

GİRİŞ

İfade özgürlüğü, temel hak ve özgürlükler rejimi içerisinde en çok tartışmalı alandır. Siyasi arenada yapılan tartışmalar, mahkeme kararlarında da aynı şiddete ve bölünmüşlük içerisinde devam etmektedir. İfade özgürlüğünün sağlanması başka bir takım yararların gerçekleştirilmesi için gereklidir. Özgürlük önemlidir, çünkü insanların psikolojik olarak kendilerini iyi hissetmeleri temeline dayanan hazzın tatmin edilmesinin önemli bir aracı olmaktadır. Bütün ifadeler herhalde korunacaktır diye bir şey olmamasına rağmen, ifade olarak tanımlanamayan bir olgu da ifade özgürlüğü kapsamına girmeyecektir. İfade kavramı üzerine konuşulduğunda, bir ifade türünün korunması için hangi nitelikte olması gerektiği sorulmakta, sözlü ya da yazılı ifadenin yanında sanatsal, eylemsel ve sembolik ifadeden bahsedilmektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İfade Özgürlüğünü mutlak bir hak olarak algılamayıp belirli nedenlerle sınırlandırabileceğini kabul etmektedir. Bu sınırlandırma nedenlerinden en önemlilerinden bazıları da bireyi korumaya yönelik olanlardır. İfade özgürlüğüyle ulaşılmak istenilen amaç ile bireyin çıkarlarının çatışması durumunda ifade özgürlüğü bireyin çıkarlarına feda edilmektedir. İfade özgürlüğüne müdahalenin bazı şartları olmalıdır. AİHM bu şartları meşru amaç, kanunla öngörülme ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması olarak değerlendirmiştir.

Mahkeme Türkiye hakkında verdiği kararlarda ulusal güvenlikle ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi incelerken ilkin ulusal güvenlik için tehlike oluşturduğu iddia edilen ifadenin içeriğinin gerçekten ulusal güvenlik için tehlike oluşturup oluşturmadığını incelemekte, şayet ulusal güvenlik için herhangi bir tehlike olmadığına karar verirse sınırlamanın demokratik toplum için gerekli olmadığı için 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermektedir. Fakat ifadelerin ulusal güvenlik için tehlike oluşturduğunu düşünüyorsa, bu karardan hemen sonra 10. Maddenin ihlal edilmediği nedeni ile davayı reddetmemekte, bu ifadelerin kim tarafından, hangi ortamda, hangi yayın aracı ile dile getirildiğini inceleyerek karar vermektedir.

• İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ SORUNU VE KAYNAĞI

İfade özgürlüğü, temel hak ve özgürlükler rejimi içerisinde en çok tartışmalı alandır. Siyasi arenada yapılan tartışmalar, mahkeme kararlarında da aynı şiddete ve bölünmüşlük içerisinde devam etmektedir. İfade özgürlüğü hakkının kapsamı ve sınırları konusunda uluslararası ve ulusal yargı organları tarafından verilmiş sayısız karar ve içtihadı karşın, bu konu günceliğinden hiçbir şey kaybetmemektedir. Şimdi; “Türkiye’de bir ifade özgürlüğü sorunu var mıdır?” sorusunu yanıtlamaya çalışalım. Bu konuda en önemli değerlendirmelerden birisi kuşkusuz Avrupa Birliğinin (AB) Türkiye İlerleme Raporları olmaktadır. Hükümet dışı diğer örgütlerin değerlendirmeleri’ de yine Türkiye’de bir ifade özgürlüğü sorunu olup olmadığı konusunda yol göstericidir; zira bu değerlendirmeler büyük ölçüde AİHM’nin Türkiye hakkında vermiş olduğu kararlara dayanmaktadır. 2012 Yılı AB Türkiye Düzenli İlerleme Raporu’nda yer verilen şu görüşler Türkiye’de ifade özgürlüğü sorununun kapsamına ışık tutucu mahiyettedir: “Üçüncü Yargı reformu paketi, yazılı eserlere yayımlanmadan önce el konulmasını yasaklamaktadır. Cezai soruşturmalarda medyaya yönelik kısıtlamalar azaltılmıştır. Ermeni meselesi veya ordunun rolü gibi hassas addedilen birçok konu açıkça tartışılmaya ve muhalif görüşler düzenli olarak açıklanmaya devam etmektedir. Ancak yapılan reformlar ifade özgürlüğü alanında belirgin bir ilerleme sağlanması açısından yeterli olmamıştır. İfade özgürlüğü ihlallerindeki artış ciddi endişe kaynağı olmuş, basın özgürlüğü uygulamada kısıtlanmaya devam etmiştir. Gazetecilerin, basın çalışanlarının ve dağıtıcıların hapsedilmelerine ilişkin eğilimdeki yükselme bu endişeleri artırmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne, Türkiye’de ifade özgürlüğünün ihlal edilmesine ilişkin olarak çok sayıda başvuru yapılmıştır.”

AB. Burada Türkiye’de, ifade özgürlüğü alanında yapılan yargı reformlarının kayda değer bir ilerleme sağlamadığını ileri sürmektedir. Aslında sorunun temelinde bir önceki ilerleme raporunda yer alan şu ifadelerde değinilmiştir:

Bir diğer önemli sorun ise, ifade özgürlüğü ihlallerine neden olan mevcut yasal hükümlerin mahkemeler ve savcılar tarafından yorumlanmasında ve uygulanmasındaki orantısızlıktır. Özel “basın savcıları” dahil olmak üzere savcılarının sınırlamaya tabi olmaksızın ifade özgürlüğünü etkileyen ceza muhakemesini başlatma hususundaki rolleri

bilhassa önemli olup endişeleri artırmaktadır. TCK 301. Maddesine dayanan çok sayıda iddianame taslağı incelenmesi için hala savcılar tarafından Adalet Bakanlığına sunulmaktadır; bu başvuruların çoğunda kovuşturma izni verilmemektedir.”

Türkiye’de bir ifade özgürlüğü sorunu vardır. Peki, sorunun kaynağı nedir? Sorunun kaynağı, yargının(başka türlü mümkün değil) mevzuatı ifade özgürlüğü hakkının yapısına ve tezlerine uygun olarak yorumlayamamasıdır. Çözüm nedir? Öncelikle ifade özgürlüğü tezlerinin bilinmesine ihtiyaç vardır. Sonra, bu tezlerin özümsemek, yasal mevzuatın tezlere uygun şekilde yorumlanması gerekir. Bunun için özellikle, uluslararası insan hakları enstrümanlarının(özellikle de AİHM ve BM İnsan Hakları Komitesinin) kararlarından istifade edilmesi gerekir; zira bu kararlarda çoğu zaman söz konusu tezlerin somut vakalarda uygulanması söz konusudur. Aslında uluslararası standartlara uygun biçimde karar verilmesi Anayasa’nın 90. Maddesinin de zorunlu bir sonucudur. Bu bir tercih meselesi değil; aynı zaman da hukuki bir gerekliliktir de. Başka bir deyişle salt kanunu esas alarak uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olarak verilen bir karar yalnızca Türkiye’nin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin bir ihlali değil; aynı zamanda bir iç hukuk-Anayasa- ihlali de demektir. Ayrıca ifade özgürlüğü rejiminin tipik örneğini oluşturan ABD yüksek Mahkemesi kararlarından da yararlanılmalıdır. Hukukumuzda buna doğrudan izin veren hükümler de vardır. İfade özgürlüğü ile ilgili her bir davada göz önünde bulundurulması gereken ifade özgürlüğü tezlerinin yasal mevzuat dahilinde düzenlenmesi mümkün olmadığına göre, bu tezlerin bilinmesi ve uygulamada dikkate alınması yargının birinci derecede sorumluluğudur.

2. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ GEREKÇELERİ

İfade özgürlüğü hakkının gerekçelerinden maksat, ifade özgürlüğü hakkını savunmamızı haklılaştıran nedenler ya da gerekçelerdir. Başka bir deyişle, “İfade özgürlüğü neden temel bir haktır?” sorusuna ilaveten ifade özgürlüğü hakkı neden “başkalarına zarar” kriterini aşan bir niteliğe sahiptir? Sorununun cevapları ifade özgürlüğünün gerekçelerinde saklıdır. Bu gerekçeler çeşitli olabilmektedir. İfade özgürlüğü hakkı ile ilgili gerekçelerden birisini yasaklamanın zaten istenilen amacı gerçekleştirmeye hizmet etmeyeceğine, hatta ters sonuç doğuracağına ilişkin tez oluşturmaktadır. Yasaklanan düşünce ve görüşler eğer “doğru” ise zaten burada gerçekliğe dayanan tez çerçevesinde hakikat erinde sonunda kazanacak ve yasaklama bir işe yaramayacaktır. Hakikatın yasaklanması ise bir toplum için zaten başlı başına bir sorun olacaktır. Yok eğer yasaklanan görüş ve düşünceler “hakikate aykırı” olduğu için yasaklanıyor ise bu durumda, pek çok insan yasaklanan öğretilerde iyi bir şeyler

olduğunu düşünmeye başlayacak ve hakikate aykırı olduğu düşünülen görüş ve düşünceler hak etmediği biçimde ilgi görmeye başlayacaktır. Bu durumda, özgür tartışma ortamı bulunmadığından dolayı aslında “hakikate” bariz biçimde aykırı düşen görüş ve düşünceler, karşı fikirlerle sınıma imkanından yoksun olacak ve hakikatmiş gibi sunulmanın ötesinde hiçbir değer taşımayacaktır. Öte yandan yasaklamanın getirdiği baskı rejimi toplumda patlamaya hazır bir gerilim ve basıncın oluşmasına yol açacak, yasaklanan görüş ve düşünceler toplumda ilk fırsata ya bir devrime –ki bu genellikle kanlı bir devrim şeklinde gerçekleşecektir- yol açacak yahut da şiddet/terör gibi istenilmeyen başka bir kanala kendini ifade etme yoluna gidecektir.

İfade özgürlüğü ile ilgili önemli noktalardan biri de kuşkusuz temel bir hak olan ifade özgürlüğünün baskılanmasının insan onurunu zedeleyeceği konusudur. Tezin kaynağı, insanın ahlaki bir varlık olarak eşit ve özgür doğasının tartışmasız kabulüne dayanır. Böyle bir kabul liberal özgürlük ve eşitlik anlayışının doğal hukukçu bir uzantısıdır. Ve en azından bu temel iki ilke (eşitlik ve özgürlük ilkeleri) doğal haklar öğretisini tümünden reddeden kimi hukuki pozitivistler tarafından dahi kabul edilmiştir. Bireyin ahlaken eşit, özgür ve dolayısıyla da özerk doğasına dayanan insan hakları tezinin insan onurunu korumaya yönelik bir tez olduğunu belirtmek gerekir. Özgürlük ve özerklik bir kendinden iyi olarak insan onuruna bağlandığında, özgürlüğün sınırlandırılması ancak özgürlük hesabına yapılabilecektir. Diğer bir anlatımla sınırlama, başka bir takım yarar hesaplamalarına bağlı olmayacaktır. Öte yandan bireyin diğer bireyler karşısında eşit ahlaki değeri, siyasal toplumun(devletin) iyi konusundaki özel anlayışlara karşı tarafsızlığı ve hakkın “iyi” ye önceliği, faaliyet özerkliğinin bir kimsenin eyleminin somut sonuçlarının değerinden daha önemli olduğu konusunda bir temel ilkenin varlığını gerektirir.

İfade özgürlüğü hakkını savunmamızı gerektiren önemli gerekçelerden biride hakikatin keşfi ile ilgili argümandır. Hakikatin keşfi ile ilgili argümanların iki yönü bulunmaktadır. Birincisi, hakikatin bilinip bilinmeyeceği ile ilgili tartışmalardır. İkincisi ise, hakikat bilinebilir ise, “yine de ifade özgürlüğü hakikatin keşfi argümanı ile ilişkisini sürdürebilir mi?” tartışmalarıyla ilgilidir. Aslında her iki sorunun cevabı da bu geleneğin en başta gelen savunucuları arasında yer alan İngiliz düşünürü J.S.Mills 19. Yüzyılda tarafından verilmiştir. “Geleneksel ifade özgürlüğü anlayışı içerisinde, ifade özgürlüğünün yalnızca bir bireysel iyi olmayıp aynı zamanda bir sosyal iyi olduğu görüşü hakim olmuştur. Bu bağlamda ifade özgürlüğü bilginin artırılmasının ve gerçeğin keşfinin en temel araçlarından birisi olmaktadır.

J.S. Mill tarafından geliştirilmiş olan bu görüş, ifade özgürlüğünü temellendirmenin başta gelen gerekçelerinden biri olmuş ve ABD Yüksek Mahkemesi tarafından da ‘‘fikirlerin pazaryeri’’ argümanı çerçevesinde benimsenmiştir.

İfade özgürlüğünün sağlanması başka bir takım yararların gerçekleştirilmesi için gereklidir. Özgürlük önemlidir, çünkü insanların psikolojik olarak kendilerini iyi hissetmeleri temeline dayanan hazzın tatmin edilmesinin önemli bir aracı olmaktadır. Öyleyse, insanların arzuları doğrultusunda yapacakları seçime müdahale etmemek kural olmalıdır. Bu bağlamda ahlaki paternalisme kuşku ile bakılmakta ve oldukça sınırlı bir çerçevede izin verilmektedir. Bu sınırlı durum ise, ihtiyaçların doyurulmasının maksimize edildiği kimi durumlara özgü kalmaktadır. James Mill ve Bentham gibi ünlü faydacı düşünürler tarafından savunulan bu görüşlerin ekonomik alandaki en önemli temsilcisinin Adam Smith olduğu ifade edilmektedir. Siyasal liberalizme önemli katkıları olan bu düşünürler, temel hak ve özgürlüklere diğer sosyal ve psikolojik yararlar karşısında hiçbir üstünlük tanımadıkları için gerçek anlamda liberal olarak kabul edilmemektedirler.

Mill’in, Hürriyet Üstüne adlı klasikleşen eserinde geliştirmiş olduğu argüman, düşünce ve ifade özgürlüğünün insanlığın bütün mutluluklarına kaynaklık eden düşünsel mutluluk için zorunlu olduğu temeline dayanmaktadır. Öyle ki bir ulus sıradan insanları bile temelinden sorgulayan bir kavrayış sahibi birer canlı olma onuruna ancak düşüncenin tutsak edilmediği bir özgürlük ortamında yükseltebilir. İnsan belirli bir kalıba göre üretilen ve kendisine buyrulan her şeyi yerine getirmesi gereken bir makine değildir. İnsan içten gelen arzulara göre gelişmek isteyen bir ağaca benzer. Bu yüzden insanın kendi anlayışına göre davranması istenilen bir şeydir. Bu yüzden alışagelen kalıplara uymak kadar, aklını kullanarak bu kalıpların dışına çıkmak da iyi bir şeydir. Bu kalıpları sorgulamadan, körü körüne bağlanmak ise gerçekte insanın kendini inkarı olacaktır. İşte Mill’i yukarıda sözü edilen faydacılardan ayıran düğüm buradadır. Mill, düşüncenin ve düşünceyi ifade etmenin insana özgü bir nitelik olduğunu; düşünce ve ifade özgürlüğünün yalnızca insanın mutluluğunun değil, aynı zamanda maddi, manevi gelişiminin de bir koşullu olduğunu ileri sürmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, bu argümanı Mill’in düşünce ve ifade özgürlüğünü tartıştığı bölümde değil de ‘ Mutluluğun Unsurlarından Biri Olarak Bireycilik’’ almış olmasıdır. Pek çok yazar bu yüzden Mill’in ifade özgürlüğü konusundaki görüşlerini, yalnızca gerçeğin ortaya çıkarılmasının ampirik bir temellendirmesi olarak ele almaktadır.

Mill, düşünce ve ifade özgürlüğünün yalnızca, gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacak büyük düşünürler yetişmesini sağlamak için gerekli olmadığını; aynı zamanda sıradan insanların düşünce düzeylerini, ulaşılması mümkün olan en yüksek noktaya çıkarmak için de önemli olduğunu belirtmektedir. Hatta bu ikincisi daha da önemlidir. Düşüncenin tutsak olduğu bir yerde, az sayıda düşünürün olduğu görülebilse de hiçbir zaman işlek kafalı bir halk ortaya çıkmamıştır. Düşünce ve ifade özgürlüğünün Millci gerekçelerini, Hürriyet Üstüne eserinde savunmuş olduğu görüşler çerçevesinde birkaç madde altında özetlemek yerinde olacaktır.

İlk olarak, herhangi bir düşüncenin susturulması, epistemolojik bir temellendirme açısından başarılı olamaz. Zira bizim kesin olarak doğru bildiğimiz şeylere rağmen söz konusu düşünce ya da görüş doğru olabilir. Bunun aksini savunmak, yanılmaz olduğumuzu ileri sürmektir. İnsanların kuşkulu olabilmesi olasılığı bulunan bütün konularda ifade özgürlüğünün bulunmasını kabul edip de belli bir ilkenin ya da öğretinin tartışılmasının yasak olduğunu bu konudaki yanılmazlıklarına bağlı olarak savunmaları garip bir durumdur. İnkâr edilemeyen düşüncenin yanlış, bunun sonucu olarak da yasaklanan başka bir düşüncenin doğru çıktığına tarih tanıklık etmektedir. Mill, bu noktada, Hristiyanlık'ın gelişim sürecini örneklemektedir. Mill'e göre hristiyanlar, Marcus Aurelius zamanında Hristiyanlara yapılan kötülöklere ve Aurelius'un bu inancın batıl olduğu konusundaki görüşlerine dikkat etmelidirler. Aurelius'un bu inancın batıl olduğu konusundaki görüşlerine dikkat etmelidirler. Aurelius'un inananlara yapmış olduğu işkence ve eziyetlerin altında yatan gerekçelere orta çağda Hristiyanların sahip çıkmış olmaları bu bakımdan ibret vericidir. İkinci olarak, yasaklanan düşünce yasak dahi olsa bunda bir kısım gerçeklerin bulunması her zaman olasıdır. Nitekim bunu tarihin sayfalarını araştırdığımızda apaçık görebiliriz. Öyleyse, gerçeğin tamamlanabilmesi için yanlış düşüncelerin tartışma sürecindeki işlevini yerine getirmesine izin vermeliyiz. Üçüncü olarak, doğruluğuna kesin olarak inandığımız bir düşünceye ya da görüşe karşı itiraz edilmesi izin vermeliyiz ki, bu görüşün doğruluğunu güçlendiren dayanakların zaman içerisinde üstünün küllenerek insanlar için bir peşin hüküm niteliğine dönüşmesini engelleyebilelim. Öyle ki, inkâr edilemeyen bir düşünceye itiraz eden ya da izin verildiğinde itiraz edebilecek kimseler varsa onlara karşı çıkmak bir yana teşekkür etmemiz gerekir. Eğer Newton'un felsefesinin tartışılmasına izin verilmeseydi, insanlar bu görüşlerin doruluğuna bu kadar güven duymayacaklardı. Son olarak, doğruluğuna kesin olarak inanılan bir doktrinin kendi anlamını kaybetmesi ve insanlar üzerindeki etkisini kaybetme tehlikesi bulunmaktadır. Düşüncenin bir dogmaya dönüşmesi, akıl ve kişisel

tecrübe yoluyla yürekten inanılan görüşlerin ortaya çıkmasını yasaklayacak bir niteliğe bürünmüş olur.

3. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAM VE ARAÇLARI

- İfade Kavramı

İfade özgürlüğü konusuna girmeden önce ifade kavramı ile ne kastedildiğini ortaya koymak gerekir. İfade özgürlüğüne yer verecek olan her düzenleme, öncelikle ifade kavramı ile ne kastedildiğini açıklamak zorundadır. Bütün ifadeler herhalde korunacaktır diye bir şey olmamasına rağmen, ifade olarak tanımlanamayan bir olgu da ifade özgürlüğü kapsamına girmeyecektir. İfade kavramı üzerine konuşulduğunda, bir ifade türünün korunması için hangi nitelikte olması gerektiği sorulmakta, sözlü ya da yazılı ifadenin yanında sanatsal, eylemsel ve sembolik ifadeden bahsedilmektedir.

- Fikir, Bilgi ve Düşünceler

İfade özgürlüğü Madde 10'nun birinci fıkrasında açıkça öngörüldüğü üzere 'fikir belirtme, bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğünü kapsar. 'Fikir belirtme özgürlüğü'; ifade özgürlüğü ve diğer haklar kapsamında tartışılan 'düşünce özgürlüğünden' güçlükle ayırt edilebilmektedir. Bilgi ve fikir verme özgürlüğü halen bilgi veren kişinin veya üçüncü bir kişinin fikrini ifade etmesi olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte bilgi istemek bilgiyi isteyen kişinin fikrinin oluşmasından ve nihayetinde ifade edilmesinden önce gelir. 'Bilgi ve fikir alma ve verme' özgürlüğü sık sık mahkeme huzurunda açılan bir dava konusudur. Mahkeme şimdiye kadar bu terimlerin bir tanımını yapmayı reddetmiştir. Ancak madde 10/1'de geniş çaplı bir korumanın sağlandığı açıktır. Dolayısıyla diğerlerinin yanı sıra fotoğraflar, tıbbi sırlar, tarihsel gerçeği araştırma, görüşmelerdeki olgusal ifadeler, televizyon reklamları ve gazetedeki reklamlar bilgi ve fikirler kapsamındadır. Ayrıca ilgili bilgilerin ticari bir özelliğinin bulunması veya ifade özgürlüğünün kamu yararı sorunlarının tartışılmasında ele alınmaması da madde 10'un uygulanabilirliği konusunda konu dışı kalır. Üstelik ifadelerin içeriğinin de konu dışı olduğu görülmektedir, çünkü mahkeme demokratik bir toplumun talepleri doğrultusunda madde 10'un da gücendiren, şaşırtan veya rahatsız eden bilgi veya fikirleri kapsadığına karar vermiştir. Madde 10'un da fikirlerin özgürce ifade edilmesini koruması söz konusu fikrin ifade edildiği belirli araçların korunmasının daha fazla vurgulanmasını işaret eder. Mahkeme madde 10'un sadece fikir ve bilgilerin içeriğini değil aynı zamanda iletilme şeklini de koruduğunu üzerinde durarak onaylamıştır. Hatta tilki avını

protesto etmek ve av borusu ile köpeklerin dikkatini başka yöne çekerek ava müdahale etmek de bir fikir ifadesi teşkil eder. Aynı durum görüşmelere dayanan fotoğrafların yayımlanması ve habercilik için de geçerlidir. Mahkemeye göre “kendi düşüncelerinin muhabirlerin hangi habercilik tekniğini benimsemeleri hususunda basının düşüncelerinin yerini alması” sadece hakimlere yönelik değildir. Dolayısıyla araç üzerindeki herhangi bir sınırlama ‘bilgi ve fikir alma ve verme’ özgürlüğünün sınırlanmasını gösterecektir. Bununla birlikte belirli bir fikrin ifade edildiği araçlar sadece fikrin ifadesiyle ilgili olarak bağımsız bir önemi bulunan araçlar ölçüsünde korunur. Araçları temin eden kişinin fikrin sahibi olmaması durumunda söz konusu kişide madde 10 kapsamında korunur. Dolayısıyla Müller davasında, Müller’in tabloların sergisini organize eden kişilerin ifade özgürlüklerini kullandıkları düşünülmüştür. Diğer yandan madde 10 kapsamında ifade özgürlüğünün uygulanmasına ilişkin herhangi bir forum özgürlüğü yer almaz. Demografik, sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin insanların birbirleriyle bağlantı kurma ve gezinme şeklelerini değiştirmesine rağmen mahkeme, bu durumun özel mülkiyete ya da ister istemez kamuya ait tüm mülklere sınırsız giriş gerektirdiğini düşünmez. Ancak mülkiyete erişim üzerindeki yasak ifade özgürlüğünün etkili herhangi bir kullanımını engelleyecek etkiye sahip olduğunda veya bu hakkın özüne zarar verildiğinde, Devletin mülkiyet haklarını düzenlemesi yönünde olumlu bir zorunluluk oluşur.

Mahkeme liberal yaklaşım temelinde çok sayıda durumun değerlendirmesini yapabirmiştir. Dolayısıyla söz konusu tabloların haczi veya müstahcen tabloların yayımlanmasına ilişkin kanaati doğuran Müller davasından bir kez daha söz etmek gerekir. Mahkeme bu davada üzerinde çok fazla durmasa da ressamın sanatsal ifade özgürlüğünün de Madde 10 kapsamında yer aldığı sonucuna varmıştır. Bu arada diğer önemli davalar yayımcının ‘Little Red School Book- Küçük Kırmızı Ders Kitabı’nın kopyalarını elinde bulundurması ve bunların pornografi olarak imha edilmesi yönündeki kanaate ilişkin şikayet; İrlanda Yüksek Mahkemesinin Şirketlerin hamile kadınlara yurt dışında kürtaj yaptırma ihtimali hakkında bilgi vermesini yasaklayan ihtar; bir filme el konulması ve devamında hakkının alınması; yetkili makamların Avusturya ordusu tarafından dağıtılan süreli yayınların listesine bir dergi eklemelerine müsaade edilmemesi ve bir mahkemenin karalamaya ilişkin verdiği zarar miktarıyla ilgilidir. Bilgi ve fikir alma ve verme hakkı bunu radyo ve televizyon vasıtasıyla verme yapmak hakkını da kapsar. Kablolulu ve kablosuz iletimler ile yapılan program yayınları madde 10 kapsamında yer alır ve radyo yada televizyon istasyonlarının kurulmasını da kapsar. Nispeten internet gibi bilgi vermek ve almak için kullanılan yeni araçların önemi giderek artmaktadır. İçtihat hukuku madde 10’un birinci paragrafına izafe

ettiğinden dolayı, fikir belirtme hususunda bağımsız bir önem arz ettiği kadarıyla bu yeni araçlar da Madde 10 kapsamında yer alır. Ancak bu güne kadar bu yeni iletişim araçlarına ilişkin herhangi bir içtihat hukuku mevcut olmamıştır.

- Ulusal sınırların göz önünde bulundurulmaması

Madde 10 'un ilk paragrafında yer alan 'sınırlar dikkate alınmaksızın' ifadesi şüphesiz ikinci paragrafta belirtilen sınırlandırma ihtimallerine tabi olarak yetkililerin ülke sınırları dışından edinilecek bilgileri de kabul etmesi ve bu sınırlardan bilgi aktarılmasına izin vermesi gerektiğini gösterir. Bu bağlamda Mahkeme, Ekin Ortaklığı Davasında yabancı menşeli ya da yabancı dilde yazılan yayınların dağıtımından önce yetkili kamu kurumlarına sunulmasına ilişkin yasal yükümlülüğün sözleşme'ye uygun olmayan bir ön kabul olmadığına ancak keyfi uygulamayı önlemek için Madde 10'un ikinci paragrafı kapsamında kesin ve açık bir biçimde ifade edilmesi ve dikkatle incelenmesi gerektiğine karar verdi.

- İfade Biçimleri
- Eylemsel İfade

İfade kavramı, kişinin kendini ifade etmesi ve iç duygularını bazı davranışlarla ortaya çıkarması olarak tanımlanabilir. Belli duygu ve düşüncelerin ortaya çıkarılması sırasında ise yalnızca sözlü ve yazılı vasıtalarından değil bir kısım eylem tiplerinden de yararlanırız. Tek amacı belli bir düşüncüyü iletmek olan pek çok eylem biçimi vardır: bir bayrağı selamlamak, selamlamayı reddetmek, bayrağı yakmak, çıplak protesto yapmak, alkışlayarak konuşmayı engellemek, ölüm oruçları tutmak vs. gibi. Bu eylem tiplerin hepsi belli bir söz ile ifade edilebilecek bir mesajı taşımaktadır. Ancak konuşmacı açısından bu tür ifadeler kullanıldığında tepkinin daha etkili olacağı düşünülmektedir.

- Sembolik İfade

İfade farklı formlarda olabilmektedir. Söz, yazı, müzik, resim, heykel gibi. Hepsinin ortak noktası ise belli bir fikri sembolize etmesidir. Nitekim kişiler belli bir mesajın iletimi sırasında sözlü ve yazılı olmayan bazı semboller de kullanırlar. Örneğin, haçlı kırmızı kurdele takmanın kendi kendine hiçbir anlamı yoktur.

- Sanatsal İfade

İfade yazılı ya da sözlü kelimelerden oluşmak zorunda değildir. Sesiz düşünceler ve belli semboller de ifade şekilleridir. Ve ifade özgürlüğünün güvencesi altındadırlar. Bu açıklamalar aynen , resim müzik, dans gibi sanat eserleri için de geçerli olup bunlar da birer ifade şekilleridir ve ifade özgürlüğünün güvencesinden yararlanırlar. Resim, müzik, heykel gibi sanat eserleri bazen öyle etkili olurlar ki sözlü ya da yazılı ifadeden daha güçlü bir sonuç doğururlar. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir kararında belirtildiği gibi,

“Müzik bir ifade ve iletişim şeklidir... İnsan ifadesinin en eski formlarından biridir. Eflatun’un Devletlerindeki söylevlerinden zamanımızdaki totaliter devlete kadar, liderler müziğin insanın aklına ve duygularına hitap etme kapasitesinin farkında olmuşlardır. Devletin çıkarlarına hizmet etmesi için onu sansürlemişlerdir.

- Ticari-Ekonomi İfade

Ekonomik konularda bilgi ve fikir açıklama özgürlüğü(bu ticari ifade olarak anılmaktadır) de 10. Madde çerçevesinde teminat altına alınmıştır. Ancak, AİHM ekonomik konularda ülkenin yetkili mercilerinin daha geniş bir takdir payına sahip olduklarına karar vermiştir.

- Siyasal- Politik İfade

Demokratik bir toplumda kamusal sorunların kamu makamlarında bulunan kişilerle tartışılmasını siyasal ifadelerle siyasal sürece katılmanın sağlamanın hayati olduğu açıktır. Dolayısıyla bu tür bir özgürlüğe getirilen sınırlamaların siyasal yetkililerin davranışları konusunda meşru eleştirileri kısıtlamak için kullanılmayacağı demokratik bir toplum için çok önemlidir. AİHM’in siyasal ifade hakkı kullanan yahut bu hakkın kullanılmasından etkilenen bazı kişilerin, yerine getirdikleri özel görevlerinden dolayı ayrı kategoride değerlendirilip değerlendiremeyecekleri konusunda önemli içtihadı vardır. Başka bir deyişle başta askerler, siyasiler ve yargıçlar olmak üzere kamu görevini ifa eden kişilerin yaptığı yorum ve eleştiriler veya bunlar hakkında yapılacak yorum ve eleştiriler konusunda farklı kıstaslara başvurmak gerekip gerekmediği hususunda AİHM dikkate değer tespitlerde bulunmuştur.

- Düşük Değerli İfade Kategorileri

Büyük bir öneme sahip olsa bile, ifade özgürlüğü mutlak değildir. Ve ifade özgürlüğünün bazı alanları, diğerlerinden daha değerlidir. Yapısı bakımından bütün ifadelerin,

bir karine olarak eşit derecede korunması gerektiği konusunda ısrar etmek Sadurski'nin ifadesi ile hem saçma hem de gerçekten değerli olan ifadenin özgürlüğüne aykırı olacaktır. Hukuk, tek tip bir standart talebi ile karşı karşıya geldiğinde ise kaçınılmaz olarak, genel korumanın ölçüsünü düşünerek buna cevap verecektir. Nitekim ifade özgürlüğü konusunda tek tip bir standart isteği ters sonuç verme eğilimindedir. Çünkü rencide eden, diğer insanlara ve topluma zarar veren sözler, ırkçı nefret ifade eden veya belli bir insan grubunu hor gören ifadeler, mağdurlarını hoş olmayan diğer pek çok kelimedenden daha fazla incitebilir. Nitekim en açık ve özgür toplumlar bile, bütün ifade çeşitlerini mutlak anlamda korumazlar. Bir kısım ifadelere kısmen izin verilirken, bazıları tamamen yasaklanabilir. ırkçı kötüleme, pornografi, çirkin lakaplar, küçük düşürücü sözler, herhangi bir toplumsal değeri olmayan ya da nispeten daha az toplumsal değere sahip olan ifade türleridir. Nitekim düşük değerli ifade kategorileri Chaplinsky v. New Hampshire davasında, müstehcenlik, iftira, tahrik ifadeleri, çocuk pornografisi ve çatışmaya yol açan kelimeler olarak belirtilmiştir. Bu açıklamalara uygun olarak da düşük değerli ifadeleri müstehcen, nefret ve tehditkar ifade olarak sınıflandırabiliriz. Ancak unutmamak gerekir ki, düşük değerli olarak belirlenen ifadeler tamamen korumasız değildir. Ancak bu tip ifadeler düşük değerli olarak kabul edildiklerinden, yüksek değerli olarak belirlenen ifadelere göre daha fazla sınırlandırılacaklardır.

4. ÖZGÜRLÜĞE MÜDAHALENİN BAZI ŞARTLARI

Özgürlüğe müdahalenin şartlarına kısaca değinip asıl konumuza geçeceğiz. Özgürlüğe müdahalenin genel olarak üç şartı vardır.

- Kanunla Öngörülme

İngilizce metinde 'kanuna uygun olarak', 'kanunda gösterilen' ayrıca 'kanunda öngörülen koşullara tabi' gibi farklı terimler kullanılır ancak içtihat hukukunda bu tür terimlerin tamamının aynı genel ilkeler ışığında yorumlanması gerektiği belirlenmiştir.

- Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

Strazburg organlarının esası detaylandırarak değerlendirmesi çoğunlukla üçüncü standartla yani demokratik bir toplumda gerekli' olmasıyla ilgilidir. Bu standart sınırlandırma şartlarında yaygın bir şekilde bulunur. Takdir marjı doktrini, orantılılık ilkesi, evrimsel yorumlama, daha az kısıtlayıcı alternatif doktrin, caydırıcılık etkisi doktrini dahil olmak üzere yorumlamanın en önemli prensiplerini ortaya çıkaran unsur, demokratik gereklilik kavramıdır.

- Meşru Amaç

Devletler Sözleşme Madde 8-11 kapsamında sınırlandırma şartlarında belirtilen meşru amaçlar ve hedeflere başvurulabilir. Bu türden amaçlar ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ya da kamu güvenliği menfaatlerini, düzensizlik ya da suçun önlenmesini, sağlık ya da ahlakın korunmasını, ülkenin refahına ile ilgili menfaatleri, kamu düzeninin korunmasını ve sürdürülmesini, ismin korunmasını, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını, gizli yollarla alınan bilginin ifşasının önlenmesini ve yargı yetkisinin ve tarafsızlığının sürdürülmesini kapsar.

5. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Ahlaki Korumak Amacıyla İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İfade Özgürlüğünü mutlak bir hak olarak algılamayıp belirli nedenlerle sınırlandırabileceğini kabul etmektedir. Bu sınırlandırma nedenlerinden en önemlilerinden bazıları da bireyi korumaya yönelik olanlardır. İfade özgürlüğüyle ulaşılmak istenilen amaç ile bireyin çıkarlarının çatışması durumunda ifade özgürlüğü bireyin çıkarlarına feda edilmektedir. Nitekim, ifade özgürlüğüne ilişkin gerek ulusal düzenlemelerde gerek bölgesel ve uluslararası sözleşmelerde bu özgürlüğün sınırlandırılma nedenleri arasında en önemli yeri bireyi korumaya yönelik olan sınırlama nedenleri oluşturmaktadır.

Pek çok ulusal düzenleme ve uluslararası sözleşme ifade özgürlüğünün, genel sağlığın ve genel ahlakın korunması amacı ile sınırlandırılabilmesini düzenlemektedir. İnsan hakları alanında var olan uluslararası sözleşmeler içinde en güvenceli koruma sistemini getirmiş olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10. Maddesinin ikinci fıkrasında da bu özgürlüğün genel sağlığın ya da genel ahlakın korunması amacıyla sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir.

En liberal toplumlarda bile bütün ifade çeşitleri mutlak anlamda korunmamaktadır. Bunlardan bir kısmı düşük değerli olduğu için istisnai hallerde koruma görmektedir. Bu tip düşük değerli ifade kategorilerinden biri, üzerinde pek çok tartışmanın yapıldığı müstehcen ifade olup ahlaki ya da dini nedenlerle yasaklanmaktadır. Gerçekten bazı yayınların müstehcen olup olmadığı ve müstehcen yayınların yasaklanıp yasaklanmaması, hem ulusal hemde uluslararası alanda tartışmalı bir konudur. Özellikle müstehcenlikle sanatın birleşmesi durumunda daha ciddi sorunlar yaşanmaktadır. AIHM'nin müstehcenlikle ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi nasıl algıladığına biraz değinelim.

Genç insanları korumak, müstehcen yayınların yasaklanması için güçlü bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde bu konuda özel bir hüküm olmamasına karşın ahlakın korunması sınırlama nedenleri arasında düzenlendiğinden herhangi bir ifade gençlerin ve çocukların ahlaki ve fiziksel gelişimini olumsuz yönde etkileyecek nitelikte ise ifade özgürlüğüne yapılan müdahale haklı görülmektedir.

Ahlakın korunmasına yönelik olarak mahkemenin önüne gelen en önemli dava ünlü **Handyside v. Birleşik Krallık** davasıdır.

Başvurucu Eylül 1970’de Danimarkalı yazarlar Soren Hansen ve Jesper Jensen’in yazdığı ders kitabının İngiltere’de yayın hakkını almıştır. İlk kez 1969’da Danimarka’da yayınlanan bu kitap, çevrildikten ve belirli uyarlamalar yapıldıktan sonra ard arad diğer Avrupa ülkelerinde de dağıtılmış ancak bu ülkelerde herhangi bir kovuşturmayla tabi olmamıştır. 1959 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasası’na muhalefet gerekçesiyle yayınevinde arama yapılmış, bu arama sonucunda kitabın 1069 nüshasına, yayın ve satışıyla ilgili broşürlere, posterlere, kartlara ve yazışmalara geçici olarak el konulmuştur. Başvurucu Müstehcen Yayınlar Yasası’nın 2. Maddesinin ihlali gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon yaptığı inceleme sonucunda beşe karşı sekiz oyla sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Daha sonra dosya mahkemeye gönderilmiş ve mahkeme müdahalenin kanunen öngörülmüş olduğunu belirledikten sonra sınırlamanın 10. Maddenin 2. Fıkrasındaki “ahlakı korumak” meşru amacıyla yapıldığına karar vermiştir. Ancak, sınırlamanın “ahlakı korumak için” “demokratik toplumda gerekli” olup olmadığının nasıl belirleneceği konusunda önemli bir tartışma çıkmıştır. Gereklilik talebinin incelenmesinde Mahkeme, dava konusu kitabın hedef aldığı okuyucu kitlesine özel bir önem vermiştir. Mahkemenin görüşüne göre bu kitap özellikle on iki yaşından on sekiz yaşına kadar olan büyüme çağındaki çocukları hedef alarak basılmıştır. Mahkeme ayrıca kitabın açık olaylara dayalı ve esaslı noktalara indirgenmiş bir tarzda yazılmış olması nedeniyle, bu okuyuculardan en küçüğünün bile kolaylıkla anlayabileceği türden bir eser olduğuna işaret etmiştir. Mahkemenin dayandığı bir başka faktör de, davalının kitabı yaygın bir şekilde dolaşımını sağlamayı planladığını açıkça belirtmesi olmuştur. Başvurucu bir basın bildiriyle birlikte, eleştiri ve reklam amacıyla, kitabı birçok günlük gazete ve dergiye göndermiştir. Mahkeme ayrıca davalının oldukça düşük bir satış ücreti(30 peni) koyduğuna, yeniden yayıma hazırladığına ve kitaba, sanki okullarda kullanılabilecek bir el kitabıymış imajını veren bir başlık seçtiğine dikkat çekmiştir.

Mahkeme, davalının düşük bir satış ücreti koyması ve yayının geniş bir okuyucu kitlesine ulaşması niyetinin oluşuna dikkat çekmektedir. Ancak mahkeme bu iki faktöre neden bu kadar önem atfettiğini açıklamamıştır. Dolaşımın genişletilmesi ve satış fiyatının, kitabın yasaklanmasının gerekli olup olmaması ile pek bir alakası yok gibidir. Bu iki satış metodu ile kitap çocukların eline çok daha kolay geçebilecekse de, asıl mesele yine bu kitabın gerçekten müstehcen olup olmadığıdır. Mahkeme, alınan farklı kararları karşılaştırmanın kendi görevini olmadığını söylerken, aslında asıl zor sorudan bilerek kaçtığı izlenimini uyandırmaktadır. Schoolbook'un ilk baskısının ve benzer içeriğe sahip diğer yayınların neredeyse %90'ının herhangi bir yasal takibe uğramadığı gerçeği göz önünde bulundurulursa, bu davadaki müdahaleyi haklı gösterecek yeterli gerekçe olmadığı görülmektedir.

Handyside davasında üç nokta çok önemlidir. Bunlar; ahlaki gerekliliklerin oluşturulmasında takdir alanının Devlet otoritelerine bırakılması gerektiği, ahlaki değerlerin göreceli olup zamandan zamana ve toplumdaki topluma değişiklik göstermesi, hatta aynı toplum içinde bile farklılıklar göstermesi ve demokratik bir toplumda tedbir alınmasının gerekli oluşudur. Handyside davası, Mahkemenin takdir marjı doktrini ve bunun demokratik bir toplumda gerekli olması ifadesi ile bağlantısı hakkında ayrıntılı açıklama yaptığı ilk davadır.

B. Genel Sağlığı Korumak Amacıyla İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Genel sağlığı korumak amacı ile Mahkemenin önüne gelen davalardan biri, 3 Şubat 2009 tarihli **Women on Waves ve Diğerleri v. Portekiz** kararıdır. Mahkeme bu kararında, kürtajın suç olmaktan çıkarılması amacıyla çalışmalar yapan **Women on Waves** adlı vakfa ait Borndiep adlı geminin Portekiz karasularına girmesinin yasaklanması kararının AİHM'nin 10. Maddesinin ihlali olduğuna karar verdi. Hollanda'da kurulmuş olan Women on Waves ve Portekiz'de kurulmuş iki sivil toplum örgütü üreme hakları ile ilgili tartışmalarda aktif olarak yer almaktadır. 2004 yılında Borndiep gemisi başvuru iki dernek tarafından kürtajın suç olmaktan çıkarılmasını sağlayan bir kampanya için Portekiz'e davet edilmiştir. İki haftalık bir süre için gemide cinsel yolla bulaşan hastalıklar, aile planlaması ve kürtajın suç olmaktan çıkarılması ile ilgili toplantılar planlanmıştır. Geminin Portekiz'de yürürlükte olan sağlık hukuku ve deniz hukuku gereğince bakanlık kararı ile Portekiz karasularına girmesi engellenmiştir. Yapılan yargısal başvurular sonuçsuz kalmıştır. AİHM başvuruyu 10. Maddede yer alan ifade özgürlüğü kapsamında incelemeye karar verdi. Mahkeme kararında, Portekiz hükümeti tarafından öne sürülen kamu düzeninin ve kamu sağlığının korunması

amaçlarının meşru bir amaç taşımakla birlikte rencide edici, şok edici veya rahatsız edici fikirlere karşı çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin demokratik bir toplum için önkoşul olduğunu belirtti. Mahkeme, ifade özgürlüğünün özellikle yetkililerce makul olmayan bir müdahale olmaksızın fikirlerin ne şekilde ortaya konulacağını seçme özgürlüğünü de içerdiğini vurguladı. Borndiep gemisi ile yürütülen faaliyetin başvuru Vakıf için büyük önem taşıdığı ve yetkililerce uygulanan engellemenin aktarılmaya çalışılan fikirleri önemli ölçüde etkilediğini ifade etti. Mahkeme, başvuru derneklerin özel veya kamuya ait mülke girmedikleri ve Portekiz hukukunda yer alan kürtajla ilgili düzenlemeleri kasten ihlal edeceklerine dair yeterli delilin olmadığını ve suç oluşturan bir fiil olmadığı sürece barışçıl gösteriler yoluyla düşünce açıklamalarının sınırlanamayacağını belirtti. Portekiz Hükümetinin kamu düzeni ve kamu sağlığını korumak amacıyla gemideki ilaçlara el koymak gibi daha az sınırlayıcı önlemlere başvurma imkanı varken bir savaş gemisinin gönderilmesi gibi radikal bir hareketin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkisi olabileceğini vurguladı. Mahkeme sonuç olarak öngörülen amaçla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın orantısız olduğunu belirterek 10. Maddenin ihlal edildiğine karar verdi.

C . Başkalarının İtibar ve Haklarını Korumak Amacıyla İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

İfade özgürlüğü konusunda bütün demokratik anayasalar ve sistemler bakımından en tartışmasız konulardan biri bu özgürlük hangi araç ile kullanılırsa kullansın, kişilerin şeref ve haysiyetine, haklarına saldırı hakkını kimseye vermeyeceği gerçeğidir. Buradaki tartışma konusu ise ifade özgürlüğü hakkının kullanılması ile saldırı sınırının ne şekilde saptanacağı ile ilgilidir. Kişilik hakkının korunması gerekçesiyle ifade özgürlüğü kullanılamaz bir hak haline gelmemelidir. Bu nedenle kişilik hakkının korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi iyi sağlamak gerekmektedir. Başkalarının itibar ve şerefini koruma ifade özgürlüğünün kısıtlanması için taraf devletlerin diğer gerekçelerden kat kat fazla ileri sürdüğü meşru amaç olagelmıştır. Politikacıları ve devlet görevlilerini eleştirilere karşı korumak için oldukça sık kullanılmıştır. Bundan dolayı Avrupa Mahkemesi, başta basıninki olmak üzere ifade özgürlüğüne tanınan yüksek düzeyli korumayı kanıtlayan geniş bir içtihat oluşturmuştur.

• Başkalarının İtibarının Korunması

Bir birey olarak insan, kendi değerini her şeyden üstün tutar. Kişinin itibar ve şerefi bazı yanlış anlamlar ya da ithamlarla lekelendiği zaman, doğal olarak onların yayılmadan düzeltilmesi istenir. Nitekim, birisi iftiraya uğradığı zaman meydana gelebilecek taşkınlık ve

fiziksel şiddeti önlemek için iftira suçu hukuk sistemlerine girmiştir. Bu başlıkta kişilere karşı yapılan hakaret ve sövme fiilleri ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi inceleyeceğiz. Bu inceleme de resmi sıfatı olanlar ve olmayanlar olarak iki gruba ayrılarak yapılacaktır.

- Resmi Sıfatı Bulunmayanlar Hakkında Yapılan Açıklamalar

Başkalarının itibarlarının korunması amacıyla ifade özgürlüğün sınırlandırılması durumunda, itibar kırıcı olduğu iddia edilen söylemlerin kime yöneldiği konusu önem arz etmektedir. Nitekim mahkeme kararlarında resmi sıfatı olanlar ile olmayanlar arasında bu söylemlere karşı tahammül göstermeleri bakımından farklılıklar görülmektedir.

- Politikacılar

Modern çağın başlarında siyasi ifade özgürlüğüne karşı kuvvetli tezleri ileri sürülmüştür. Örneğin, Hobbes, siyasi ifade özgürlüğünü kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak için hükümrana sınırsız bir yetki verilmesinin, yurttaşlar arasında barış ortamını sağlamak için vazgeçilmeyecek bir şart olduğunu ileri sürmüştü. Siyasi ifade özgürlüğü Hobbes'a göre demogoji ustasına, kanunsuzları öven hilekarlara, sahtekarlara ve toplumsal düzenin düşmanlarına özgürlük demektir. İfade özgürlüğünden bahsedildiğinde kişilerin aklına ilk siyasi ifade özgürlüğü gelmektedir. İfade özgürlüğü konusunda yapılan tartışmaların büyük bir kısmı da bu alanda olmaktadır. Modern devlete siyasi ifade özgürlüğü yoksa veya eksikse siyasi veya demokratik özgürlükler kısıtlanmış veya hükümsüz kılınmış sayılır. Yine bir liberal demokraside siyasetçilerin ya da vatandaşların hükümetin politikalarını eleştirme hakkı elinden alınıyorsa gerçek bir demokrasiden bahsetmek söz konusu olmayacaktır.

Siyasal yaşam içinde bir yer ve rol almak doğal olarak bu rolün gerektirdiği sonuçları da kabullenmek anlamını taşır. Siyasal hayat demokrasilerde, bireylerin oylarıyla tercihlerini belirleme sistemine dayanır. Bu nedenle siyasal yaşamda görev alan bireyler hakkında yapılan eleştirilerde daha fazla bir tolerans istenmektedir. Siyasi arenaya adım atan birisi de, eleştiriye, üstelik sert, abartılı ve haksız eleştirilere maruz kalacaktır. Demokrasiler acımasız olup siyasetçi buna katlanmak zorundadır.

Siyasal hayata atılan kişiler peşinen eleştiriye kabullenmişlerdir ve kamuya açılışları oranında özel hayatları dahi sınırlandırılmıştır. Örneğin **Lingens v. Avusturya kararına** bakalım. Bu davada Mahkeme, ölçülülük ilkesi ışığında basın özgürlüğü ile üst düzey bir kamu görevlisinin itibarını koruma hakkını dengelemek zorunda kalmıştır. Bu davada başvuru Lingens, zamanın başbakanı Kreisky'i, eski Nazilere yataklık yapıcı hareketlerde

bulunmakla suçlanmış, başbakanın bu davranışlarının ahlaksız ve onursuz bir davranış olduğu yönünde eleştiren iki makale yayınlanmıştır. Bunun üzerine zamanın başbakanı Kreisky Lingens aleyhine iki şahsi dava açtı. Bu davalar sonucunda Lingens, makalelerdeki ‘en adi fırsatçılık’, ‘ahlaka aykırı’ ve ‘vakarsız’ ifadelerin karalayıcı olduğu ve doğrudan ya da dolaylı olarak Kreisky’yi hedef aldığı için hakareten suçlu bulundu ve bir miktar para cezasına çarptırıldı ve derginin toplatılmasına karar verildi. Bu dava önüne geldiği zaman Mahkeme ilk olarak, basın demokratik toplumdaki önemi üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre, basın diğerlerinin yanında ‘başkalarının itibarını’ korumak için konulan sınırları aşmamakla yükümlü olmakla birlikte, yine de halkı ilgilendiren diğer alanlarda olduğu gibi siyasi meseleler hakkında bilgi ve fikirleri de iletmekle yükümlüdür. Basının görevi sadece bu tür bilgi ve fikirleri iletmekle sınırlı değildir; halk da onları alma hakkına sahiptir. Basın özgürlüğü, bu fonksiyonundan başka, siyasi liderlerin fikirlerini meydana çıkarmalarını ve onların düşünce ve davranışları hakkında halkın bir kanaat sahibi olmalarını sağlayan en iyi araçlardan biridir. Daha genel bir ifadeyle, Sözleşme boyunca ön plana çıkan demokratik toplum kavramının özünü siyasi tartışma özgürlüğü oluşturur. Mahkeme ikinci olarak, politik tartışma özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemi üzerinde durmuştur. Mahkemenin bu konu ile getirdiği ve bundan sonraki kararlarının pek çoğunda da uygulayacak olduğu önemli ilke, kabul edilebilir eleştirinin sınırının özel kişilere nazaran politikacılar için daha geniş olduğudur. Mahkemeye göre, özel kişilerin aksine politikacılar kaçınılmaz olarak ve bilerek her sözünü ve fiilini hem gazeteciler hem de halk kitlesinin yakın tetkikine açarlar. Sonuç olarak politikacılar eleştirilere karşı daha fazla tolerans göstermek zorundadırlar.

Mahkeme, basın özgürlüğü ile politikacıların eleştirilere karşı tolerans arasındaki bu ilişkilere değindikten sonra bu ilkeleri somut olaya uygulamıştır. Mahkemeye göre, zamanın Başbakanı hakkında yazılan iki makalede ‘**en adi fırsatçılık**’, ‘**ahlaka aykırı**’, ‘**vakarsız**’ gibi bazı ifadeler kullanılmasına rağmen makaleler genel olarak Avusturyalıların ve özellikle Başbakanın Nasyonal Sosyalizm ve eski Nazilerin ülke yönetimine katılmalarına ilişkin siyasi meseleleri almaktaydı.

Mahkeme, üçüncü olarak, Bay Kreisky’nin politikacı olmasından dolayı makalelerin yazıldığı ortamı da göz önünde bulundurmuştur. Makaleler Ekim 1975 genel seçimlerden önce yazılmıştı ve pek çok Avusturyalı seçimden önce Kresky’nin partisinin salt çoğunluğunu kaybedeceğini ve iktidara gelebilmek için Friedrich ile koalisyon hükümeti kuracağını düşünüyordu. Lingens’in sert eleştirileri bundan kaynaklanıyordu. Mahkeme bu nedenle dava konusu yapılan ifadeleri seçim sonrası siyasi ortamı göz önüne alarak değerlendirmiştir.

Mahkeme ayrıca maddi olaylarla, değer yargıları arasında bir ayırım yapmayı zorunlu görmüştür. Değer yargılarına ilişkin olarak ispat şartının yerine getirilmesi imkansızdır. Dolayısıyla böyle bir yükümlülük getirilmesi sözleşmenin 10. Maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurur.

Mahkeme derginin toplatılması ayrıca ele alınmıştır. Dava konusu makaleler dava sonuçlanıncaya kadar zaten büyük oranda okuyucuya ulaşmış ve aleniyet kazanmıştır. Dolayısıyla yazara verilen ceza aslında yazarın kendisini ifade etmesini engellememişti. Ancak gene de bu tür cezalar, yazarları gelecekte bu tür eleştiriler yapmaktan vazgeçirebilecek bir sansür niteliği taşımaktadır. Böyle bir durum ise basının bilgi edinme ve kamu denetçisi görevini yerine getirme fonksiyonlarını güçleştirecek niteliktedir.

Mahkeme yukarıda sayılan nedenlerle Lings'e verilen cezanın onun ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğu ve önlemin güdülen amaçla orantısız olduğu için 10. Maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

Yine AIHM'si konu ile ilgili **Oberschlick v. Avusturya** davasında da aynı yorum tarzını sürdürmüştür. Ayrıca benzer bir durum ve benzer bir yaklaşım **Feldek v. Slovakya** davasında da benimsenmiştir.

- Dini inançlar

Bu alt kısımda, Tanrıya, dine ya da kutsal sayılan kişi yada nesnelere yönelik aşağılayıcı, hakaretamiz ve hafife alıcı ifade açıklamalarıyla, bu açıklamaların başkaların şeref ve itibarını korumak için sınırlandırılması arasındaki ilişki incelenecektir. Strazburg organları dine hakaret unsuru içeren düşünce açıklamalarının başkalarının şöhret ve haklarını korumak için sınırlandırılabilmesini kabul etmiştir. Mahkeme bu kararı verirken özellikle Tanrı ve dini inanç hakkında iftira ve hakaret etmeden dolayı verilen mahkumiyetlerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusu üzerinde durulmuştur. Bu tür davalarda genelde Sözleşme organları taraf devletler lehine karar vermiştir. Örneğin **Otto-Preminger Institute v. Avusturya davası**na bakalım. Avusturya yasalarına göre özel bir dernek olan başvuran OIP herhangi bir kar amacı gütmeyen görsel-işitsel medyada eğlenceyi, diyalogu ve yaratıcılığı geliştirmeyi amaçlıyordu. Bu derneğin faaliyetleri arasında film gösterimleri de yer alıyordu. Dernek, 13 ve 19 Mayıs 1985 tarihleri arasında 6 filmi gösterime sokacaktı. Bu filmler bir bültenle derneğin 2.700 üyesine duyurulmuş ve ayrıca ilan panolarında da filmlerin reklamı yapılmıştı. Filmlerden biri 1895 yılında Oskar Panizza

tarafından yazılan ve dine karşı suç olduğu gerekçesi ile yasaklanan bir kitabın filme aktarılması ile ilgiliydi. Kitap Almanya'da yasaklanmış olmasına rağmen, başka yerlerde basımına devam edilmişti. 17 yaşından küçüklerin izlenmesinin yasak olduğu 'Cenneteki Konsey', adlı filmde şu sahneler yer almaktaydı: Musevi dininin, Hıristiyan dininin ve İslam dininin tanrısı, açıkça bunamış bir ihtiyar adam olarak, kendisine güçlü bir öpücükle karşılık veren şeytanın önünde secde etmektedir. Bakire Meryem, kendisine müstehcen bir hikaye anlatılmasına izin vermekte ve bunun üzerine kendisi ile şeytan arasında erotik bir gerilim yaşanmaktadır. İsa peygamber ise, 'çok yüksek seviyede zeka geriliği olan biri' olarak sunulmaktadır. Film bütünüyle şeytanı yüceltmektedir. Kurum kendisine üye olan binlerce üyesine bir veri bülteni dağıtmış ve bu filmin nerelerde ve ne zaman dağıtılacağını duyurmuştur. Bu film, görevli bir hakim huzurunda, özel bir seansta gösterilir. Savcı filmin Basın Kanunu'nun 36. Maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle geri çekilmesi için başvuruda bulunur. Savcının bu başvurusu aynı gün yerel mahkeme tarafından uygulanır. Başvuran bu uygulamaya karşın temyize gitmesine rağmen, Temyiz Mahkemesi sanatsal ifade özgürlüğünün mutlak bir özgürlük olmadığını belirtip bu hakkın başkalarının dini inanç özgürlüğü ile sınırlandığı gerekçesiyle başvuruyu reddeder. Hükümet mahkeme aşamasında, filme el konulmasının başkalarının haklarının, özelliklere de dini duygulara saygı hakkının korunmasını ve kamu düzeninin sağlanmasını amaçladığını ileri sürdü. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu dava önüne geldiğinde 10. Maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Bu kararı verirken çeşitli gerekçelere dayanmıştır. Mahkeme ilk olarak, 10.maddenin ikinci fıkrasının ödev ve sorumluluklar yüklediğini belirterek bunların içine, dini kanat ve düşünceler bağlamında, başkalarını sebepsizce rencide eden insanlığın ilerlemesinde hiçbir katkıda bulunmayacak ifadelerinde dahil edilebileceğini söylemiştir. Mahkemeye göre, müdahale güdülen amaçla orantılı olmak şartıyla, bazı demokratik toplumlarda, kutsal sayılan nesnelere karşı hakaretimiz saldırıları yaptırma bağlamak, hatta önlemek zorunlu sayılabilir. Mahkeme ikinci olarak, genel ahlak konusunda olduğu gibi dinin önemi konusunda da ortak bir Avrupa din anlayışının olmadığını vurgulayıp, taraf devletlerin dine hakaret içeren ifadeleri sınırlamada daha geniş ulusal takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp Sözleşme gereğince yürütülen denetimle atbaşı gitmektedir. Mahkeme üçüncü olarak, sinemaya girişin belli bir ücrete ve yaş haddine bağlı olsa da, filmin reklamının yaygın bir şekilde yapılmış olduğuna, dolayısıyla gösterimin, yeterince bilgilenen kamuyu rencide edebilecek ölçüde aleniyet derecesine ulaştığına işaret etmiştir. Filmi izleyen mahkeme yargıçları, filmin içeriğinin Avusturya yargı makamlarını haklı çıkardığını düşünmektedirler. Filme el koyduran Avusturya makamları, bölgedeki dinsel barışı korumak

ve bazılarının dinsel duygularının haksız ve rencide edici bir biçimde saldırıya uğramasına engel olmak amacıyla hareket etmişlerdir. Mahkemeye göre, uluslararası hakimden daha elverişli konumda olan ulusal makamlar, belli bir zamanda ve yerel koşullarda bu tür önlemlerin gerekliliğini daha iyi takdir edebilirler. Bu nedenle mahkeme, Avusturya ulusal takdir marjlarını aştıklarını düşünmemektedirler.

- Resmi Sıfatı Bulunanlar Hakkında Yapılan Açıklamalar

İfade özgürlüğünün başkalarının itibarının korunması için sınırlandırılması durumunda, itibar kırıcı olduğu iddia edilen söylemlerin kime yöneldiği konusu önem arz etmektedir.

- Siyasi Organlar

Demokrasinin açıklık rejimi olmasından dolayı siyasal organlar aleyhine de bir kısım sert eleştiriler getirilebilmektedir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, siyasi eleştiri hakkı gerek siyasi kişiler gerek siyasi organlar yönünden, genel eleştiri hakkı dışında boyutlar ve nitelikler taşımakta olup siyasi eleştiri hakkının kapsamı daha geniş, sınırları ise daha dardır.

Demokratik bir toplumda, hükümet aleyhine yapılan sert yorumlar engellenmemelidir. **Castells'in İspanya aleyhine açtığı davada**, kendisi avukat olan Castells, Bask bölgesinin bağımsızlığını savunan bir siyasi partinin listesinden senatör olarak seçilmiştir. Haftalık olarak yayınlanan 'Punto Hora deEskalherria' adlı derginin 4-11 Haziran 1979 tarihli sayısında Muafiyet Rezaleti adlı bir makalede, Bask bölgesinde işlenen bir çok cinayet tanımlanmış ve bütün bunların arkasında sadece İspanya hükümetinin olabileceğini iddia etmiştir. Bunun üzerine, Castells hakkında hükümeti tahkir etmekten ceza davası açılmıştır. Yargılama sonucunda başvuran hükümeti hafif tahkirden bir yıl süreyle hapis cezasına mahkum edilmiş ve aynı süreyle kamu hizmetlerinden ve meslek icrasından mahrumiyetine karar verilmiştir. Mahkumiyet üzerine başvuran ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon üç'e karşı dokuz aile 10. Maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Komisyon incelemesi sırasında, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temeli olduğunun genel bir kural olarak kabul edildiğini düşünerek, bunun asıl rolü seçmenlerin görüş ve sorunlarının sözcülüğünü yapmak olan seçilmiş temsilciler için özellikle geçerli olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda komisyon, başvuruçunun aynı sözleri parlamentoda söylemesi durumunda, aynı sözlerin daha sonra basında yer alsa bile, mahkum edilemeyecek olmasını özellikle belirtmiştir. Mahkeme, özellikle seçilmiş bir temsilcinin ifade özgürlüğünün çok önemli olduğunu belirtmiştir. Hükümetle ilgili kabul edilebilir

eleştirilerin, özel bir şahsa, hatta bir politikacıya karşı yapılan eleştirilerden çok daha geniş bir alanı kapsadığını vurgulamıştır. İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemlidir.

Mahkeme, makalenin içeriğini incelemiş ve davacının 1977'den bu yana, Bask bölgesine birçok sadırı yapan suçluların, çeşitli aşırı örgüt üyelerinin dokunulmazlık gölgesi altında cezadan muaf bir şekilde yaşadıklarını duyurmakla yazısına başladığını, sonrasında, bölge insanını yakından ilgilendiren gerçekleri anlattığını ve yazının sonunda, Hükümeti ağır ithamlarla eleştirdiğine işaret etmiştir. Bu nedenle, Mahkeme, Hükümetin Castells'in iddialarının tam olarak doğru olmadığı ve bunların gerçekliğinin ispat edilemeyeceği yolundaki iddiasını ikna edici bulmamıştır. Mahkeme, davacıya iyi niyetini ispat etme fırsatı tanınmadığını belirtip demokratik bir toplumda bu toplumda yersiz olduğuna ve bu nedenle 10. Maddenin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir.

- Yargı Organı Mensupları

Kanunların uygulanmasında en üst konumda olan yargı mensuplarıdır. Nitekim bir yargı mensubunun önyargılı ve dayanaktan yoksun bir şekilde eleştirilmesi onun itibarını kolay bir şekilde zedeleyebilir. Ancak yine de yargı mensupları da diğer kişiler gibi kendilerine karşı yapılan eleştirilere karşı belli bir oranda hoşgörü göstermek zorundadırlar. Özellikle kamu yararını ilgilendiren konularla ilgili yapılan eleştirilerde, büyük bir hoşgörü ile karşılık vermelidirler. Nitekim mahkeme kabul edilebilir eleştiri sınırının, özel bireylere karşın, kamu görevlilerinin her düşünce ve sözlerini politikacıların yaptığı gibi gözetime açtıkları ve hareketlerini eleştirme noktasında politikacılar gibi değerlendirmeleri gerektiği söylenemez. Eğer kamu görevlileri görevlerini başarıyla yerine getirmek istiyorlarsa aşırı düzensizlikten arınmış bir kamuoyu denetimine tabi olmaları gerekmektedir. Bu yüzden görev halindeyken onları her türlü yıpratıcı ve aşağılayıcı sözlü saldırılardan korunması gerekmektedir.

Lesnik v. Slovakya davasında 1940 doğumlu Kosice de yaşayan başvuran Kosice Bölge Savcısına, kendisinin şikayetlerini kanunsuz olarak göz ardı ettiği, gücünü kötüye kullandığı, bu bağlamda rüşvet aldığı ve kendisinin telefonlarını izinsiz dinlettiğini iddia ettiği bir mektup göndermiştir. Daha sonra benzer bir mektubu Genel Savcıya da gönderir. Daha sonra bu mektuplar günlük bir gazetede yayınlanır. Bunun üzerine başvuran hakkında Ceza Kanununun 156. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre Kamu görevlilerine Hakareten dava açılır. Yargılama sonucunda başvuran 4 ay hapis cezasına çarptırılır.

Bu mahkumiyet üzerine başvuran bir kamu görevlisine hakareten dolayı mahkum edilmesinin 10. Maddenin birinci fıkrasına güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle Mahkemeye başvurur. Mahkeme rutin incelemesinde, başvuranın ifade özgürlüğüne kamu makamlarınca müdahale edildiğini ve bunun başkalarının itibarlarının ve haklarının korunması gibi meşru amaçlara yönelik olduğunu tespit ettikten sonra bu müdahalenin kanunla öngörülmediği şeklindeki başvuranın itirazını reddetmiştir. Daha sonra ise bu müdahalenin demokratik toplum için gerekli olup olmadığı konusunu incelemiş ve Slovak hükümeti tarafından yapılan müdahalenin Bölge Savcısının itibarını korumak için gerekli olduğu gerekçesiyle 10 maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.

Başka bir dava olan **Barford davasında başvuru** 1982’de, Gronland Dansk dergisinde 1981 yılında Gronland Yüksek Mahkemesi tarafından verilen ve yerel hükümetin Grönland’daki Amerikan üstlerinde çalışan Danimarkalılara uyguladığı verginin yasal olduğunu onaylayan kararı eleştiren bir makale yayınladığı için mahkum edilmişti. Makalede, yerel yönetimin davalı olduğu davaya bakan ve her ikisi de yerel yönetim tarafından atanmış meslekten olmayan hakimlerin tarafsızlığını sorguluyordu. Ayrıca başvuran makalesinde, meslekten olmayan hakimlerin, Danimarka anayasasına göre yetkilerinin olmadığını iddia etmiş ve bu hakimlerin kendi işverenine karşı açılmış bir davada ne kadar tarafsız olabileceklerini sorgulamıştır. Yapılan başvuru üzerine başvuru mahkum olmuştur. Strazburg organları ise ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermişlerdir.

D.Sırrın Korunması Sebebiyle İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili olarak Sözleşme de yer alan diğer bir sınırlama nedeni de sırrın korunmasıdır. Sırrın korunması nedeniyle Mahkemenin önüne gelen ilk dava **Goodwin v. Birleşik Krallık** davasıdır.

Bir gazeteciye haber kaynaklarını açıklama konusunda Mahkeme tarafından yapılan ihtar ve bu ihtara uymama nedeniyle verilen para cezasından dolayı Mahkemenin önüne gelmiştir.

Gazeteci olan William Goodwin, Tedra şirketinin yaşadığı sorunları anlatan bir yazıyı kaleme alır. Bu bilgilerin daha önce kaybolan gizlilik derecesindeki gelişim planı projesinden kaynaklandığı için yayımı durdurulur. Şirket, yüksek mahkemeden, başvuranın Mahkemeye Saygısızlık’a ilişkin 1981 tarihli kanununun 10. Maddesi çerçevesinde haber verenin kimliğinin açıklanması ve böylece şirketin kaybolan belgeleri geri alabilmesini sağlamak üzere bir dava

açabilmesi için başvuranın notlarının teslimi yönünde bir ihtar istemi kabul edilir. Ayrıca başvuran notları bildirmediği için beş bin pounda mahkum edilir.

Bu mahkumiyet kararı üzerine başvuran 10. Maddede düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurur. Komisyon kararında, gazetecinin kaynağını açıklamasına yönelik Mahkeme kararının gazeteciye kimliği belirsiz bir kaynaktan aldığı bilgileri açıklaması için baskı uygulandığını belirtmiştir. Bu durum başvuruçunun ifade özgürlüğünü sınırlamaktadır. Ayrıca böyle bir uygulama gazetecilere bilgi vermek isteyen kişilerin cesaretini kırmaktadır. Komisyon bilgi kaynaklarının korunmasının demokratik bir toplumda bekçi köpeği görevini yerine getirebilmesinin temel bir şartı olduğu kanaatindedir. Şayet gazeteciler bilgi kaynaklarını açıklamaya zorlanırlarsa bilgi edinmekte zorlanırlar ve bu da toplumun toplumsal konularla ilgili konularda bilgilendirilmelerini zorlaştırır. Bununla birlikte Komisyon, bilgi kaynaklarını mutlak olarak korumamakta, bazı hallerde bu kaynakları açıklamakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Komisyon'a göre toplumun veya bireyin hayati çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda gazetecinin bilgi kaynağını açıklaması gerekir. Mahkemede burada Komisyonun yorumunu benimsemiştir.

E.Yargının Bağımsızlığını ve Tarafsızlığını Sağlamaya Yönelik Sınırlama Nedeni

İfade özgürlüğü kişi ve toplum bakımından ayrıcalıklı bir konuma sahip olmakla birlikte bu özgürlük bir kısım nedenlerle sınırlanabilmektedir. Bu sınırlama nedenlerinden biri de yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olan sınırlama nedenidir. Diğer sınırlama nedenleri hem Avrupa Sözleşmesinde hem de insan haklarıyla ilgili diğer sözleşmelerde sınırlama nedeni olarak yer almasına rağmen, bu sınırlama nedeni sadece İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yer almaktadır. Ayrıca 10. Madde ile paralel yapıda olan 8, 9 ve 11 maddelerde de bu neden sınırlama nedeni olarak yer almamaktadır. Dolayısıyla AİHS'nin 10. Maddesini diğer İnsan Hakları Sözleşmeleri ile karşılaştırılmadığımızda daha sınırlayıcı olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü, AİHS'nde sınırlama sebepleri arasında sayılan yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığın sağlanması diğer sözleşmelerde yer almamaktadır.

Hukuk devleti düşüncesinin en büyük başarısının hakim kararlarında bağımsızlığının sağlanması olduğu belirtilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararlarına göre, yargının yasama ve yürütmeden ve taraflardan bağımsız olması, hakimlerin görevlerini yaparken emir ve talimat almamalarını ve hesap verme durumunda kalmamaları gerekir. Mahkeme, tarafsızlığı ise önyargı sahibi olmamak biçiminde tanımlamaktadır.

Yargı bağımsızlığı konusundaki tehlikeler devletten, taraflardan ve toplumdan kaynaklanabilir. Bu nedenle yasalarda yasama, yürütme ve yargı gücüne, medya ve topluma karşı güvenceler öngörülmüştür. Buna uygun olarak da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamak için ifade özgürlüğüne müdahale edilebileceğini düzenlemiştir. Adil yargılanma hakkı ile ifade özgürlüğünün çatışması durumunda ifade özgürlüğü adil yargılanmaya feda edilmektedir. Nitekim İngiltere, davalının haklarını öylesine korur ki, adil yargılanma hakkını halkın adalet sisteminde neler olduğunu bilme hakkının üstüne koyar. Fakat, ABD’de her iki hak da eşit konumdadır.

Weber v. İsviçre davasında Mahkeme gizliliği ortadan kalkmış olup kamuoyu için aleni hale gelmiş bilgilerin açıklanmasının soruşturma yapan hakimler üzerinde bir baskı oluşturmayacağı ve bu bilgilerin açıklanmasının soruşturma yapan hakimler üzerinde bir baskı oluşturmayacağı ve bu bilgilerin tekrar açıklanmasının yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar vermeyeceğine dolayısıyla bu açıklamaların sınırlandırılmasının demokratik bir toplum için gerekli olmadığına karar vermiştir. Söz konusu davada, 1980 yılında L’ Est gazetesinde okuyucu mektupları köşesinde, RM tarafından, ‘Franz Weber Sizi Aldatıyor’ başlıklı bir okuyucu mektubu yayınlanır. Bu okuyucu mektubunda başvuru hakkında bir kısım usulsüzlük iddialarında bulunulmuştur. Bunun üzerine başvuran RM aleyhine hakaret davası açar. Yargılama sonunda RM Ceza Kanununun 174. Maddesine göre hakareten suçlu bulunur.

Başvuran Lausanne’de yaptığı basın toplantısında kamuoyunu R.M’ye karşı açtığı hakaret davası konusunda bilgilendirir. Bunun üzerine başvuran hakkında yargılamanın gizliliğini ihlal ettiği gerekçesi ile dava açılır. Başvuran, Avrupa Sözleşmesinin 6. Ve 10. Maddesine dayanarak yargılamanın gizliliğini herhangi bir şekilde ihlal etmediğini iddia eder. Başvuran basın toplantısında açıklanan bilgilerin 10 ay önce yaptığı başka bir basın toplantısındaki bilgilerden çok farklı olmadığını ve bu açıklamadan dolayı herhangi bir cezai takibata uğramadığını belirtmesine rağmen yargılama sonucunda suçlu bulunur. Mahkemeye göre, daha önce yapılan basın toplantısında açıklanan bilgiler zaten herkes tarafından bilinmektedir. Ancak soruşturmanın gizliliğini ihlal, gizli kalması gereken bir bilginin açıklanması olduğu için bunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Bunun üzerine başvuran Sözleşmenin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkıyla birlikte, 10 maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyon’a başvurur. Komisyon oybirliği ile başvuranın ifade özgürlüğü ihlal

edildiği için davanın kabul edilebilirliğine karar vermiştir. Komisyon'a göre, başvuruçunun kendisiyle ilgili olan yargılama süreci hakkında ifade özgürlüğü hakkının yanı sıra kamuoyunun da bu konu da bilgilendirme hakkı bulunmaktadır. Üstelik kamuoyunun bildiği konuların açıklanması sebebiyle başvuranın cezalandırılması demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamamaktadır.

Mahkeme de Komisyon gibi oybirliği ile başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararını verirken özellikle başvuranın basın açıklamasındaki bilgilerin kamuoyu tarafından zaten biliniyor olması üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre, başvuranın bu basın toplantısında açıkladığı bilgiler 10 ay önceki açıkladığı bilgilerden herhangi bir ayrılık arz etmemektedir. Başvuran sadece ek olarak, bu basın açıklamasında reddi hakim talebi ve yargıç hakkındaki şikayetçi olmak üzere iki yeni bilgi eklemiştir. Oysa bu bilgiler kamuoyu tarafından zaten bilinmektedir. Dolayısıyla bu bilgiler sır olmaktan çıkmıştır. Mahkeme, taraf devlet tarafından ileri sürülen, İsviçre hukukuna göre soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun gerçekleşmesi için gizli kalması gereken bilgilerin açıklanmasının yeterli olduğu ve bu bilgilerin kamuoyu tarafından önceden bilinip bilinmemesinin sadece cezanın miktarı yönünden etkili olduğu yönündeki görüşleri kabul etmemiştir.

Mahkeme ikinci olarak, İsviçre Hükümeti'nin başvuranın beyanlarının soruşturmayı yürüten hakim üzerinde baskı kurma amacı olabileceğini ve hatta soruşturmanın tam yürütülebilmesi açısından önyargıya mahal vereceği yönündeki iddiasını da kabul etmemiştir. Mahkeme, basın açıklamasının yapıldığı zaman, soruşturmanın hemen hemen tamamlanma aşamasına geldiği üzerinde durup soruşturmayı etkileyecek bir girişimin bu zaman itibarıyla çok geç olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme yukarıda bahsedilen iki temel nedenden dolayı başvurana uygulanan cezanın demokratik toplum için gerekli olmadığını belirtip ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ayrıca mahkeme bazı durumlarda AİHS 10'uncu maddesinde geçen 'Kamu düzenini korumak', 'Suç işlenmesini önlemek', 'Hapishane düzenini korumak' ve 'Askeri düzeni korumak' amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini öngörmüştür.

6. TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ PROBLEMLERİ

- Ulusal Güvenlik ve Toprak Bütünlüğünü Korumak Amacıyla İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

İç güvenlikle ilgili Mahkeme önüne gelen davaların çoğunlukla davaların çoğunlukla terör olaylarının en yoğun şekilde yaşandığı İspanya, İngiltere ve Türkiye ile ilgili olduğunu söyleyebiliriz. İfade özgürlüğünün ihlali nedeniyle AİHM'nin önüne giden Türkiye davalarının hemen hemen hepsi Güneydoğuda var olan terör olaylarından kaynaklandığı ileri sürülen davalardır. Mahkeme ulusal güvenlikle ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi incelerken ilkin ulusal güvenlik için tehlike oluşturduğu iddia edilen ifadenin içeriğinin gerçekten ulusal güvenlik için tehlike için oluşturup oluşturmadığını incelemekte, şayet ulusal güvenlik için herhangi bir tehlike olmadığına karar verirse sınırlamanın demokratik toplum için gerekli olmadığı için 10. Maddenin ihlal edildiğine karar vermektedir. Fakat ifadelerin ulusal güvenlik için tehlike oluşturduğunu düşünüyorsa, bu kararından hemen sonra 10. Maddenin ihlal edilmediği nedeni ile davayı reddetmemekte, bu ifadelerin kim tarafından, hangi ortamda, hangi yayın aracı ile dile getirildiğini inceleyerek karar vermektedir. Mahkeme toplumda etkili bir kişi tarafından dile getirilen ifadenin etkisi ile sıradan bir vatandaş tarafından dile getirilen ifade arasında ya da küçük bir topluluğa yapılan bir söyleşi ile daha büyük bir kitleye yapılan konuşma arasında ya da küçük bir bültende bir ifadenin dile getirilmesi ile ulusal bir gazetede açıklanması arasında ulusal güvenliği tehdit edip etmemesi bakımından fark görmektedir. Şimdi AİHM'nin ifade özgürlüğü ile ilgili Türkiye hakkında verdiği bazı kararlara bakalım.

- İfadenin içeriği

Mahkeme **Ceylan Kararında**, Petrol İş eski başkanı olan başvuru sahibinin haftalık bir dergide yayınlanan ve kürt halkının Türkiye'de baskı altında tutulduğunu, öldürüldüğünü ve susturulduğunun belirttiği makalesi nedeni ile İstanbul DGM tarafından yargılanarak TCK 312/2..maddeden mahkum edilmesini ifade özgürlüğü bakımından değerlendirirken, Ceylan'ın söz konusu yazıyı Türk siyasi hayatındaki bir kişi olarak sendika temsilcisi sıfatıyla yazdığını, yazının siyasi bir konuşma olduğunu, söz konusu makalenin keskinliğine rağmen şiddet kullanılmasını veya silahlı mücadeleyi veya ayaklanmayı teşvik etmediğini belirtilerek Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme, bunların yanı sıra, başvuranın sendika lideri ve bir siyasetçi olarak yazdığını ve bu makaledeki sert üsluba rağmen, makalenin şiddeti, silahlı direnişi ya da isyanı teşvik etmediği üzerinde durmuştur.

Ayrıca, Mahkeme, başvurana verilen cezayı oldukça ağır bulmuştur. Verilen bu ceza nedeniyle, başvuran, sendikadaki işini kaybetmenin yanında, bazı siyasi ve medeni

haklarından da mahrum kalmıştır. Sonuç olarak, mahkeme, ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile başvurana verilen ceza ile ulaşılmak istenilen amaç arasında orantı olmadığına ve yapılan müdahalenin demokratik bir toplum gereklerine uygun olmadığı kanaatine varmış ve bu nedenle sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İncal/Türkiye davasında, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir partinin il teşkilatı yönetim kurulu üyesi tarafından, partinin il teşkilatının, yoksul insanların yaşadığı bir alanda güvenlik birimlerince alınan önlemleri eleştiren bir bildiri dağıtma kararı alması üzerine, hazırlanan bildiride “belli bir etnik grubun şehirden uzaklaştırılmak istendiği, bu kişilerin doğum yerlerine dönmeye zorlandığı, kamu makamlarının söz konusu etnik grubun sosyal hayattan dışlanması gerektiğine ilişkin propaganda yaptığı” ifade edilmiş ve bu uygulamalara karşı direniş çağrısı yapılmıştır. Bildiri savcılıkça toplatılmış ve bildiriye hazırlayan kişi, devleti terörist olarak tanımladığı, vatandaşlar arasında ayrımcılık yaptığı gerekçesi ile “halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve yasa dışı metotlar kullanmayı teşvik etmekten” dolayı hapis cezasına mahkum edilmiştir. Divan, bildirinin mahalli idarenin özellikle sokak esnafına karşı almış olduğu bazı tedbirleri eleştirmekte olduğu, olayın geçtiği şehrin halkını ilgilendiren gerçek olaylara dayandığı, uygulamalara karşı direniş çağrısı yapılmasının şiddet içermediğini belirterek ifade özgürlüğünün cezai tedbirle sınırlandırılmış olmasının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu kararını vermiştir.

Polat/Türkiye davasında, Türkiye’deki kürt hareketleri ile ilgili tarihi olayları destan formunda kaleme alan ve bir hapisanede mahkumların hayatıyla ilgili gerçeklere ve uygulandığı iddia edilen kötü muamelelere yer veren bir kitap yayınlanması üzerine kitap toplattırılmış ve yazara hapis cezası verilmiştir. Olayı değerlendiren Mahkeme, kitabın Türk tarihinin bazı olayları hakkında yorumlar getirdiği, fikirlerin medya aracılığı ile açıklanmamış olmasının ülkenin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki etkisini ciddi olarak azalttığı, kitaptaki bazı bölümlerde Türk yetkililere ciddi eleştiriler getirilmekte ve kitap düşmanca bir üslupla kaleme alınmış olmakla birlikte, kişilere, şiddet, silahlı karşı koyma ve isyan çağrısı yapılmadığı, ele alınan olayların çok uzun bir süre önce gerçekleştiği tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edilmesine karar vermiştir.

Karataş/Türkiye davasında bir psikologun yayınlamış olduğu şiir kitabında devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücülük propagandası yapmak suçu işlediği gerekçesiyle şiir kitabı toplattırılmış, şair ve yayıncı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, şiirlerdeki bazı pasajlar saldırgan bir dille kaleme alınmış olmakla ve şiddet çağrısı

yapmakla birlikte, fikirlerin sanatsal nitelik taşıyan bir yolla aktarılması ve etki alanının çok az olmasının bir isyan veya ayaklanma ihtimalini azalttığını, mahkumiyet kararının şiirlerin kişileri şiddete teşvik ettiği için değil, Türkiye'nin belli bir kesimine kürdistan diye referansta bulunularak ve ayrılıkçı hareketi överek kutsallaştırmak suretiyle bölücü propaganda yapmaktan dolayı verildiği, verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.

- Açıklamanın yapıldığı Yayın aracı, Yapıldığı Ortam ve Zaman

1.Yayın Aracı

Gerek mahkeme gerek Komisyon, açıklamanın hangi yayın aracı ile yapıldığını, bu aracın doğuracağı etki bakımından kararlarında göz önünde bulundurmıştır. Bir açıklamanın daha dar bir alanda dağıtılan bir dergi ile ulusal çapta bir gazetede ya da radyo-televizyonda yapılması arasında açık bir ayrılık görülmüştür. Yayın geniş bir alanı etkisine alacak nitelikte ise bu yayının denetlenmesi konusunda taraf devlete geniş bir takdir yetkisi verirken, şiir ya da kitap gibi edebi bir eser ile dile getirilen ya da daha küçük bir alanda dağıtılan yayının denetlenmesi konusunda daha dar bir yetkisi vermektedir.

Arslan/Türkiye davasında, Türkiye'de var olduğu ileri sürülen kürt probleminin çözümü ile ilgilenen ve daha sonra öldürülen kürt kökenli bir politikacı-yazar tarafından yazılan önsözü içeren kitabın ilk baskısı, Türkiye'de birden fazla ulus olduğunu ve kürtlerin devamlı olarak baskı altında tutulduğu iddiasında bulunulması, Türk ulusunun barbar olarak nitelendirilmesi ve terör örgütünün faaliyetlerinin kutsallaştırılmasından dolayı toplattırılmış, yazarı da bölücü propaganda yaptığı gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmıştır. Hapis cezasının kanuni dayanağını oluşturan ceza normunun yürürlükten kalkmasıyla verilen hüküm ortadan kalkmıştır. Ancak kitabın ikinci baskısının yapılması üzerine başka bir ceza normuna dayanılarak halkı devlete karşı ayaklanmaya teşvik ederek devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yaptığı gerekçesiyle kitap toplattırılmış, yazarına da hapis cezası verilmiştir. Olayı inceleyen Divan, kitabın tarihi gerçekleri taraflı olarak tanımladığını, ancak yazarın fikirlerini, özel bir şahıs olarak, yazılı medya yerine edebi bir eser ile dile getirdiğini, bu yöntemin açıklanan fikirlerin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki negatif etkisini büyük ölçüde azalttığını, kitabın bazı kısımlarında yer alan açıklamaların, Türk halkı hakkında oldukça negatif bir resim ortaya koymak ve düşmanca bir üslupla kaleme alınmış olmakla birlikte, açıklanan fikirlerde şiddete, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvik olmadığının tespitini yaparak verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasında

orantılılık olmadığından ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığı, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

2.Açıklamanın Yapıldığı Yer ve Zaman

AİHM terör olayları dolayısıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili olaylar önüne geldiğinde, yapılan açıklamanın hangi zamanda ve nerede yapıldığına da bakarak kararını vermektedir.. Açıklanan terör olaylarının yaygın olarak yaşandığı bir bölgede, bu olayların en sıcak hissedildiği bir zamanda yapılmış ise ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekli olduğuna karar vermiştir.

Sürek/Türkiye davasında, haftalık bir derginin, bazı eski milletvekillerinden oluşan bir grubun terör olaylarının yoğun olarak yaşandığı bir bölgede gerçekleştirdikleri ziyaretler üzerine düzenledikleri basın toplantısında açıklanan bilgilere yer verirken, terörle mücadelede görev yapan emniyet müdürünün ve jandarma komutanının adını da yayınlaması üzerine, yayın terörle mücadele eden görevlilerin kimliklerini açıklayarak hedef halinde getirme olarak değerlendirilerek derginin sahibi para cezasına çarptırılmıştır. Olayı değerlendiren Divan, haberde yer alan bilgilerin, emniyet müdürünün ve jandarma komutanının söylediklerinin aktarılması olduğunu, yetkilerin kötüye kullanılması durumunda toplumun kötüye kullanılan yetkinin içeriği ile birlikte, yetkilerini kötüye kullanan kişilerin isimlerini de bilme hakkı olduğunu, haberin diğer gazetelerde de aktarılmış olması dolayısıyla yeni bir bilgi içermediğini ve aynı haberden dolayı diğer gazeteler hakkında herhangi bir işlem yapılmadığı tespitini yaparak ifade özgürlüğüne müdahalenin Sözleşmenin 10'uncu maddesinin ihlali olduğu hükmünü vermiştir.

3.Açıklamanın yapıldığı ortam

Mahkeme, ifade özgürlüğünün ulusal güvenlik amacı ile sınırlandırıldığı durumlarda, yapılan açıklamanın nerede ve ne zaman yapıldığının yanı sıra yapılan ortamı da dikkate almıştır.

Gerger/Türkiye davasında, daha önce idam edilen bir kişiyi anma törenine davet edilen, ancak bu davete icabet etmeyen bir gazetecinin gönderdiği mesajın anma töreninde okunması nedeniyle, mesajı gönderen gazeteci “toplumun ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda yapmak” suçundan dolayı hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Olayı inceleyen Mahkeme, sayısı sınırlı bir katılımcı grubuna okunmuş bir mesajın ulusal

güvenlik, kamu düzeni ve ülkenin toprak bütünlüğü için oluşturduğu potansiyel tehlikenin oldukça sınırlı olduğu, mesajda, karşı koyma, mücadele ve bağımsızlık gibi kelimeler kullanılmış olmakla birlikte, şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana teşvik olmadığı, mesaj sahibine verilen cezanın oldukça ağır olduğu tespitini yaparak, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığı, dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir.

SONUÇ

İfade özgürlüğü geçmişte ve günümüzde en çok tartışılan konulardan biridir. İfade özgürlüğünün ne anlama geldiği, neleri kapsadığı, ne zaman korunması gerektiği vs. hep tartışılmıştır. Bütün ifadeler herhalde korunacaktır diye bir şey olmamasına rağmen, ifade olarak tanımlanamayan bir olgu da ifade özgürlüğü kapsamına girmeyecektir. İfade kavramı üzerine konuşulduğunda, bir ifade türünün korunması için hangi nitelikte olması gerektiği sorulduğunda, sözlü ya da yazılı ifadenin yanında sanatsal, eylemsel ve sembolik ifadeden bahsedilmektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İfade Özgürlüğünü mutlak bir hak olarak algılamayıp belirli nedenlerle sınırlandırabileceğini kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğü ile ilgili birçok karar vermiştir. Çoğunlukla da ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM Türkiye hakkında da verdiği birçok kararında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM verdiği kararlarda meşru amaç, demokratik toplum düzeni ve kanunla öngörülme ilkesini göz önünde bulundurmıştır.

KAYNAKÇA

- 1- GÜRAN., Sait., ‘‘Özel Yaşam ve İfade Özgürlüğü’’, Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 2000.
- 2- MİLL, John Stuart., Hürriyet Üstüne,
- 3- ŞAHİN, Kasım., İfade Özgürlüğü., Kasım 2005
- 4- YETİK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü Kavramı., www.ailevadisi.net

5- ZWAAK, Leo., KARAGÖZ, Kasım., ŞAHİN, Kemal., TÜMAY, Murat., ‘‘Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması’’ Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, Mayıs 2013.

