyı, yasada gösterilen durumlarda da kolluk amirinin gösteri yürüyüşünü dağıtma yetkileri vardı. Erteleme yetkisi mülki amirlere 1973'te yapılan değişiklikle tanındı. Anayasa Mahkemesi, 1976'da verdiği karar ile mülkiye amirinin emri ile toplantı ve gösteri yürüyüşünün 10 günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere ertelenmesine ilişkin düzenlemeyi hakkın özüne dokunur bulmuştur. Bu özgürlüğü kullanılamaz hale getirmekteydi. Zamanında yapılmasını engellediği için amaca ulaşmasını güçleştirici ve ortadan kaldırıci bulmaktaydı. 1982 Anayasası madde 34 Anayasada belirtilen nedenlere dayanarak belirli bir toplantı ve gösteri yürüyüşünü iki aya kadar erteleme hatta yasaklama yetkisini “kanunun gösterdiği yetkili mercie” vermiştir. 4709 sayılı yasa ile bu hüküm 1982 Anayasası madde 34'ten çıkarılmıştır. Ancak 1983 tarihli 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu da bu yetkiyi tekrarlamıştır.

TGYK madde 17-18'e göre; eğer kamu düzeninin bozulması ihtimali mevcut, Cumhuriyetin niteliklerini tehlikeye düşürmek amacı güden fiillerin işlenmesi muhtemel, devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün korunması söz konusu ise toplantı ve gösterinin iki veya üç ay ertelenmesi söz konusu olabilir.³⁸¹

26.3.2002 tarihli ve 4748 sayılı yasa ile madde 17 değişikliğe uğramıştır. Buna göre; “...amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması halinde yasaklayabilir” şeklinde değişmiştir.

2911 sayılı kanun madde 19 da yine aynı uyum yasası ile “Bölge valisi, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın

³⁸⁰ AZRAK, a.g.e., s.3.

³⁸¹ SOYASLAN, a.g.e., s.796.

veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bölgeye dahil illerin birinde veya birkaçında ya da bir ilin bir veya birkaç ilçesinde bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere erteleyebilir.” şeklinde değişmiştir. Ayrıca madde 19’da 4963 sayılı 30.7.2003 tarihli yasa ile “Valiler de aynı sebeplere dayalı olarak ve suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması halinde; ile bağlı ilçelerin birinde veya birkaçında bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere yasaklayabilir” şeklinde değiştirilmiştir. 4963 sayılı yasa ile yapılan bir diğer değişiklik de madde 15-16 uyarınca güvenlik sağlamak amacıyla mülki amirlere tanınan erteleme yetkisi 30 günden 10 güne indirilmiştir.³⁸²

Toplantı ve gösterinin başlamasından sonra gösteri esnasında her nevi silahlar, kesici aletler, sopa, demir çubuklar... vs kullanmak, kanunların suç saydığı ülke bütünlüğüne aykırı döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşıma halinde toplantı kanuna aykırı sayılacak ve güvenlik güçlerince dağıtılacaktır. TGYK madde 23-24 ile sınırlamanın kamu düzeni çerçevesinde yapılacağını belirtmiştir.

1982 Anayasası madde 34/son da yer alan ve yine değişiklikle yürürlükten kaldırılan “Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler” hükmü aslında madde 33 de bulunan ve bu kuruluşların amaçları dışında hiçbir faaliyette bulunamayacakları yönünde dayanışma yasağının ifadesi olan hükümler 1995 değişiklikleri ile düzeltilmişti. Bu tür kuruluşların varlık amacı ile toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün hedefi örtüşmektedir.

2911 sayılı kanun toplantının düzenlenmesi ile ilgili olarak şu düzenlemeleri yapmıştır. Toplantının düzenlenmesini ön bildirim koşuluna bağlamıştır (madde 10), düzenleme kurulu en az 7 kişiden oluşacak (madde 9), toplantının yapılmasından en az 72 saat önce toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu valilik ya da kaymakamlığa bildirimde bulunulur (madde 10).

Özellikle toplantı yapılacak mahallin seçilmesi konusu sınırlama aracı olarak kullanılmıştır. Görünüşte serbestlik sistemi var kabul edilen bu yasa ve anayasada ancak izin veya bildirim diye nitelendirebileceğimiz bir sistem vardır. 2911 sayılı yasa uyum yasaları çerçevesinde 4771 sayılı yasa ile değişikliğe uğramıştır. Güzergah tespiti ile ilgili olarak, yasada halen 2911 sayılı yasada madde 6’da halen

³⁸² Bülent TANÖR ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (2004 Anayasa Değişikliklerine Göre)**, 6.b., İstanbul: Beta Yayınevi, 2004, s.165.

mevcuttur. Bu durum hakkın kullanımını, anlamsızlaştıracak bir şekilde sokmaktadır. Bireylerin kentin uzağında bir yerde toplantı yapmaya zorlandığında toplantının halkla ilişkisi kesilmiş olur. Asıl amacı halkla paylaşım olan bu hakkın kullanımı bir anlamda durdurulmaktadır.

3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı uyum yasası ile 2911 madde 3 değiştirilmiştir. “Yabancıların bu kanun hükümlerine göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemeleri, İçişleri Bakanlığının iznine bağlıdır. Yabancıların bu Kanuna göre düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde topluluğa hitap etmeleri, afiş, pankart, resim, flama, levha, araç ve gereçler taşımaları, toplantının yapılacağı mahallin en büyük mülki idare amirliğine toplantıdan en az 48 saat önce yapılacak bildirimle mümkündür.” 72 saatten 48 saate indirilmiştir.

İfade özgürlüğü anlamında ve bağıntılı olduğu örgütlenme özgürlüğü ile ilgili olarak ülkemiz yasa sisteminde yine 1982 Anayasasının otoriter baskılarını hissettiğimiz diğer bir konuda 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunudur. Özellikle geçici 15. madde engeli de aşıldıktan sonra ve 1995 ve 2001 değişiklikleri ile Anayasa madde 68’de yapılan değişiklikler çerçevesinde Siyasi Partiler Kanunu Anayasaya aykırı hale gelmiştir. Ayrıca demokratik toplum standartlarına da aykırı hükümleri nedeni ile İHAM önüne giden davalara neden olmaktadır.

İHAM da sözleşme düzleminde demokrasi kavramını örgütlenme özgürlüğü kapsamında siyasi partilerle özdeşleştirmektedir. Mahkemeye göre; ulusal hukukun düzenleme yöntemi ve yetkili makamlarca, bu özgürlüğün pratikteki uygulaması, söz konusu ülkede, demokrasinin durumu açısından belirleyicidir. Siyasi partilerse, demokrasinin tam anlamıyla gerçekleşmesi, uygulanabilmesi açısından “en temel”; iktidara gelebilme gücü bakımındansa “tek” örgütlenme biçimidir.³⁸³

1982 Anayasası madde 68/2’de belirtildiği üzere siyasi partiler siyasal hayatın vazgeçilmez unsurudurlar. Demokratik siyasal hayat ancak özgür ve açık bir kamuoyunun varlığı ile mümkündür ve bunun yolu da 1982 Anayasası madde 31, 5, 25 ve 26’nın uygulanmasıdır. İfade özgürlüğünün kullanımına bağlı olan siyasal hayat, 1982 Anayasasında kendini gösteren mücadeleci (militan) demokrasi anlayışı nedeniyle kendi değerlerini korumak için siyasal ifadelere ve örgütlenme

³⁸³ Ersal ALDABAK, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında Örgütlenme Özgürlüğü”, Haz. Öget Öktem TANÖR, **Bülen TANÖR’e Armağan**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004, s.74.

özgürlüklerine sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalardan en önemlisi siyasi parti kapatma ile ilgili normatif düzenleme ve Mahkeme kararlarıdır.

1995 Anayasa değişiklikleri demokratik yaşamın aktif hale getirilmesi amaçlanmıştır. Bu husus siyasi partiler hakkındaki değişikliklerden anlaşılmaktadır. 1995 yenilikleri partilere üye olma, siyasal partilere yardım yapabilme, kapatılmalarında odak olma şartının aranması gibi konularda düzenlemeler getirmiştir.³⁸⁴ 2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa geçici 15. madde kaldırılmış ve Siyasal Partiler Kanunu değiştirilebilir hale gelmiştir. Ancak Kanun Anayasa hükümlerine aykırı halini korumaktadır. Bu husus siyasi partiler vasıtası ile kullanılacak olan ifade özgürlüğünün önünde ciddi engellere sebep olmaktadır. Çünkü demokratik sistemlerde yönetilenlerin istekleri yönetenlere bu kurumlar vasıtası ile iletilmektedir.

Siyasi partilerin kapatılma nedenlerini ayrıntılı şekilde içeren Anayasa madde 68/4'te "Siyasi Partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, laik demokratik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez." denilmektedir.

2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu; ayrılıkçı görüşleri savunan partilerin kapatılmasını öngören bir kanundur. Anayasa Mahkemesi de devletin mevcut örgütleniş biçiminin siyasal partilerce tartışılmasına Anayasanın izin vermediği görüşündedir.³⁸⁵ Ancak İHAM bu konuda, demokrasinin kendisine zarar vermemek koşuluyla bir devletin mevcut örgütlenme biçiminin doğruluğu hakkında kuşku doğuran niteliklerde dahil olmak üzere, farklı siyasal programların önerilmesi ve tartışılması demokrasinin özüdür, şeklinde görüş bildirmektedir.³⁸⁶

Anayasa madde 68/4'teki sınırlayıcı nedenleri genişletici nitelikte bulunan bazı hükümler nedeniyle SPK Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Örnek olarak SPK madde 78'de yer alan ve siyasal partilerin Anayasanın Başlangıç kısmındaki ilkeleri değiştirme amacı güdemeyeceklerini öngören yasak verilebilir. Bu yasak Anayasa madde 68/4'deki yasakları genişletici bir yapıdadır.³⁸⁷ Oysa siyasal parti

³⁸⁴ HAKYEMEZ, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, s.197.

³⁸⁵ UYGUN, a.g.e., s.760.

³⁸⁶ UYGUN, a.g.e., s.760.

³⁸⁷ HAKYEMEZ, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, s.219.

kapatma nedenlerinin Anayasa’da belirtilmiş olanlarla sınırlı olması gerekir ki demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez ögesi olarak kabul edilen partilerin ayrıcalıklı ve güvenceli konumlarının anlamı olabilsin.³⁸⁸

Çalışmanın daha sonraki bölümlerinde bulunan Anayasa Mahkemesinin ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarında belirtileceği üzere Türk Hukuk mevzuatında ifade özgürlüğüne ve dolaylı olarak siyasal partilere getirilen sınırlamaların “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ve “laiklik” kavramlarında yoğunlaştığı görülmektedir. Anayasalarda ve SPK’da ifadesini bulan bu sınırlama ölçütleri, demokratik toplum düzeni ölçütüne ek olarak Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmaktadırlar.

3. Basın Kanunu ve Radyo ve Televizyonların Kuruluşları ve Yayınları Hakkında Kanun

1982 Anayasasının basın özgürlüğü anlamında yasa olarak yansıması 5680 sayılı Basın Kanunudur. Basın Kanunu da 4748, 4778, 5170 sayılı uyum yasaları çerçevesinde değişikliğe uğramıştır. Değişiklik öncesinde 1950 tarihli basın kanunu ile ve de diğer kanunlarda bulunan ve basın yayın yolunun kullanılması sonucu oluşan düşünce suçları nedeniyle kovuşturma bolluğu söz konusu idi. Kovuşturma dışında önleyici tedbirler de baskıyı arttırmıştır. Örneğin müsadere, imha, kapatma gibi yaptırımlarda sorun teşkil etmiştir. 1996 tarihli ek maddeler ile yayın dağıtıcılarına bir takım dağıtım yükümlülükleri ve buna uymayanlara karşı işyeri kapatma yaptırımları getirilmiştir. Geçici toplatma kararları aklanma sonrasında zararın tazmini şeklinde eski hale getirilmemekte sadece geri verilmektedir. Bu anlamda oluşacak sakıncalar otosansüre neden olabilecek kadar güçlü ve hatta girişimciyi vazgeçirecek kadar vahimdir. Yine yurt dışında basılı eserlerin yurda sokulmasının ve dağıtımının yasaklanması hususu basın ve yayın özgürlüğünün yanında düşünce ve düşünceye ulaşma, bilim ve sanatları öğrenme özgürlüklerini de sarsan bir başka uygulamadır. Bilgiye ulaşma hakkının sınırsız olduğu gerçeğine aykırıdır.³⁸⁹

³⁸⁸ HAKYEMEZ, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, s.222.

³⁸⁹ TANÖR, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri...”, s.125.

Bu tür yasakların giderilmesi sadece Basın Kanunun da iyileştirme ile olmayacaktır. Aynı zamanda çeşitli yasalardaki cezai hükümlerinde kaldırılması gerekmektedir. Basın Kanunundaki iyileştirmeler tabi yine uyum yasaları çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. 4748 sayılı yasa ile Basın Kanunu Ek 1 ve 2. maddelerinde sadeleştirmeye gidilmiştir. Bu madde basılı eserlerin dağıtımının önlenmesi ve toplatılmasına ilişkindir. İçerik anlamında bir gelişme olmamış ancak kapatılma sürelerinde alt sınır 1 güne üst sınır da bir aydan 15 güne düşürülmüştür.

Diğer bir iyileştirme de 4778 sayılı yasa ile 5680 sayılı yasanın 15. maddesine “mevkute sahibi, mesul müdür ve yazı sahibi haber kaynağını açıklamaya zorlanamaz” şeklinde ekleme yapılmıştır.

Anayasanın 30. maddesi de 5170 sayılı yasa ile değiştirilmiştir. Buna göre, basın araçlarının müsadereyi tamamen kaldırılmıştır. “Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.”

4771 sayılı 3. uyum paketi ile Basın Kanununda bulunan ve usule ve beyannameye yönelik zorunlulukları yerine getirmeyen gazete sahipleri için hapis cezası yerine ağır para cezası getirilmiştir. Yine aynı yasa ile Basın Kanunu madde 31 değiştirilmiştir. Buna göre, yabancı ülkelerde basılmış eserlerin Türkiye’de yasaklanması ve toplatılmasına ilişkin ve de basılı eserlerin müsadereyesinin resmi gazetede yayınlanmasına ilişkin ek 3. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Yabancı eserlerin toplatılma kararı hakim tarafından verilecektir, Bakanlar Kurulu kararı kaldırılmıştır.³⁹⁰

Tüm bu değişiklikler yeterli görülmemiştir. 26.6.2004 tarihinde 5187 sayılı yeni Basın Kanunu ile 5680 sayılı Basın Kanunu tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni kanunun amacı basın özgürlüğünü ve bunun kullanımını düzenlemek olarak ifade edilmiştir. Yeni kanunla eser sahibinin sorumluluğu esas tutulmuştur. İstisnai hallerde sorumluluk müdür veya diğer yetkililere yöneltilmiştir. Yeni Basın Kanunu haber kaynağını koruyan hükmünü madde 12’de muhafaza etmiştir. Çeşitli usuli işlemleri ihlalin yönelik cezalar orantılı hale getirilmeye çalışılmıştır.³⁹¹

³⁹⁰ ÖZSOY, “Uyumsuzluklarımız ve Yeni Uyum Yasaları...”, s.518.

³⁹¹ ÖZSOY, “Uyumsuzluklarımız ve Yeni Uyum Yasaları...”, s.520.

İfade özgürlüğünün yasal boyutları anlamında incelenmesi gereken bir Kanunda görsel ve işitsel iletişim özgürlüğü ile ilgili olarak 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanundur.

Özellikle yasanın 4. maddesinde bulunan yayın ilkelerinden bazılarının uygulayana göre değişmesi ihtimali tartışılmıştır. Özellikle TCK 312'nin 4744 sayılı yasa ile değiştirilmeden önceki söylemlerinin Kanuna yansıtılması ancak değişikliğin yansıtılmamış olması yayın ilkeleri açısından sıkıntı yaratmaktadır.³⁹² RTÜK'na madde 33 ile verilen yetki ile; madde 4/a, b, c bentlerine aykırı yayın halinde herhangi bir uyarı yapılmadan yayın kuruluşunun yayını bir ay süre ile durdurma ve ihlalin tekrarı halinde yayının süresiz olarak durdurma ve yayın lisansının izni iptali yaptırımları uygulanabilmektedir.

4771 sayılı yasa ile değiştirilen kanun madde 4/f bendine özel hayatın gizliliğinin korunması, madde 4/v bendine şiddet ve ırkçı duygularını kışkırtıcı yayınların önlenmesine yönelik düzenlemeler yapmıştır.³⁹³

Ayrıca 4771 sayılı yasa ile madde 4/1 fıkrasına “Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerde yayın yapılabilir. Bu yayınlar, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen temel niteliklerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olmaz...”eklenmiştir.

II. TÜRK YARGISINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

A. Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğünün ülkemizdeki durumu öncelikle yasal boyutu ile değerlendirilmiştir. Ülkemizde ifade özgürlüğünün gelişimi dünya konjoktüründe yaşanan olaylardan bağımsız olmamakla birlikte öncelikle ülkemizde yaşanan olaylar paralelinde ve dolayısıyla bu ortamlarda oluşan düşünce sistemlerinin yasal metinlere yansımaları ile birlikte olmuştur. 1961 Anayasası bireyi devlete karşı koruma düşünceleri çerçevesinde oluşturulmuş bir Anayasa olması nedeniyle özgürlükleri kural sınırlamaları istisna addetmiştir. Ancak 1982 Anayasası devleti bireye karşı koruma güdülerini içerisinde, güçlü devlet anlayışının etkili olması istenen bir süreçte

³⁹² İLKİZ, a.g.e., s.102.

³⁹³ İLKİZ, a.g.e., s.121.

hazırlanmıştır. İfade özgürlüğünün, özgürlük sorunundan ziyade güvenlik meselesi olarak algılanması, onun tehlike olarak görülüp, zararlı ve gayri meşru addedilen fikirlerin yasaklanmasına yol açarken, bu durum özgürlüğün kendisinin değil devletin kendisini koruma kaygısının öncelikli hale geldiğinin bir göstergesidir. Böylelikle ifade özgürlüğü iktidarı sınırlandırıcı güce sahip ve farklı fikirlerin açıklanması serbestisi olarak değil, devletin korunması amacı çerçevesinde sadece yararlı ya da meşru olduğuna inanılan görüşlerin açıklanması özgürlüğüne dönüşmektedir.³⁹⁴

Anayasanın hak ve özgürlükler anlayışının, otoritenin güçlendirilmesine ağırlık vermek şeklinde olduğu Anayasanın pek çok maddesinden anlaşıldığı gibi Başlangıç kısmındaki ifadelerden daha net anlaşılmaktadır. Örneğin 1995 yılında kaldırılmadan önce “Kutsal Türk Devleti” ibaresi bulunmaktaydı. Bunun yanında yine Başlangıçta bulunan “bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi” ibaresinden de çıkarılabilir. Anayasanın bu tercihleri doğal olarak Yargı organlarının kararlarını da etkilemektedir. 1961 Anayasasında tek madde de düzenlenen ifade özgürlüğü konusunu Anayasa Mahkemesi tek maddeye rağmen iki aşamalı olarak algılamıştır. Mahkemeye göre, düşünce ve kanaat hürriyeti iç hürriyet olarak kaldığı sürece mutlak ve sınırsızdır, kişinin iç alemi kişiyi ilgilendiren bir alan olduğundan, bu alana yönelik herhangi bir kanuni müdahale söz konusu olamaz. Buna karşılık düşünce hürriyeti toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ilgi alanına girecek ve çeşitli sınırlamalara tabi tutulabilecektir.³⁹⁵ Ancak bu görüşün tersi bir görüşü Mahkeme 1982 Anayasası döneminde vermiştir. Mahkeme, düşüncelerin serbestçe oluşumunun, ifade hürriyetinin bir başka yönünü oluşturduğunu belirtmiş ve düşüncelerin serbestçe oluşabilmesi için tek yönlü etkilemelerden, koşullandırmalardan kaçınılması gerektiğine işaret etmiştir.³⁹⁶ Ancak 1982 Anayasası ifade özgürlüğünü iki ayrı madde de düzenlemiştir. Anayasa madde 25 düşünce özgürlüğü ve madde 26 ifade özgürlüğünü barındırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda, bazı istisnalar dışında, Anayasanın felsefesine ve temel tercihlerine uygun bir tutum izlemektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin asıl işlevinin yasamanın keyfiliğine karşı ve hatta yürütmeye

³⁹⁴ Reyhan SUNAY (der.), **Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.6.

³⁹⁵ AYM, E. 1963/16, K. 1963/83, K.T. 8.4.1963, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006.

³⁹⁶ AYM, E. 1989/9, K. 1990/8, K.T. 18.5.1990, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006.

de fren olmasıdır. Ayrıca demokratik sistemlerde de hak ve özgürlüklerin korunması asıl fonksiyonlarıdır. Anayasa ya da yasa metinlerinde hak ve özgürlüğün dar yorumlandığı hallerde Anayasa Mahkemesi bu hak ve özgürlükleri genişletici yorumlar yapmalıdır. İHAM içtihatları ile demokratik standartların oluşturulmasında önemli bir görevi yerine getirmektedir. Anayasa Mahkemesinin de aynı şekilde ifade özgürlüğünü geliştirici tavır alması ve siyasi makamların ya da olayların dışında kalarak Avrupa standartlarına uygun kararlar alması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarını ifade özgürlüğünün etkin kullanım yolları olması dolayısıyla en çok baskı altında olan ve 1982 Anayasasının otoritesinden etkilenen haklar olmaları dolayısıyla bağlantılı özgürlükleri olan basın özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü açısından toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğü ve siyasi parti özgürlükleri alanında değerlendirilecektir.

1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararla basın özgürlüğü konusunda Mahkeme; “geniş halk kitlelerinin düşünce ve kanaatleri üzerinde etki yapan basının hür olması, toplumun huzurunu ve devletin güvenliğini ihlal edecek nitelikteki yazıların cezasız bırakılması anlamına gelmemektedir” şeklinde görüş bildirmiştir. Dava konusu bir günlük gazetenin “beraberliği sağlamakta hala mı tereddüt” başlıklı yazısı nedeniyle gazetenin sorumlu müdürü hakkında ‘Anayasa Nizamını Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkındaki 05.03.1962 tarihli ve 38 sayılı Kanunun’ 1. maddesinin A bendine (27 Mayıs devrimini gayri meşru göstermeye çalışmak) muhalefet etmesidir. Mahkeme; “...içtimai görevini yerine getirebilmesi için basının hür olması kadar sorumluluk şuuru ile hareket etmesi de şarttır. Sorumluluk şuurundan yoksun bir basın, her sorumsuz kuvvet gibi er geç soysuzlaşır ve toplum hayatını sarsan ve milli güvenliği tehlikeye sokan bir kuvvet halini alır. Düşünce ve basın özgürlükleri ne kadar mukaddes olursa olsun böyle bir durum karşısında toplum düzenini ve milli güvenliği korumakla görevli olan kanun koyucu gerekli tedbirleri almak zorundadır.” şeklinde bir karara varmıştır.³⁹⁷

Başka bir kararında Anayasa Mahkemesi, “basının hür olması kadar sorumluluk şuuru ile hareket etmesi de şarttır. Sorumluluk duygusundan yoksun bir basın toplum hayatını sarsar ve milli güvenliği tehlikeye sokan bir kuvvet halini alır.” Düzenlemesini tekrarlamıştır. Bu kararında gerekçe olarak daha evvelki kararları ile aynı ifadelere yer vermektedir.

³⁹⁷ SUNAY, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s.42.

Mahkeme 1961 Anayasası döneminde basın özgürlüğü ile ilgili olarak verdiği bir kararında yabancı memleketlerde basılmış eserlerin yurda sokulmasıyla ilgili Basın Kanunu madde 31'e aykırılığı tartışmıştır. Mahkemeye göre; "Yabancı yayınların yurda sokulması Anayasanın temel hak ve özgürlükleri arasında düzenlenmediği gibi, buna ilişkin bir yasak da düşünce ve bilim özgürlüklerinin özüne dokunmamaktadır..." Ancak Mahkeme aynı kararda "her ne kadar madde metninde idareye verilen yetkinin sınırı yok gibi görünse de bir hukuk rejiminde idare kanunların maksadına ve amacına göre onları uygulamakla görevli olup hiçbir zaman bu maksat ve amaç dışına çıkamaz" demiştir.³⁹⁸

Ancak ikinci görüş ne kadar ılımlı olsa da birincisine katılmak mümkün değildir. İfade özgürlüğüne kaynak olan bilgilenme hakkının ülke sınırlarını tanımaması ve yurt dışındaki bilgiye de rahatlıkla ulaşabilmenin önemi büyüktür. Zaten 5680 sayılı kanunun 31. maddesi de değişen anlayış çerçevesinde 2002 yılında değiştirilmiştir.

Basın özgürlüğü ile ilgili bir başka kararında da basın özgürlüğünün yalnız ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemesi aynı zamanda okuyucuların haber alma özgürlüğü olarak da algılanması gerekliliğini vurgulamıştır. 1982 Anayasası döneminde verdiği kararda Mahkemeye göre; "gazetelerin belirli günlerde yayınlanmasına ilişkin yasak, ...kuşkusuz gazete sahipleri yönünden basın özgürlüğü ve süreli yayın hakkı, gazete okuyucusu yönünden haber alma özgürlüğü, gazete yazar ve çizerleri yönünden de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile doğrudan ilişkilidir."³⁹⁹

Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün etkin kullanma yolu olan toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğü hakkındaki kararlarında hakkın özü kriterini özellikle kullanmıştır. Mahkeme 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda; "Toplantı ve yürüyüş için beyanname verilmesinin öngörülmesi, bu hakkın izne bağlandığı şeklinde yorumlanamaz. Buna karşılık gösteri ve protesto maksadıyla yapılacak toplantıların ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması ve her türlü yoruma elverişli bulunan 'maksadı mahsus' gibi terimlerle belirtilen hükümler hakkın özüne dokunmaktadır." Görüşünü bildirmiştir.⁴⁰⁰ Yine benzer bir kararda; "devlet personelinin bir araya gelerek, kamu hizmeti görevlerine ilişkin mevzuatın

³⁹⁸ SUNAY, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s.45.

³⁹⁹ SUNAY, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s.220.

⁴⁰⁰ SUNAY, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s.33.

uygulanmasına dair isteklerini açıklamak ve desteklemek amacıyla gösteri yürüyüşü yapmaktan yasaklanmaları, hakkın özünü zedeleyici bir özellik taşımaktadır... Bir hedef çevresindeki çalışmaların, kamuoyunda ve idare edenler üzerinde yapacağı etki bakımından verimli ve yararlı olabilmesi için, kimi durumlarda açık hava toplantıları, gösteri yürüyüşleri gibi, dört duvar dışında yapılmasının gerekli olabileceğine de kuşku yoktur... çalışmaların kamu hizmetine de zarar vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekirken büsbütün yasaklanması hakkın özünü zedeleyicidir.”⁴⁰¹

Başka bir kararda; “Toplantı ve gösteri yürüyüşünün, idarenin istediği zamanda yapılmasına olanak sağlayan, erteleme süresi sonunda da örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyan sınırlamalar, hakkın özüne dokunmaktadır.”⁴⁰²

Anayasa Mahkemesinin ifade özgürlüğünü devlet güvenliği olarak değerlendirdiği 1971 değişiklikleri sonrasında ve 1982 Anayasası döneminde siyasi parti kapatma davalarıdır. İfade özgürlüğünün özgürlük sorunundan çok güvenlik meselesi olarak görülüp zararlı ve gayri meşru addedilen fikirlerin yasaklanmasına yol açarken, bu durum özgürlüğün kendisinin değil devletin kendini koruma kaygısının öncelikli hale geldiğinin bir göstergesidir. Devletin kendini koruma kaygısı, Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerle ilgili kararlarında ortaya çıkmaktadır.⁴⁰³

Bireyin saygınlığını gerçekleştiren, onların talepleri üzerinde yoğunlaşan bir rejim olarak demokrasinin özünde yer alan katılım olgusunun sağlanabilmesi için siyasi partilerin varlığı şarttır. Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında siyasi partilerin kurulmaları ve çalışma özgürlüklerinin, Anayasa ve bu alanı düzenleyen Kanun ile sınırlı olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla siyasi partiler konusunda ve demokrasi konusunda Anayasa düzeyinde kalındığı vurgulanmaktadır.⁴⁰⁴

Anayasa Mahkemesi kararlarında siyasi partilerin ifade özgürlüğünün genel sınırı olarak ve kapatılmaları için belirleyici kavramı “devletin bölünmezliği” ve “laiklik” olmuştur. Siyasi partilerin tüzük ve örgütlenme yönünden, toplumun sorunlarını bütün olarak kavramaya yönelik bir siyasal programa dayanan partiler, amaç ve yönetim bakımından doğrudan doğruya siyasal iktidarı ele geçirmeyi veya

⁴⁰¹ SUNAY, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s.79.

⁴⁰² SUNAY, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s.114.

⁴⁰³ SUNAY, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s.7.

⁴⁰⁴ SUNAY, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, s.16.

onu paylaşmayı hedeflerler ve de bu anlamda ifade özgürlüğü söz konusu yapılanmanın temel taşı ve kalkış noktasıdır.⁴⁰⁵

Siyasi Partilerin kapatılmasına yönelik Mahkemenin anlayışı açısından önemli olan bir dava kurulduktan 10 gün sonra hakkında kapatma davası açılan Türkiye Birleşik Komünist Partisi'dir. Anayasa Mahkemesinde Türkiye Birleşik Komünist Partisi hakkında açılan kapatma davası nedenleri; devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini savunmak ve yerleştirmeyi amaçlamak, kullanılması ve kurulması yasak bir adla siyasi parti kurmaktır.⁴⁰⁶

Anayasa Mahkemesi özetle; “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçlamak” iddiasını değerlendirmiş ve yerinde bulmuştur. Çok uluslu toplumların olmasının doğal olduğunu ancak bütün uluslara azınlık statüsü tanınmanın bölünmezlik ilkesi ile bağdaşmayacağını açıklamaktadır. Etnik ayrılığa dayanan çoğunluk ve azınlık düşüncelerinin ülkeyi oluşturan vatandaşları bölmek olacağı, kültürel kimlik tanınması gibi istemlerin zamanla ayrılık düşüncesine yol açacağı görüşünü ifade etmektedir. “Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliği savunmak ve yerleştirmeyi amaçlamak” iddiasının TBKP'nin tüzük ve programında bulunmadığını dile getirmiştir. Programdaki mülkiyet ve piyasa söylemlerinden davalı parti programında klasik marksist ekonomi anlayışının bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁰⁷

Anayasa Mahkemesi, sınıf ve zümre egemenliği kavramını açıklamış; “sınıfların varlığı kabul edildiğinde, siyasi partilerin tabanlarını belirli bir sınıfa veya sınıflara dayandırmaları doğal olur. Böylece iktidarlarda, siyasal bilim açısından belirli bir sınıfın ya da sınıfların iktidarlara olabirler.⁴⁰⁸

1961 ve 1982 Anayasalarında, sınıf gerçeğini ya da iktidarın bir sınıf egemenliğini kurmak yolunda kullanılması ve bir tek sınıfın öteki sınıflar üzerinde egemenlik kurmasıdır.” Bu söylemi ile sınıf esasına dayanan siyasi partilere engel olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, TBKP ile ilgili kararında, Siyasi Partiler Kanunu madde 96/3'e aykırılığı gerekçe göstermiştir. Bu kararında açık bir hükme

⁴⁰⁵ KABOĞLU, “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce...”, s.76.

⁴⁰⁶ AYM, E. 1990/1, K. 1991/1, K.T. 16.7.1991, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006.

⁴⁰⁷ KABOĞLU, “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce...”, s.85.

⁴⁰⁸ TEZİÇ, “Türkiye’de Siyasi Düşünce...”, s.44.

dayanmaktadır. Kullanılamayacak parti adlarından olan “komünist” sözcüğü nedeniyle parti kapatılmıştır.⁴⁰⁹

Anayasa Mahkemesinde kurulduktan 14 gün sonra kapatılma davası açılan Sosyalist Parti davasında TBKP’den farklı olarak partinin tüzük ve programı değil, eylemi esas alınmıştır. İddianamede delil olarak partini bastırıp dağıtılan yayınlar, parti başkanının çeşitli ortamlarda yaptığı konuşmalar gösterilmiştir.

Kapatma nedenleri olarak iddianame özetle; Türk ulusu ve Kürt ulusu ayrımı yaparak azınlık yaratılmak istendiği, “Türk-Kürt federasyonu” kurarak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçlandığını, Türkiye Cumhuriyetinin temel ilkesi olan Atatürk milliyetçiliğine karşı çıkıldığı ve halkın ayaklanmaya çağrıldığı belirtilmiştir. Şiddet kullanımının savunulduğu belirtilmiştir.

Mahkeme, “Devlet TEK’dir, ülke TÜM’dür, ulus BİR’dir” diyerek bölünmezlik ilkesini formüle etmiştir. Mahkeme bölünmezlik ilkesi ile egemenlik kavramını yakın görmüş ve devletin üniter yapısına vurgu yapmıştır. Devletin tekliği ilkesinin federatif yapıyı kabul etmediğini, Atatürk milliyetçiliğine aykırılığın bölünmezlik ilkesine aykırılık olduğunu söylemiştir.⁴¹⁰ Sosyalist Türkiye Partisinin programında yer alan “ Kürt ulusunun ve tüm etnik toplulukların kendi dil ve kültürel yapılarını koruyup geliştirebilmeleri imkanının sağlanacağı, ulusların ayrılma dahil, kendi geleceklerini belirleme hakkının yasalar ve toplumsal araçlarla güvenceye alınacağı, ulusal ve etnik kökenin ayrıcalık yada dışlanma ve ezilme nedeni olamayacağı, hiçbir bir dile ayrıcalık tanınmayacağı, ...” hususlarının Siyasal Partiler Kanununun 78. maddesi ve Anayasanın başlangıç ilkelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, “devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü ilkesinin, vazgeçilmez unsurlarından olan, ortak dil, kültür, eğitim ve Atatürk Milliyetçiliği kavramlarının hukuksal ve siyasal oldukları kadar tarihsel ve sosyal gerçeklere dayandıklarını bu ilkeyi zedeleyebilecek her türlü yazının, sözün ve davranışın siyasi partiler için yasak olduğu; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının hakları ile aynı kökenden gelişe bağlı olarak, diğer ülke vatandaşları hakları arasında bağlantı kurulmasının dayanağının olmadığını, demokrasilerde ırk ayrımcılığının bir siyasal partinin dayanağı ve amacı olamayacağını; demokrasi ve siyasal yaşamın

⁴⁰⁹ KOÇAK, *Siyasi Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*, s.177.

⁴¹⁰ KOÇAK, *Siyasi Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*, s.186.

vazgeçilmek ögesi olan siyasi partiler, demokrasiye ters düşen, demokrasi ile bağdaşmayan, demokrasiyi güçsüz ve etkisiz düşürecek, toplumsal barışı yıkacak program düzenleyemeyeceği ve eylemlerde bulunamayacağı” düşüncelerinden hareketle siyasi partiler için ülke ve ulus bütünlüğünü zedeleyecek her türlü yazı, söz ve davranışın yasak olduğu sonucuna ulaşmış ve söz konusu partinin kapatılmasına karar vermiştir.

Hakkında kapatma davası açılan diğer bir parti de Özgürlük ve Demokrasi Partisidir. İddianamede özetle; Türkiye toprakları üzerinde Türk ve Kürt olmak üzere iki ayrı ulus olduğu, Kürt ulusunun kendi kaderini tayin hakkı bulunduğu, kültürünü ve dilini geliştirebileceği ve her yerde kullanabileceği, laikliğe aykırı olarak Diyanet İşleri Başkanlığının genel idare içinden çıkarılması gerektiği savunulduğundan kapatılması istenmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında⁴¹¹; Kürt ve Türk ulusu ayırımına gidilemeyeceği, üniter yapı gereği federatif yapı savunulamayacağı, ülkenin toprak bütünlüğünün Misak-ı Milli ile belirlendiğini, azınlıkların Lozan antlaşmasında öngörülen gayrimüslim vatandaşlarla sınırlı olduğunu, halkın iç karışıklığa ve kargaşaya yöneltmek istendiğini ve DİB’nin hukuksal varlığına ilişkin eleştirilerin Siyasi Partiler Kanunu madde 89’a aykırı olduğunu belirtmiş ve partiyi kapatmıştır.

Anayasa Mahkemesinin laiklik konusunda verdiği Refah Partisi kararında; “Türkiye’de laiklik ilkesinin uygulanması, kimi batılı ülkelerdeki laiklik uygulamalarından farklıdır... Türkiye için özellik taşıyan laiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir...Devletin dinlerden birini tercih fikri, ayrı dinlere bağlı yurttaşların yasa önünde eşitliğine de aykırıdır... Çağdaşlığın göstergesi olan bu ilke, Türkiye Cumhuriyeti’nde ‘ümme’ten, ‘ulus’a geçmenin de itici gücü olmuştur... Laik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılmaz.”⁴¹²

Mahkeme Demokratik Barış Hareketi ile ilgili kararında ÖZDEP kararından farklı bir yorum getirmiştir. Mahkemeye göre bir parti programında, DİB’nin genel idare içindeki konumunun tartışılmasının laikliğe aykırılık teşkil edemeyeceğini belirtmiştir.⁴¹³ Mahkeme laiklik konusunda verdiği kararlarda; “Türk Devriminin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğunu... Laikliğin Anayasada belirlenmiş bütün temel

⁴¹¹ AYM, E. 1993/1, K. 1993/2, K.T. 23.11.1993, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006.

⁴¹² AYM, E. 1997/1, K.1998/1, K.T. 16.1.1998, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006.

⁴¹³ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.90.

ilkelere egemen bir ilke olduğunu” açıklamıştır. Mahkeme; “Türkiye’nin kendi koşullarından kaynaklanan farklı laiklik anlayışına sahip olduğunu ileri sürmekte ve Türkiye’de laikliğin toplumun çağdışı kalmış dünya görüşünü değiştirmek ve çağdaş dünya görüşünü egemen kılmak fonksiyonuna değinmektedir.”⁴¹⁴

Mahkemenin laiklik kavramını üstün ve ayrıcalıklı gördüğü açıktır. 1982 Anayasasının çeşitli hükümlerinde ve başlangıç kısmında özel önem verilen bölünmez bütünlük ve laiklik ilkeleri Anayasa Mahkemesi tarafından da sıklıkla kullanılarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında Türk Hukukunda kullanılan ilkeler olmaları sağlanmıştır. Bu ilkelerin koruduğu hukuksal değerlerin çağdaş demokratik toplumlar tarafından da korunduğu açıktır. Ancak kullanılan ölçütler mutlaka objektif olmalıdır. İfade özgürlüğü gibi pek çok özgürlük için yaşamsal önem taşıyan bir özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılacak hükümlerin ve Mahkeme kararlarının hukuki norm değeri taşıması gerekmekte ve de uygulayanın keyfi uygulamalarına yol açacak nitelikte olmamalıdır.

B. Yargıtay ve Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü

Yargıtay ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarında Anayasa Mahkemesi kararlarında belirttiğimiz gibi 1982 Anayasasının oluşturduğu ve pek çok yasada temel olan felsefeye göre yorumlar yapmaktadır. Devletin resmi ideolojisi özellikle bu yargı makamlarının perspektifini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğünün kapsamının belirlenmesinde ulusal kriterlerin oluşumunu sağlayacak olan yargı makamlarının bu kriterleri oluştururken demokratik toplum standartları yerine devlet otoritesini güçlendirici ve temel hak ve özgürlüklerin alanını daraltıcı kavramları kullanmaları çağdaş demokratik devlet modelinden uzaklaşmakta olduğunu göstermektedir.⁴¹⁵

Yargıtay kararlarında özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili sınırlamalarda değerlendirmelerin yasaya bağlılık çerçevesinde yapıldığı görülmektedir. Ancak yasaya bağlılık ancak resmi ideoloji ile örtüştüğü takdirde kullanılmaktadır. Bu anlamda anayasal ve yasal düzenlemeler ne kadar özgürlükçü olurlarsa olsunlar bu

⁴¹⁴ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.70.

⁴¹⁵ Hacı Ali ÖZHAN ve Bekir Berat ÖZİPEK (der.), **Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti**, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, s.11.

yasaları uygulayan makamların özgürlükçü anlayışı yaşama aksettirememesi halinde anlam ifade etmezler.⁴¹⁶

Özellikle Yargıtay'ın TCK madde 312/2, TCK madde 159 ve TMK 8'e aykırılık gerekçesi ile verdiği pek çok kararda bölünmez bütünlük, laiklik, kamu düzeni, devlet düzeni, kamu güvenliği gibi gerekçelere dayanmaktadır. Bu anlamda yargı makamları ifadelerin içeriği ile ilgilenecek ifadenin sonuçlarına bakmamaktadırlar. Düşünce suçlarının artması ve de ifade özgürlüğünün alanın daralmasına yol açmaktadır. Yargıtay ifadeyi sınırlarken kullandığı bu kavramları demokratik kamu düzeni anlamında yorumlamamaktadır. Örneğin TCK 312. maddenin koruduğu kamu düzeni kavramını Yargıtay devlet düzeni kavramı olarak algılamaktadır. TCK madde 312 deki kamu düzeni kavramını ifadelerin devlet açısından sakıncalı olmaları nedeniyle kısıtlayarak devlet güvenliği kavramına benzetmiştir.⁴¹⁷ Ayrıca Yargıtay TCK madde 159 gerekçesi ile eleştiri hakkını dar ve katı yorumlamıştır. 1991'de kaldırılan TCK madde 163 ile de laiklik kavramı kapsamında sınırlamalar gerçekleştirilmiştir.⁴¹⁸

Yargıtay'ın bu maddeler çerçevesinde sınırlama ölçütleri “bölünmez bütünlük” ve “laiklik”tir. Bu kavramlara yönelik davaların yoğunlaştığı dönemlerde genellikle siyasal konjoktürde yaşanan olaylara paralellik göstermektedir. AB'ye uyum yasaları ile değiştirilen yasaların ifade özgürlüğü anlamında yargı kararlarına etkisi genelde uluslararası standartların ve Mahkeme içtihatlarının kapsamında yorumlanması ile gerçekleşmektedir.

Yargıtay'ın TCK madde 312/2 ile ilgili verdiği bir kararında düşmanlığa tahrikten maksadını, ülkenin kamu güvenliğini ve düzenini tehlikeye düşürebilecek mahiyette fiilleri icra etmek olarak belirtmiştir. Önemli olanın fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürebilme ihtimalinin olmasıdır.⁴¹⁹

Yargıtay TCK madde 312/2 ile ilgili bir kararında eleştiri hakkının kullanılmasının halkı mezhep farklılığı gözetilerek kin ve düşmanlığa tahrik etmek suçunu oluşturmadığını belirtmiştir. Bu kararında; “yazının tümü birlikte değerlendirildiğinde; TCK 312/2. maddesinde yazılı unsurların oluşmadığı, zira bazı abartmalar yapılmak suretiyle ağır bir eleştiri üslubu benimsenmek suretiyle

⁴¹⁶ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.11.

⁴¹⁷ ERDEM, a.g.e., s.57.

⁴¹⁸ TANÖR, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, s.73.

⁴¹⁹ H.İlker DUMAN, “Yargıtay Kararlarında ‘Halkı Birbirine Düşürmek’ Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S:2001/1, Yıl:14, s.200.

Anayasamızda benimsenmiş bulunan Devletin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olma vasfına aykırı bazı uygulama hatalarını dile getirmekten ibaret olan ve kendisine göre sıraladığı soruların barışçıl ve demokratik yöntemlerle ve demokrasi içerisinde çözüme kavuşturma önerisinde bulunan bir düşünce varsa hatalı uygulamaları dahi eleştirebilme olanağını yasaklayacak düşünce özgürlüğü ve hukuk devleti açısından vahim sonuçlara götürebilecektir. Alevilerin vasıfları belirtilen Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması, rejiminin idamesi, birlik ve bütünlüğü konularındaki kararlılıkları da dikkate alındığında bu tür bir yazı ile ülkesine ve milletine belki de yazarın esas saikinde arzulamış olabileceği ve yazı içeriğinden açıkça anlaşılamayan bu tür düşüncelerle tahrik edilemeyeceği de bilinen bir gerçek olduğundan... mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.”⁴²⁰

Yargıtay TCK 312/2 ile ilgili verdiği kararlarda bu maddedeki suçun tipik sayılabilmesi için sanığın; “halkı... ırk veya din farklılığı gözeterek... kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmesi” gerektiğini belirtmiştir. Eylemin, din farklılığı gözetilerek işlenmesi için farklı dinlere mensup halklar arasında, ırk farklılığı gözetilerek işlenmesi içinse, farklı ırklara mensup halklar arasında kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edilmesi gerekliliğini belirtmiştir. Örneğin; “...sanığın savunması ve... söz edilen gazetede yer alan yazılar incelendiğinde sanığın herhangi bir kişi ya da gruba yönelik açıkça kin ve düşmanlığa tahrikin söz konusu olmadığı, yazı tümü ile ele alındığında bir dinsel düşüncenin öz eleştiri çerçevesi içerisinde işlenmesinden öte gitmediği, ayrıca devletin sosyal, siyasal ve hukuki temel düzenini dini esas ve inançlara uydurmak amacı taşımadığı, böylece söz konusu yazının suç oluşturmadığı gözetilmeden... mahkumiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”⁴²¹

Yargıtay başka bir kararında eleştiri sınırlarının aşıldığını belirtmiştir. Bu karara göre; “F. İsimli bir aylık dergide yayımlanan ve İslami ağırlıklı bir siyasi partinin kapatılması, ordudan dindar subayların atılması, başörtüsü zulmünün devamı, bahane edilen Sincan olayları anlatıldıktan sonra ‘bu ülkede gerçek din yaşanıncaya kadar Kur’an kursu, başörtüsü, sarık ve her türlü ibadet özgürlüğü kazanılincaya kadar mücadele etmeyen, Kemalist, laik bir vatandaşın haklarının yüzde yüzünü kazanıncaya kadar mücadele etmezsen, bu ülkenin kurtuluşu için benim dedem de şehit oldu, onun karısının hakkını istiyorum demezsen, koyun

⁴²⁰ DUMAN, a.g.e., s.158.

⁴²¹ DUMAN, a.g.e., s.204.

olursan, ezilirsin, sürülürsün, horlanırsın' cümlesiyle esas amacını ortaya koyan sanığın eyleminde eleştiri sınırlarının çok dışında TCK'nın 312/2 maddesinde yazılı suç tipinin oluştuğunun kabulü zorunludur.”⁴²²

Yargıtay siyasi eleştiri hakkının sınırlarını daraltıcı bir kararında hükümete yöneltilen eleştiri de kullanılan kelimenin tahkir içerdiğini belirtmiştir. Bu karara göre; “...sanık tarafından yapılan açıklamada... MC Hükümeti değil halka bir şeyler götürmek, ellerinde olanları da en kısa zamanda almak için hayasızca icraat yapıyor... denilmek suretiyle, hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif ettiği...” Bu kararda “...hayasızca sözcüğü bizatihi tahkir ve tezyif oluşturan sözlerden olduğu ve bu sözün hükümete yönelik bulunduğu ayrıca hiçbir açıklamaya yer bırakmayacak şekilde açıkça ortadadır.”⁴²³

Siyasal eleştirinin sınırları konusunda Yargıtay'ın örnek bir kararı da; “sanığın... açık yer toplantısında katılanlara hitaben... bildiriye okuyup dağıttığı; ...bu bildiride ‘devletin mafyalaştığı mafyanın devletleştiği bir ülkede insan haklarını savunuyoruz... kaba kuvvet ve yetkiyi elinde tutanlar kendi koydukları kanunlarla ülkeyi yönetmektedirler... bir yandan çığ gibi büyüyen ve yaygınlaşan hak ihlalleri, diğer taraftan kirli ve gizli işler çeviren emniyet müdürleri, milletvekilleri, devlet yöneticileri ve Türkiye bir Latin Amerika ülkesi oldu... toplumun güvenliğinden sorumlu güvenlik güçleri bizzat toplumun güvenliğini tehdit etmektedir... iddia ediyoruz ki; ‘faili meçhullerin faili devlettir’ ve pek çok siyasi cinayetin gerisinde kontrgerilla örgütü vardır. Bu gizli devlet terör örgütü dağıtılmadan demokratikleşme ve insan hakları bakımından ileri adım atılamayacağı açıktır... ülkeyi yönetenler milletin değil servetin vekilliğini yapıyorlar ve bizleri kirlenmiş bir toplumda yaşamaya mahkum ettiler... çocuklarına temiz ve onurlu bir toplum bırakmak isteyen emekçi kitlelere sesleniyoruz; bu ülkeye adaleti, demokrasiyi ve insan haklarını hakim kılacak olan sizlersiniz!’ gibi açıklamalara yer verildiği anlaşılmıştır. Bu açıklamalar bütün olarak ele alındığında basın açıklamasını yapan sanım devletin varlığını oluşturan kurumlarda görev alan bazı kişilerin konumlarına dikkat çekmekte, açıklama Cumhuriyeti tahkir ve tezyif kastını taşımamaktadır. Bu karara

⁴²² DUMAN, a.g.e., s.206.

⁴²³ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.25.

konu TCK madde 159 da suçun oluşabilmesi için genel kasıt yeterli olsa da sanık yurttaş olarak eleştiri hakkını kullanmıştır.”⁴²⁴

Yargıtay’ın ifade özgürlüğünün etkin kullanım araçlarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ile ilgili olarak verdiği bir kararda; “...ülkemizin de üyesi bulunduğu (ILO) Uluslar arası Çalışma Örgütü sözleşmelerinin onaylanmış bulunması ve Anayasanın 90. maddesi hükmünü de dikkate alarak memur sendikalarının tüzel kişilik kazanmış olduğu, yasal statü bu meşru zeminde değerlendirildiğinde, 2911 sayılı Kanunun istisnaları belirleyen 4/a maddesi hükmü karşısında, kamu sendikaları yöneticisi olan sanıkların sendikal işlev ve amaçlı kapalı salon toplantısı yapmaktan ibaret eylemlerinin Toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkında kanuna aykırılık suçunu oluşturmayacağı gözetilmeksizin... mahkumiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”⁴²⁵

Yargıtay’ın toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile ilgili verdiği olumlu bir karar da yine pankart açan sanıklar hakkındaki mahkumiyeti ifade özgürlüğüne aykırılık olarak değerlendirmiştir. Bu kararda Yargıtay; “Paralı eğitime hayır, yaşasın liseli öğrenci birlikleri, iş-bilim-özgürlük, kahrolsun Amerika, bağımsız Türkiye, şeklinde pankart açan sanıkların dava konusu eyleminin 2911 sayılı kanunun 5. maddesinin izin verdiği etkinlikler kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, Kanunun 28. maddesindeki suç kapsamında değerlendirilmesi yerinde değildir.”⁴²⁶

İfade Özgürlüğü ile ilgili olarak Yargıtay’ın verdiği bir olumlu karar da; “sanığın... Türkiye genelinde çetelere ve yolsuzluklara karşı yürütülen ‘aydınlık için bir dakika karanlık’ eylemine katılıp, konuşma yaptıktan sonra ihtara gerek kalmaksızın dağılmasından ibaret eyleminin 2911 sayılı yasanın 28. maddesindeki suçu oluşturmadığı, sadece demokratik tepki boyutunda kaldığı gözetilmeden, oluşa ve dosya içeriğine uymayan bir gerekçe ile yazılı biçimde mahkumiyet hükmü kurulması... bozmayı gerektirmiştir.”⁴²⁷

Yargıtay’ın madde 312 ile ilgili verdiği başka bir kararda; “sanığın sahibi bulunduğu Yeni Asya Gazetesi tarafından 17 Ağustos depreminde ölenler ve Saidi Nursi için Ankara Kocatepe Camiinde okutulan mevlit sırasında, caminin avlusunda ve daha sonra bürosunda kabul ettiği televizyon ekibine televizyonda yayınlanmak

⁴²⁴ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.75.

⁴²⁵ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.154.

⁴²⁶ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.157.

⁴²⁷ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.208.

üzere yaptığı konuşmalarında yaptığı açıklamalarında özetle; 28 Şubat kararları ile öngörülen başörtüsü ve imam hatip liseleri ile ilgili uygulamaların İslam dinine aykırı olup zulüm niteliğinde bulunduğunu, bu şekilde inananlara zulmedildiğini, deprem gibi felaketlerinde bu gibi zulümler nedeniyle ortaya çıktığını, böylesi haksız uygulamalar karşısında insanların suskun kalmamaları gerektiğini aksi halde susanların da sırf bu nedenle felakete uğradıklarını, diğer bir deyişle Marmara depreminde ölenlerin bu gibi uygulamalara suskun kaldıkları için hayatlarını kaybettiklerini, depremin Gölcük'te olmasını da 28 Şubat sürecindeki bazı planlamaların buradaki Deniz üssünde yapılmış olmasına bağladığını ifade etmek suretiyle halkı inananlar-inanmayanlar, laikler-antilaikler biçiminde bir ayrıma tabi tutarak bunları birbirlerine karşı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik ettiği...gerekçesiyle mahkumiyetin onanmasına karar verilmiştir.”⁴²⁸

Basın özgürlüğü konusunda Yargıtay'ın verdiği bir kararda halkı sınıf, din ve mezhep farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmek fiili tartışılmıştır. Mahkeme sınırlamada laiklik ölçütünü kullanmıştır. Buna göre; “sanığın sahibi ve sorumlu yazı işleri müdürü bulunduğu Özgür Üniversite isimli derginin Mayıs 1999 tarihli 10. sayısının 2. sayfasında ‘direnişin azığımız olması dileğiyle’ başlıklı yazıda; Malatya’da Müslüman halkın ortaya koyduğu direnişin, gözaltılar, işkenceler ve tutuklamalarla bastırmaya çalışanlar ve bir avuç Kemalistler, İslam’a olan kinlerini kusuyorlar, bu durumda yapılması gereken şey direnişimize kendi gücümüz oranında sorumluluğunu yüklediğimiz vahyin şahidi olmaktır.” Aynı derginin başka sayfalarındaki; “iki yıldır İslami potansiyele karşı süregelen bu ideolojik fiili savaşta, bu defa tüm baltalar bilendi, tüm kanıtlar ortaya kondu... şeklindeki açıklamalar basının toplumu doğru bilgilendirme amaç ve gayesi dışında çıkılarak laik sistemin gereği 28 Şubat’a ve dine, Müslüman kadınlara ve insanlara saldırı olduğu, bu nedenle halkın kararları alanlara karşı isyan etmeleri gerekir demek suretiyle halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa kin beslemeye alenen tahrik edildiği gerekçesiyle mahkumiyet kararının onanmasına karar verilmiştir.”⁴²⁹

Yargıtay’ın özellikle incelenmesi gereken bir kararı da, kişilik hakları saldırıya uğrayan bir kişinin istediği tazminat miktarının belirlenmesi konusunda

⁴²⁸ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.241.

⁴²⁹ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.260.

kullanılan sistemin bulunduğu karardır. Bu karara göre; “kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem v olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate almalıdır. Miktarın bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hakimin hak ve nısfetle hüküm vereceği MK’nın madde 4’ünde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.”⁴³⁰

Basın özgürlüğü ile ilgili başka bir kararda Yargıtay; “Basının başlıca görevlerinden birisi ve en önemlisi zamanında, gereken ayrıntıları ile doğru olarak kamu yararı bulunan haberleri toplayarak halka ulaştırmak, böylece toplumun düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve neticede kamuoyunun serbestçe oluşumunu sağlayarak toplumun denetimine aracı olmaktır. Anayasa ile tanınmış olan basın özgürlüğü ve haber verme hakkının kullanılması nedeniyle kişilik hakları zarara uğrasa dahi, basının haber verme hakkı üstün bir hak olarak hukuka uygunluk nedeni sayıldığından kişilerin tazminat hakkının doğmayacağı açıktır. Ancak basın özgürlüğü sınırsız değildir. Gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi ve konu ile düşünce arasında düşünsel bağlılık temel kuralları ile sınırlıdır. Yerleşmiş Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere bu unsurlardan herhangi birinin bulunmaması halinde artık basın özgürlüğü ve hukuka uygunluktan bahsedilemeyeceğinden, kişilik haklarına saldırı oluşturan hukuka aykırı yayın nedeniyle tazminat sorumluluğu doğacaktır.”⁴³¹

Yargıtay’ın laiklik konusunda son dönemlerde verdiği iki karar birbiriyle çelişir durumdadır. İlk karar laikliğin yasaklarla korunamayacağını dile getirilmiştir. Ayrıca bu kararda ayrıntılı olarak kamu düzeninin devlet düzeni olmadığı incelenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, TCK 312 uyarınca verilen cezayı,

⁴³⁰ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.288.

⁴³¹ ÖZHAN ve ÖZİPEK, a.g.e., s.340.

'düşünce özgürlüğü'ne vurgu yaparak bozmuştur. Kararın laikliğin yasa ile korunmasının gereksiz olduğu savunulmuş ve resmi ideoloji de eleştirilmiştir. “Suçlanan yazı Milli Gazete'nin, 11.9.2001 günlü nüshasının 12. sayfasında yayımlanmıştır. Selahattin Aydar imzalı, "Çocuklarımıza sahip çıkalım" başlıklı yazıdan dolayı İstanbul 6 No'lu DGM tarafından 2.10.2002 gün ve 307-197 Esas ve Karar sayılı hükmüyle halkı din farklılığı gözeterek açıkça kin ve düşmanlığa tahrik etmek suçundan Selahattin Aydar'ın TCK'nın 312/2-son ve 159. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay C. Başsavcılığı 16.12.2002 günlü tebliğnamesiyle "onama" istemiş, Yargıtay 8. Ceza Dairesi 19.3.2004 gün ve 357-2457 sayılı ilamıyla mahkumiyet hükmünün onanmasına” karar vermiştir. Ancak Ceza Genel Kuruluna götürülen kararı Mahkeme 13'e karşı 14 üyenin oyuyla kabul ederek Aydar hakkındaki mahkûmiyeti kaldırmıştır.

Karar; “söyleyeni hapsedilmekle dillendirilmesinden vazgeçilen hiçbir düşünceye tarihin tanıklığı olmamıştır... Aksine en zararlı düşüncelerin bile söyleyeni mahkûm edildiğinde bile ya merak ya da acıma duygularıyla yandaş bulunduğu... Aydar'ın savunur görüldüğü dinin kutsal kitabında "Oku Rabb'in adıyla oku" ayetiyle zıtlaşan bir düşünceyi dile getirmesi nedeniyle kendi okuyucu kitlesince de kabul edilmeyeceği, reddedileceğinin düşünülmesi gerektiği... Laikliğin vazgeçilmez olduğu... Ancak, laikliğe aykırı söylemlerin cezai bir yaptırımla karşılanıp karşılanmayacağı keyfiyeti, yasa koyucunun takdirinde bulunan bir yetkidir. Toplumun ulaştığı sosyal ve kültürel düzey itibarıyla laiklik kavramının günlük yaşama girdiği ve reddedilemez ve zayıflatılamaz düzeyde benimsenir olduğu saptanmış, kahir çoğunluğun sahiplenmesi tevdi edilmiştir. Artık böylesine korumaya alınmış bir kavramın ceza yaptırımı tehdidiyle himayeye tabi tutulması gereksiz addedilmiştir. Yasa koyucu konuyu düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirdiğini eylemli biçimde sergilemiştir. Yasa koyucunun cezai yaptırıma bağlamadığı bir eylemin, ülke koşulları nazara alınarak zorlamalı yorumlarla cezalandırılır sayılması kuvvetler ayrılığı sistemini zedeler mahiyette olacaktır.” şeklindeydi.

İkinci kararsa Milli Gazete yazarı Mehmet Şevket Eygi ile ilgilidir. Bu kararda Yargıtay tam tersi bir görüş dile getirmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 4'e karşı 24 üyenin oyuyla DGM'nin kararını onamıştır. “Din Düşmanlığı Terörü”

başlıklı yazısı nedeniyle Mehmet Şevket Eygi ile Milli Gazete Yazı İşleri Müdürü Selami Çalışkan kaldırılan İstanbul 6 numaralı Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından bir yıl sekiz ay hapis cezasına çarptırılmıştı. Temyiz edilen karar Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nce görüşülmüş ve mahkumiyet kararı şiddet içermediği gerekçesiyle bozulmuştu. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 8. Daire'nin bozma kararına itiraz ettiği için dosya Ceza Genel Kurulu'na gelmiştir.

Kararda; "Kamu düzeni olan TCK'nın madde 312/2'de zorlayıcı bir sosyal gereksinimden hareketle özgürlüğe yapılan müdahale, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirile-bilecek ve demokratik toplum ilkelerine de uygun olan haklı bir müdahaledir. Bu değerlendirme yapılırken kuşkusuz somut olay gözetilecektir... İfadenin açıklanmasındaki özensizlik, dahası düzeysizlik, öncelikle dikkati çekmektedir. Yazı, gazetede yazıldığı için derhal, an'lık bir açıklama değildir... sanık M davaya konu ifadeleri gazetede yazmıştır; bir yazı düşünülerek, istenilerek bilinçli olarak bir süreçten geçerek oluşur. Sanık laik düzen, türban, vb. konularda yasal düzenlemeler gibi düşünmek zorunda değildir. Ancak, ne var ki, eleştirilerini, yazı içeriğinde kullandığı sözcükleri kullanmadan da yapabilirdi... Sanık; geçimsiz, huysuz, kavgacı çıkarmaktan hoşlanan, edepsiz, yaygaracı, en ahlaksızca davranışlarda bulunan anlamında şirret, acımasız, dini olmayan anlamındaki dinsiz, aşağılayıcı anlamında dönme ve anti-semitizme varan ifadeler kullanarak türban ve genel anlamda laiklik uygulamalarını ve laik düşüncedekilere karşı kışkırtıcı ve koruma sınırının ötesinde, kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde kin beslemeye, düşmanlığa açıkça tahrik etmektedir. Başörtüsünü İslam'ın sembolü olarak nitelendiren sanık, sistem ve hukuksal gerçeklik karşısında düşünce veya din ve inanç özgürlüğü kapsamında kalmadığı açık ve tartışılmaz olan başörtüsüne yönelik mahkeme kararlarıyla istikrar kazanmış uygulamaları İslam'a saldırı olarak göstermek suretiyle hitap ettiği kitleyi tahrik etmektedir. Halkının büyük çoğunluğun İslam dininden olduğu ülkemizde, başörtüsü yasağı uygulayıcılarını, savunucularını ve laik kesimi dinsiz, İslam'a saldıran kesim olarak kabul ederek kendi varsayımından hareketle, ağır eleştiri, şok edici, incitici ve rahatsız edici olmanın ötesinde hedef kitleye karşı kin ve düşmanca açıklama yapmaktadır. Hitap ettiği kitlenin de bu duygularla, hedeflenen kitleye karşı kin ve düşmanlık beslemesi için açıkça tahrikte bulunan sanık, TCK'nın madde 312/2 fıkrasındaki "umumun emniyeti", değişiklikten sonraki düzenlemeyle "kamu

düzeni" için tehlikeli olabilecek şekilde hareket etmiştir. Bunun için de laik uygulamaları eleştirmekle kalmayıp bütün çoğulcu demokrasilerde sınırları ortaya konulan, ancak demokrasi dışında yani şeri sistemlerde sınırsızlığı kabul edilen din özgürlüğünün sınırsız olduğuna vurgu yaparak siyasal İslamı-şeriatı gerçekleştirmek amacıyla, potansiyel etkisi gerçekten ürkütücü ve din anlayışı temelinde halkın bir kesimine, diğer kesimin kin ve düşmanca duygularla yönelmesini istemektedir. Kamu düzenini bozan eylemler söz konusu olduğunda, durum hedef kitlenin korumasına terk edilerek devletin olaya müdahalesi dışlanamaz...O kadar ki "bir gazetede birtakım yazarlar halkın anasına, avradına, kızına sövüp saysalar, böyle yayınlar alçaklık, edesizlik, rezillik, namussuzluk, şerefsizlik, vahşilik olmaz mı?... milletin dinine, imanına, mukadderatına, şeriatına saldırmak da bunun gibidir." dedikten sonra, halkın bir kesiminin yani laik kesimin, kendisine göre ise dinsiz kesimin yaptıklarını daha alçakça ve namussuzca göstererek hitap ettiği kitleye hedef yapmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 216. maddesi dahi gözetildiğinde, somut olay yönünden aynı sonuca varılmakta, iç düzenlemeler ve Anayasa'nın 90. maddesi ışığında yargı organları için tek ölçüt olan "hukuksal bakış" açısıyla eylemin TCK'nın 312/2. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu ve yaptırım yönünden de orantılılığın ve ölçülülüğün gözetildiği açıktır. Tüm bu hukuksal tesbit ve incelemeler karşısında sanığın seçtiği hedef kitle ve içerikle birlikte açıklamadaki özensizlik, aşağılayıcı üslup nazara alındığında yazının, halkın bir kesimini diğer kesime karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa ve kin beslemeye açıkça tahrik ettiği ve bunu yaparken de şiddet içeren ifadeler kullandığı anlaşılmakla, genele yönelik ifadeler nedeniyle devletin müdahalesini bekleyen hedef kitlenin, düzene olan saygı ve bağlılığı nedeniyle karşı tepkisini göstermemesi veya gösterememesi hatta yasal yollara başvurmaması da yakın tarihimizdeki örnekler de hatırlandığında ortaya çıkan suçu kaldırmayacağından Yerel Mahkemenin mahkûmiyet kararı yerinde görülmekle Yargıtay C.Başsavcılığının itirazının kabulüne karar verilmesi gerekmektedir." Yargıtay bu iki karar da farklı görüşler bildirmiştir. Kararlarında istikrar olmadığı açıktır. Bu iki karada da uluslararası yargı ölçütlerinin kullanılmış olması önemlidir.

Yargıtay'ın düşünce suçları anlamında katı yorum yaptığı hakim görüştür. Düşünce suçları anlamında Yargıtay'dan farklı olarak Danıştay'ın yaklaşımının kural olarak ifadenin özgürlüğü lehinde olduğu ve sınırlamada daha somut tehlikelerin

varlığının aranması gerektiği yönündedir.⁴³² Örneğin Danıştay 5. Dairesi'nin bir kararı “açık ve somut bir ‘kışkırtma’ ya da ‘suça iteleme’ niteliğinde olmadıkça, herkesin düşüncelerini serbestçe açıklamasını, demokratik toplum olmanın başta gelen temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir... davacının... görüş ve düşüncelerini İHAM’ın 10/2 maddesinde yer verilen sınırlarını aşan, başka bir anlatımla bu ülkenin milli güvenliğini, toprak bütünlüğünü, kamu düzenini, genel sağlığı ve genel ahlakı veya başkalarının şöhret veya haklarını ihlal eden ya da gizli belgeleri açığa vuran bir yönü bulunmamaktadır.”⁴³³

İHAM’a giden ve Danıştay’ın incelediği, Akkoç v. Türkiye davasında bir eğitim sendikası başkanının, eğitimden sorumlu bir bürokrat ile yaptığı bir toplantı hakkında bir gazeteye verdiği beyanatta, öğretmenlerin gözaltında iken sözlü olarak taciz edildiğini ve bazen de polis tarafından saldırıya uğradığını belirtmesi nedeniyle mesleği ile ilgili konularda izinsiz basına açıklama yapmaktan dolayı meslekte ilerlemesinin bir yıl süre ile durdurulması cezası verilmiştir. Danıştay; “memurun basına açıklama yasağının kendi görev ve yetki alanı ile ilgili konularla sınırlı olduğunu, söz konusu olayda, memurun açıklama yaptığı konuların günlük herkesi ilgilendiren konular olduğunu, memurun görev alanına girmeyen konularda kişisel fikrini açıklamasının suç oluşturmayacağına” karar vermiştir. Ancak, verilen disiplin cezasının kaldırılması süreci altı yılda sonuçlanmıştır. Olayı inceleyen İHAM, dava açılmasından davanın sonuçlanmasına kadar geçen beş yıl dokuz aylık süre her ne kadar oldukça uzun bir süre olsa da, var olan bu etkili çözüm yolunu etkisiz kılıp elde edilmek istenen çözüme ulaşılmasına engel bir durum oluşturmadığı; yerel mahkemenin Danıştay’ın kararı üzerine, verdiği kararı değiştirerek cezayı geriye yürüyecek şekilde bütün sonuçları ile ortadan kaldırdığı tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlalinin söz konusu olmadığı hükmünü vermiştir.⁴³⁴

Danıştay’ın örgütlenme özgürlüğü ile ilgili karar verdiği davanın konusu; bir dernek şubesinin; sanatçılar, halk oyunları ekibi ve ozanların katılacağı bir şenliğin düzenlenmesi için valiliğe yaptığı başvurunun reddedilmesidir. Valilik, bu şenliğin ilin huzur ve güvenini bozacağını, devlet aleyhine yıkıcı faaliyet göstermek için düzenleneceğini belirtmiştir. Danıştay’ın da onayladığı kararı veren İdare

⁴³² Mustafa AKKUŞ, “Türk Yargısının İfade Özgürlüğü İle İlgili Uygulaması ve Bu Konuyla İlgili Son Anayasal ve Yasal Reformlar”, www.abgm.adalet.gov.tr., erişim tarihi: 5.5.2006, s.15.

⁴³³ Danıştay 5. Dairesi, E. 1986/1723, K. 1991/933, K.T. 18.7.1991.

⁴³⁴ BİÇAK, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi...**, s.20.

Mahkemesi; “davacı derneğin ilgili kanun hükümlerine göre bu tür şenlik düzenlemesinin mümkün olduğunu, henüz işlenmemiş ve işleneceği yolunda da ciddi ve inandırıcı kanıtlar bulunmayan, suçun işlenebileceği ihtimalinden hareketle varsayıma dayalı olarak tahsis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır... İdare tarafından her ne kadar ilgili derneğin bir terör örgütünü desteklediği ve devlet aleyhine yıkıcı faaliyet göstermek için bu şenliği düzenlemek istediği ileri sürülmekteyse de, düzenlenecek şenlikte, suç işlenmesini önlemenin davalı idarenin görevinde olması, herhangi bir suç işlenmesi durumunda ise suçu işleyenler ve dernek hakkında gerekli kanuni işlemlerin yapılacağının açık olması karşısında bu iddianın yerinde görülemeyeceğini” belirtmiştir.⁴³⁵

⁴³⁵ SUNAY, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları”, s.200.

SONUÇ

Sonuç olarak bu çalışmada; öncelikle ifade özgürlüğünün tanımlanmasının ve kapsamının belirlenmesinin, daha sonra ise sınırlandırılma sisteminin belirlenmesi gerektiğinin önemli olduğu anlaşılmıştır. Fikirlerin serbestçe dile getirilemediği bir toplumda kamusal meseleler hakkında sağlıklı bilgi edinmek ve neyin kamunun iyiliğine olduğunun tespitine imkan verecek bir tartışma ve eleştiri ortamının oluşturulmasının mümkün olmadığı görülmüştür. Bazı bilgilere ulaşma yollarının yasaklanması veya sınırlandırılması tek tip düşünce oluşumuna da kapı aralamaktadır. Bu durum, toplumun gelişimi önünde oldukça ciddi bir engeldir.

İfade özgürlüğünün bilgilenme hakkı ve kanaat özgürlüğünü de içine alan geniş kapsamlı bir özgürlük olduğu sonucuna varılmıştır. Verdiği kararlar ile İHAM da bu hususu vurgulamıştır. O nedenle ifade özgürlüğünün oluşumunda bilgilenme hakkının önemli bir yeri vardır. Türk Hukukunda bilgilenme hakkının kullanılması ile ilgili yasal düzenleme Bilgi Edinme Kanunu ile yapılmıştır. Bu gelişme önemli olmakla birlikte uygulamada eksikliklerin bulunması hakkın kullanımını etkilemektedir. İfade özgürlüğünün Türk Hukukunda ve uluslararası belgelerde düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü biçiminde ikiye ayrılmasının sınırlandırma çabalarından kaynaklandığı görülmektedir.

İfade özgürlüğü ile bağlantılı bazı özgürlüklere özel önem verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Çünkü ifade özgürlüğünün insanın gelişimi ve demokrasi için ne kadar önemli olduğu gerçeği siyasal özgürlüklerin daha geniş bir yorumla değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Çağdaş demokratik toplumlarda kamusal meselelere katılımın sağlanması ve bu katılım vasıtası ile iktidarın etkilenmesi, ifade özgürlüğünün siyasal alanda önemini vurgulamaktadır.

Düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünün yanında, bilgilenme hakkının da vasıta olduğu basın özgürlüğü, geniş yorumlanması gereken özgürlüklerdendir. Bu özgürlüklerin yanında düşüncelerin etkin bir şekilde iletilmesini sağlayan eylemsel ifadelerin de sınırlandırılırken dikkatle incelenmesi gerekmektedir. İHAM tarafından Handyside kararında ifade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “haber” ve “düşünceler” için değil, ama ayrıca devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, tasvip edilmeyen, şok eden, rahatsız

eden bilgi ve düşünceler içinde uygulanır demekle ifade özgürlüğünün kapsamını belirlemiştir.

Bu çalışmada varılan sonuçlardan biri de düzenin sağlanması amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması gerektiğidir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında uluslararası hukukta iki farklı sistem ve iki farklı kriter ortaya konmuştur. İlki ABD Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği ve kullandığı “açık ve mevcut tehlike” kriteridir. Diğer İHAM’ın uyguladığı ve İHAS’ın da Başlangıç kısmında yer verdiği demokratik toplum düzeninin gerekleridir. Türk Hukukunda ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin düzenlemelere bakıldığında bir bütünlüğün olmadığı görülmektedir. Sınırlandırma sistemi, ancak Anayasanın, yasal düzenlemelerin ve Yüksek Mahkeme kararlarının birlikte yorumlanması ile anlaşılacaktır.

Türk Hukukunda da uygulanan “açık ve mevcut tehlike” kavramı ölçülebilmesi zor olan, henüz işlenmemiş ve işleneceği ihtimalinden hareketle ifadeyi sınırlandıran bir kavramdır. Ancak çalışmada varılan sonuç ifadenin somut olarak tehlike doğurması veya etkisinin zarar getirmesi halinde yasaklanması gerektiği yönündedir. Aksi takdirde herhangi bir ifade, uygulayan makamın keyfine göre suç oluşturabilecektir. Türk Hukukunda demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı kullanılmakla birlikte, İHAM’ın Handyside kararında nitelikleri çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak belirtilen demokratik toplum düzeni gibi değil, 1982 Anayasasında belirtilen demokratik toplum biçiminde yorumlanmış ve uygulanmıştır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda Türk Hukukunda yüksek yargı makamları iki ölçütte ortak bir yaklaşım sergilemektedirler. Bu iki ölçüt Anayasada ve çeşitli yasalarda da ifadesini bulan “ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğü” ve “laiklik” kavramlarıdır.

Sonuç olarak ifade özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik yasal düzenlemeler, AB’ye uyum amacıyla yapılan değişiklikler ile Kopenhag Kriterleri’ne benzer şekilde özgürlükler lehine düzelme göstermiştir. Ancak ifade özgürlüğünün etkin biçimde kullanımının sağlanması sadece yasal düzenlemelerin iyileştirilmesi ile mümkün değildir. Bu düzenlemelerin Yüksek Mahkemeler tarafından uluslararası standartlara paralel olarak yorumlanması da gerekmektedir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün belli kesim ya da sınıfların tekelinde olmadığı ve herkesin ifade özgürlüğünün bulunduğu düşüncesinin, toplumda yaygın kanaat haline gelmesi gerekmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

KİTAPLAR

AKAD Mehmet ve **DİNÇKOL** Bihterin Vural, Genel Kamu Hukuku, Genişletilmiş 2.b., İstanbul: Der Yayınları, 2002.

ARSLAN Zühtü (der.), ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

ARSLAN Zühtü, Din Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde), İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2005.

AYDIN Didem Öykü, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku-I-Amerika Birleşik Devletleri, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

BEYDOĞAN T. Ayhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

BIÇAK Vahit (der.), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2002.

DOEHRING Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), çev. Ahmet MUMCU, Yeniden Düzenlenmiş 2.b., İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2002.

ERDOĞAN Mustafa, Anayasa Hukukuna Giriş, 2.b., İstanbul: Adres Yayınları, 2004.

GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 2.b., İstanbul: Beta Yayıncılık, 1997.

GÖZE Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 9.b., İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.

GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı (Doğuşu, Gelişimi, Kavramsal Çerçevesi ve Dönüşümü), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

HANÇERLİOĞLU Orhan, Düşünce Tarihi, 4.b., İstanbul: Remzi Kitabevi, 1983.

KABOĞLU İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.b., İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.

KABOĞLU İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6.b., İstanbul: İmge Kitabevi, 2002.

KAPANİ Münici, Politika Bilimine Giriş, 12.b., Ankara: Bilgi Yayınevi, 2000.

KAPANİ Münici, Kamu Hürriyetleri, 7.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.

KOÇAK Mustafa, Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

KOÇAK Mustafa, Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları (Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Örnek Kararlar), Ankara: Turhan Yayınevi, 2002.

MILL Jhon Stuart, Hürriyet Üstüne (On Liberty), İstanbul: Liberte Yayınları (No:109), 2004.

MONTAIGNE, Denemeler, çev. Sabahattin EYÜBOĞLU, 23.b., İstanbul: Cem Yayınevi, 1994.

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 8.b., Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

ÖZDEK Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye (AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye), TODAİE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2004.

ÖZHAN Hacı Ali ve **ÖZİPEK** Bekir Berat (der.), Yargıtay Kararlarında İfade Hürriyeti, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

PLATON, Diyaloglar 1, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1982.

REİSOĞLU Safa, Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları (Uluslararası Sözleşmeler Eklidir), İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.

SADURSKI Wojciech, İfade Özgürlüğü ve Sınırları, çev. M. Bahattin SEÇİLMİŞOĞLU, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2002.

SCHAUER Frederick, İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme, çev. M. Bahattin SEÇİLMİŞOĞLU, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2002.

SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11.b., İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997.

SUNAY Reyhan (der.), Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

TANÖR Bülent, İki Anayasa, 3.b., İstanbul: Beta Yayınevi, 1994.

TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 11.b., İstanbul: Yapı Kredi Yayınları (Cogito), 2004.

TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3.b., İstanbul: BDS Yayını, 1994.

TANÖR Bülent ve **YÜZBAŞIOĞLU** Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (2004 Anayasa Değişikliklerine Göre), 6.b., İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.

TEZCAN Durmuş, **ERDEM** Mustafa Ruhan ve **SANCAKTAR** Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Gözden Geçirilmiş 2.b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

TRAGER Robert ve **DICKERSEN** Donna L., çev. A. Nuri YURDASEV, 21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

ÜNAL Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri), Ankara: TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları (No:89), 2001.

YOKUŞ Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.

MAKALELER

AKKUŞ Mustafa, "Türk Yargısının İfade Özgürlüğü İle İlgili Uygulaması ve Bu Konuyla İlgili Son Anayasal ve Yasal Reformlar", www.abgm.adalet.gov.tr, erişim tarihi: 5.5.2006.

ALDABAK Ersal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında Örgütlenme Özgürlüğü", Haz. Öget Öktem TANÖR, Bülent TANÖR'e Armağan, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "Laiklik ve Laik Devlet", Der. İbrahim Ö. KABOĞLU, Laiklik ve Demokrasi, İstanbul: İmge Kitabevi, 2001.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “İnsan Hakları ve Sivil Toplum Örgütleri”, www.tihak.org.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

ARSLAN Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

ARSLAN Zühtü, “Liberal Demokrasilerin Zor Zaman Krizi ve İfade Özgürlüğü”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

ARSLAN Zühtü, “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, İstanbul: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

ATAR Yavuz, “Türkiye’nin Hukuk Devleti Sorunu: Hukukun Evrensel Üstünlüğüne Karşı Devletin Anayasal Üstünlüğü”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

AZRAK Ülkü, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu Açısından Kollektif Özgürlükler”, www.barobirlik.org.tr, erişim tarihi: 5.12.2004.

BAŞDEMİR H.Yücel, “Bireysel Hürriyet Düşüncesi ve John Mill”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

BIÇAK Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

BATUM Süheyl, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri ve AB Kopenhag Siyasal Kriterleri (Görüşler ve Öncelikler)”, Mayıs 2001, www.tusiad.org.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

BATUM Süheyl ve **KALAYCIOĞLU** Ersin, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri ve AB Kopenhag Siyasal Kriterleri (Görüşler ve Öncelikler, No:2)”, Eylül 2001, www.tusiad.org.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

BULUT Nihal, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:IV, S:1-2, 2000.

CAN Osman, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, www.jura.uni-sb.de/turkish/OCan.html, erişim tarihi: 14.1.2006.

CİHAN Erol, “İfade Özgürlüğü Açısından TCK.m.312’deki Suçun Değerlendirilmesi”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003.

ÇAĞLAR Bakır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, www.anayasa.gov.tr., erişim tarihi: 1.1.2006.

ÇOLAK N.İlker, “Bilgi Edinme Hakkı, Önemi ve Bilgi Verme Yükümlülüğü”, www.e-akademi.org.tr., erişim tarihi: 25.05.2006

ÇOLAK N.İlker, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Sınırlama Ölçütleri”, www.e-akademi.org.tr., erişim tarihi: 25.05.2006.

DAĞLI Yağız Ali, “T.C.K. 159. Madde Kapsamında İfade Özgürlüğü”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003.

DUMAN H.İlker, “Yargıtay Kararlarında ‘Halkı Birbirine Düşürmek’ Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:1, Yıl:14, 2001.

DÜLGER Murat Volkan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Düşünce Özgürlüğü”, Prof.Dr.Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını (No:32), 2004.

EKŞİ Oktay, “Basın Bağlamında İfade Özgürlüğü”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003.

EKŞİ Oktay, Basın Konseyi Başkanı, “Basın Konseyi Uzmanlar Grubu İfade ve Basın Özgürlüğünü İlgilendiren Hükümleriyle Yeni Ceza Yasası Raporu”, www.basinkonseyi.org.tr., erişim tarihi: 20.1.2006.

ERDEM Fazıl Hüsnü, “TCK’nun 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni”, AÜHFD, C:52, S:1, 2003.

ERDOĞAN Mustafa, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

ERSOY Hamit, “Ulusalüstü ve Ulusal Mevzuat Işığında İfade Özgürlüğü”, www.tbmm.gov.tr., erişim tarihi: 24.1.2006.

FENDOĞLU Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (A.Y. md.13)”, www.anayasa.gov.tr., erişim tarihi: 1.1.2006.

GİRİTLİ İsmet, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, www.anayasa.gov.tr., erişim tarihi: 1.1.2006.

GÖKÇEN Ahmet, “Halkı Düşmanlığa veya Kin Beslemeye Tahrik Cürmü (TCK madde312/2)”, Polis Dergisi, S:36, Yıl:9, 2003.

GÖZLER Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, www.anayasa.gov.tr., erişim tarihi: 1.1.2006.

GÜLSOY Mehmet Tevfik, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, www.jura.uni-sb.de/turkish/TGuelsoy.html, erişim tarihi: 1.3.2006.

GÜRAN Sait, “Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

HAFIZOĞULLARI Zeki, “Liberal Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:55, 2004.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S:57-2, 2002.

İLAL Ersan, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yıgınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

İLKİZ Fikret, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Özgürlüğü Açısından Basın, Radyo ve Televizyon Kanunlarının Değerlendirilmesi”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003.

KABOĞLU İbrahim Ö., “İfade Özgürlüğünün Siyasi Partilerce Kullanımının Sınırları”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

KABOĞLU İbrahim Ö., “Düşünce Özgürlüğü”, Editör: İbrahim Ö. KABOĞLU, İnsan Hakları, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları (Cogito), 2000.

KARAASLAN Erol, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce Özgürlüğü”, İstanbul Barosu Dergisi, C:78, S:4, 2004.

KAZAN Turgut, “İfade Özgürlüğü ve Terörle Mücadele Yasası”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003.

KOCASAKAL Ümit, **AKSOY** Emine Eylem ve **MEMİŞ** Pınar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayını (No:1), 2003.

KOÇAK Mustafa, “Düşünceleri Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak, Cumhuriyetin Nitelikleri”, www.e-akademi.org.tr, erişim tarihi: 19.1.2006.

KOÇAK Mustafa, “Avrupa Birliği’ne Üyelik Sürecinde Türk Demokrasisi Üzerine Düşünceler”, Haz. Öget Öktem TANÖR, Bülent TANÖR’e Armağan, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.

KUZU Burhan, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü Alanında Geldiğimiz Nokta”, İÜHFM, C:LIX, S:1-2, 2001.

KUZU Burhan, “Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”, www.anayasa.gov.tr., erişim tarihi: 1.1.2006.

LAWSON Rick, “İfade Hürriyetini Güvenceye Almak: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Üç Eğilim”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

MACOEVI Monica, “İfade Özgürlüğü, AİHS’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz (İnsan Hakları El Kitapları N:2)”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde10.htm>., erişim tarihi: 5.5.2006.

MUMCU Şinasi Özgür, “Düşünce Özgürlüğü ve Onun Uzantısı olan Hak ve Özgürlüklere İlişkin 2001 Anayasa Değişiklikleri”, Yıldızhan YAYLA’ya Armağan, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını.

ÖZANKAYA Özer, “Demokrasi Hukuku İle Toplumsal-Ekonomik Gelişme Arasındaki İlişki”, haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.11, 2005.

ÖKÇESİZ Hayrettin, “Kamusal Alanda Düşünce, Duyunç ve İnanç Özgürlükleri-Savlar”, haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.11, 2005.

ÖKÇESİZ Hayrettin, “Düşüncenin Özgürlüğü Üzerine Düşünceler”, haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.6, 2003.

ÖKÇESİZ Hayrettin, “Düşünce Özgürlüğü”, İstanbul Barosu Dergisi, S:1, 1998.

ÖKTEM Niyazi, “Temel Hak ve Özgürlüklerden Düşünce ve İnanç Özgürlüğünün Özü”, İnsan Hakları Sempozyumu, İBB Hukuk Müşavirliği ve Hukuki Araştırmalar Derneği İstanbul Şubesi, 1994.

ÖZGENÇ İzzet, “Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti”, İÜHFM, Türkan RADO’ya Armağan, C:LV, S:3, 1997.

ÖZHAN Hacı Ali, “Madde 312”, www.geocities.com/barositesi/chd.htm., erişim tarihi: 5.5.2006.

ÖZİPEK Bekir Berat, “Akademik Özgürlüğün Anlamı ve Gerekliliği”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

ÖZKORKUT Nevin Ünal, “Basın Özgürlüğü ve Osmanlı Devleti’ndeki Görünümü”, AÜHFD, C:51, S:3, 2002.

ÖZSOY Şule, “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:56, 2005.

ÖZSOY Şule, “Uyumsuzluklarımız ve Yeni Uyum Yasaları: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Düşünceyi Açıklama Hakkı Örneği”, Bülent TANÖR Armağanı, haz. Öget Öktem TANÖR, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.

SAĞLAM Fazıl, “2001 Yılıının Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

SANCAR Türkan Yalçın, “Türk Ceza Kanununun 159. ve 312. maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”, AÜHFD, C:52, S:1, 2003.

SELÇUK Sami, “Düşün Özgürlüğü”, haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.12, 2005.

SEZER Ahmet Necdet, Anayasa Mahkemesi Başkanı, Anayasa Mahkemesi’nin 37. Kuruluş Günü Törenini Açış Konuşması, Ankara 1999, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

SOYASLAN Doğan, “Düşünce Özgürlüğü ve 4744 Sayılı Kanunla Değiştirilen Terörle Mücadele Kanunu”, Prof.Dr.Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını (No:32), 2004.

ŞEN Ersan, “Türk Ceza Kanununun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:IV, S:1-2, 2000.

TANÖR Bülent, “Türkiye’de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler”, www.tusiad.org.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

TANÖR Bülent, “Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri, Rapor”, www.tusiad.org.tr, erişim tarihi: 10.12.2004.

TEPE Harun, “Medya, Düşünce Özgürlüğü ve İnsan Hakları”, haz. Hayrettin ÖKÇESİZ, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, S.5, 2002.

TEZİÇ Teziç, “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

TORAMAN Cüneyt, “İfade Özgürlüğü Raporu”, www.hukukcularder.org.tr, erişim tarihi: 14.1.2006.

TURHAN Mehmet, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi: 1.1.2006.

TURHAN Mehmet, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, www.anayasa.gov.tr., erişim tarihi: 1.1.2006.

UYGUN Oktay, “Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de İfade Özgürlüğü”, Bülent TANÖR Armağanı, haz. Öget Öktem TANÖR, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.

YÜCEL Erdoğan, “Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı ve Uygulaması”, www.adalet.gov.tr., erişim tarihi: 5.5.2006.

YÜRÜŞEN Melih, “Pornografiyi İfade Özgürlüğü Bağlamında Düşünmek”, Editör: Bekir Berat ÖZİPEK, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003.

TEZLER

SUNAY Reyhan, “İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları (Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında)”, (Yayımlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999).

İNTERNET SİTELERİ

www.anayasa.gov.tr.

www.adalet.gov.tr.

www.tusiad.org.tr.

www.e-akademi.org.tr.

www.jura.uni-sb.de/turkish/TGuelsoy.html.

<http://aihm.anadolu.edu.tr>.

www1.umn.edu/humanrts/oasintr/zoas3can.htm.

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde10.htm>

www.barobirlik.org.tr.

www.tbmm.gov.tr/tutanak

www.bobmarley.com.

www.hukukcularder.org.tr.

www.jura.uni-sb.de/turkish/OCan.html.

www.tihak.org.tr.

www.ceza-bb.adalet.gov.tr.

www.basinkonseyi.org.tr.

www.geocities.com/barositesi/chd.htm.