

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA DÜŞÜNCEYİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI VE TÜRKİYE KARARLARI

Doç. Dr. Işıl ÖZKAN*

Giriş

Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme 4 Kasım 1950'de Roma'da imza edilmiş ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmıştır (1).

Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme genel bir hürriyetleri sınırlama maddesi ihtiva etmemektedir. Aksine her hürriyet için farklı sınırlama koşullarını içermektedir. Örneğin "toprak bütünlüğünün korunması", (territorial integrity) diğer maddeler bakımından değil, onuncu maddedeki hürriyetlerin sınırlanması bakımından söz konusudur.

Sözleşme, yaşama hakkı, işkence, insanlık dışı veya küçültücü muamele, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, özel hayat ve aile hayatı ve haberleşme gizliliği, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, evlenme ve aile kurma hakkı ve ayırım yapma yasağı gibi temel özgürlükleri düzenlemiştir. Sözleşmeye ek protokollerle mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, seçim

(*) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) R.G.19.3.1954, No: 8662 Düstur 3 T c 35, s.1567

hakkı (1 nolu protokol), borçtan dolayı hapis cezası verme yasağı, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, vatandaşı sınır dışı etme yasağı, yabancıları toplu sınır dışı etme yasağı (4 nolu protokol), ölüm cezasının kaldırılması (6 nolu protokol) sınır dışı edilmede yasal güvenceler, kanun yollarına başvuru hakkı, adli hata, çifte yargılama yasağı, karı koca eşitliği (7 nolu protokol) gibi başka haklar sözleşmeye eklenmiştir.

Başlangıçta bireysel başvuru sözleşmenin 25. maddesine göre bu hakkın tanınması ile gerçekleşiyordu. Türkiye 28 Ocak 1987'de bu hakkı tanıdı ve 22 Ocak 1990'da divanı zorunlu yargı yetkisini kabul etti. 11 nolu protokolden önce Komisyondan geçmeden Divana götürülmesi olanağı yoktu dava ya taraf Devletler yada Komisyon tarafından Divana götürülüyordu. 9. protokole taraf olan Devletler bakımından 1 Ekim 1994'te protokolün yürürlüğe girmesinden sonra bireysel başvuruda bulunanın da Divana gitmesi olanağı sağlanmıştır. 11 nolu protokol ile 9 nolu protokol yürürlükten kaldırılmıştır.

11 nolu protokol ile Komisyon kaldırılmış ve İnsan Hakları Mahkemesi dava konusu olayların üzerinde tek yetkili olmuştur yine bu protokol ile kişisel başvurunun kabulü otomatik hale getirilmiştir. Avrupa Konseyi ve Sözleşmeye üye olan her devlet kişisel başvuruyu kabullenmiş olacaktır. Her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi gurupları mahkemeye başvurabilir. (34. madde) Bu kişilerin vatandaş olma koşulu da yoktur. Kendisine karşı başvuru Devlette ikamet ediyor olması yeterlidir. Ancak İç Hukuk yollarının tüketilmesi ve kesin karardan itibaren 6 aylık süre içinde mahkemeye başvurulması gerekmektedir (35 madde). 11 nolu protokol 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmiş ve mahkeme devamlı bir hal kazanmıştır. Bundan önce açılan davaların mahkemeye intikali 19. maddeye göre Komisyon tarafından eski 32/1 ve 47. maddeye göre olmaktadır.

Türkiye açısından kişisel başvuruya en fazla konu olan maddelerden biri düşünciyi ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin 10. madde olmuştur. Türkiye'de yürürlükte olan mevzuat ve İnsan Hakları

Sözleşmesinin 10. maddesinde belirtilen özgürlüğün sınırlama nedenleri arasındaki çelişki halen devam etmekte ve Türkiye pek çok davada 10. maddenin ihlali nedeniyle cezalandırılmaktadır.

Bu nedenle uygulamacılara yol göstermek umuduyla İnsan Hakları Mahkemesinin düşünceyi ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin kıstaslarının genel olarak ve Türkiye ile ilgili davalar bakımından incelenmesi gereği duyulmuştur:

İncelememizde önce genel olarak düşünceyi ifade ve basın özgürlüğü daha sonra bu özgürlüğe getirilen sınırlamalar ve son olarak Türkiye'ye karşı açılan davalardan önemli olanları incelenecektir.

I- DÜŞÜNCE VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Düşünce ve ifade özgürlüğü uluslararası insan hakları belgelerinde korunan birinci kuşak haklardandır. Medeni ve Siyasal haklar ya da klasik haklar olarak adlandırılabilir (2). Düşünceyi ifade özgürlüğü 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinde (11. madde) İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde (19. madde), Birleşmiş Milletler Siyasal Haklar Sözleşmesinde (1966) (19. madde) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (9. ve 10. madde) koruma altına alınmıştır.

9. MADDE

Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

(2) Gemalmaz, Mehmet Semih, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3.Bs. Beta Basım A.Ş. İstanbul, 2001 s. 536.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü; ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

10. MADDE

İfade Özgürlüğü

1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir (3).

AIHS'nin 9. maddesi düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenlemektedir. Bu maddedeki düşünce, vicdan ve inanç felsefi öğreti bütünlüğüne sahip bir inanç anlamındadır. 10. madde ise anlamı ve kapsamı daha geniş olan kanaat veya görüş (Opinion) yani bilgilenme sonucu elde edilen kişisel kanı, düşünce ve değer yargısına varma tarzı ile ilgilidir. 8, 9. ve 11. maddeler Lex Specialis olduğu halde, 10. madde diğerlerine nazaran Lex Generalis teşkil etmektedir. Yine de bu hükümler arasındaki anlam, kapsam ve içe-

(3) Madde başlıkları 11. Protokol ile eklenmiştir.

rik farkını belirgin bir çizgi ile ayırmak güçtür (4). Komisyon bir din kurumu olan Siontoloji Kilisesi tarafından yapılan ticari reklam ilanının hükümetçe yasaklanması olayında 9. ve 10. maddelerin birlikte ihlali iddiasında, olayın 9. madde kapsamı dışında kaldığı ve daha geniş bir koruma sağlayan 10. madde düzeyinde ele alınabileceğini belirtmiştir (5).

Komisyon ve mahkeme 10. maddenin genel nitelikte olduğunu, 8. ile 11. maddeler arasında yer aldığını, diğer maddelerin Lex Specialis olarak uygulanacağını kabul etmektedir (6). Komisyon Arrowsmith davasında askerleri Kuzey İrlanda'da görev kabul etmeye cesaretlendiren bir bildiri dağıtımının 9. madde değil ondan daha geniş olan 10. maddenin şemsiyesi altında korunacağını kabul etmiştir (7). İfade özgürlüğünün söz konusu olduğu halde öteki maddeler aracılığıyla değil, doğrudan 10. madde düzeyinde çözüm aramak gerekir.

A- KAPSAM ve İÇERİĞİ

AİHS'nin 10. maddesindeki anlatım (ifade özgürlüğü) (freedom of expression) her türlü kanı (opinion) oluşturmayı, her türlü bilgi, (information) almayı ve yaymayı (communication) içermektedir. Düşüncenin (idea) anlamı vardır. Özel değil nesnel bir yaklaşım söz konusudur. Bilgi ise haber, bildirim, açıklamaya kadar pek çok ayrımı kapsamaktadır. 10. madde bu üç temel kavramı tam bir serbestlik içinde kullanılmasını içeren bir özgürlüğü tanımlamaktadır (8).

(4) Gölcüklü, Feyyaz-A.Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Bs. Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, s. 317.

(5) Pastor, Xetç-v İsveç, 5.5.1979 No: 7805-77, DR, 16 p.68 (72)

(6) Gomien Donna, David Harris, Leo Zwaak Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, 1996. s. 278-279.

(7) Comm. Report, 12.10.1978, DR 19 p.5 (20)

(8) Akıllıoğlu, Tekin, İnsan Hakları (I), AISBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:17, Ankara, 1995. s.181.

10. madde söz ve açıklama özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek serbestisini içermektedir. Bu sayım sınırlı değildir. Sözleşmenin 8.,9.,11. maddeleri ile 1 nolu protokolün 3. maddesinde söz ve kanaat hürriyetinin çeşitli kullanım şekilleri yer almaktadır. Bu özel hallerde 10. madde değil, Lex Specialis teşkil eden ilgili hükümler uygulanacaktır (9).

Düşünce insanın iç dünyasında kaldığı ve dışa yansımadağı sürece hukuki bir düzenleme konusu olmaz. Düşünce özgürlüğü aslında düşüncenin açıklanması özgürlüğüdür. Bunun için bireyin düşünceyi oluşturabilme imkanlarına da sahip olması gerekir. Düşünce politik hayata ilişkin olabileceği gibi yaratıcı, artistik ve bilimsel menfaatlere ilişkin de olabilir. Bu özgürlük sadece düşünce ve kanaatin açıklanmasını değil, aynı zamanda başkalarını ikna etmek için propaganda yapılmasını da kapsar. Demokratik toplumlarda propaganda politik iradenin oluşturulmasında kaçınılmaz bir hale gelmiştir (10).

Bir fikrin niteliği o fikrin öğretilmesi, yaygınlaştırılması veya propagandasının yapılması söz konusu olduğunda önem kazanmaktadır. Bazı fikirler ya da düşünceler bilgisel değerlendirilmesi yapıldıktan sonra yasaklanabilir. Bunun ölçütleri ise aynı konudaki bilgiye ters düşmesi veya açık bilgisine sahip olduğumuz bir insan hakkına ters düşmesidir (11).

Düşünme özgürlüğü, devlet gibi düşünmeme özgürlüğünü, kurulu düzeni sorgulamayı, kınamayı da içerir. Demokrasi kendine karşıt olan inanç ve görüşlere de yaşama hakkı tanıyan bir rejim-

(9) Gölcüklü, F.- A.Ş. Gözübüyük, a.g.e., s. 320.

(10) Toroslu, Nevzat, Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları, Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar, Hazırlayan Korkmaz Alemdar, AFA Yayıncılık A.Ş. Ankara 1999, s. 56-57.

(11) Küçürcü, İoanna, Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba? Düşünce Özgürlüğü "Düşünce" Hazırlayan. Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ARKİVİ Yayınları, 3, AFA Yayınları İSTANBUL 1998, s. 25-26.

dir, eğer demokrasi bu hoşgörüden yoksunsa bağımsızlık kazanamaz (12).

Diğer yandan düşüncenin açıklanmasının hukuken disiplin altına alınması gereği, özgürlüğün sağlanması ile bu amaçların kötüye kullanılmasına karşın etkili müdahale ihtiyaçlarının uzlaştırılmasını zorunlu kılmaktadır. Başkalarının düşünce özgürlüğüne, iyi niyetine, şerefine veya toplumun temel değer ve inançlarına saldırı niteliğinde olan durumların giderilmesi gerekmektedir. Bu dengeyi sağlamak için genel ölçüt, resmi makamların müdahalelerini mümkün olduğunca önlemek, müdahalenin gerektiği hallerde çabuk ve etkili şekilde bastırmak ve toplumun değer ve inançlarının sadece şiddete dayalı tahribine yönelik tahripleri bertaraf etmek olmalıdır. Düşüncenin doğrudan yayılması umuma açık toplantılar vasıtasıyla olabilirken, dolaylı yayılması basın, radyo ve televizyon gibi bazı araçlar vasıtasıyla da olmaktadır (13).

İfade özgürlüğü her türlü inanç, fikir ve düşüncenin açığa vurularak serbest bir tartışma ortamı kurulmasını amaçlar bu korumanın asıl hedefi siyasi düşünce ve fikirler alanıdır. Çoğulcu bir demokraside bazı grupların baskı altında tutulması demokrasinin gelişimini engeller (14).

Strasbourg organları devletin, kamu çalışanlarının ifade özgürlüğünü onların işiyle ilgili olması şartı ile sınırlayabileceğini kabul etmektedir (15). Engel ve diğerleri davasında mahkeme Hollanda Hükümetinin bazı üst düzey askerleri eleştiren yazıların dağıtımını yasaklamasını doğru bulmuştur (16).

(12) Selçuk, Sami, Düşünce Özgürlüğü, "Düşünce", s. 295.

(13) Toroslu, N. a.g.m. s.57-58.

(14) Ünal, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, TBMM Basımevi Müdürlüğü, Ankara, 1995, s.219.

(15) Gomian, D.-D., Harris, - L., Zwaak, a.g.e., s.295.

(16) 8.6.1976, Seri A, No:22, s.41 § 98.

Ticari amaçla fikir ve kanaat açıklamaları da 10. maddenin kapsamı içindedir (17). Düşünce ve kanaatin asıl önemi dış dünyaya aktarılması, açıklanması ile başlamaktadır. Duyurulmak istenen bilgi ve düşüncelerin alınması hükümetçe yasaklanmamalıdır (18).

Basın özgürlüğünün 10. maddede özel bir yeri vardır. Çünkü şikayetlerin önemli bir bölümü basın yoluyla ifade özgürlüğüne ilişkindir. Sunday Times davasında (19), Divan yayın yasağı konularak basının eli kolu bağlanmamalıdır, bilgi ve fikirleri öğrenmek kamunun hakkıdır, demiştir. Lingens olayında (20) politikacı hakkındaki eleştiri sınırının diğer bireylere oranla daha geniş olması gerektiğini, iddiaların doğruluğunu ispat yükünün itham eden kişilere yükletilmesinin dahi 10. maddeye aykırı olduğunu belirtmiştir.

Divan ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temelini oluşturduğunu, bireyin kendisini geliştirmesinin vazgeçilmez bir şartı olduğunu ve bu özgürlüğün yalnızca toplumda beğenilen fikir ve düşünceler açısından değil, toplumu sarsan ve şoka uğratan fikirler açısından da geçerli olduğunu tekrarlamaktadır (21).

Uydu aracılığıyla yapılan kodlanmamış, umuma yönelik, gizliliği bulunmayan televizyon yayınlarının alınmasını yasaklayan işlemler için de 10. maddenin hem gerçek hem tüzel kişi için geçerli olduğunu vurgulamıştır. 10. madde haberlerin yalnız içeriğini değil, bunların üretim ve alınması yol ve araçlarını da içermektedir (22).

Divan aynı özgürlüğü yazılı basın için de kabul etmekte, Oberschlick v Avusturya davasında (23), basın başkalarının onuru-

(17) Casado -Coca v İspanya, 24.2.1994, A 285 s.59, § 35-36.

(18) Leander v İsveç, 26.3.1987, A 116 s.29, § 74.

(19) 26.4.1979, BN. 6538/74

(20) 8.7.1986. Seri A No.103 s.26. § 26.

(21) Bkz, Ünal Ş, a.g.e., s.226.

(22) Autronic AG v İsviçre, 22.5.1990, A / 78 s.23. § 47.

(23) 23.5.1991, A 204, s.25-26 § 57.

nu korumak için konulan sınırları aşmamak şartı ile politik sorunlar ve genel yararı ilgilendiren diğer konularda haber ve düşünceleri iletmekle görevlidir denmektedir. Siyasi konuların serbestçe tartışılmasının sağlayacağı yarar dengelenmelidir (24). Divana göre hoşgörülebilir eleştiri sınırları kamusal kişi sıfatıyla hareket eden siyaset adamı için daha geniştir. Castels v İspanya davasında Bask Partisi adayı olarak seçilen Miguel Castells 1979 da bir dergide Bask kökenli vatandaşlara karşı saldırılar yapan silahlı gruplar hakkında kamuoyuna bilgi vermiş ve hükümetin bu durumdan sorumlu olduğunu yazmıştır. Castells hakkında soruşturma açılıp dokunulmazlığı kaldırılmış ve 1983'de 1 yıl hapse mahkum olmuştur Castells 1985'te komisyona başvurmuş ve komisyon 10. maddenin ihlal edildiği kararına varmıştır. Divana göre hükümetin eleştirilmesinde hoşgörü sınırı bireyin ya da politikacının eleştirilmesindeki sınırdan daha geniş tutulmalıdır. Olayda bay Castells'e iddialarını ispat hakkı tanınmaması da dikkate alınmıştır (25).

Siyasi eleştiri ve tartışmada maddi olaylar fiil ile değer yargıları birbirinden ayrılmalıdır. Değer yargılarının doğruluğunu kanıtlamak mümkün değildir. Sanığın beraati ispat koşuluna bağlanamaz (26). Divan, radyo ve televizyonlarda yayın yapma izninin iptali konusunda 10. madde 1. fıkranın 3. cümlesinin (izin rejimi) kabul etmektedir. Ancak bu 3. cümleinin kapsamı sınırlıdır. Devlet izin rejimini uygularken 2. fıkra koşullarına uymak zorundadır. Devlet tekeline ancak ihtiyacın zorlayıcı niteliği meşru kılar. Sınır ötesi yayınların varlığı bu sınırlamayı gereksiz kılmıştır (27).

(24) Lingens v Avusturya, 8.7.1986, A 103 s.26, § 41-42; Castells v İspanya 23.4.1992, A 236 s.22 § 42.

(25) Akıllıoğlu, Tekin, Terör ve İnsan Hakları Merkezi Dergisi Kasım 1995 Cilt III s.A3 s.23-24.

(26) Lingens v Avusturya 8.7.1986. A 103 s.28 § 46.

(27) Bkz., Gölcüklü F. – Ş. Gözübüyük, a.g.e., s.324-325.

II- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNDE HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

AIHS'deki haklar ve özgürlüklerin bir bölümü mutlak niteliklidir (İşkence yasağı, yaşam hakkı, kölelik ve kulluk yasağı, suç ve cezada yasallık ve geriye yürümezlik, sözleşme yükümlülüğü nedeniyle hapis cezası verilme yasağı gibi) bu haklar hiç bir biçimde sınırlamaya tabi tutulamaz. Hakların bir bölümü ise sınırlandırılabilir. Sınırlamalar ancak sınırlandırılabilir haklar üzerinde etkili olabilir. Tüm insan hakları belgelerinde özgürlük kural, sınırlama istisnadır. Belirtilmesi gereken önemli bir konu da diğer insan hakları belgelerinde olduğu gibi AIHS'de tüm haklara ilişkin genel bir sınırlama kuralına yer verilmemiş olmasıdır. Sınırlandırılabilen haklar, o hakkı düzenleyen madde içinde belirtilen ölçüt, koşul ve tekniklere uygun olarak sınırlandırılır. Bir hakkın sınırlandırılması için esas alınan ölçütler, diğer hakkın sınırlandırılmasında dikkate alınmaz, oysa 1982 TC Anayasası (13. madde) her bir hak için belirtilen özel sınırlamalardan başka tümü üzerinde etkili genel bir sınırlamada getirmiştir (28).

AIHS ayrıca savaş hali yada olağanüstü hallerde, olağan rejimden sapılabilmesine olanak vermektedir. Ancak istisnai durumlarda bile dokunulamayacak haklar vardır. (AIHS 15. madde) AIHS ve protokollerle düzenlenen hak ve özgürlükler AIHS'yi onaylayarak taraf olan devletler açısından iç hukuka aktarılmıştır. Ulusal Mahkemeler de Sözleşme esaslarını dikkate almak zorundadır. AIHS bireylerin doğrudan kullanabilecekleri hakları içeren bir belgedir (29).

(28) Bkz, Gemalmaz, MS, a.g.e , s.544-545.

(29) Gemalmaz, MS, a.g.e, s.369.

III- AİHS'DE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

A- Hukuk Tarafından Öngörülme, Meşru Amaç ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Düşünceyi açıklamak, haber ve bilgi verme ve alma özgürlükleri çoğu hak ve özgürlükler gibi mutlak değildir ve bazı sınırlamalara tabidir. Bu özgürlük 10. maddenin 2. fıkrasına göre sınırlandırılacaktır. Ancak sınırlamalar getiren 2. fıkra hükmünün dar yorumlanması gerekir. Özgürlük esas sınırlama istisnadır. Handyside v İngiltere davasında (30), Observer et Guardian v İngiltere davasında (31), Sunday Times v İngiltere davasında (32) bu görüş tekrar edilmiştir.

Bu özgürlük kanunun öngördüğü biçim koşullarına sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir. Bunun anlamı yapılan işlemin iç hukukta yasal dayanağının bulunmasıdır. (preuve par la loi, prescribed by law) Kanun hükmünün ilgililerce ulaşılabilir (accessibility) ve anlamı bir hukukçu yardımıyla anlaşılabilir (previsibility) olması gerekir. Bu husus hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünün bir gereğidir. Kanunilik koşulunun, hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşırılığı, resmi makamların keyfi müdahalesini önleme amacı taşır. Takdir yetkisi tanınmış ise kanun bu yetkinin kapsamını keyfiliği önler biçimde saptamalıdır (33). Düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirilen sınırlama bir ceza müeyyidesi ise sözleşmenin 7. maddesi de göz önünde tutulmalıdır (cezaların yasallığı) (34).

Maddenin ikinci fıkrası ile getirilen diğer bir sınırlama genel yarara yönelik meşru amaçlarla ilgilidir. (legitimate aim, but légitime) Bunlar ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti-

(30) 7.12.1976, A 24.

(31) 26.11.1991, A 216, s.30 § 59.

(32) 26.11.1991, A 217 s.29 § 50.

(33) Bkz, Gölcüklü, AF-AŞ Gözübüyük, a.g.e., s.294.

(34) Kom K X Ltd Et Y v İngiltere 7.5.1982, No:8710-79, DR 28 s.77.

nin, sağlık ve ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması olarak sıralanmıştır (35).

Ayrıca özgürlüğü sınırlayan önlemin “demokratik bir toplumda gerekli önlem” (necessary in democratic society, nécessaire dans une société démocratique) olması gerekir. Aynı ifade 8. ve 9. maddelerde de kullanılmıştır. Divanın denetim yetkisi asıl bu ögenin değerlendirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Divan bu koşul açısından, “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”, “uygun ve yeterli gerekçe” (motifs pertinents et suffisantes), tedbirlerin “güdülen meşru amaç ile orantılı olması”, “bireysel yarar ile genel yarar arasındaki denge” ölçütlerini uygulamaktadır. “Oranlılık” ölçütü ifade özgürlüğüne müdahale eden önlem ile güdülen meşru amaç arasındaki dengedir (36). Divan ulusal mercilerin aldığı somut önlemlerin yerinde ve yeterli olup olmadığını, haklı nedenlere yada makul sebeplere dayanıp dayanmadığını incelemektedir (37).

Divana göre düşüncüyü açıklama özgürlüğü demokratik toplumun temel taşlarından birisidir. 2. fıkra saklı kalmak kaydı ile, bu özgürlük sadece itibar gören, zararsız veya önemsiz sayılan haberler yada fikirler bakımından değil, aynı zamanda aykırı, kural dışı, şaşırtıcı ve endişe verenler için de geçerlidir. Demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği budur. İstisnalar dar yorumlanacak, özgürlüğü sınırlama ihtiyaçları inandırıcı şekilde kanıtlanacaktır (38). Üye devletler bu konuda takdir hakkına sahip olmakla beraber bu konu Avrupa Mahkemesinin denetimi altındadır. Demokratik bir toplumda hükümetin işlemleri kamu oyunun gözü önünde olmalıdır.

(35) Belçika Dil Davası 23.7.1968, A 6 § 29; Groppera Radio AG v İsviçre 28.3.1990, A 173, s.27. § 70.

(36) Tolstoy Miloslavsky v İngiltere 13.7.1995, A 316-B

(37) Gölçüklü, AF-AŞ Gözübüyük, a.g.e., s.329.

(38) Bkz, Gölçüklü, F. a.g.e., s.319.

Demokratik toplumda gereklilik konusunda Handyside davasında (39) Küçük Kırmızı Kitap adlı okul kitabının müstehcen ifadeler ihtiva etmesi nedeniyle İngiltere hükümeti tarafından başvurucuların cezalandırılması söz konusu idi. Başvurucunun düşünceleri ifade özgürlüğünün kısıtlandığı iddiası Komisyon ve Mahkeme tarafından reddedildi. Mahkeme ikinci paragraftaki ahlaki koruma gerekçesine dayandı.

Müller v diğerleri davasında (40) Başvurucular İsviçre Hükümetinin seks ile ilgili tabloları müsadere kararında, devletin ahlaki korumak için nelerin gerekli olduğu konusunda geniş bir takdir hakkına sahip olduğunu kabul etti. Yeknesak bir Avrupa ahlak anlayışının olamayacağını, bunun zaman ve mekana göre değiştiğini belirterek, milli otoritenin "gereklilik", "sınırlama" ve "ceza" konusunda uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumda olduğunu kabul etti.

Otto-Preminger-Institut davasında (41) bir dernek Roman katoliklerini rahatsız edici bir film sergilemişti. Avusturya hükümeti filme el koydu. Mahkeme Avusturya yetkililerinin bu bölgede dinsel barışı sağlama ve dini düşünceleri nedeniyle bazı insanların saldırıya maruz kalmasını önlemek amacıyla filmlere el koyduğunu kabul etti.

Kamu menfaati konusunda Barthold davasında (42), Mahkeme toplum yararını etkileyen tartışmalar ve genel menfaat konusunda bilgi edinme kavramına yer verdi. Müller davasında (43) Mahkeme 10. maddenin kamunun her türlü kültürel, siyasi ve sosyal bilgi ve fikir alışverişini koruduğunu belirtti.

(39) 7 Aralık 1976, Seri A, No : 24, s.23.

(40) 24 Mayıs 1988, Seri A, No : 133, s.19.

(41) 20 Eylül 1994, Seri A, No: 295-A, s.25.

(42) 25 Mayıs 1985, Seri A, No:90, s.20-21.

(43) 24 Mayıs 1988, Seri A, No:133, s.19.

Komisyon ve Mahkeme genellikle münhasır vasıta (exclusive means) ve kamu menfaati (public interest) faktörlerini 10. madde için kullanmaktadır. Münhasır vasıta kişinin bilgisini veya fikrini açıklamak için tek yol olup olmadığı sorusuna verilecek cevaba bağlıdır. Cevap evet ise 10/1. maddenin koruması altındadır. Bundan sonra Strasbourg organları kamu menfaati ışığında ifadenin tabiatı ve amacını inceleyecektir.(44).

Observer and Guardian v İngiltere davasında (45) Avusturalya'da yaşayan emekli bir İngiliz istihbarat teşkilatı mensubunun Spycatcher başlıklı hatıratının gazetelerde yayımlanması ve İngiliz Mahkemesi tarafından yayınların durdurulması söz konusu idi. Divan İngiliz Mahkemesinin gazetelere koyduğu geçici yayın yasasını milli güvenlik açısından gerekli bularak, Sözleşmeye aykırılık görmemiştir. Ancak hatıralar ABD'de yayınlandıktan sonra gizliliği kalmadığından milli güvenlik gerekçesi ortadan kalkmıştır.

Türkiye ile ilgili olarak verilen Zana kararında (46) bir gazetede Kürdistan İşçi Partisi lehine yazdığı yazı nedeniyle bay Zana'nın mahkum edilmesini, eski Diyarbakır Belediye Başkanı olması ve bölgedeki milli güvenlik açısından hassas olan durum nedeniyle haklı bulmuş ve 10. maddeye aykırılık olmadığına karar vermiştir.

Engel olayında (47) Hollandalı askerlerin çıkardıkları bir dergide bazı yüksek dereceli subayları eleştirmeleri sonucu disiplin cezasına çarptırılmalarının ordudaki disiplin ve düzeni sağlamak bakımından zorunlu olduğu sonucuna varmıştır.

B- Diğer Sınırlamalar

Sözleşmenin 16. maddesi yabancılar konusunda ek bir sınırlama getirmektedir. "10. maddenin hiçbir hükmü yabancıların siyasi faaliyetlerini yüksek Akid tarafların takip etmelerine mani sa-

(44) Gomien, D.Harris, L.Zwaak, a.g.e., s.276.

(45) 26.11.1991, BN 13585/88.

(46) 25 Kasım 1997, 69/1996/688/880.

(47) 8.6.1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71.

yılmaz". Zira siyasi haklar uyruklara tahsis edilmiştir. Siyasi faaliyet kavramının yorumu da önemlidir (48).

2. fıkrada ayrıca kısıtlamaların biçimi de ele alınmıştır. Bu hürriyetler bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir. Biçim koşullarına uymak (sorumlu müdür tayini, özel radyo ve televizyon kurmak için konulan koşullar gibi), sınırlamalar (toplama, zapt ve müsadere gibi), müeyyide (hakaret ve sövme suçundan cezaya çarptırılma gibi), özgürlüğe müdahaledir. Basın yoluyla hakaret suçunda aşırı yükseklikteki manevi tazminat (49), haber kaynağını açıklamayan gazetecinin cezalandırılması (50) ifade özgürlüğünün ihlalidir. Her iki kararın gerekçesi caydırıcı nitelikte olmaları (meslek mensuplarının düşüncelerini açıklamaktan cayması) ve alınan tedbir ile meşru amaç arasındaki orantı yokluğudur (Demokratik toplumda gerekli bulunmamaları).

Divan sansür gibi ön denetimle öteki müdahale arasında ayırım yapmamaktadır. Sözleşme yayın öncesi sınırlamayı sınırlamaz. Haber geciktirildiği zaman yararı yok olacaktır (51). Bir yayının sınırlı bir yerde (askeri yer ve kırlar) dağıtımının engellenmesi de Komisyona göre 10. maddeye göre müdahaledir (52).

10. maddenin 2. fıkrasının önemli hükümlerinden biri de söz, fikir, haber alma ve verme hürriyetinin görev ve sorumluluk hissi ile kullanılması gereğidir (53). Kişi bu özgürlüğü kullanırken taşıdığı sıfatın kendisine yüklediği görev ve sorumlulukları göz önünde tutmak zorundadır. Bazı kişiler için bu sınırlar daha dardır. Asker kişiler herkes gibi bu hakka sahip olduğu halde askerlik hayatının

(48) Piermont v Fransa, 27.4.1995, A 314 § 61 ve son

(49) Tolstoy Miloslavsky v İngiltere 13.7.1995, A 316-B

(50) Goodwin v İngiltere, 27.3.1996 § 39.

(51) Observer Et Guardian v İngiltere 26.11.1991, A 216 s.30 § 60; Otto Prelinger Institut v Avusturya 14.1.1993 BN 13470/87 § 54.

(52) Kom K Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Berthold Gubi v Avusturya 3.6.1993, No 15153/89 § 50.

(53) Jersild v Danimarka 23.9.1994 A 298 § 31.

özelliklerini ve doğurduğu sonuçları göz önünde tutacaktır (54). Bir yargıcın görev dışında siyasal içerikli bildiri dağıtmasında disiplin cezasına çarptırılması söz özgürlüğüne müdahaledir, bu kişinin görev ve sorumlulukları da dikkate alınarak müdahalenin derecesi değerlendirilmelidir (55).

Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirisi bir devlete topluluğa veya ferde topluluğa tanınan hürriyetlerin yok edilmesi veya sözleşmedekinden daha geniş ölçüde tabi tutulmasına yol açan bir faaliyete girişmeye hak verecek şekilde yorumlanamaz. (17. madde) Buna örnek olarak ırk ayrımını savunan fikirler yaymak yada ayrım içeren bir siyasi propaganda ile seçimlere katılmak gösterilebilir. (1 nolu protokolün 3. maddesi bu halde ileri sürülemez) (56) Nasyonal sosyalizmin yeniden kurulmasını ve ırka dayalı ayrımcılığı öven bildiri yayınlayan bir gazetecinin mahkumiyeti, demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu emniyeti ve başkalarının haklarının korunması bakımından gereklidir (57).

Meslek sırrının açıklanmasının yasaklanması ilgili kişinin görev ve sorumlulukları nedeniyle meşrudur (58). Bir öğretmenin çalıştığı okulda kendi dini inançlarını açıklayan bildiri ve afişler asmasının yasaklanması düşüncüyü açıklama özgürlüğüne müdahaledir, ancak okulun laik niteliği, başkalarının haklarına saygı gerekçesiyle meşruluk kazanır (59). Divan Goodwin v İngiltere davasında (60) haber kaynağını açıklamayan gazetecinin cezalandırılmasına ilişkin kararında gazeteciye uygulanan tedbirin başkalarının hakkını korumak için demokratik toplumda gerekli olmadığına ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

(54) Engel ve Diğerleri v Hollanda s.23. § 54.

(55) Kom K E v İsviçre, 7.5.1984. No:10279/83, DR 38 s. 124.

(56) Kom K Glimmerveen et Hagenbeck v Hollanda 11.10.1979, No.8348/78 ve 8406/78 DR 18 s.187; Jersilt v Danimarka 23.9.1994 A 298.

(57) Kom K Kühnen v Almanya 12.5.1988 No:12194/86, DR 56 s.205.

(58) Kom K X v Almanya No:8383/78, DR 17 s.227 ; X v İngiltere 12.12.1985 No:10293/83, DR 45 s.41.

(59) Kom K X v İngiltere 1.3.1979 No:8010/77, DR 16 s.101.

(60) 27.3.1996 § 39 ve son

Özetle İnsan Hakları Mahkemesinin ölçütlerine göre sınırlandırma ancak yasa ile yapılabilir. Meşru bir amaca yönelik olmalıdır. Bu meşru amaç devletin iç ve dış güvenliğinin korunması, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi, kamu sağlığı ve ahlakının korunması yada başkasının ününün ve haklarının korunması konusunda olabilir. Ayrıca alınacak önlem demokratik toplum bakımından zorunlu olmalıdır ve izlenen meşru amaçla sınırlı olmalıdır (ölçülülük ilkesi). İfade özgürlüğü çoğulcu bir toplum yapısının temeli ve temel hakların savunmasının başlıca dayanağıdır (61).

IV- SİYASİ PARTİ KAPATMA DAVALARI VE DÜŞÜNCEYİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Siyasi parti kapatma davaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "dernek kurma ve toplantı özgürlüğü" başlıklı 11. maddesine dayanılarak çözülmektedir. Siyasi partinin kapatılması kararının sözleşmenin 11. madde 2. fıkrası hükümleri ile bağdaşır olması gerekir. "Ulusal güvenlik", "kamu güvenliği", "suçun önlenmesi" ve "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" sebebiyle kısıtlama getirilebilir, ancak bu kısıtlama sebepleri "demokratik toplum" kriteri ile sınırlandırılmıştır. Her kısıtlama sebebi demokratik bir toplumda gerektiğinde ve bu ölçüde kullanılmalıdır (62). Ayrıca 17. maddeye göre Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerin hiçbirisi bunların yok edilmesi veya daha çok kısıtlanması için kullanılamaz. 17. madde hakların kötüye kullanılmasını önleme amacı taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Komünist Partiyi kapatma kararı üzerine yapılan başvuruyu bu maddeye dayanarak reddetmiş, diktatörlüğün hiçbir şekilde AIHS ile bağdaşmadığını vurgulamıştır (63).

(61) Kabaoğlu İbrahim, Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları "Düşünce" s.228.

(62) Turhan, Mehmet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları, Liberal Düşünce, Y 6, sa. 22, s.22.

(63) Bkz, Turhan, M. a.g.m., S.22.

Siyasi parti kapatma davalarında önemli bir sözleşme hükmü de 10. maddedir. Düşünceyi açıklama hürriyetini düzenleyen bu madde Türkiye Birleşik Komünist Partisi (64), Sosyalist Parti (65) ve Özdep (66) davalarında diğer maddelerle birlikte ileri sürülmüştür. Mahkeme demokratik toplum düzenini tanımlarken, toplantı ve dernek kurma hürriyetini (11.madde) düşünceyi açıklama hürriyetinin (10. madde) tezahür şekillerinden biri saymaktadır (67).

Son olarak Refah Partisi ve diğerleri ve Türkiye davasında (68) ileri sürülen 9, 10, 14, 17, 18.maddelerin ihlaline ilişkin iddiaların 11. madde kapsamında incelenen hususlar ile ilgili olduğundan ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. 11. maddeye göre ise müdahalenin meşru amaçla orantısız olmadığını, sosyal bir gereksinimi karşıladığını ve RP'nin kapatılması konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürülen gerekçeler ve hükme bağlanan siyasi yasakların ilgili ve yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Sözleşmenin 11. maddesi ihlal edilmemiştir.

V- DÜŞÜNCEYİ İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TC ANAYASASINDA DÜZENLENMESİ

A- DÜŞÜNCEYİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

TC Anayasasının 25. maddesi Düşünce ve Kanaat Hürriyeti, 26.maddesi ise Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyetiyle ilgili- dir. 1961 Anayasasının 20. maddesinde bu iki özgürlük birlikte düzenlenmişti. 1982 Anayasasının 25. maddesine göre "Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir". Bu hüküm düşüncenin kişinin kendi iç dünyasına dönük bir özgürlük olduğu şeklinde anlaşılırsa pratik bir önemi yoktur. 2. fıkradaki "kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz" kuralı koruyucu niteliktedir. Anayasanın 26. maddesinde "herkes düşünce ve kanaatlerini söz,

(64) 30 Ocak 1998, 133/1996/752/951.

(65) 25 Mayıs 1988, 804/1007

(66) 8 Aralık 1999, BN 23885/94.

(67) Bkz, Turhan, M. a.g.m., s. 29 vd.

(68) 31 Temmuz 2001, BN 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98.

yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber almak yada vermek serbestliğini de kapsar” denilmektedir.

Anayasanın 25. maddesindeki düşünce özgürlüğü ile ilgili olarak “her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz” kuralı koruyucu hükümlerdir. 26. maddedeki düşünceyi açıklama hürriyeti konusunda ise “radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.” kuralı ile özel bir sınırlama (izin sistemi) getirilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak belirtilen 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 sınırlanabileceği kabul edilmektedir.

26. maddenin 3. fıkrasında düşüncelerin açıklanması ve yayımlanmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılması ifadesine yer verilmektedir. Bu sınırlama 2932 sayılı “Türkçeden Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar hakkında Kanun’un 12.4.1991 gün ve 3713 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılması nedeniyle pratik önemini kaybetmiştir”. Bu ifade son değişikliklerle anayasa metninden çıkarılmıştır. Maddenin son fıkrası ile, “haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz” hükmü getirilmiştir. Yayın engellenmeden düzenleme adı altında bazı sınırlamalar yapılabilir (69).

(69) Aliefendioğlu, Yılmaz, Düşünce Özgürlüğü Yada Düşünsel Özgürlük, “Düşünce” s.242.

Genel bir sınırlama hükmü ise anayasanın 13. maddesinde yer almaktadır. Temel Hak ve Hürriyetlerin tümü için getirilen bu sınırlama devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla sözüne ve ruhuna uygun olarak yasayla yapılacak düzenlemelerdir. Ancak bu sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacak ve öngördükleri amaç dışında kullanılmayacaktır. Ayrıca 14. madde ile temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması için yasaklar getirilmiştir. Anayasa düşüncesi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlanması ile suçların önlenmesi arasında bir bağlantı kurmuştur. Yasaklama düşüncesi açıklamaya değil suça dönüşen eyleme karşı olmalıdır (70).

1961 Anayasasının 11/2. maddesinde "kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz" hükmüne yer verilmiştir. 1982 Anayasasının 13. maddesinde bu ifade yer almamıştır. Eğer bir hak ve hürriyete ait bulunan maddede özel bir sebep gösterilmemişse genel sınırlama uygulanacaktır. Şu halde hak ve hürriyetler genel ve bunlara ilaveten özel sebeplere dayanılarak sınırlanabilecektir. 1982 Anayasası hakkın özü kriteri yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriterini getirmiştir. Sınırlamanın da sınırları vardır. Sınırlama ancak kanunla yapılabilir Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmak zorundadır. Sınırlamada başvurulacak amaca uygun araçlar kullanılmalıdır. "Ölçülülük İlkesi", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ise kanunla sınırlama için söz konusu olup sınırlamanın doğrudan Anayasadan kaynaklanması halinde güvence sağlamaz. 13. maddedeki "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesi genel ve evrensel nitelikte kabul edilmelidir (71).

Hak ve özgürlükler Anayasa Mahkemeleri tarafından ortak yöntemlerle korunmaktadır. Hukuk Devleti ilkesi, Anayasanın be-

(70) Aliefendioğlu, Y., "Düşünce" s.244.

(71) Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 5.bs, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş. Ankara 1998 s. 80-83.

lirli olmayan kavramlarını yorumlamakta yargıca yetki tanımaktadır. Anayasanın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesi insan haklarının korunmasında referans olarak kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemeleri çoğunlukçu rejimden çoğulcu rejime geçiş yapmışlardır (72). Haklara getirilen sınırlamalar makul, mantiki, oranlı olmalıdır. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyum içinde değildir. Özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi ve kanun yolları, demokratik toplum düzeni kavramı içindedir (73).

1961 Anayasasının öngördüğü "öz ölçütü" yerine 1982 Anayasasının "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütünü getirmesinin Anayasa yargılamasında değişiklik yapmadığı iddia edilmiştir (74). Anayasa Mahkemesi ayrıca eşitlik ve orantılılık ilkelerini de kullanmaktadır. Orantılı makul ilişki, eşitlik ilkesi ile ölçütlülük ilkesi arasında köprü kurmaktadır (75). Bir temel hakka getirilen sınırlamalar kanunun izlediği genel çıkarla ve toplumun bu sınırlamadan elde edeceği yararlar orantılı olmalıdır.

1982 Anayasasının 13. maddesindeki genel sınırlamanın amacı hak ve özgürlükleri daha çok sınırlamaktır. Düşünce özgürlüğünün iki ayrı maddede ele alınması hem daha fazla koruma (25. madde) hem de daha fazla sınırlama (26. madde) 'mı olduğu sorularını akla getirmektedir. Bu maddelerin 13. maddedeki genel sınırlama dışında bırakılmadığı görülmektedir (76).

(72) Kaboğlu, Ö. İbrahim, Anayasa Yargısı (Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine) (Anayasa) Ankara 1994, s.115.

(73) E.1985/11, K.1986/27, T.26.11.1986, AYMKD, 22, s.365-366.

(74) Kaboğlu, Ö.İ. Anayasa, s. 116.

(75) Kaboğlu, Ö.İ. Anayasa, s. 119.

(76) Kaboğlu Ö.İbrahim, Özgürlükler Hukuku. İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine (özgürlükler) Afa Yayıncılık A.Ş., 3. Bs. İstanbul, 1996, s. 180.

1982 Anayasasının 13. maddesi 1. fıkrasında sınırlama nedenleri sıralandıktan sonra 2. fıkrasında sınırlamanın sınırları şu ifade ile belirtilmiştir. "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngöröldükleri amaç dışında kullanılamaz". Bu kıstasın esin kaynağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Bu, belli bir ülkede geçerli olan demokratik rejim değil, genellikle kabul gören demokratik rejimdir. Çağdaş, özgürlükçü demokrasinin nitelikleridir. Özgürlükler demokratik toplum için onlarsız olmaz hukuksal değerlerdir (77). "Demokratik toplum düzeninin gereklerinin", "öze dokunmama" ölçütüne göre daha belirgin ve uygulanması kolay bir kıstas olduğu gerekçede ileri sürölmüşse de, bu ölçütün güvence niteliğinin daha zayıf olduğu belirtilmektedir (78).

1982 Anayasası ölçölölük ilkesini de getirmiş ve temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların amaç dışında kullanılamayacağını belirtmiştir. (13/2. madde) Ölölölük, hak ve özgürlüklerin ancak durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanması, sınırlama aracının, amaca ulaşmaya elverişli zorunlu ve gerekli olması, sınırlama aracıyla amaç arasındaki oranın ölçüsüz olmaması anlamına gelir (79).

Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gereklerine göre denetleme yaparken, hukukun genel ilkelerini bireyin amaç olarak ele alındığı sosyal bir hukuk devletinde bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanmasını ve siyasal, ekonomik, sosyal engellerin kaldırılmasını esas almalıdır (80). Batıda insan onurundan kaynaklanan eşitlik ve özgürlük anayasaların temelidir. Demokrasi hakların çoğunluğa karşı korunmasını gerektirir. Bu eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Her ülkede

(77) Kaboğlu, Ö.İbrahim, Kolektif Özgürlükler (Kolektif), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 8, Diyarbakır, 1989, s.272-274.

(78) Soysal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1986, s. 198.

(79) Kaboğlu, Ö.İ., "Kolektif", s. 284.

(80) Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Basımevi, İstanbul 1986, s.196-197.

demokrasi ile birlikte düşünülmesi gereken ilkeler vardır. Laiklik, Türkiye açısından önemli bir ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerini Anayasanın 2. maddesi ve başlangıç kısmında yer alan diğer ilkelerle birlikte yer alan ilkelerle birlikte düşünmek gerekir (81).

Düşünceyi açıklama özgürlüğü sınırlamaya en az elverişli bir özgürlüktür. Demokratik toplum düzeninin işleyişi açısından önem taşır. Bazı kullanım biçimleri zaten önemli sınırlamalara tabidir. Sınırlandırma bu özgürlüğü ortadan kalkması sonucunu doğurabilir. Ancak her hak ve özgürlüğün kendi niteliğinden doğan objektif sınırları vardır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü suç işlemeye kışkırtmayı veya kişilerin şeref ve haysiyetine tecavüzü içermez (82).

Bu sınırlar düşünce açıklamasının başka eylemlerle bağlantılı olduğu durumlarda karşımıza çıkar. Bu durumda ABD Yüksek Mahkemesinin açık ve yakın tehlike testi uygulanabileceği gibi ortaya çıkan zararın doğrudan ve ani olması ayrıca cezalandırma dışında başka bir çarenin bulunup bulunmaması gibi metodlar kullanılabilir. Kötü eğilim testine göre önemli bir zarar yaratabilecek bir eğilimi içeren ifadeler yasaklanabilecektir. ABD'de bu test terkedilmiştir. Açık ve yakın tehlike ise her davada kullanılan kelimelerin açık ve yakın bir tehlike yaratacak koşullarda ve biçimde kullanılması nedeniyle önemli zararlar getirmesi esasına dayanmaktadır. Menfaatleri değerlendirme testi her olayla düşünceyi açıklama özgürlüğünün bireysel ve sosyal menfaatleriyle bu özgürlüğü kısıtlamadaki sosyal menfaatleri dengelenip ona göre karar verilmesini öngörmektedir (83).

(81) Turhan, Mehmet, Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991, s. 411-413.

(82) Turhan, Mehmet, Siyaset ve Anayasa, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995, s.218.

(83) Turhan, M. a.g.e., s. 208-211.

Anayasa'da yapılan son değişiklikler düşünceyi ifade özgürlüğü-
nün önündeki engelleri önemli ölçüde kaldırmıştır. Başlangıç kıs-
mındaki "hiçbir düşünce ve mülahaza, devlet aleyhine ileri sürüle-
mez" ifadesindeki düşünce ve mülahaza yerine "hiçbir faaliyet"
ibaresi yer almıştır. Temel hakların sınırlandırılmasında genel ilkeleri
getiren 13. madde değiştirilerek, sınırlamaların alanı daraltılmış-
tır. "Temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca
Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak
ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne
ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik cumhuriyetin ge-
reklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" (84). Bu değişiklik ile
genel sınırlama yerine her maddede yer alan özel sınırlamaların
esas alınması kabul edilmiş, ayrıca sınırlamalara getirilen sınır
belirtilmiştir. 26. maddedeki düşüncenin açıklanmasında kanunla
yasaklanmış herhangi bir dil kullanılamayacağı ifadesi kaldırıl-
mıştır.

B- Basın Özgürlüğünün TC Anayasasında Düzenlenmesi

Basın özgürlüğü düşüncenin açıklanması özgürlüğünün bir ifa-
desidir. Ancak basının toplumsal bir işleve sahip olması, son dere-
ce etkili olması ve bazı teknik imkanları gerektirmesi basın özgür-
lüğünün ayrıca düzenlenmesini gerekli kılmıştır. Bu özgürlükten
doğan haklar haber verme hakkı, eleştirme hakkı ve eser yaratma
hakkıdır (85).

Basınla ilgili olarak önleyici tedbirler basılı şeylerin içeriğini
kontrol etmek yerine ihlallerin sorumluluğunu üstlenecek kişileri
ve kurumları tespit etmeye yöneliktir. Sorumluluk sorumlu müdü-
re aittir. (Basın Kanunu 8,16) Bazen de henüz bir soruşturma ve
kovuşturma başlamadan basılmış eserin dağıtımı önlenmekte,
(Anayasa 28/5, Basın Kanunu Ek 1. madde) veya şahsiyet hakkı te-

(84) Kanun No : 4709 Kabul Tarihi 3.10.2001, RG 17.10.2001, sa. 24556 Mükerrer

(85) Toroslu, N., a.g.m. s.59-63.

cavüze uğrayacak kişinin talebi ile yargıç tecavüzü önleyebilmektedir. (Medeni Kanun 24 A)

Ceza Hukukunda objektif sorumluluk, "kişinin icrai ve ihmali iradi hareketinin sonucu olan neticeden, her hangi bir psişik bağın varlığı aranmaksızın, salt maddi nedensellik bağı dolayısıyla sorumlu tutulması anlamına gelmektedir"(86). Basın özgürlüğünün kötüye kullanılması çoğunlukla bir basın suçu olarak ortaya çıkmaktadır. Basının kitleler üzerinde tehlikeli olabilecek etkisi ve etkin bir biçimde denetlenmesi gereği özel bir sorumluluk sisteminin kabul edilmesine neden olmuştur. Günümüz basın ve haberleşme özgürlüğü anlayışı, devletin tarafsız bir tutum takınmasını ve bu gelişmeye izin vermesini yeterli görmemekte, devlet tarafından bazı aktif önlemlerin alınmasını da zorunlu kılmaktadır (87).

Haberleşme özgürlüğü, düşünce ve kanıları serbestçe öğrenebilme ve toplayabilme, serbestçe açıklayabilme, serbestçe yayabilmek haklarını kapsamaktadır. Bu hak eserlerin bir ön kontrole tabi tutulmadan basılabilmelerini, ayrıca basılmış eserleri serbestçe dağıtılabilmelerini kapsar (88).

Basın suçunun faillerinin saptanması zorluğu yayının sorumlularını önceden saptamaya yöneltmiştir. Dolayısıyla cezai sorumluluğun bir türü olan objektif sorumluluk boyutundan hareket edilmiştir (89). Özel sorumluluk sistemi işlenen basın suçunun cezasız kalmasını önlemek ve iştirak dışında sorumluluğu genişletmek için öngörülmüştür (90). Özel sorumluluk sistemi bir yandan basının suç aracı olarak kullanılmasını önlemek diğer yandan basın özgürlüğünü korumak amacını taşımaktadır (91).

(86) Özen, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, USA Yayıncılık No:12 s.18.

(87) İçel, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku 3. Bs. Beta Basım Yayın Dağıtım. A.Ş. İstanbul 1990, s.51.

(88) İçel, K. a.g.e, s. 52-53.

(89) Özen, M., a.g.e, s.239.

(90) Özen, M., a.g.e., s.239.

(91) İçel, K., a.g.e., s.202.

Basın özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 28/3. maddesinde "Devlet basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır" hükmü ile bireylerin haber alma hakkını devlete karşı korumuştur. Haber verme hakkının temel mantığı sınırları "gerçeklik" oluşturmaktadır. Kanunlarla veya diğer hukuki düzenlemelerle 28. maddede sayılan Anayasal ilkeler dışında sınırlama konulamaz. Düşünce açıklama ve basın özgürlüğü başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla sınırlandırılabilir. Buna ilişkin sınırlamalar Medeni Kanun 24. ve Ceza Kanunun 480 ve devamı hükümlerinde yer almaktadır. Kamu düzeninin korunması yönünden getirilen sınırlamalar ise Anayasa 28. TCK 311.,312. maddeler, Basın Kanunu 33. ve Terörle Mücadele Kanunu 6.,7. maddelerinde yer almaktadır. Yine Anayasanın 28. maddesine göre bu hak genel ahlakın korunması (TCK 426.,427. Basın Kanunu 33.), kamunun huzur ve sükununun korunması (TCK 165), meslek sırrının korunması (TCK 198.,229), adli görevlilerin korunması (Basın Kanunu 30), ülkenin ve milletin bütünlüğünün korunması (Anayasa 28-5, Terörle Mücadele Kanunu 8.) Devletin yabancı devletlerle ilişkilerinin korunması (TCK 127/3), milli menfaatlerinin korunması (TCK 125/5), Devlet sırlarının korunması (Anayasa 26. TCK 132-138) ve suçların önlenmesi (TCK 153/1) nedenleri ile sınırlandırılabilir (92).

28. maddedeki kanunla yasaklanmış herhangi bir dilde yayın yapılamaz hükmü yeni Anayasa değişikliği ile kaldırılmış ve "kanunla herhangi bir dilde yayın yasağı getirilemez" hükmü getirilmiştir (93). Bu konuda gerekli uyum yasalarının çıkarılması beklenilmektedir.

(92) Bu konulardaki geniş açıklamalar için Bkz., Toroslu, N., a.g.m. s.63.vd.

(93) Kanun No : 4709 Kabul Tarihi 3.10.2001 R.G. 17.10.2001 sa.24556 Mükerrer

VI- AİHM'NİN 10. MADDE İLE İLGİLİ BAZI TÜRKİYE KARARLARI

A- İNCAL V TÜRKİYE KARARI (94)

İbrahim İncal İzmir'de yaşayan bir avukat'tır ve aynı zamanda HEP'in (Halkın Emek Partisi) İzmir bölümünün icra komitesi üyesidir. Parti Anayasa Mahkemesince 14 Temmuz 1993'te kapatılmıştır. Zira "Yurtsever Demokrat Kamuoyuna" başlıklı bildiri ile ırk mülahazasıyla halkı kin ve düşmanlığa sevk ettikleri kabul edilmiştir. 1 Temmuz 1992'de İzmir'de 3000 adet basılan ve mahalli idarenin aldığı önlemleri eleştiren bir metin dağıtılmıştır. 3 Temmuz 1992'de HEP'in mahalli idareleri ve icra komitesi aleyhine soruşturma açılmış ve 22 Temmuz 1992'de Devlet Güvenlik Mahkemesinde dava açılmıştır. 9 Şubat 1993'de başvuru suçlu bulunarak hapis ile para cezasına çarptırılmıştır. 9 Mart 1993'de temyize başvurulmuş, Yargıtay duruşmaya gerek olmadığına karar vermiştir.

İncal 7 Eylül 1993'de Komisyona başvurmuş Komisyon 10. madde ve 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Divan önüne gelen olayda diğer maddelerle birlikte ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddeye aykırılığı da incelemiştir. Divan "kanun tarafından öngörülme" kistasını (10/2) incelerken TCK 312/2-3 Basın Kanunu 4/1. ek bölümünü ele almıştır. "Demokratik toplumun gerekleri" konusunda Komisyonun görüşü dağıtılan derginin bir şiddet unsuru içermediği yönündedir. Zira resmi ideolojiye karşı olmak politik arenada yer almaktır. Divan bu konuda yerleşmiş içtihadını yenileyerek 2. paragrafın sadece itibar gören veya zararsız sayılan haberler ve düşünceler bakımından değil aynı zamanda aykırı, kural dışı, şaşırtıcı (şok edici) veya endişe verici cinsten olanlar içinde geçerli olacağını kabul etmiştir. Bunlar demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliği gereğidir (§ 46). Mahkeme terörizmin önlenmesi ile ilgili kararlarına da atıf yaparak davanın Zana davasıyla aynı şartlarda olmadığını bay İncal'ın

Türkiye'deki terörizmden sorumlu olmadığı sonucuna varmıştır. Sonuç olarak Bay İncal'ın mahkumiyeti amaçla orantısızdır ve demokratik bir toplum için gereksizdir ve 10. madde ihlal edilmiştir. (§ 58-59).

İncal kararında yargıç Gölcüklü, diğer yargıçlar Thö, Vilhjá İms-son Matscker Foighel, Sir John Freeland Lopes Rocha, Wildhaber and Gotcher'le birlikte kısmi karşı oy yazılarında Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluşunun 6. maddeye aykırı olduğu yolundaki çoğunluk oyuna karşı çıkmış ve Türkiye'deki güvenlik durumu ve terörizme karşı silahlı mücadele nedeniyle bu mahkemelere ihtisas sahibi özel ceza mahkemeleri olarak ihtiyaç olduğunu vurgulamışlardır.

B- GERGER V TÜRKİYE DAVASI (95)

Haluk Gerger 23 Mayıs 1993'te Ankara'da Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan için yapılan bir anma töreninde okunmak üzere gönderdiği mesajdan dolayı 6 Ağustos 1993'te Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısı tarafından Türk ulusunun birliği ve devletin toprak bütünlüğü aleyhine propaganda yapmakla suçlanmış ve Terörle Mücadele Kanununun 8/1.maddesi gereğince yargılanarak 1 yıl 8 ay hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. (askeri yargıç karşı oy kullanmıştır) 22 Nisan 1994'te Yargıtay temyiz istemini reddetmiştir. Bu arada 3713 sayılı yasanın 8. maddesi 4126 sayılı ve 27 Ekim 1995 tarihli yasa ile değiştirilmiştir. Yeni yasa para cezalarının miktarını artırmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemesi 17 Kasım 1995'te ek para cezasına hükmetmiştir.

Bay Gerger 22 Haziran 1994'te 6. 9. ve 10. maddeye aykırılık iddiası ile komisyona başvurmuştur. Komisyon başvurunun kabul edilebilirliğine karar vermiştir. (9.10.6/1. maddenin ihlali nedeniyle). Olay mahkemeye intikal ettiğinde mahkeme 9. madde yerine şikayeti 10. madde bakımından incelemeyi uygun görmüştür. Mah-

(95) 8 Temmuz 1999, BN 24919/94, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dış Politika Enstitüsü Yayını, c.3/99 s.1 vd.

keme başvuruçunun ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğunu kabul etmiş ve bu müdahalenin 2. fıkradaki koşullara uygunluğunu incelemiştir.

“Yasanın öngördüğü” kıstasını incelerken Terörle Mücadele Yasasının 8. maddesinde öngörülen Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği kavramının öngörülebilirlik gereklerini karşıladığını kabul etmiştir. “Meşru amaç” kıstasını incelerken Türkiye’nin Güneydoğusundaki hassas güvenlik koşullarını, ayrılıkçı hareketin şiddete dayalı yöntemlere başvurduğunu kabul etmektedir. “Demokratik toplumda gereklilik” koşulu konusunda 10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlamaların daha kapsamlı olduğunu, demokratik bir toplumda hükümetlerin faaliyet yada ihmallerinin sıkı bir kamu oyu denetimine tabi olması gerektiğini, bununla beraber açıklamanın toplumu şiddete tahrik eden nitelik taşıdığı durumlarda müdahale gerekeceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre mesajda yer alan kavramlar ayaklanma, silahlı direniş ve şiddeti tahrik etmemektedir. Sonuç olarak Bay Gerger’in mahkûmiyeti ve çarptırıldığı ek para cezası amaçlarla orantısızdır ve demokratik bir toplumda gerekli değildir bu nedenle 10. madde ihlal edilmiştir (§ 52).

Yargıç Gölcüklü, Gerger davasında verdiği karşı oyda Türkiye’nin Güneydoğusunda 1985’den itibaren güvenlik güçleriyle PKK (Kürdistan İşçi Partisi) üyeleri arasında ciddi çatışmaların sürdüğünü 1999 itibariyle yaklaşık olarak 30 bin kişinin öldüğünü, PKK’nın Zana kararında (§ 58) bir kürt terör örgütü olarak kabul edildiğini, yazıdaki ifadelerin açıkça şiddet kullanmaya tahrik ettiğini ve bunu mazur gösterdiğini; devletin takdir yetkisi de dikkate alınarak ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın meşru amaçla orantılı olduğunu ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca 6/1. maddenin gereği olan bağımsızlık ve tarafsızlığının, ikisi adli yargıçtan oluşan 3 yargıçlı ve kararları Yargıtay’da temyiz edilen bir mahkemenin bir yargıcının askeri olmasından etkilenmeyeceğini belirtmiştir.

C- ZANA V TÜRKİYE DAVASI (96)

Dava Türk vatandaşı Bay Mehdi Zana tarafından 30 Eylül 1991 tarihinde Komisyona yapılan 18954/91 sayılı başvuruya dayanmaktadır. Dava Komisyon ve Türk Hükümeti tarafından 1996 tarihinde Divana getirilmiştir. Bay Mehdi Zana Diyarbakır'ın eski belediye başkanıdır. Başvurucu Diyarbakır askeri ceza evinde mahkumken Ağustos 1987'de gazetecilerle yaptığı bir röportajda PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini desteklediğini, kadın ve çocukların yanlışlıkla öldürüldüğünü ifade etmiştir. Bu açıklama Cumhuriyet gazetesinde 30 Ağustos 1987'de yayımlanmıştır.

İstanbul Cumhuriyet Savcılığı TCK 312. maddesine göre yasanın cürüm saydığı bir fiili savunduğu gerekçesiyle soruşturma açmıştır. Daha sonra Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanmaya devam edilmiştir. 26 Mart 1994 tarihinde başvuru yasanın cürüm saydığı bir fiili savunduğu ve umurun emniyetini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle 12 ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemesi bu kararını TCK 168. ve 312. maddelere dayandırmıştır. Yargıtay 19 Haziran 1994'te kararı onaylamıştır. Komisyon kendisine 30 Eylül 1991'de yapılan başvuruyu 21 Ekim 1993'de ceza yargılamasının uzunluğu, başvuru nun duruşmalarda bulunmaması ve düşünce ve ifade özgürlüğüne müdahale yönünden kabul edilebilir bulmuştur. Komisyon 10 Nisan 1996 tarihli raporunda sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğini, 6. maddenin 1. ve 3(c) fıkralarının ihlal edildiğini kabul etmiştir.

Dava Divana geldiğinde önce "hukuk tarafından öngörülme" koşulu incelenmiştir. Bu cezanın TCK 168. ve 312. maddelere dayandığı ve hukuk tarafından öngörüldüğü kabul edilmiştir. 2. olarak "izlenen amacın meşruluğu" kriteri incelenmiştir. Divan Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde ciddi çatışmaların sürdüğü bir dönemde, bölgede iyi tanınan siyasal bir kişinin bu ifadesinin ulusal güvenlik ve kamu güvenliği açısından önlem alınması gereken bir etkiye sahip olduğunu kabul etmiştir. Müdahale 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçları sağlamaya yöneliktir.

(96) 25 Kasım 1997 69/1996/688/880, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bülteni, Dış Politika Enstitüsü Yayın, sayı 5-6, 97. s.131 vd.

Müdahalenin zorunluluğu konusunu da inceleyen Divan diğer kararlarında ortaya koyduğu temel ilkeleri tekrar etmiştir. Bu özgürlüğün yalnızca onaylanan, zararsız olduğu kabul edilen ya da nasıl olursa olsun fark etmeyen “bilgi” yada “düşünceler” için değil, hoş gitmeyen sarsıcı yada rahatsız edici olanlar içinde geçerli olduğunu kabul etmiştir. Bunlar demokratik bir toplumun onlarsız olamayacağı, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir. Bu özgürlük dar yorumlanması gereken istisnalara tabidir.

10/2. fıkradaki zorunlu sıfatı, zorlayıcı bir toplumsal gereksinimin varlığını ifade eder. Devletler bu konuda bir takdir yetkisine sahiptirler, ancak bu mevzuat ve verilen mahkeme kararı Avrupa denetim mekanizmalarına uyumlu olmalıdır. Divan nihai karar verme yetkisine sahiptir. Divan müdahalenin “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve ulusal makamların müdahale nedenlerinin “uygun ve yeterli” olup olmadığını saptamalıdır.

Divan bu ilkeleri somut olaya uygulamış ve bu ilkelerin terörizmle mücadelede ulusal güvenlik ve kamu güvenliğini sürdürülmesi için alınan önlemler açısından geçerli olduğunu kabul etmiştir. Devletin kendisini terörist örgütlerin eylemlerine karşı koruması ile düşünceyi ifade özgürlüğü arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını araştırmıştır. Divan Zana’nın yaptığı açıklamaları çelişkili bulmuş ve olayın somut koşulları içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Eski bir belediye başkanının “Ulusal Kurtuluş Hareketi” olarak nitelediği PKK’ya desteğin, bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağını düşünmektedir.

Divan sonuç olarak müdahalenin meşru amaçla orantılı olduğunu kabul etmiş ve 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

D- ÖZGÜR GÜNDEM V TÜRKİYE DAVASI (97)

Özgür Gündem Gazetesi merkezi İstanbul’da bulunan günlük bir gazetedir. 1992-1994 yılları arasında yayımlanmış sonra adı

(97) 16 Mart 2000, BN 23144/93.

Özgür Ülke olarak değişmiştir. Başvurucular Komisyona gazeteciler, dağıtıcıları ve diğerlerine yapılan baskılar nedeniyle başvurmuştur. Komisyona ayrıca Susurluk raporu da verilmiştir. Dava, Ceza Kanununun ilgili maddeleri, Basın Kanunu (No:5680) ve Terörle Mücadele Kanunu (No:3713) ile ilgilidir. Başvurucular Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğini iddia ediyorlardı. Hükümet ise adi geçen gazetenin ulusal bütünlüğü yıkmaya çalışan PKK'nın terörist organizasyonu olduğunu ileri sürüyordu.

Mahkeme Sürek v Türkiye davası ve Türkiye ile ilgili 12 davada olduğu gibi 1991 tarihli yasa ile alınan önlemlerin kanun tarafından öngörülmüş olduğunu kabul etti. Mahkeme bu önlemlerin milli güvenliği ve ülke bütünlüğünü korumak ve suçu önlemek için alınan meşru amaçlı önlemler olduğu sonucuna vardı. Bundan sonra alınan önlemlerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceledi. İlk olarak ifade özgürlüğünün sadece farklı olmayan ve suç teşkil etmeyen haber ve görüşler bakımından değil, şok edici ve aykırı görüşler bakımından da geçerli olduğunu, 10/2. maddedeki "gerekli" sözcüğünün basının sosyal ihtiyaç olarak varlığını kabul ettiğini, bağımsız da olsa mahkemelerce verilen "kısıtlama" kararlarının 10. madde ile uyummadığını kabul etti. Mahalli mahkeme oranlılık konusunda ve milli otoritenin müdahale sebeplerini ilgili ve yeterli olup olmadığını da tespit ve inceledi.

Mahkeme Lingens v Avusturya davası ve Fressoz and Roire v Fransa kararına da atıf yaparak basın özgürlüğünün siyasi liderlerin görüşleri ve davranışları konusunda topluma en iyi bilgi verilmesini sağlayacak araçlardan biri olduğunu belirtti. Mahkeme Fressoz and Roire v Fransa davasında (98) basının demokratik bir toplumda asli rol oynadığını ancak özellikle başkalarının şöhreti ve hakları ve gizli bilgileri açıklamaya önleme ihtiyacı konusunda ki sınırları aşamayacağını, görevinin sorumlulukları ile birlikte olduğunu belirtmiştir. Mahkeme basın özgürlüğünün bazı abartma-

(98) 21 Ocak 1999, BN 29183/95.

lar hatta kışkırtmaları kapsadığının da farkındadır. Basın konusunda anlayış demokratik toplumun ihtiyaçları ve özgür basın arasındaki dengeyi kurmalıdır. Mahkeme milli otoritelerin olaydaki tedbirlerini ilgili ve yeterli olup olmadığını da inceler.

Divan sonuç olarak Devletin Özgür Gündemin basın özgürlüğü konusunda gerekli önlemleri almadığını ve gazete üzerinde baskı yaptığı gerekçesiyle 10. maddeye aykırılık olduğunu kabul etti.

Özgür Gündem v Türkiye davasında yargıç Gölcüklü kısmi muhalefet şerhinde 41. maddenin (hakkaniyete uygun tatmin) olaya uygulanmasına itiraz etmekte, başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zararın bir delile dayanmadığı ve teorik iddialardan ibaret olduğu vurgulanmaktadır. Uğranıldığı iddia edilen maddi zarar ile olaylar arasında ani ve doğrudan bir sebep ilişkisi bulunmamaktadır.

E- ASLAN V TÜRKİYE DAVASI (99)

Bay Günay Aslan "Yas Tutan Tarih, Otuzüç Kurşun" adlı kitabın yazarıdır, ve kitap Yunus Nadi armağanını kazanmıştır. Kitap 1989 yılında yayınlanmış 1991'de ikinci baskısı yapılmıştır. 22 Ocak 1990'da savcı ayrımcı propaganda yaptığı yüzünden dava açmış (TCK 146. 53 ve 6) ve kitabı toplattırmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemesinde Bay Aslan, Musa Anter tarafından yazılan önsözden sorumlu olmadığını ve ayrımcılık propagandası yapmadığını ileri sürmüştür. 29 Mart 1991'de Mahkemece 6 yıl 3 ay hapis cezasına ve kitabın müsaderesine karar verilmiştir. 12 Nisan 1991 Terörle Mücadele Kanunu (3713 sayılı) yürürlüğe girmiş ve TCK 142 kaldırılmıştır. Bay Aslan'ın kitabı 21 Temmuz 1991'de yeniden yayımlanmıştır. Savcılık bu kez Terörle Mücadele Kanunu 8. maddesi gereğince "ülkenin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda" nedeniyle dava açmıştır. 28 Ocak 1993'te Devlet Güvenlik Mahkemesi 3713 sayılı yasanın 8/1 maddesi gereğince 1 yıl 8 ay hapse ve para cezasına mahkum etmiştir.

(99) 8 Temmuz 1999, BN 23462/94.

Bay Aslan 7 Ocak 1994'te Komisyona başvurmuştur. Komisyon 10. maddeye aykırılığı kabul etmiştir. Divan, İncal Kararında olduğu gibi davayı 9. madde değil, 10. maddedeki kriterler açısından incelemiştir. Kanun tarafından tespit edilen bir suçtan yargılandığını, alınan önlemlerin milli güvenliğini ve ülke bütünlüğünü korumak ve suçu önleme amaçlarına yönelik olduğunu kabul etmiştir. Demokratik bir toplumda hükümete karşı eleştirilerin, kişilere karşı olandan daha geniş sınırlı olduğunu, ancak devletin kamu düzenini koruyucu önlemler alabileceğini belirtmiştir. Mahkeme kitabın Türkler hakkında negatif bir resim çizen bölümleri olduğunu, biraz düşmanca bir tonda yazılmakla beraber şiddeti, silahlı direnişi veya ayaklanmayı kışkırtacak nitelikte olmadığını kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca birkaç kez mahkum edilmeyi de oranlılık açısından ele almış ve Bay Aslan'a verilen cezanın demokratik bir toplumda gerekli olan amaçlarla orantılı olmadığına karar vermiştir.

F- BAŞKAYA V OKÇUOĞLU V TÜRKİYE DAVASI (100)

Fikret Başkaya ve Mehmet Selin Okçuoğlu ile ilgili başvurular 17 Mart 1998 tarihinde Komisyon tarafından mahkemeye gönderilmiştir (19. maddeye göre) Bay Başkaya ekonomi profesörü bir gazetecidir. Okçuoğlu ise Doz Basın Yayın Ltd. Şti. Basımevinin sahibidir. 1991'de Doz yayınları 1'nci başvurusunun yazdığı "Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma-Paradigmanın iflası-Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş" adlı kitabı basmıştır. Kitap 1920'den beri Türkiye'nin sosyo-ekonomik gelişmesini incelemekte ve devletin resmi ideolojisini eleştirmektedir.

2 Ağustos 1991'de savcı İstanbul Güvenlik Mahkemesine başvurmuştur. İddianamede birinci başvuru 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu 8/1 maddesi (devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda) ikinci başvuru yayınlayan şirketin sahibi ola-

(100) 8 Temmuz 1999, BN 23536/94 ve 24408/94.

rak aynı kanunun 8/2'nci maddesine aykırılıktan suçlanmıştır. Mahkemede birinci başvuru kitabının mahkeme tarafından değil, ancak akademisyenler tarafından yargılanabileceğini bir kişinin düşüncesinden dolayı mahkum edilemeyeceğini, ikinci başvuru ise 1991 tarihli kanunun 8. maddesinin Türkiye Anayasasına ve Türkiye'nin uluslararası sorumluluğuna aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme 14 Ekim 1992'de kitapta bir propaganda unsuru olmadığını kabul etmiş, ancak bu karar 4 Şubat 1993'te Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yeniden görülen dava sonunda 5 Ağustos 1993'te verdiği kararda İstanbul Güvenlik Mahkemesi onları suçlu bulmuş, birinci başvuruycuyu 2 yıl hapis ve 50.000.000 TL para ikinci başvuruycuyu 6 ay hapis ve 50.000.000 TL para cezasına mahkum etmiştir. İyi hal göz önünde alınarak cezalar bir miktar indirilmiş ve kitabın müsadereci talebi reddedilmiş, karar Yargıtay'ca onanmıştır.

Dava TCK 2/2., 36/1. Basın Kanunu (15 Temmuz 1950 tarih ve 5680 sayılı) 3'üncü bölümü ve Terörle Mücadele Kanunu 8. ve 13. maddeleriyle ilgili idi. Mahkeme Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin 4126 sayılı ve 27 Ekim 1995 tarihli kanunla değiştirilmeden önceki ve sonraki hallerini dikkate aldı. Sözleşmenin diğer maddelerine de aykırılığını da inceleyen mahkeme 9. ve 10. maddeye aykırılık konusunda Komisyon gibi sadece 10. maddeye aykırılığı incelemeyi uygun buldu. Mahkeme bir müdahalenin varlığını, bu müdahalenin 1991 tarihli kanunun 8. maddesinde yer aldığını kabul etmiş ve sözleşmenin 7. maddesiyle (101), 10/2. maddesinin farklarını ele almıştır. İkinci başvuru bakımından 7 ile 10/2. madde arasında bir fark olduğunu, kitabın 3 Mayıs 1991'de basıldığını 7/1. maddeye aykırılık olmadığını kabul etmiştir. Ancak suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan kanun 5 Ağustos 1993'te mahkemenin verdiği mahkumiyet kararı sırasında yürürlükte de-

(101) Hiç kimse işlendiği zaman millî veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil yada ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamaz.

ğildir. 27 Temmuz 1993'te 8/2. maddenin yayıncı ile ilgili hükümleri iptal edilmiştir. Ayrıca yerel mahkeme TCK'na göre suçlunun en lehine olan kanunun uygulanmasını da ihmal etmiştir. Bu nedenle ikinci başvurunun ne mahkumiyeti ne de aldığı ceza kanun tarafından öngörülmemiştir. Bu nedenle ikinci başvuru için 10/2. maddenin diğer koşullarının incelemeye gerek görülmemiştir. Yine de bu esasta unsur eksikliği nedeniyle iki başvuru arasında ayırım yapılmaksızın davanın diğer yönleri araştırılmıştır.

Meşru amaç konusunda Güneydoğudaki hassas güvenlik durumu ve ilave şiddeti önleme ihtiyacı dikkate alınmış, ancak alınan önlemlerin bu gayeyi aştığı sonucuna varılmıştır. Milli Güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması, itaatsizlik ve suçun önlenmesi, ayrımcı hareketlerin şiddet metotları kullandıkları haller ve metotlar için geçerlidir. (§ 56) Mahkeme demokratik bir toplumun gerekleri bakımından da davayı incelemiştir. İfade hürriyetinin demokratik toplumun esaslı kurucularından biri ve demokrasinin gelişmesi ve her bir kişinin kendini gerçekleştirmesi için esaslı şartlardan biri olduğunu yinelemiştir. Bu çoğulculuğun, hoşgörünün ve geniş görüşlülüğün gereğidir, bunlarsız demokrasi olmaz. Kitabın söz konusu pasajları şiddeti kışkırtan ya da kışkırtmaya etkili olacak görüşler değildir. (§ 64) Milli otoriteler akademik ifade özgürlüğüne yeterli ilgi göstermemişlerdir. Ayrıca toplumun Güneydoğudaki durum konusunda farklı bakışlarda bilgilendirilmesi hakkını dikkate almamışlardır. (§ 65) Mahkeme sert cezalar uygulamış, kitabın kopyaları toplatılmış ve Bay Başkaya Üniversitedeki görevinden atılmıştır. Bu nedenle uygulanan cezalar, demokratik bir toplum için gerekli olan gayelerle orantısızdır. (§ 67) İkinci başvuru içinde 10. madde ihlal edilmiştir.

G- KARATAŞ V TÜRKİYE DAVASI (102)

Bay Hüseyin Karataş Kürt asıllı bir Türk vatandaşıdır ve psikolog olarak çalışmaktadır. Kasım 1991'de Dersim-Bir İsyanın Tür-

küsü adlı şiir antolojisini yayınlamıştır. 8 Ocak 1992'de İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı devletin bütünlüğü aleyhine propaganda yaptığı gerekçesiyle başvuru ve yayıncısı aleyhine suçlamada bulunmuştur. Başvuru, Terörle Mücadele Kanunun 8. maddesine dayandırılmıştır. Başvurucu ise bir şiirden alınan pasajın alıntı olduğunu ve kendi fikrini ifade etmediğini söylemiştir. 22 Şubat 1993'te mahkeme kendisini suçlu bulmuş ve 3713 sayılı kanunun 8/1.maddesine göre 1 yıl 8 ay hapis ve para cezasına mahkum etmiş ve yayının müsadèresine karar vermiştir. Temyiz mahkemesi başvurusunun itirazını redetmiştir. 30 Ekim 1995'te 4126 sayılı kanun yürürlüğe girmiştir. Kanun hapis süresini kısaltmakta, para cezasını artırmaktadır. Geçici bir madde ile eski kanuna göre verilen cezaların otomatik olarak yeniden gözden geçirileceği kabul edilmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi yeniden gözden geçirme sonucunda 19 Nisan 1996 tarihli kararıyla hapis cezasını 1 yıl 1 aya indirmiş ve para cezasını artırmıştır. Karar Yargıtay'ca 1 Aralık 1997'de onaylanmıştır. Dava TCK 2/2, 36/1 Basın Kanununun 3. bölümü ve Terörizmle Mücadele Kanununun (5680 sayılı) 8/1. 8/3. ve 13. maddeleriyle ilgilidir.

Bay Karataş 27 Ağustos 1993'te Komisyona sözleşmenin 6,9 ve 10. maddelerine aykırılık nedeniyle başvurmuştur. Komisyon başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Ancak raporunda 9. ve 10. maddeye aykırılık olmadığını 6. maddeye aykırılık olduğunu belirtmiştir. Olay Divan önüne geldiğinde Bay Karataş 9. ve 10. maddeye aykırılığı ileri sürmüş, Divan ise eski kararlarına dayanarak konuyu sadece 10. maddeye aykırılık bakımından incelemiştir. Hukuk tarafından tanımlanma kıstasının Terörle Mücadele Kanunu 8. maddesine göre gerçekleştiği kabul edilmiştir. Hukuk'a uygun amaç konusunda, milli güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve suçun önlenmesi amaçlarının başvuruca uygulanmasını bu gayeyi aştığını kabul etmiştir. Bunun Türkiye'nin Güneydoğusunda olduğu gibi ayrımcı hareketlerin şiddet metodu kullanması halinde söz konusu olduğunu belirtmiştir. Demokratik bir toplumda gereklilik konusunda, ifade özgürlüğünün toplumun gelişimi ve her kişinin kendini gerçekleştirme bakımından demok-

ratik bir toplumun asli bir unsuru olduğunu, "gereklilik teriminin" sosyal ihtiyaçları zorladığını, 10. maddenin artistik ifadeleri de içerdiğini, aktarılmış şiirler içinde bunun geçerli olduğunu şiirin bazı pasajları çok saldırgan tonda ve şiddeti çağırان şekilde olmakla birlikte bir ayaklanma çağrısından daha çok zor politik şartlarda derin bir acıyı sergilediğini, sonuç olarak 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.

Karataş v Türkiye davasında yargıç Gölcüklü muhalefet serhi vermiştir. Bu davada demokratik bir toplumda gereklilik konusunda hiçbir geçerli sebep bulunmamaktadır. Ayrıca milli güvenlik ve kamu düzenini koruma amacıyla da orantılı değildir. Kaldı ki Komisyon raporu da 26 oya karşı 6 oyla 10. maddeye aykırılık olmadığını kabul etmektedir.

H- SÜREK V TÜRKİYE DAVASI (103)

Başvurucu Deniz Basım Sanayi ve Ticaret Şirketinin hissedarlarından. Bu limited şirket İstanbul'da "Haberde Yayında Gerçek" adlı haftalık bir dergi çıkartmaktadır. 23 Nolu ve 30 Ağustos 1992 sayılı dergide iki okuyucu mektubu yayımlanmıştır. Mektupta zamanın siyasetçisinin söylediği "bana milliyetçiler adam öldürüyor dedirtemezsiniz" sözü de yer almıştır. "Silahlar Özgürlüğü Engellemez" ve "Suç Bizim". İki yazı da orduya karşı yazılmıştır. 21 Eylül 1992'de Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısı, yazarları ve editörü bölücü propaganda ve halk arasında düşmanlık yaratma suçlarından tutuklamıştır. Mahkeme editörü Terörle Mücadele Kanunu 8. maddesine göre cezalandırmıştır. Sebep Türk Devletine karşı bağımsızlık savaşı ve ülkesel bütünlüğün yıkılmasıdır. Başvurucu para cezasına mahkum edilmiş, Temyiz Mahkemesinin miktarı fazla bulması üzerine Devlet Güvenlik Mahkemesi bu mik-

(103) 8.7.1999, BN 26682/95; Mahkeme Sürek (No:2) Davasında 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. 8.7.1999, BN 24122/194; Sürek (No:3) davasında 10. maddenin ihlal edilmediğini karar vermiştir. 8.7.1999, BN 24735/94; Sürek (No:4) davasında 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. 8.7.1999, BN 24762/94.

tarı azaltmıştır. Dava TCK 2,19,36/1,142,312, Basın Kanunu 3 Bölüm, Terörle Mücadele Kanunu 6,8,13 ve 17. maddeleriyle ilgilidir.

Bay Kamil Tekin Sürek, 20 Şubat 1995'te Komisyona 6. ve 10. maddelere aykırılık nedeniyle başvurmuştur. Komisyon 10. maddeye aykırılık olmadığını, fakat 6. maddeye aykırılık olduğuna karar vermiştir. Mahkeme Güneydoğudaki hassas güvenlik durumu nedeniyle ve yetkililerin, ilave şiddeti kışkırtmaya karşı koruma ihtiyacı nedeniyle aldığı önlemlerin, hükümetin amaçlarına yardım için olduğunu kabul etmektedir. Bu, milli güvenliği, ülke bütünlüğü ve suçu önlemek için gereklidir. Bu olaylar sırasında ayrımcı hareketler şiddet metodları uygulamaktadır. Ayrımcı propaganda şiddeti kışkırtmakta ve farklı boyutlar arasında düşmanlık yaratmaktadır. Bu ise insan haklarını ve demokrasiyi tehdit etmektedir. Basın devletin hayati menfaatini (milli güvenlik, ülke bütünlüğü gibi) koruyan sınırları aşamaz. Basın politik liderlerin fikirlerini öğrenmek için de gereklidir. Divan mektuplarda Türk ordusu aleyhine yazılanları dikkate alarak ve 1985'ten beri Güneydoğudaki olayların ve pek çok kişinin hayatını kaybettiğini göz önünde bulundurarak söz konusu mektupların daha fazla şiddeti kışkırtacağına karar vermiştir. Sonuç olarak müdahale oranlı ve hukuki amaçlara uygundur, 10. maddeye aykırılık yoktur.

I- CEYLAN V TÜRKİYE DAVASI (104)

Bay Münir Ceylan Petrol-iş Sendikası Başkanıydı ve İstanbul'da çıkan haftalık Yeni Ülke gazetesinde "Söz İşçinin. Yarın Çok Geç Olacaktır" başlıklı bir makalesi 21-28 Temmuz 1991 sayısında yayınlandı. 16 Eylül 1991'de İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısı hakkında TCK 312, § 1-2 nedeniyle dava açtı. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesindeki davada, davalı makalenin Türkiye'nin Güneydoğusu'ndaki insan hakları ihlallerine ilişkin olduğunu ve kendisinin ayrımcılığı kışkırtmayı amaçlamadığını ileri sür-

(104) 8 Temmuz 1999, BN. 23556/94.

dü. Ona göre demokratik bir toplumda sınırsız olarak görüşünün savunulması kendisinin bir sendika lideri olarak sorumluluğu idi. 3 Mayıs 1993 tarihli kararında, mahkeme kendisini suçlu buldu ve 1 yıl 8 ay hapse ve 100.000 TL'ye mahkum etti. Temyiz mahkemesine yapılan başvuru, 14 Ekim 1993'te reddedildi. Cezasını çekti ve sendika başkanlığı görevini ve bazı politik ve sivil haklarını da kaybetti.

Bay Ceylan 10 Şubat 1994'te Komisyona başvurdu. 9. ve 10. maddelere aykırılık ile beraber, siyasi görüşleri nedeniyle ayrımcılığa uğradığını ileri sürerek 14. maddenin, 10. madde ile birlikte ele alınmasını istedi. Komisyon 15 Nisan 1996'da başvuruyu kabul edilebilir buldu. Komisyon raporunda 10. maddeye aykırılık kabul edildi, 14. madde ile ilişkilendirilme ise reddedildi. Başvurucu mahkemeye 6/1, 9, 10, 14. maddenin ihlali nedeni ile başvurdu.

Mahkeme 10. madde üzerinde yaptığı incelemede, hukukça tespit edilme kriterinin TCK 312/2-3 ile gerçekleştiğini kabul etti. "Meşru amaç" konusunda Hükümet milli güvenlik, itaatsizliği önlemek ve ülke bütünlüğü gerekçelerini ileri sürdü. "Demokratik bir toplumda gereklilik" konusunda başvurucu bir şiddet çağrısında bulunmadığını, herhangi bir illegal örgüte gönderme yapmadığını ve ayrımcılığı kışkırtmadığını söyledi. Mahkeme "gerekli" sözünün toplumsal ihtiyacı zorladığını, bunun için hukuki amaçlarla, orantılı olup olmadığını tespiti gerektiğini, milli otoritelerin ileri sürdüğü sebeplerin ilgili ve yeterli olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirtti. Mahkeme 10/2. maddenin politik konuşmalar ve kamu menfaati konusundaki münakaşalarda sınırlı bir sınırlandırma alanı çizdiğini tekrarladı. Hükümet için izin verilen eleştirinin özel kişilere ve hatta politikacılara karşı izin verilenden çok daha geniş olduğunu belirtti. Mahkeme sorunun terörizmi önleme boyutuna da değindi ve 15 yıldır Türkiye'de devam eden terör ve makalenin Irak savaşından kısa bir süre sonra yazıldığına ve Kürt orjinli birçok kişinin Türkiye sınırlarına geldiğine dikkati çekti. Sonuçta mahkeme, makalenin şiddet kullanımı veya silahlı direnişi teşvik etmediğini ve verilen cezaların çokluğuna işaret ederek amaç-

la cezanın orantısız olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığına, 10. maddenin ihlal edildiğine karar verdi. 14. maddeye aykırılığı ise incelemedi.

Yargıç Gölcüklü ise bu davada verdiği karşı oy yazısında bu davanın Zana ve diğer davalardan farkı olmadığını, başvurucunun makalesinde “soykırımdan” söz ettiğini birçok kişinin mahkemelerce infaz edildiğinden bahsettiğini ve sadece kürtler değil, tüm proletarya bu kanunlara karşı gelmelidir ve bu çatışmada yer almalıdır dediğini belirterek, bu pasajların her türlü iyi niyetle bir şiddeti kışkırtıcı nitelikte olduğunu belirtti.

İ- ŞENER V TÜRKİYE DAVASI (105)

Başvurucu Bayan Pelin Şener haftalık “Haberde Yorumda Gerçek” adlı derginin sahibi ve editörüdür. 5 Eylül 1993’de İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi 4 Eylül 1993 tarihli sayıda yayınlanan “Aydın İtirafı” adlı yazıda ayrılıkçı propaganda yapıldığı gerekçesiyle soruşturma açmıştır. Soruşturma 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesine dayandırılmıştır. Başvurucu makalenin yazarı hakkında hiçbir işlem yapılmadığını ve düşüncüyü ifade özgürlüğünün sınırlandırıldığını ileri sürmüştür. Mahkeme kendisini suçlu bularak 6 ay hapis ve 50.000.000.- TL para cezasına mahkum etmiş ve yayının müsaderesine karar vermiştir. 30 Kasım 1994’te Yargıtay temyiz talebini reddetmiştir. Terörle Mücadele Kanunu 27 Ekim 1995’te değiştirilince dava yeniden görülmüş ve aynı ceza verilmiş ayrıca yazar Erhan Altın’da cezaya çarptırılmış, cezalar ertelenmiştir.

AIHM “hukuk tarafından öngörülme” kıstasının 1991 tarihli kanunun 8. maddesine dayandığını kabul etmiştir. “Meşru amaç” konusunda Hükümet milli güvenlik ve kamu güvenliğini ileri sürmüştür. Mahkeme Güneydoğu’daki hassas güvenlik durumu, ilave şiddeti kışkırtmayı önlemek amacı bakımından hükümetin bu

(105) 18 Temmuz 2000, BN 26680/95.

amaçlarını doğru bulmuştur. "Demokratik toplumda gereklilik" kıstası için toplumsal ihtiyaç baskısının varlığı gerektiği, bunun için Mahkemenin müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığı ve milli otoritenin ileri sürdüğü sebeplerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını inceleyeceğini belirtmiştir. Mahkeme basının devletin hayati menfaatleri konusundaki sınırları aşamayacağını ancak basının siyasi konular üzerindeki fikirler ve bilgileri vermekle görevli olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca toplum da bu haberleri almak hakkına sahiptir. Meslekten medya mensuplarının ödevleri ve sorumlulukları çatışma ve tansiyon halinde özel bir öneme sahiptir. Medya devlete karşı şiddet içeren yayınlarla bir araç olmalıdır. Eğer böyle bir durum söz konusu değil ise, devlet toplumu haber almak hakkından mahrum edemez. Mahkeme makalenin bazı bölümleri saldırgan tonda olsa da, tümü itibarıyla şiddeti teşvik etmediğini, kişileri düşmanlığa, intikama, şikayete veya silahlı direnişe kışkırtmadığını, sadece kürt sorununun entellektüel bir analizinden ve silahlı çatışmanın bitmesini istemekten ibaret olduğunu, bu nedenle cezanın amaçla orantısız ve demokratik toplumda gerekli olmadığını, 10. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.

Yargıç Gölcüklü ise karşı oy yazısında yazının İngilizce çevirisinin doğru olmadığını, olaya barışçı bir çözüm bulmak isteyen Kürt aydınlarını eleştirdiğini, onları bağımsız bir Kürt devleti kurmaya teşvik ettiğini belirterek, olayda şiddete kışkırtma olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca yerel Mahkemenin kararını şiddete teşviki değil, ayrımcı propagandaya dayandığını, ülkenin aktüel durumuyla doğrudan ilişkili olan milli mahkemelerin değerlendirmelerinin uluslararası bir mahkemeden daha ağırlıklı olması gerektiğini belirtmiştir.

J. ÖZTÜRK V TÜRKİYE DAVASI (106)

Ünsal Öztürk Yurt Kitap-Yayının sahiplerinden birisidir. Ekim 1988'de M.N.Behram'ın "Hayatın Tanıklığında-İşkencede Ölümün

(106) 28 Eylül 1999, BN 22479/93.

Güncesi" başlıklı bir kitabını yayınlamıştır. Kitap illegal Maoist bir örgütün kurucularından İbrahim Kaypakkaya'nın hayatıyla ilgilidir. Kitapta fotoğraflar ve herbiri bir şiirle başlayan 24 bölüm vardır. Kitap Kasım 1988'de tekrar basılmış, 21 Aralık 1988'de Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi cezai kovuşturmaya başlamıştır. Savcının isteği ile tek yargıç kararı ile ikinci baskının zaptına karar verilmiştir. 14 Şubat 1989'da TCK Eski 142/4 ve 6. maddesi ve 312/2,3. maddesinden dava açılmıştır. Mahkeme Bay Öztürk'ü para cezasına mahkum etmiş, Yargıtay'ın kararı bozması üzerine savcı TCK 142. Terörizmle Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığı için sadece TCK 312. maddeye ilişkin kararın kesinleştiğini belirtmiştir. 22 Mayıs 1991'de Devlet Güvenlik Mahkemesi Bay Behram için 312. maddedeki suçun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir. Bu karar kesinleşmiştir. 19 Eylül 1991'de başvuru Adalet Bakanlığından yazılı emir ile bozma istemiştir. Zira kendisi hakkında verilen karar ile yazar hakkında verilen karar çelişkilidir. Yargıtay 8 Ocak 1993 tarihli kararı ile bu başvuruyu reddetmiştir. Bu sırada M.N.Behram'ın kitabı başka bir yayınevi tarafından başka bir başlık altında yayınlanmıştır.

Bay Öztürk 24 Mayıs 1993'de Komisyona başvurmuş, Komisyon başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve olayın 9. madde değil 10. madde içinde ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Olay Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine intikal etmiştir. AIHM aynı kitap hakkında iki farklı kararın olmasını farklı yorum ve sınıflandırmaya dayandığını, ancak bunun TCK 312. maddenin açıklık ve kesinlik taşımadığını göstermeyeceğini, dolayısıyla hukuk tarafından öngörülme şartının gerçekleştiğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca taraflar tarafından bir iddia öne sürülmediği halde, sözkonusu kararın 10/2. maddedeki itaatsizliği ve suçu önleme amaçlarına yönelikini benimsemiştir. Demokratik bir toplumda gereklilik konusunda, kitabın sadece bir biyografi değil, Türk otoritelerini eleştiren politik bilgileri içerdiğini ve bir ideolojiye destek verdiğini kabul etmiştir. Ancak kitabın yazarı hakkında mahalli mahkemenin suçu teşvik edici hiçbir unsur bulunmadığı hakkındaki kararını da dikkate almıştır. Hükümetin içtihat hukukunda gelişme iddiasının

cezaların farklılığını doğrulamayacağını belirtmiş ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

K- ERDOĞDU V İNCE TÜRKİYE DAVASI (107)

Ümit Erdoğan "Demokrat Muhalefet" adlı aylık derginin editörü idi. Ocak 1992'de sosyolog Selami İnce ile bir röportajı dergide yayınlandı. Mülakatın konusu Kürt sorunu idi. 23 Mart 1992'de savcı İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde bölücü propaganda nedeniyle soruşturma başlattı. 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesine dayanarak 12 Ağustos 1993 tarihli kararında İstanbul Güvenlik Mahkemesi başvuru sahipleri suçlu buldu. 1. başvuru sahibi Terörle Mücadele Kanunun 8/2. maddesine göre 5 ay hapis ve para cezasına, 2. başvuru sahibi 8/1. maddesine göre 1 yıl 8 ay hapis ve para cezasına mahkum etti. Mahkeme kararını devletin bölünmezliği aleyhine propaganda esasına dayandırdı. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 1 Şubat 1994'de kararı onayladı. 4126 sayılı ve 27 Ekim 1995 tarihli kanun değişikliğinden sonra mahkeme davayı yeniden inceledi. 15 Aralık 1995'de Mahkeme 1. başvuru sahibi 5 ay hapis ve para cezasına, 2. başvuru sahibi 1 yıl 1 ay 10 gün hapis cezasına mahkum etti ve hükmün infazını erteledi. Yargıtay kararı bozdu. Yeniden yapılan muhakemede Devlet Güvenlik Mahkemesi 14 Ağustos 1997'de yürürlüğe giren 4304 sayılı kanunu dikkate alarak bay Erdoğan hakkındaki kararı tecil etti. Bay İnce'nin cezasını erteledi.

Başvuru sahipleri 20 Ağustos 1994'de Komisyona müracaat etti (7,9 ve 10. maddelere göre) Komisyon 10. maddeye aykırılık olduğunu kabul etti. Hükümetin 6 aylık başvuru süresinin geçtiğine dair itirazı kabul edilmedi. 6/1. maddeye ilişkin itiraz ise ileri sürülmediği için incelenmedi. Mahkeme cezalandırmanın 1991 tarihli kanunun 8. maddesine dayandığını kabul etti (Hukuk tarafından öngörülme). Ayrıca alınan önlemlerin milli güvenliğin korunması, ulusal bütünlük ve itaatsizlik ve suç önleme amaçlarına yönelik ol-

(107) 8 Temmuz 1999, BN 25067/94 ve 25068/94, ayrıca bkz, Erdoğan v Türkiye BN 25723/94.

duğunu benimsedi (meşru amaç). Demokratik toplumda gereklilik konusunda, hukuki amaçla oranlılık ve milli otoritelerin sebeplerinin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını araştırdı. Basının devletin hayatı menfaatlerini korumak için gereken sınırları aşamayacağını, ancak politik konularda ayrılıkçı da olsa bilgi ve fikirleri vermek zorunda olduğunu, toplumun da bunları almak hakkı olduğunu belirtti. Bir Türk sosyologla yapılan mülakatın analitik yapıda olduğunu ve şiddeti kışkırtmadığını kabul etti. Cezalar tecil edilse ve ertelense de ağır bir ceza tehdidi söz konusu olduğunu kabul etti. Mahkemeye göre bu tür fikirler bazı kuruluşların temsilcileri tarafından verildiği zaman medya devlete karşı şiddete aracı olur, bu görüşler bu şekilde verilmediği zaman ise devletler ülkesel bütünlük, milli güvenlik veya suçu önleme bahaneleriyle kamunun bilgilendirilmesini önleyemezler. Bu gerekçelerle verilen cezalar demokratik bir toplumda gereklilik konusundaki amaçlarla orantısızdır ve 10. madde ihlal edilmiştir.

Bu kararda yargıç Bonello, Palm Tulkens, Fischbach, Casadevall ve Greve verdikleri karşı oy yazılarında 10. maddenin ihlalini kabul etmekle birlikte önemli olanın kelimelerin kullanılış tarzı değil, genel ifadesi olduğu "kavgacı" ifadelerinde 10. maddenin koruması altında olduğunu, önemli olanın gerçek bir risk olup olmadığının, dilin şiddeti teşvik edip etmediğinin, açık ve mevcut tehlikeye bulunup bulunmadığının tespiti olduğunu, çözümün eğitimle daha fazla konuşmayı sağlamak olduğu, yoksa susmaya zorlama olmadığını belirtmişlerdir.

L- İBRAHİM AKSOY V TÜRKİYE DAVASI (108)

Başvurucu HEP (Halkın Emek Partisi)'nin milletvekili ve genel sekreteri idi. 18 Mayıs 1991'de Konya'daki parti kongresinde bir konuşma yapmıştı. Konuşma Kürt halkının ezildiği, zulüm yapıldığı ve partinin onların partisi olduğuna ilişkin idi. 14 Aralık

(108) 10 Ekim 2000, BN 28635/95, 30171/96 ve 34535/97.

1992'de Konya Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısı Devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda suçundan soruşturma başlattı. 9 Mart 1994'te Mahkeme 1 yıl 8 ay hapis ve para cezasına mahkum etti. Mahkumiyet 3713 sayılı yasanın 8. maddesine dayanıyordu. Kararın usul yönünden Yargıtay'ca bozulması üzerine dava yeniden görüldü. 27 Ekim 1995'de 4126 sayılı yasa yürürlüğe girdi. Yeniden yapılan yargılamada 17 Kasım 1995'de 10 ay hapis cezasına ve öncekinden daha yüksek bir para cezasına mahkum edildi. Karar Yargıtay'ca onandı.

Başvurucunun 2. mahkumiyeti ise "Azadi" (Kürtlere Özgürlük) adlı haftalık dergide 1993 yılında yazdığı "Somali-Bosna-Kürdistan" adlı makale nedeniyle oldu. Makalede Birleşmiş Milletlerin çifte standart uyguladığı ifade ediliyordu. Bu makaleden dolayı 27 Şubat 1996'da 1 yıl 4 ay hapis ve para cezasına mahkum edildi ve karar Yargıtay'ca 3 Haziran 1997'de onaylandı.

Başvurucunun 3. mahkumiyeti İstanbul'da yayınlanan ve "Yeni Bir Türkiye İçin Çözüm : Yeni Demokratik Değişim Politikaları ve Yeni Demokratik Değişim Partisi Hareketi" adlı bir broşür nedeniyle oldu. Broşür bay Aksoy'un başkanı olduğu "Yeni Demokratik Değişim Partisi Hareketi" adlı kurulmakta olan bir parti ile ilgiliydi. Bu broşür nedeniyle 4126 sayılı yasa uyarınca 1 Aralık 1995'de 1 yıl 4 ay hapis ve para cezasına çarptırıldı. 20 Mart 1996 karar Yargıtay'ca onandı.

AIHM'ne 10. maddeye aykırılıktan yapılan başvuru üzerine Mahkeme 10/2. maddeye göre hukuk tarafından öngörülme şartının 3713 sayılı yasanın 8. maddesine göre gerçekleştiğini kabul etti. 10/2. maddeye göre meşru amaç bakımından, Türkiye'nin Güneydoğusundaki güvenlik durumu ve şiddeti kışkırtmak konusundaki hassasiyet nedeni ile hükümet tarafından alınan önlemlerin milli güvenlik, ülke bütünlüğü ve suçun önlenmesi bakımından meşru olduğunu, ayrılıkçı hareketlerin şiddeti kışkırtıcı metotlar kullandığını kabul etti. Demokratik bir toplumda gereklilik konu-

sunda eski kararlarındaki ilkeleri tekrarladıktan sonra 3 mahkumiyeti ayrı ayrı inceledi.

HEP Kongresinde yapılan konuşma ile ilgili 1. mahkumiyette bay Aksoy'un parti politikalarını izah ettiğini, demokrasinin yenilenmesinden bahsettiğini, kendisinin bir muhalefet partisi milletvekili olduğunu ve kendisini seçenleri temsil ettiğini ve onların menfaatlerini koruduğunu, konuşmasının ne şiddet kullanılmasını nede silahlı mukavemet ve ayaklanmayı teşvik etmediğini belirtti. (§ 62.) Hükümetin bir etnik grubun ayrımcılığı tezi konusunda, mahkemenin bunu sadece ırkçı fikirler ve kanıların propagandası için kabul ettiğini ifade etti. (§ 63). Mahkemeye göre üstün bir ırk fikri 10. maddenin korumasından yararlanamaz. Bu olayda ise ırkçı bir yaklaşım yoktur. Aksine Türk toplumunda daha çok ezilmiş bir halkın haklarından söz etmektedir. Ayrıca kendisi etnik ayrımcılıktan suçlanmış ve ayrımcı propagandadan mahkum edilmiştir. Mahkeme bu suçtan hem hapis hem para cezası verilmesini de cezaların çeşitliliği olarak değerlendirmiştir. (§ 65) Sonuç olarak mahkumiyet amaçla orantısız ve demokratik bir toplumda gereksiz bulunmuştur 10. madde ihlal edilmiştir.

2. mahkumiyetle ilgili olarak Mahkeme demokraside basının rolünü incelemiştir. Basın her ne kadar devletin hayati çıkarlarını aşmamak zorunda ise de, siyasi konularda farklı görüş ve bilgileri vermek durumundadır. Başvurucu makalesinde Birleşmiş Milletlerin Somali ve Bosna Hersek'e müdahalesinin nedenlerini açıklamış ve Kürtlerin durumunun da buna benzer olduğunu belirtmiştir. Bu bölgede açlık, savaş ve ölüm olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme terörle mücadele güçlüklerini dikkate almakla beraber, başvurunun bir politikacı olarak ayaklanmayı, şiddeti yada silahlı direnişi teşvik etmediği kanısına varmıştır. (§ 71.) Cezaların çeşitliliğini de dikkate alarak mahkumiyetin amaçla orantısız ve demokratik bir toplumda gereksiz olduğu sonucuna varmıştır, 10. madde ihlal edilmiştir.

3. mahkumiyeti yeni bir partinin başkanı olarak parti programını açıklamakla ilgilidir. Broşür etnik grupların tanınması ve çoğulcu ve katılımcı rejimden söz etmektedir. Mahkemeye göre demokrasinin başlıca prensipleri şiddete başvurmadan sorunları diyalogla çözmektir. Demokrasi fikirleri ifade hürriyeti üzerine kurulmuştur. Yazar barışçı ve hakkaniyete uygun bir politik projeye ihtiyaç olduğundan söz etmektedir, şiddet kullanmaya ve demokrasinin kurallarına saygısızlığa teşvik etmemektedir. Para ve hapis olarak iki ayrı ceza verilmesi de amaçla orantısızdır ve demokratik bir toplumda gerekli değildir 10. madde ihlal edilmiştir. (§ 80.)

SONUÇ

Yaptığımız incelemede Türkiye ile ilgili davaların çoğunluğunun PKK veya Kürt sorunu ile ilgili olduğu görülmüştür. Oysa batılı ülkelerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 10. maddeyle ilgili olarak yapılan başvurular çok farklı konularda olmuştur. Örneğin Fressoz and Roire v Fransa (109) davasında başvuru sahibi haftalık bir gazetenin direktörüdür ve bir şirket sahibinin kazancı ücretler ve verdiği vergiler ile ilgili yazdığı bir yazı nedeniyle yargılanmıştır. Handyside v İngiltere (110) davasında "Küçük Kırmızı Ders Kitabı" adlı eserin müstehcen olduğu gerekçesiyle mahkeme el koyma ve imha kararı vermişti. Dava müstehcen yayınlar yasasına dayandırılmıştır. Mahkeme müdahalenin genel ahlakın koruma amacı taşıması ve demokratik toplumda gerekli olması nedeniyle 10. maddeye aykırılık bulmamıştır (111). Sunday Times davası (112) annelerin gebelik sırasında aldığı thalidomide adlı maddeyi içeren ilaçların hamilelik döneminde alınması halinde ceninin

(109) 21.1.1999..BN. 29183/95.

(110) 7.12.1976, Seri A, No:24.

(111) Türkçe metin için Bkz., Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ. 1997. s. 55-vd.

(112) 26.4.1979, Seri A, No: 30.

üzerinde yaptığı sakatlıklarla ilgili yayınların bir gazetede çıkması nedeniyle gazeteye yayın yasağı konulması ile ilgilidir. Üretici firma ile aileler arasındaki uzlaşma görüşmeleri sırasında gazetecilerin yazdığı yazılar mahkemeye saygısızlık oluşturacağı nedeniyle yasaklanmıştır. İHM demokratik bir toplumda gerekli olması nedeniyle 10. maddeye aykırılık bulmuştur (113).

Castells v İspanya davasında (114) ise Bask bölgesinin bağımsızlığını savunan partiden senatör olan Castells'in haftalık bir dergide Bask bölgesindeki faili meçhul cinayetlerin ardından kamu görevlilerinin, hükümetin ve hükümet partisinin bulunabileceğine dair makalesi nedeniyle dokunulmazlığının kaldırılması ve iddiaları ispat hakkı tanınmadan, 1 yıllık hapis cezası verilmesine ilişkindir. Mahkeme müdahalenin, düzensizliğin önlenmesi gibi meşru bir amaca sahip olduğunu kabul etmekle beraber, başka araçlarla meşru amacı gerçekleştirmek mümkün olduğu halde ispat hakkı tanınmadan mahkumiyet kararı verilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (115).

De Haes and Gijssels v Belçika davasında (116) davacılar haftalık bir derginin editörü ve gazetecidir. Bir boşanma davasında noter olan babanın çocuklarına karşı ensest ve suiistimal edici davranışlarına ilişkin karar veren hakimleri suçlayıcı makaleler yazmıştır. Divan bu kişilerin yorumlarının ciddi şekilde eleştirici olduğunu kabul etmekle beraber, basın hürriyetini bazı abartmaları hatta kışkırtmaları da kapsadığı, dolayısıyla 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Buna karşılık Divan İngiliz Mahkemesinin Observer ve Guardian gazetelerine koyduğu geçici yayın yasağı konusunda milli güvenlik açısından gerekli olduğu gerek-

(113) Bkz, Doğru, Osman, a.g.e., s. 163.-vd.

(114) 23.4.1992, Seri A, No:236.

(115) Türkçe Metin için Bkz, Doğru, O., a.g.e., s.217- vd.

(116) 24.2.1997, BN 19983/92.

çesiyle sözleşmeye aykırılık görmemiştir (117). Olay İngiliz servisinde çalışan bir kişinin emekli olduktan sonra izin almaksızın, yapılan operasyonlar, metotları ve gizli servisin personeli hakkında bir hatıratını Avusturya da yayınlanması ile ilgili idi. Bu kişinin yaşadığı Avusturalya'da başlatılan prosedür devam ederken gazetelerde bu konuda bazı detaylar içeren yazılar çıkmıştı.

Müller v Diğerleri davasında (118) İsviçre'nin Fribourg kantosunda bir sergi salonunda teşhir edilen tabloların halkın din özgürlüğüne aykırı olması nedeniyle polis tarafından el konulması ve ressamın tutuklanması sözkonusuydu. Mahkeme olayda 10. maddeye aykırılık bulmamıştır. Groppera Radio AG ve Diğerleri ve İsviçre davasında (119) İsviçre hukukuna göre kurulan bir Limited Şirket İtalya'da verici kullanarak İsviçre'deki dinleyicilerine radyo yayınları yapmaya başlamıştır. İsviçre Federal Meclisi bir kararnameyle bu tür yayınları yasaklamıştır. Groppera şirketi Federal Mahkemede bu karar aleyhine açılan davaya müdahil olmuş, mahkeme davayı reddetmiştir. Divan önüne gelen davada yapılan işlem sınırın öbür tarafından faaliyet gösteren bir istasyona karşı alınan bir önlemden ibaret olduğundan, 10. maddeye aykırılık olmadığı sonucuna varmıştır.

Türkiye ile ilgili incelediğimiz kararlarda sadece Zana v Türkiye ve Sürek v Türkiye (No:1) kararlarında 10. maddeye aykırılık bulunmadığı belirtilmiş, diğer kararlarda düşünceye ifade özgürlüğüne aykırılık kabul edilmiştir. Benzer bir olay da Sadık Ahmet'in Yunanistan aleyhine yaptığı başvuruya ilişkin Komisyon raporunda (120) 10. maddeye aykırılık iddiası incelenmiştir. Sadık Ahmet Batı Trakya'daki Türklerin siyasi liderlerinden biriydi. 1989'da seçim kampanyası sırasında kamu düzenini bozmaktan mahkum

(117) 26.11.1991, BN, 13585/88.

(118) 24.5.1988, BN, 10737/84.

(119) 28.3.1990, BN, 10890/84.

(120) 4 Nisan 1995, BN 18877/91.

edilmişti. Mahkumiyet sebebi Müslüman halkı "Türkler" olarak adlandırarak basılı metinler dağıtmasıydı. 11 Temmuz 1991'de Komisyona başvurdu. Komisyon raporunda seçilmiş bir temsilcinin ifade özgürlüğünün önemine değinerek seçim kampanyasında ceza uygulanmasının ancak demokratik bir devletin uygun ve eşit yollarla tepki gösterememesi halinde haklı olabileceğini, Batı Trakya'daki Müslüman azınlığa Türk dediği için suçlanması ve ceza görmesinin 10. maddeye aykırı olduğunu belirtmiştir. Daha sonra Divanda dava açılmış, Sadık Ahmet ölünce eşi ve çocukları davaya devam etmiş, fakat Divan iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle davayı reddetmiştir (26. maddeye göre) (121).

Örnekleri çoğaltılabilecek bu kararlardan da görülebileceği gibi 10. maddenin uygulama alanı oldukça geniştir. Divan tüm kararlarda aynı kriterlere dayanarak bir sonuca varmaktadır. Bütün sorun ulusal güvenlik, kamu düzeni, ülkenin bölünmezliği gibi kavramların yorumlanmasında ortaya çıkmaktadır. Bir uluslarüstü mahkemenin her bir ulusun bulunduğu koşulları hissederek bu kavramları değerlendirmesi çok da kolay olmayacaktır. Diğer yandan basın özgürlüğü korunurken başkalarının şeref ve haysiyetine tecavüz edilmemesi sorunlu basının bir gerekliliğidir. Haber verilirken polisin (122), askerlerin (123) yada hakimlerin (124) eleştirilmesinde sözleşmenin ihlal edilip edilmediği çeşitli olaylarda Divanca incelenmiştir.

Hiçbir özgürlük mutlak ve sınırsız değildir. Önemli olan sınırlamada makul ölçülerin bulunmasıdır. AIHM'nin verdiğimiz örnek kararları bu sınır ve ölçüyü tespitte Türk hukukçularına yön gösterecek niteliktedir. Divanın son zamanlarda verdiği kararları incelerken yapılan bir gözlemede davaların çoğunda 10. maddenin ih-

(121) 15 Kasım 1996, 46/1995/552/638.

(122) ThorgeL Thorgeirson v İrlanda, 25.6.1992, BN, 13778/88.

(123) Engel ve diğerleri v Hollanda, 8.6.1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71

(124) De Haes and Gijels v Belçika 24.2.1997, 19983/92.

laine karar verilirken (125) daha az sayıda bir ihlal olmadığı sonucuna varılmasıdır (126).

Yargıç Bonello'nun Karataş v Türkiye davasındaki karşı görüşünde belirtildiği gibi açık ve mevcut tehlike kıstası ABD Yüksek Mahkemesi tarafından kullanılmaktadır (127). Kuvvet kullanma fikri somutsa ve o zamanda ve o alanda açık bir şiddete yöneliyorsa ifade özgürlüğü önlenemez. Ani, ciddi bir tehlike bulunması veya başvurucunun eski davranışlarının ani ve gelişen bir faaliyete sebep olması halinde bu düşünceler hukuka aykırı bir eylemi kısıktırmaya yönelik ve mevcut hukuk düzeni bakımından açık bir tehlike oluşturur. Günümüzde ifade hürriyetini koruyucu ve devleti korumak amacıyla sınırlandırılmasında en önemli rolü oynayan kriter ABD Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilen açık ve yakın tehlike (clear and present danger) veya açık veya mevcut tehlike kriteridir. ABD bu kriteri 1919 yıllarında verdiği Schenck kararı ile kurmuştur. Bu kararda her fiilin içinde gerçekleştirildiği koşullara bağlı olduğu ifade edilmiştir. ABD bir süre ayrıldığı bu esasa 1971 yılında geri dönmüştür. Her olayda ve durumda kullanılan kelimelerin devletin yasaklamakta haklı olduğu bir kötülük teşkil edip etmediği araştırılmalıdır. Tehlikenin ciddi olup olmadığı, açık nitelik taşıyıp taşımadığı dikkate alınmalıdır. 1789 Fransız İhtilalinden sonra oluşan Ulus devletin kendisini ve temsil ettiği değerlerin savunma hakkına sahip olduğu unutulmamalıdır.

(125)Jerusalem v Avusturya, 27.2.2000, No:26958/95; Thoma v Lüksemburg 29.3.2000, No:38432/97; Bergens Tidende ve diğerleri v Norveç, 2.5.2000, No:26132/95; Lopes Gomes da Silva v Portekiz, 28.9.2000, No:37698/97; Du Roy and Malaurie v Fransa 3.10.2000, No:34000/96; News Verlags GmbH 8 Çokg v Avusturya 11.1.2000, No: 31457/96., Perna v İtalya 25.7.2000, No: 48898/99.

(126)Andreas Wabl v Avusturya, 21.3.2000, No: 24773/94. Tammer v Estonya 6.2.2000, No: 41205/98.

(127)Ünal,Ş.a.g.e., s.220.

Meşru savunma doğal hukukçulardan beri benimsenmektedir (128).

Bugün gerçek olan özgürlüklerin demokratik toplumlarda daha fazla olduğu ancak bu özgürlük, demokrasi, çoğunluk ortamında, terörizmin yada aykırı görüşlerin yaşamak için gerekli ortamı bulabildiğidir. Dolayısıyla özgürlükler ile özgürlükleri kısıtlama sarkacı arasındaki dengeyi uluslararası toplumun sağduyusu sağlayacaktır. Toplumsal değerleri korumaya özen gösterirken, fikrini söyleyen her insanı potansiyel suçlu ilan etme paranoyasından da kurtulmak gerekmektedir.

Ancak İnsan Hakları Mahkemesi belli bir ırkın üstünlüğünü savunan ırkçı görüşler (Nazizim) konusunda bu özgürlüğü kabul etmezken, Türkiye'deki etnik ayrımcılık (Kürt sorunu) konusunda kabul etmesi çifte standart yaratmaktadır. Avrupa Nazizim'den çok çekmiştir, ancak Türkiye de terörizmle yıllarca mücadele vermiştir. Mahkeme son olarak Refah Partisi davasında verdiği kararla ırkçı görüşlere ilaveten şeriat düzeni kurmaya ilişkin konuları da düşünceyi ifade ve dernek kurma özgürlüğü dışında kabul etmiştir.

Bu konuda Türk hukuku bakımından yapılabilecek en iyi düzenleme andlaşmaların iç hukuktaki yerini belirleyen Anayasanın 90. maddesine getirilecek bir değişiklikle uluslararası hukukun karşılıklı olmak koşulu ile iç hukuka üstün tutulacağına ilişkin bir düzenleme olacaktır. Tüm andlaşmaların kanunlara üstünlüğü konusunda çekinceler ileri sürüldüğü takdirde, bu üstünlüğün yalnızca insan haklarına ilişkin sözleşmelerle sınırlanması da mümkündür. Ancak bu durumda Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde maddenin yeniden gözden geçirilmesi kaçınılmaz olacaktır.

(128) Güriz, Adnan, İfade Hürriyetinin Sınırları "Düşünce" s.85-86.