

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE 1982 ANAYASASI'NDA
İFADE VE KİTLE İLETİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ

Murat ESMER
111614028

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU

2014

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasası'nda İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğü
Freedom of Expression and Mass Media under the European Convention on Human Rights and 1982
Constitution of Turkey

Murat Esmer
111614028

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu
Jüri Üyesi: Prof. Dr. Sevtap Yokuş
Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Ulaş Karan



Tezin Onaylandığı Tarih: 21/07/2014

Toplam Sayfa Sayısı: 181 + XVII = 198

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) İfade Özgürlüğü
- 2) Kitle İletişim
- 3) Yasayla Öngörülme
- 4) Çoğulculuk
- 5) Demokratik Toplum

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Freedom of Expression
- 2) Mass Media
- 3) Prescribed by Law
- 4) Pluralism
- 5) Democratic Society

ÖZET

İfade özgürlüğü çoğulcu demokratik toplum düzeninin sağlanmasında çok önemli bir rol oynamaktadır. İfade özgürlüğünün günümüzdeki en etkin kullanım biçimi kitle iletişim araçları vasıtasıyla sağlanmaktadır. Bilgi, düşünce ve habere ulaşılmasında, bunların açıklanmasında ve yayılmasında kitle iletişim araçlarından sıklıkla faydalanılır. Kitle iletişim araçları, kamuoyunun oluşumundaki etkili araçlardır. Bu bağlamda, kitle iletişim özgürlüğünün özünü ifade özgürlüğü oluşturur. İfade özgürlüğünü etkileyen hukuki düzenlemeler kitle iletişim özgürlüğünü de doğal olarak etkiler. Ancak kitle iletişim araçlarının taşıdığı özellikler nedeniyle kitle iletişim özgürlüğü, ifade özgürlüğünden ayrı olarak bazı başka yasal düzenlemelere de tabi tutulabilir. İfade ve kitle iletişim özgürlüklerinin kapsam ve sınırlarının ortaya konulabilmesi için bu özgürlüklere yönelik yasal düzenlemelerin ele alınması gerekmektedir.

Bu çalışmada, ifade özgürlüğünün kitle iletişim özgürlüğünü de kapsamına alan bir özgürlük olduğu göz önüne alınarak, ilk önce ifade özgürlüğünün kuramsal boyutu ele alınmıştır. Daha sonra kitle iletişim özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün kullanılmasındaki rolü ve tekelleşme olgusunun bu rol üzerindeki etkileri incelenmiştir. En son olarak da sırasıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasası'nda ifade ve kitle iletişim özgürlükleriyle ilgili düzenlemeler irdelenmiş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili içtihatları ışığında söz konusu özgürlüklerin her iki hukuk metnindeki kapsam ve sınırları karşılaştırmalı olarak ortaya konulmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

Freedom of expression plays an important role in construction and maintenance of a pluralistic democratic society order. The most effective enjoyment of the freedom of expression in today's world is attained through the use of mass media. The mass media is widely invoked to access to information, news, ideas and so on.. It can be used as an important tool in formation of public opinion. In this respect, the freedom of expression constitutes the core of the freedom of mass media. Hence, regulations having an impact on the freedom of expression influences the freedom of mass media as well. However due to the nature of mass media, it may be subject to some other specific legal rules in addition to those pertaining to the freedom of expression. In order to grasp the scope of and the limitation to the freedom of expression and mass media, there is a clear need to examine the relevant legal corpus of law.

This thesis – adopting the view that freedom of expression encompasses also the freedom of mass media- begins with conducting a theoretical inquiry on the concept of the freedom of expression. Secondly, the analysis turns to the role of freedom of mass media in enjoyment of the freedom of expression and the effects of the notion of monopolisation on such a role. Finally the regulations of the European Convention on Human Rights and 1982 Constitution of Turkey concerning the freedom of expression and mass media are discussed. This discussion compares and contrasts the scope and limits of the freedom of expression and mass media set out in these texts in light of a survey of the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Turkey.

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|-------------|
| ÖZET | iii |
| ABSTRACT | iv |
| İÇİNDEKİLER | v |
| KISALTMALAR | viii |
| KAYNAKÇA | x |
| MAHKEME KARARLARI DİZİNİ | xv |
| I. Giriş | 1 |
| II. İfade Özgürlüğünün Kuramsal Boyutu | 5 |
| A-Gerçekliğe Dayanan Tez..... | 7 |
| B-Demokrasiye Dayanan Tez | 9 |
| C-Bireysel Özerkliğe ve Kendi Kendini Gerçekleştirmeye Dayanan Tez..... | 12 |
| D-İfade Özgürlüğünü Temellendiren Diğer Tezler | 13 |
| E-İfade Özgürlüğü Yerine Sınırlamayı Temellendiren Anlayış : Militan | 16 |
| Demokrasi | 16 |
| 1. Militan Demokrasi Kavramı ve Ortaya Çıkış Nedenleri..... | 16 |
| 2. Militan Demokrasi Anlayışının İfade Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri..... | 17 |
| III. İfade Özgürlüğünün Kullanımında Kitle İletişiminin Rolü | 20 |
| A- İletişim Kavramı | 20 |
| B- Kitle İletişim Kavramı | 21 |
| C- Kitle İletişim Özgürlüğü | 23 |
| D-Tekelleşme | 25 |
| IV. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğü ... | 32 |
| A-Sözleşmeyi Ortaya Çıkaran Tarihsel Süreç | 32 |
| B-AİHS'nin İç Hukuktaki Yeri..... | 34 |
| C-İfade Özgürlüğü | 35 |
| 1. Genel Olarak | 35 |
| 2. İfade Özgürlüğünün Unsurları | 38 |
| a) Görüşe/Kanaate Sahip Olma Özgürlüğü..... | 38 |
| b) Bilgi ve Fikirlerle Ulaşma Özgürlüğü..... | 39 |
| c) Bilgi ve Fikirleri Açıklama Özgürlüğü | 42 |
| 3. İfade Özgürlüğünün İçerik Bakımından Kapsamı | 43 |
| a) Siyasi İfadeler | 44 |
| b) Sanatsal İfadeler..... | 46 |
| c) Akademik İfadeler..... | 47 |
| d)Ticari İfadeler | 48 |
| 4. İfade Özgürlüğünün Sağlanmasında Kullanılan Araçların Kapsamı | 49 |
| a) Basın Özgürlüğü | 50 |
| aa) Basının Kamusal Meselelerin Tartışılmasındaki Önemi..... | 52 |
| bb) Eleştiri Özgürlüğü..... | 53 |
| cc) Değer Yargıları/Olgular Ayrımı | 54 |
| dd) Ön Kısıtlamaların Oluşturabileceği Tehlikeler..... | 56 |

| | |
|--|------------|
| ee) Haber Kaynaklarının Korunması | 58 |
| ff) Cevap ve Düzeltme Hakkı | 60 |
| b) Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğü | 61 |
| aa) Radyo-Televizyon | 62 |
| bb) İnternet | 65 |
| D-Sınırlama Rejimi | 70 |
| 1. Genel Olarak | 70 |
| 2. Müdahale Biçimleri..... | 71 |
| 3. Görev ve Sorumluluk Kavramı | 72 |
| 4. Sınırlama Ölçütleri | 76 |
| a)Yasayla Öngörülme..... | 77 |
| b) Meşru Amaçlara Yönelik Olma..... | 79 |
| c) Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma..... | 80 |
| 5. Olağanüstü Hallerde İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırlanması .. | 84 |
| 6. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı | 87 |
| a) Genel Olarak | 87 |
| b) Tarihi Gerçeklerin İnkarı ve Nefret Söylemi..... | 88 |
| c) Demokratik Düzeni Yıkmayı Hedefleyen İfadeler | 92 |
| d)Korunması Tartışmalı İfadeler-Basın Özgürlüğü Çatışması | 93 |
| E-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Ortaya Konulan İlkeler | 95 |
| 1. İfade/Kitle İletişim Özgürlüğünün Devletin ve Kamusal Menfaatinin Korunması Amacıyla Sınırlanması | 96 |
| 2. İfade/Kitle İletişim Özgürlüğünün Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması Amacıyla Sınırlanması | 103 |
| a) Dini Değerlerin Korunması..... | 103 |
| b) Siyasetçilerin Şöhret ve Haklarının Korunması..... | 106 |
| c) Kamu Görevlilerinin Şöhret ve Haklarının Korunması | 109 |
| d) Kamuya Mal Olmuş Kişilerin Şöhret ve Haklarının Korunması..... | 111 |
| 3. Yargı Erkinin Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması Amacıyla İfade/Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırlanması | 112 |
| 4. Temel İlkeler | 115 |
| V. 1982 Anayasası'nda İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğü | 119 |
| A- İfade Özgürlüğü | 120 |
| B- Basın Özgürlüğü..... | 126 |
| 1. Sansür Yasağı..... | 128 |
| 2. Süreli ve Süresiz Yayın Hakkı | 129 |
| 3.Basın Araçlarının Korunması ve Basın Dışı Kitle Haberleşme Araçlarından Yararlanma Hakkı | 130 |
| 4. Düzeltme ve Cevap Hakkı | 131 |
| 5. Pozitif Yükümlülükler ve Ek Güvenceler | 131 |
| C-İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Korunmasında Bireysel Başvuru Hakkının Rolü | 134 |
| D-İfade ve Kitle İletişim Özgürlüklerinin Sınırlanması..... | 138 |
| 1. İfade Özgürlüğüne İlişkin Sınırlama Nedenleri | 139 |
| 2. Basın Özgürlüğüne İlişkin Sınırlama Nedenleri | 142 |
| 3. Güvence Ölçütleri | 148 |

| | |
|---|------------|
| a) Yasayla Sınırlama | 149 |
| b) Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk | 154 |
| c) Öze Dokunma Yasağı | 155 |
| d) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri | 157 |
| e) Laik Cumhuriyetin Gerekleri | 160 |
| f) Ölçülülük | 160 |
| 4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı | 166 |
| 5. Olağanüstü Yönetim Usullerinde Hak ve Özgürlüklerin Kullanımının Durdurulması | 170 |
| VI. Sonuç | 174 |

KISALTMALAR

| | |
|----------------|---|
| a.g.e. | : Adı geçen eser |
| a.g.k. | : Adı geçen karar |
| a.g.m. | : Adı geçen makale |
| AIHM | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| AIHS | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| AK | : Avrupa Konseyi |
| AK BK | : Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi |
| AÜEHFD | : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AY | : Anayasa |
| AYD | : Anayasa Yargısı Dergisi |
| AYM | : Anayasa Mahkemesi |
| AYMKD | : Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi |
| Bkz. | : Bakınız |
| BM | : Birleşmiş Milletler |
| BM MSHS | : Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi |
| C. | : Cilt |
| Çev. | : Çeviren |
| E. | : Esas |
| Ed. | : Editör |
| EİHB | : Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi |
| İ.Ü. | : İstanbul Üniversitesi |
| İÜHF | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| K. | : Karar |
| KHK | : Kanun Hükmünde Kararname |
| K.T. | : Karar Tarihi |
| LDT | : Liberal Düşünce Topluluğu |
| m. | : madde |
| No. | : Numara |
| OHAL | : Olağanüstü Hal |
| para. | : paragraf |
| R.G. | : Resmi Gazete |
| s. | : sayfa |
| Sa. | : Sayı |
| STK | : Sivil Toplum Kuruluşu |
| TBB | : Türkiye Barolar Birliği |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| TİB | : Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı |
| TMK | : Terörle Mücadele Kanunu |
| TTB | : Türk Tabipler Birliği |
| tv | : Televizyon |
| UK | : The United Kingdom |
| v. | : versus |

| | |
|-------------|------------------------|
| vb. | : ve benzeri |
| vd. | : ve devamı |
| Vol. | : Volume |
| Yay. | : Yayınları |
| YKY | : Yapı Kredi Yayınları |

KAYNAKÇA

- AKAD Mehmet; DİNÇKOL Abdullah**, “1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Der Yay., İstanbul 2007.
- ALTIPARMAK Kerem**, “Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap”, İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye içinde, İletişim Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2007.
- ARSLAN Zühtü**, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 19, Ankara 2002.
- ARSLAN Zühtü**, “ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, LDT yay., Ankara 2003.
- AVCI Artun**, “Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü”, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, 2013.
- AZİZ Aysel**, “Televizyon ve Radyo Yayıncılığı”, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2006.
- BAYKAN Metin**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü”, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2011.
- BEYDOĞAN T. Ayhan**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasal İfade Hürriyeti”, LDT yay., 1. Baskı, Ankara 2003.
- BIÇAK Vahit**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, LDT yay., Birinci Basım, Ankara 2002.
- BOYAR Oya**, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta yay., 2. Baskı, İstanbul 2013.
- BOYAR Oya**, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013.
- BOYAR Oya**, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013.
- BULUNMAZ Barış**, “Holdingleşme Ekseninde Türk Medyasında Tekelleşme Sorunu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hakemli Öneri Dergisi, C. 9, Sayı 36, (2011).
- BULUT Nihat**, “4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet Açısından Değerlendirilmesi”, AÜEHFD, C. V, Sa. 1-4, Erzincan 2001.
- CAN Osman**, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Ne Değişti?”, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti içinde (Ed: Bekir Berat Özipek), LDT Yayınları, Ankara, 2003.
- CANKAYA Özden/YAMANER Melike Batur**, “Kitle İletişim Özgürlüğü”, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2012.
- CANNIE Hannes/VORHOOF Dirk**, “The Abuse Clause And Freedom of Expression In The European Human Rights Convention: An Added Value For Democracy and Human Rights Protection”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29, No. 1, 2011.
- CHAFEE Zechariah Jr.**, “Free Speech And It’s Relation to Self-Government by Alexander Meiklejohn”, Harvard Law Review, Vol. 62, No. 5, (Mart 1949).
- ÇAVUŞOĞLU Naz**, “Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Denetim Sistemi”, İnsan Hakları içinde, YKY cogito, 1. Baskı, İstanbul 2000.
- ÇOBAN Savaş**, “Hegemonya Aracı ve İdeolojik Aygıt Olarak Medya”, Parşömen yay., 1. Baskı, İstanbul 2013.

- DANIŞMAN Ahmet**, “*Basın Özgürlüğünün Sağlanması Yöntemleri (Devletin Basın Karşısındaki Aktif Tutumu)*”, Ankara Üniversitesi Basın Yayın Meslek Yüksek Okulu Yayınları, Ankara 1982.
- DICKERSON Donna L./TRAGER Robert**, “*21. Yüzyıl’da İfade Hürriyeti*”, (çev. A. Nuri Yurdusev), LDT yay., Ankara, 2003.
- DOĞRU Osman**, “*Anayasa ile Karşılaştırılmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İktüzüğü*”, XII Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul 2010.
- DOĞRU Osman**, “*Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*”, Legal Yay., Birinci Baskı, İstanbul 2013.
- DOĞRU Osman/NALBANT Atilla** “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*”, Legal Yay., İkinci Baskı, C. 2, İstanbul 2013.
- DÖNMEZER Sulhi**, “*Basın ve Hukuku*”, İÜHF Yayınları, İstanbul 1976.
- EKİNCİ Hüseyin/ SAĞLAM Musa**, “*66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*”, Avrupa Konseyi Yay., Ankara 2012.
- ERDOĞAN İrfan**, “*Tekelleşme, Medya ve Medya Pratikleri*”, Toplum ve Hekim Dergisi, TTB yay., C. 17, Sayı 6, Kasım-Aralık, Ankara 2002.
- EREN Abdurrahman**, “*Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*”, Beta yay., 1. Bası, İstanbul 2004.
- FONTAİNE Sherry J.**, “*Using the Mass Media as an Instructional Tool in a Public Affairs Course*”, Journal of Public Affairs Education, Vol. 4, No 4 (October 1998).
- GEDİK Ömer**, “*Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü*”, Seçkin yay., Birinci Baskı, Ankara 2008.
- GEMALMAZ Mehmet Semih**, “*Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C. 1*”, Legal Kitabevi, 8. Baskı, İstanbul 2012.
- GÖKÇE Birsan**, “*2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Sosyal, Ekonomik ve Siyasal Yönden Değerlendirilmesi*”, AYD, C. 19, Ankara 2002.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK A. Şeref**, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*”, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2011.
- GÖREN Zafer**, “*Anayasa Hukuku*”, Yetkin yay., Ankara 2011.
- GÖZLER Kemal**, “*3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği*”, AYD, C. 19, Ankara 2002.
- GÖZLER Kemal**, “*Türk Anayasa Hukuku Dersleri*”, Ekin Yay., 16. Baskı, Bursa 2014.
- GREER Steven**, “*The Exceptions to Article 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*”, Council of Europe Publishing, 1997.
- GÜLFİDAN Serkan O.**, “*İfade Özgürlüğü Hakkı Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye Kullanma Yasağı*”, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2013
- GÜLMEZ Mesut**, “*Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*”, TBB Yayını, 1. Baskı, Ankara, 2004.
- GÜNAYDIN Barış**, “*İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü*”, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2010.
- HAKYEMEZ Yusuf Şevki**, “*Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*”, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2000.
- HARRIS David/O’BOYLE Michael/WARBRICK Colin**, “*Law of The European Convention on Human Rights*”, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2009.
- HERMAN Edward S.; CHOMSKY Noam**, “*Rızanın İmalatı*”, (Çev. Ender Abadoğlu), bgst yayınları, 2. Basım, İstanbul 2012.
- İÇEL Kayıhan/ÜNVER Yener**, “*Kitle İletişim Hukuku*”, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul 2012.
- İLKİZ Fikret**, “*İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası*”, İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye içinde, İletişim Yay., 1. Baskı, İstanbul 2007.

- İNCEOĞLU Sibel**, “*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk*”, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği yay., Ankara 2011.
- İNCEOĞLU Sibel**, “*Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde (Ed. Sibel Inceoğlu), Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013.
- İNCEOĞLU Sibel**, “*Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde (Ed. Sibel Inceoğlu), Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013.
- KABOĞLU İbrahim Ö.**, “*Özgürlükler Hukuku*”, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2002.
- KABOĞLU İbrahim Ö.**, “*Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*”, Legal yay., 8. Baskı, İstanbul 2012.
- KAPANİ Münci**, “*Kamu Hürriyetleri*”, Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı, Ankara 1993.
- KARAN Ulaş**, “*İfade Özgürlüğü Hakkı*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde (Ed. Sibel Inceoğlu), Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- KEANE John**, “*Medya ve Demokrasi*”, (Çev. Haluk Şahin), Ayrıntı yay., 4. Basım, İstanbul 2010.
- KÜZECİ Elif**, “*AIHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları*”, TBB Dergisi, Sa. 71, Ankara 2007.
- LOEWENSTEIN Karl**, “*Militant Democracy and Fundamental Rights I*”, The American Political Science Review, Vol. 31, No 3, June 1937.
- MACOVEI Monica**, “*İfade Özgürlüğü İnsan Hakları El Kitapları No.2*”, Avrupa Konseyi Yay., 2001.
- MEIKLEJOHN Alexander**, “*The First Amendment Is An Absolute*”, The Supreme Court Review, Vol. 1961, The University of Chicago Press, 1961.
- MILL John Stuart**, “*Özgürlük Üzerine*”, (çev: Tuncay Türk), Oda Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2012.
- MUMCU Ahmet/KÜZECİ Elif**, “*İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*”, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2012.
- MUTLU Erol**, “*İletişim Sözlüğü*”, Sofos yayınları, 6. Basım, Ankara 2012.
- OSKAY Ünsal**, “*XIX. Yüzyıldan Günümüze Kitle İletişiminin Kuramsal İşlevleri Kuramsal Bir Yaklaşım*”, Der yay., 5. Basım, İstanbul 2010.
- OSKAY Ünsal**, “*İletişimin ABC'si*”, Der yay., 6. Basım, İstanbul 2011.
- OVEY Clare/WHITE Robin**, “*European Convention on Human Rights*”, Oxford University Press, Third Edition, Oxford, 2002.
- ÖZBEY Özcan**, “*Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*”, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2013.
- ÖZBUDUN Ergun**, “*Türk Anayasa Hukuku*”, Yetkin yay., 14. Baskı, Ankara 2013.
- ÖZDEK Yasemin**, “*Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*”, Kırmızıkaşem Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2004.
- ÖZEK Çetin**, “*Türk Basın Hukuku*”, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- ÖZEK Çetin**, “*Kitlesel İletişim Özgürlükleri*”, İnsan Hakları içinde, YKY cogito, 1. Baskı, İstanbul 2002.
- ÖZSOY Şule**, “*Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnemeleri Üzerine Bazı Düşünceler*”, Erdoğan Teziç'e Armağan içinde, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No. 5, İstanbul 2006.
- PAZARCI Hüseyin**, “*Uluslararası Hukuk*”, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara 2012.
- SABUNCU Yavuz**, “*Anayasaya Giriş*”, İmaj Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2012.

- SADURSKI Wojciech**, “*İfade Özgürlüğü ve Sınırları*”, (çev: M. Bahattin Seçilmişoğlu), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002.
- SAEED Saima**, “*Negotiating power: community media, democracy, and the public sphere*”, Development in Practice, Vol. 19, No 4/5, (June 2009).
- SAĞLAM Fazıl**, “*Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*”, AÜSBF yay., Ankara 1982.
- SAĞLAM Mehmet**, “*Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu*”, AYD, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 19, Ankara 2002.
- SAJO Andras**, “*Militant Democracy and Emotional Politics*”, Constellations, Vol. 19, No 4, 2012.
- SALİHPAŞAOĞLU Yaşar**, “*Türkiye’de Basın Özgürlüğü*”, Seçkin yay., Birinci Baskı, Ankara 2007.
- SCANLON Thomas**, “*A Theory of Freedom of Expression*”, Philosophy and Public Affairs, Vol. 1, No 2, Princeton University Press, (1972).
- SCHAUER Frederick**, “*İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme*”, (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), LDT yay., Ankara 2002.
- SOYKAN Cavidan**, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı*”, AÜHFD, C. 56, Sa. 2, Ankara 2007.
- SÖNMEZ Mustafa**, “*Dünden Bugüne Medyanın Ekonomi Politikası*”, Medya ve İktidar içinde (Hazırlayanlar: Esra Arsan-Savaş Çoban), Evrensel Kültür Kitaplığı, 1. Basım, İstanbul 2014.
- SÖZERİ Ceren**, “*Dönüşen Medya Değişmeyen Sorunlar*”, Medya ve İktidar içinde, Evrensel Kültür Kitaplığı, 1. Baskı, İstanbul 2014.
- SUNAY Reyhan**, “*İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2001.
- ŞAHİN Kemal**, “*İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü*”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- ŞİRİN Tolga**, “*Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*”, XII Levha Yayınları, 1. Basım, İstanbul 2013.
- TAKAHASHI Yutaka Arai**, “*The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*”, Intersentia Press, Antwerpen-Oxford 2002.
- TANÖR Bülent**, “*TCK 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*”, Forum Yayınları, İstanbul 1979.
- TANÖR Bülent**, “*İki Anayasa 1961-1982*”, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1986.
- TANÖR Bülent**, “*Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*”, BDS Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1994.
- TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi**, “*1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*”, Beta Yayınları, 12. Bası, İstanbul 2012.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz**, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*”, Seçkin yay., 2. Baskı, Ankara 2004.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Rifat Murat**, “*İnsan Hakları El Kitabı*”, Seçkin yay., 4.Baskı, Ankara 2011.
- TEZİÇ Erdoğan**, “*Anayasa Hukuku*”, Beta yay., 14. bas., İstanbul 2012.
- TOKGÖZ Oya**, “*Temel Gazetecilik*”, İmge Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2003.
- TOPUZ Hıfzı**, “*II. Mahmut’tan Holdinglere Türk Basın Tarihi*”, Remzi Kitabevi, 2. Basım, İstanbul 2003.
- USLUATA Aysel**, “*İletişim*”, İletişim Yayınları, İstanbul 1994.

UYGUN Oktay, “1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”, Kazancı Yay., İstanbul 1992.

UYGUN Oktay, “İnsan Hakları Kuramı”, İnsan Hakları içinde, YKY cogito, 1. Baskı İstanbul 2000.

UYGUN Oktay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğüünün Sınırlanması”, Kamu Hukuku İncelemeleri içinde, XII Levha yay., 2. Baskı, İstanbul 2013.

Van DIJK Pieter/VAN HOOFF Fried/VAN RIJN Arjen/ZWAAK Leo, “Theory and Practice of the European Convention on Human Rights”, Intersentia Press, Fourth Edition, Antwerpen-Oxford 2006.

YOKUŞ Sevtap, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötiye Kullanımı”, Yetkin yay., 1. Baskı, İstanbul 2002.

YÜKSEL Metin, “Ölçülülük İlkesi”, Seçkin Yay., Birinci Baskı, Ankara 2002.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku”, İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1993.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “Anayasa Hukukunun Temel Metinleri”, Beta Yay., 9. Baskı, Eylül 2013.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi <http://www.anayasa.gov.tr/> (Erişim: 05.07.2014).

Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> (Erişim: 05.07.2014).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnternet Sitesi <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home> (Erişim: 05.07.2014).

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) AIHM Hudoc Karar Arama Motoru (Erişim: 05.07.2014).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Medya Organlarında ve Yayınların İçeriğinde Çoğulculuğun Sağlanması hususunda verdiği tavsiye kararı <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1089699> (Erişim: 05.07.2014).

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf> (BM İnsan Hakları Komitesi – Düşünce ve İfade Özgürlüğü üzerine Genel Yorum No. 34 (İngilizce) (Erişim: 05.07.2014).

http://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP_2014.pdf Freedom House - Press Freedom Report 2014 (İngilizce) (Erişim: 05.07.2014).

Hürriyet Gazetesi, “Türkiye ilk kez basını özgür olmayan ülkeler arasında”, 02 Mayıs 2014 tarihli haber. <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/26332515.asp> (Erişim: 05.06.2014).

İnsan Hakları Daire Başkanlığı İnternet Sitesi <http://www.inhak.adalet.gov.tr/> (Erişim: 05.07.2014).

<http://www.ihop.org.tr/> İnsan Hakları Ortak Platformu İnternet Sitesi (Erişim: 05.07.2014).

<http://www.jstor.org/> (Erişim: 05.07.2014).

<http://www.irfanerdogan.com/makaleler/medyamedicine.htm> (Erişim: 05.07.2014).

<http://www.mevzuat.gov.tr/> (Erişim: 05.07.2014).

Resmi Gazete <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx> (Erişim: 05.07.2014).

MAHKEME KARARLARI DİZİNİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları (Karar Tarihi Sırasına Göre)

- German Communist Party v. Federal Republic of Germany, (Komisyon, Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No. 250/57, K.T. 20/07/1957.
- Handyside v. UK., Başvuru No. 5493/72, K.T. 07/12/1976.
- Sunday Times v. UK (No.1), Başvuru No. 6538/74, K.T. 26/04/1979.
- Lingens v. Austria, Başvuru No. 9815/82, K.T. 08/07/1986.
- Leander v. Sweden, Başvuru No. 9248/81, K.T. 26/03/1987.
- Mark Intern Verlag GMBH and Klaus Beermann v. Germany, Başvuru No. 10572/83, K.T. 20/11/1989.
- Groppera Radio and others v. Switzerland, Başvuru No. 10890/84, K.T. 28/03/1990.
- Autronic AG v. Switzerland, Başvuru No. 12726/87, K.T. 22/05/1990.
- Purcell and Others v. Ireland, Başvuru No. 15404/89, K.T. 16/04/1991.
- Observer and Guardian v. UK, Başvuru No. 13585/88, K.T. 26/11/1991.
- Castells v. Spain, Başvuru No. 11798/85, K.T. 23/04/1992.
- Thorgeirson v. İceland, Başvuru No. 13778/88, K.T. 25/06/1992.
- Informationsverein Lentia and Others v. Austria, Başvuru No. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90, K.T. 24/11/1993.
- Otto Preminger-Institut v. Austria, Başvuru No. 13470/87, K.T. 20/09/1994.
- Jersild v. Denmark, Başvuru No. 15890/89, K.T. 23/09/1994.
- Vereiniging Weekblad Bluf! v. Netherlands, Başvuru No. 16616/90, K.T. 09/02/1995.
- Prager and Oberschlick v. Austria, Başvuru No. 15974/90, K.T. 26/04/1995.
- Tolstoy Miloslavsky v. UK, Başvuru No. 18139/91, K.T. 13/07/1995.
- Vogt v. Germany, Başvuru No. 17851/91, K.T. 26/09/1995.
- Goodwin v. UK, Başvuru No. 17488/90, K.T. 27/03/1996.
- Marais v. France, (Kabul Edilmezlik Kararı), Başvuru No. 31159/96, K.T. 24.06.1996.
- De Haes and Gijssels v. Belgium, Başvuru No. 19983/92, K.T. 24/02/1997.
- Oberschlick v. Austria (2), Başvuru No. 20834/92, K.T. 01/07/1997.
- Zana v. Turkey, Başvuru No. 18954/91, K.T. 25/11/1997.
- Hertel v. Switzerland Başvuru No. 25181/94, K.T. 25/08/1998.
- Lahideux and Isorni v. France, Başvuru No. 24662/94, 23/09/1998.
- Fressoz and Roire v. France, Başvuru No. 28183/95, K.T. 21/01/1999.
- Janowski v. Poland, Başvuru No. 25176/94, K.T. 21/01/1999.
- Bladet Tromso and Stensaas v. Norway, Başvuru No. 21980/93, K.T. 20/05/1999.
- Arslan v. Turkey, Başvuru No. 23462/94, K.T. 08/07/1999.
- Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey, Başvuru No. 23536/94-24408/94, K.T. 08/07/1999.
- Karataş v. Turkey, (Grand Chamber), Başvuru No. 23168/94, K.T. 08/07/1999.
- Okçuoğlu v. Turkey, Başvuru No. 24246/94, K.T. 08/07/1999.
- Polat v. Turkey, Başvuru No. 23500/94, K.T. 08/07/1999.
- Sürek v. Turkey (No. 1), Başvuru No. 26682/95, K.T. 08/07/1999.
- Sürek and Özdemir v. Turkey, Başvuru No. 23927/94, 24277/94, K.T. 08/07/1999.

- Fuentes Bobo v. Spain, Başvuru No. 39293/98, K.T. 29/02/2000.
- Özgür Gündem v. Turkey, Başvuru No. 23144/93, K.T. 16/03/2000.
- Şener v. Turkey, Başvuru No. 26680/95, K.T. 18/07/2000.
- Lopes Gomes Da Silva v. Portugal, Başvuru No. 37698/97, K.T. 28/09/2000.
- Tammer v. Estonia, Başvuru No. 41205/98, 06/02/2001.
- Jerusalem v. Austria, Başvuru No. 26958/95, K.T. 27/02/2001.
- Association Ekin v. France, Başvuru 39288/98, K.T. 17/07/2001.
- Vgt Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland, Başvuru No. 24699/94, K.T. 28/09/2001.
- Garaudy v. France (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No. 65831/01, K.T. 24/06/2003.
- Murphy v. Ireland, Başvuru No. 44179/98, K.T. 10/07/2003.
- Gündüz v. Turkey, Başvuru No. 35071/97, K.T. 04/12/2003.
- Sirbu and others v. Moldova, Başvuru No. 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01, 73973/01, K.T. 15/06/2004.
- Norwood v. UK (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No. 23131/03, K.T. 16/11/2004.
- Cumpăna and Mazare v. Romania, Başvuru No. 33348/96, K.T. 17/12/2004.
- Pakdemirli v. Turkey, Başvuru No. 35839/97, K.T. 22/02/2005.
- Alınak v. Turkey, Başvuru No. 40287/98, K.T. 29/03/2005.
- Melnyuk v. Ukraine (Kabul edilebilirlik), Başvuru No. 28743/03, K.T. 05/07/2005.
- İ.A. v. Turkey, Başvuru No. 42571/98, K.T. 13/09/2005.
- Sdruzeni Jihoceske Matky v. Czech Republic, Başvuru No. 19103/03, K.T. 10/07/2006.
- Vereinigung Bildener Künstler v. Austria, Başvuru No. 68354/01, K.T. 25/01/2007.
- Asan v. Turkey, Başvuru No. 28582/02, K.T. 27/11/2007.
- Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.Ş. v. Turkey, Başvuru No. 11369/03, K.T. 04/12/2007.
- Saygılı and Others v. Turkey, Başvuru No. 19353/03, K.T. 08/01/2008.
- Guja v. Moldova, Başvuru No. 14277/04, K.T. 12/02/2008.
- Times Newspaper LTD v. United Kingdom (No. 1 and 2), Başvuru No. 3002/03 ve 23676/03, K.T. 10/03/2009.
- Tarsaag a Szabadsagjogokert v. Hungary, Başvuru No. 37374/05, K.T. 14/04/2009.
- Urper and Others v. Turkey, Başvuru No. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 ve 54637/07, K.T. 20/10/2009.
- Cox v. Turkey, Başvuru No. 2933/03, 20/05/2010.
- Turgay and Others v. Turkey, Başvuru No. 8306/08-8340/08-8366/08, K.T. 15/06/2010.
- Gözel and Özer v. Turkey, Başvuru No. 43453/04-31098/05, K.T. 06/07/2010.
- Dink/Türkiye, Başvuru No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, K.T. 14/09/2010.
- Sanoma Uitgevers B.V. v. Netherlands, Başvuru No. 38224/03, K.T. 14/09/2010
- Editorial Board Of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine, Başvuru No. 33014/05, K.T. 05/05/2011.
- Altuğ Taner Akçam v. Turkey, Başvuru No. 27520/07, K.T. 25/10/2011.

- Axel Springer AG v. Germany, Başvuru No. 39954/08, K.T. 07/02/2012.
- Tuşalp v. Turkey, Başvuru No. 32131/08 ve 41617/08, K.T. 21/02/2012.
- Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy, Başvuru No. 38433/09, K.T. 07/06/2012.
- Yıldırım v. Turkey, Başvuru No. 3110/10, K.T. 18/12/2012.
- Cumhuriyet Vakfı and Others v. Turkey, Başvuru No. 28255/07, K.T. 08/10/2013.
- Perinçek c. Suisse, Başvuru No. 27510/08, K.T. 17/12/2013.
- Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey, Başvuru No. 39779/04, K.T. 27/05/2014.

Anayasa Mahkemesi Kararları (Karar Tarihi Sırasına Göre)

- E. 1963/16, K. 1963/83, K.T. 08/04/1963.
- E. 1962/208, K. 1963/1, K.T. 04/01/1963.
- E. 1985/21, K. 1986/23, K.T. 06/10/1986.
- E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26/11/1986.
- E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19/04/1988.
- E. 1996/70, K. 1997/53, K.T. 05/06/1997.
- E. 1997/19, K. 1997/66, K.T. 23/10/1997.
- E. 1999/1, K. 1999/33, K.T. 20/07/1999.
- E. 2007/4, K. 2007/81, K.T. 18/10/2007.
- E. 2003/40, K. 2007/96, K.T. 12/12/2007.
- E. 2006/142, K. 2008/148, K.T. 24/09/2008.
- E. 2006/121, K. 2009/90, K.T. 16/06/2009.
- E. 2011/44, K. 2012/99, K.T. 21/06/2012.
- Bireysel Başvuru - Başvuru No. 2013/2602, K.T. 23/01/2014.
- Bireysel Başvuru – Başvuru No. 2014/3986, K.T. 02/04/2014.
- Bireysel Başvuru – Başvuru No. 2014/4705, K.T. 29/05/2014.
- Bireysel Başvuru – Başvuru No. 2013/409, K.T. 25/06/2014.

I. Giriş

Sosyal bir varlık olan insan, içinde yaşadığı toplumdaki diğer kişilerle iletişime girerek bir benlik kazanır. İnsan, konuşma ve eylem yeteneklerini kullanarak diğer insanlarla iletişime geçer. Söz konusu yeteneklerini kullanarak gerçekleştirdiği iletişim sonucunda da bilgiye ulaşır ve bilme yeteneğine haiz bireye dönüşür. İnsanın, yukarıda bahsedilen yeteneklerini kullanabilmesi ve iletişime geçebilmesi için gereksinim duyduğu en önemli şey ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğünün bulunmadığı bir yerde, doğal olarak düşünce özgürlüğünün mevcudiyetinden de söz edilemez. Çünkü düşünce kendiliğinden oluşmaz, dış faktörler düşüncenin oluşumunda büyük rol oynar.¹ Bu bakımdan düşünce ve ifade özgürlüklerinin, işlevlerini ortadan kaldıracak sınırlamalara karşı güvence altına alınmaları gerekmektedir. Tarihe bakıldığında, mevcut düzene ya da çoğunluk tarafından benimsenmiş değerlere muhalif/aykırı düşünceler ortaya koyan kişilerin, toplum düzenini ve kurallarını belirleme gücüne/yetkisine sahip kişi veya kurumlar tarafından “sakıncalı” ilan edildiği görülmektedir. Bir insanın sadece sahip olduğu düşünceler nedeniyle “sakıncalı” ilan edilmesi, başka bir deyişle cezalandırılması ya da toplum dışına itilmesi, insan onuruna aykırı durumların ortaya çıkmasına yol açar. İnsan onuruna aykırı böyle durumların önlenmesi adına, kişilerin uyacağı kuralları koyma ve düzeni belirlemede tarih boyunca en etkili kurum olan devlete karşı yürütülen insan hakları mücadeleleri neticesinde, düşünce ve ifade özgürlüklerini devlete ve çoğunluğa karşı güvence altına alan hukuk kuralları ortaya çıkmıştır.²

Günümüzde, düşüncelerin oluşumunda ve ifade edilebilmesinde kitle iletişim araçlarının tabi olduğu rejim büyük önem taşımaktadır. Düşünce ve ifadelerin aktarılmasında vazgeçilmez bir role sahip olan kitle iletişim özgürlüğünün temelini, düşünce ve ifade özgürlükleri oluşturur. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasası’nda İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğü”

¹ Kaboğlu, İbrahim Ö., “Özgürlükler Hukuku”, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 334.

² İnsan Haklarının tarihsel-düşünsel kökenleri ve pozitif hukuk alanında kayıt altına alınmaya başlanması konularında ayrıntılı bilgi için bkz. Mumcu Ahmet; Küzeci Elif, “İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri”, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 23-115.

adlı bu çalışmanın kalkış noktasını da söz konusu anlayış oluşturmaktadır. Düşünce ve ifade özgürlüklerini etkileyen sorunlar, doğal olarak kitle iletişim özgürlüğünü de etkiler. Şüphesiz kitle iletişim özgürlüğünün de kendine özgü sorunları bulunmaktadır. Kitle iletişim araçlarının sahip oldukları farklı özellikler nedeniyle, kitle iletişim özgürlüğü bazı farklı düzenlemelere tabi tutulabilir. Fakat bu durum, kitle iletişim özgürlüğünün temelini düşünce ve ifade özgürlüklerinin oluşturduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Yukarıda belirtilen anlayış doğrultusunda, çalışmada ilk olarak ifade özgürlüğünün kuramsal boyutu ele alınacaktır. İfade özgürlüğünü gerekçelendiren sağlam tezler, kitle iletişim özgürlüğü bakımından da önem taşırlar. İfade özgürlüğünün kuramsal yönünün incelenmesi, ilgili özgürlüğün özelliklerinin daha iyi anlaşılabilmesi açısından da yararlı olacaktır.

Çalışma kapsamında ifade özgürlüğünün kuramsal boyutunun ardından, ifade özgürlüğünün kullanımında kitle iletişimin rolü üzerinde durulacaktır. Bu bölüm kapsamında iletişim ve kitle iletişim kavramları açıklandıktan sonra, kitle iletişiminin toplumsal alandaki işlevleri/etkileri hakkında bilgi verilecektir. İlgili bölüm kapsamında en son üzerinde durulacak konu, günümüzde kitle iletişim özgürlüğünü en çok etkileyen –bu alanla ilgili yapılan yasal sınırlamalar haricinde- husus olan tekelleşme olgusudur. Bu bağlamda kitle iletişim alanında yaşanan tekelleşmenin, kitle iletişim ve ifade özgürlükleri üzerindeki etkileri incelenecektir. Tekelleşme başlığı altında, günümüzün ekonomik, sosyal ve siyasal koşulları dikkate alınarak, medyanın/basının gerçekten bağımsız ve tarafsız olup olamayacağı meselesi de tartışılacaktır. Tam bu noktada, çalışma kapsamında bir terminoloji sorununun yaşanmaması adına kitle iletişim özgürlüğü ve kitle iletişim araçları kavramlarını kullanırken neyi kastettiğimizi açıklamak yerinde olacaktır. Çalışmada kitle iletişim araçları adı altında klasik yazılı basın, radyo, televizyon ve internet incelenecektir. Bu doğrultuda ilgili kitle iletişim araçlarını olumlu ve olumsuz yönde etkileyen hususlar “kitle iletişim özgürlüğü” kavramı altında ele alınacaktır.

Çalışmada yukarıda belirtilen bölümlerden sonra ele alınacak iki bölüm ise sırasıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasası’nda ifade ve kitle

iletişim özgürlükleri ile ilgili normatif düzenlemelerin inceleneceği bölümlerdir. İfade ve kitle iletişim özgürlüklerinin kapsam ve sınırları, söz konusu düzenlemeler çerçevesinde irdelenecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile kurulan denetim mekanizması, günümüzde uluslararası hukuk alanında en etkin şekilde işleyen denetim mekanizmasıdır.³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmede yer alan düzenlemeleri ve kavramları, yaşanan güncel gelişmeleri dikkate alarak yorumlamaktadır. Bu durum, Sözleşmenin dinamik bir yapıya kavuşmasını sağlamıştır. Sözleşmede yer alan düzenlemeler, Mahkemenin bu yorum yöntemi sayesinde Sözleşmenin hazırlandığı dönemde var olmayan ancak sonradan yaşanan ekonomik, sosyal, teknolojik gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan durumlara uygulanabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları, ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde önemli ilkeler ortaya koymaktadır. Konu bakımından önem taşıyan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına çalışmanın ilgili bölümlerinde yer verilecektir.

AİHM kararları, Türkiye kamuoyu tarafından da yakından takip edilmektedir. Hukuki açıdan ise, Anayasa m. 90/5 uyarınca⁴ AİHS'nde yer alan düzenlemelerin ve AİHM içtihatlarının, Türk yargı organları tarafından kararlarını

³ Çavuşoğlu bu durumu şöyle açıklamaktadır: “İHAS'ın diğer ayırt edici özelliği ise, taraf devletlerin Sözleşme'nin 1. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak amacıyla öngördüğü denetim mekanizmasıdır. Avrupa Konseyi Statüsü'nde olduğu gibi, İHAS'ın Başlangıç bölümünde de “ortak miras” olarak ifadelendirilen değerlerde uzlaşmanın yarattığı siyasal iklim, Sözleşme ile tanınan hak ve hürriyetlerin korunmasında etkili bir denetim sisteminin oluşturulmasına imkan sağlamıştır.” Bkz. Çavuşoğlu, Naz, “Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi”, İnsan Hakları içinde, YKY cogito, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 457. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim mekanizması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aynı makale, s. 456-478. Yapılan alıntıda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kısaltması olarak İHAS kullanılmıştır. Bu çalışma kapsamında ise, ilgili Sözleşmenin kısaltması AİHS şeklinde yapılacaktır.

⁴ AY m. 90/5'de yer alan düzenleme şöyledir: *Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

oluştururken göz önüne alınması gerekmektedir.⁵ 1982 Anayasası'nın özgürlük-otorite dengesinde, otoriteden yana ağır basan düzenlemeleri, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hem hukukçular hem de çeşitli sivil toplum örgütleri tarafından dile getirilmektedir. Yürürlüğe girdiği tarihten günümüze pek çok kez değişikliğe uğrayan 82 Anayasası'nın ifade ve kitle iletişim özgürlükleri ile ilgili düzenlemeleri, şimdiye kadar yapılan Anayasa değişikliklerinin artı ve eksi yönleri de göz önüne alınarak ayrıntılı olarak incelenecektir. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 82 Anayasası'na giren Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı, Anayasa hükümlerinin yanı sıra ifade ve kitle iletişim özgürlüklerine getirilen sınırlamaların, Anayasa Mahkemesi tarafından maddi/somut olay üzerinden değerlendirilebilmesi imkanını ortaya çıkarmıştır. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi'nin ifade ve kitle iletişim özgürlüklerini ilgilendiren bireysel başvuru kararlarına da çalışma kapsamında yer verilecektir.

⁵ Sabuncu, Yavuz, "Anayasaya Giriş", İmaj Yayınları, 15. Baskı, Ankara 2012, s. 75. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi çalışma kapsamında "AİHS'nin İç Hukuktaki Yeri" başlığı altında verilecektir.

II. İfade Özgürlüğünün Kuramsal Boyutu

Kitle iletişim özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının teori ve uygulamada tam olarak saptanabilmesi için öncelikle ifade özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Kitle iletişim özgürlüğü, ulusal veya uluslararası bir belgede, ister ifade özgürlüğü kapsamında isterse de ifade özgürlüğünden ayrı olarak düzenlensin, ifade özgürlüğünün kullanım alanını ve sınırlarını belirleyen kurallar, kitle iletişim özgürlüğünü de etkiler. Bu doğrultuda ilk olarak ifade özgürlüğünün kuramsal boyutunun incelenmesi yerinde olacaktır. Çünkü ifade özgürlüğünü gerekçelendiren sağlam temeller mevcut değilse, ifade özgürlüğü bir hak veya ilkedен çok, basmakalıp bir söz haline gelir.⁶ Söz konusu husus kitle iletişim özgürlüğünü de işlevsiz hale getirecektir.

İfade özgürlüğü kavramı karmaşık bir yapıya sahiptir. Yapısının karmaşıklığının yanı sıra, doktrinde kullanılan terminoloji bakımından da ifade özgürlüğü kavramı fazlasıyla çeşitliliğe sahiptir. Kullanılan terimlerden bazıları düşünce özgürlüğü, düşünme ve tartışma özgürlüğü, söz (konuşma) özgürlüğü, düşün özgürlüğü (hürriyeti) şeklinde sıralanabilir.⁷ Düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasında sıkı bir bağ bulunması, doktrinde ifade özgürlüğü adlandırılırken bu kadar çeşitli terimin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Düşünce ve ifade özgürlüklerinin, nitelikleri ve kapsamaları itibariyle birbirlerinden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceklerini kabul etmekle beraber, Sunay'ın da belirttiği gibi hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) ifade özgürlüğü teriminin (freedom of expression) kullanılması hem de ilgili terimin düşünme, konuşma, açıklama gibi özgürlükleri bünyesinde toplayan kapsayıcı bir terim olması sebebiyle çalışmada ifade özgürlüğü terimi kullanılacaktır.⁸

⁶ Schauer, Frederick, "İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme", (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), LDT yay., Ankara 2002, s. 8.

⁷ Sunay, Reyhan, "İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları", LDT yay., Ankara, 2001, s. 5.

⁸ Sunay, a.g.e., s. 7.

İfade özgürlüğü, eksen özelliğe⁹ sahip bir özgürlük olup kitle iletişim özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, toplantı ve gösteri hakkı vb. diğer hak ve özgürlükler ile arasında karşılıklı bir ilişki mevcuttur. İfade özgürlüğü, birçok hak ve özgürlüğünün çekirdeği konumundadır. Onların kullanılabilmesi ancak ifade özgürlüğünün var olmasıyla mümkündür.¹⁰

Teori ve uygulamada ifade özgürlüğü ile ilgili en büyük problem ilgili özgürlüğün kapsamı ve sınırlanması konularında ortaya çıkmaktadır. İfade kavramının içeriğinin belirlenmesi, ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamaların saptanabilmesi açısından gereklidir. İfade özgürlüğüne yer verilen her düzenlemede, öncelikle ifade ile ne kastedildiğinin tanımlanması gerekmektedir. İlgili düzenlemeyi yapan kişiler ve/veya kurumlar, hangi ifadelerin koruma altına alınacağına genel geçer tanımlamalar yaparak veya tek tek vakalara bakarak ya da her iki yöntemi de uygulayarak karar verebilir.¹¹

Bu doğrultuda hangi ifadelerin koruma altına alınması gerektiğine karar verebilmek için ifade özgürlüğünü temellendiren tezleri incelemek yerinde olacaktır. İfade özgürlüğünü temellendiren üç ana tez mevcuttur.¹² Bunlar, gerçekliğe dayanan tez, demokrasiye dayanan tez, bireysel özerkliğe ve kendi kendini gerçekleştirmeye dayanan tezlerdir. Bunlar dışında ortaya konulan tezler, üç ana tezin değişik sürümleri olarak değerlendirilebilir.¹³ Aşağıda ilk olarak üç ana tez, daha sonra “ifade özgürlüğünü temellendiren diğer tezler” başlığı altında üç ana tezin değişik sürümleri olan tezler incelenecektir. Tezlerin, ifade özgürlüğüne nasıl bir koruma sağladıkları, bu özgürlüğün sınırlandırılmasını

⁹ Kaboğlu'na göre, düşüncenin dışavurum ve iletişimi, konu ve kullanılan usullere göre bir dizi farklı özgürlüğe karşılık gelmektedir. Bunlar: basın özgürlüğü, görsel-işitsel iletişim özgürlüğü, eğitim ve öğrenim hakkı, din ve vicdan özgürlüğü ile toplantı, gösteri, dernek kurma hakkı gibi klasik kolektif özgürlüklerdir. Bu doğrultuda birçok özgürlük, ifade özgürlüğü için araç işlevi görür. Buna mukabil, ifade özgürlüğünün kendisi de diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı için “besleyici” bir özelliğe sahiptir. Bkz. Kaboğlu, İbrahim Ö., “Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)”, Legal yay., 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 290.

¹⁰ Sunay, s. 10.

¹¹ Dickerson Donna L.; Trager Robert, “21. Yüzyıl'da İfade Hürriyeti”, (Çev. A. Nuri Yurdusev), LDT yay., Ankara 2003, s. 33.

¹² Schauer, a.g.e., s. 3-127; Şahin, Kemal, “İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gereççeleri ve Sınırları”, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 233-305. Çalışma kapsamında ifade özgürlüğünü temellendiren tezler sınıflandırılırken, ilgili kaynaklarda kullanılan sınıflandırma esas alınmıştır.

¹³ Şahin, a.g.e., s. 288.

önlemek için hangi gerekçeleri ortaya koydukları ve hangi ifade kategorilerini kapsamlarına aldıkları belirlenmeye çalışılacaktır. En son olarak da, bugün gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk alanında ifade özgürlüğünü sınırlamada kullanılan militan demokrasi kavramının ortaya çıkış nedenleri açıklanacak ve militan demokrasi anlayışına dayanan tezin ifade özgürlüğü üzerindeki etkileri değerlendirilecektir.

A- Gerçekliğe Dayanan Tez

İfade özgürlüğünü haklılaştırmaya yönelenlerin başvurduğu en temel argümanlardan biri gerçekliktir. Bu argümana göre, gerçeği elde etmenin yolu fikirlerin serbest pazarından geçer. Yanlış olduğu gerekçesiyle yasaklanan ya da bastırılan bir düşünce “gerçek” olabilir. Bu doğrultuda gerçeğe ya da doğruya ulaşmanın yöntemi, fikirlerin serbest ve rekabetçi bir ortamda sunulmasıdır. Sunulan fikirlerin/görüşlerin “gerçekliği”nin testini yapacak olanlar da “fikirlerin pazaryeri”nde tezgâhları dolaşan müşteriler olacaktır.¹⁴

İfade özgürlüğünün ilk kapsamlı savunması Milton tarafından “Areopagitica” adlı eserde yapılmıştır. Bu eserde Milton, yayıncılık üzerinde siyasi iktidar sınırlamalarının bulunmaması halinde, bu durumun, toplumun doğruyu bulmasına ve yanlış reddetmesine imkân tanıyacağı öncülüne dayanır.¹⁵ Milton’dan 200 küsur yıl sonra, tezin asıl kurucusu olarak kabul edilen John Stuart Mill “Hürriyet Üzerine (On Liberty)” adlı eserinde, yasaklamanın kaldırılmasının, doğrunun yanlışın yerini alma olasılığını arttırabileceğini öne sürmüştür. Yukarıda da belirtildiği üzere “fikirlerin pazaryeri” olarak tanımlanan bu teori gereğince, gerçeğin ortaya çıkması, fikirlerin denetlenmeden serbestçe

¹⁴ Arslan, Zühtü, “ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, LDT yay., Ankara 2003, s. 5. Arslan bu argümanın (fikirlerin pazaryeri), Amerikan Yüksek Mahkemesinin bazı kararlarına da yansıdığını belirtmektedir. Yargıç Holmes, Abrams v. United States kararına yazdığı karşı oy yazısında “fikirlerin pazaryeri” fikrini şu şekilde ifade etmiştir: “Gerçeğin en iyi testi fikirlerin gücünden geçer. Çünkü böylece bir fikir piyasada rekabete açık bir ortamda kendisini kabul ettirmiş olacaktır. Ve bu, gerçek isteklerin güvenli olarak yerine getirilmesi için en uygun zemindir.” Bkz. Arslan, “ABD Yüksek Mahkemesi...”, s. 5. İlgili kararın Türkçe çevirisi için Bkz. Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919), (Çev. İrfan Neziroğlu), aynı eser, s. 57-67.

¹⁵ Schauer, s. 21.

ifade edilebildikleri bir piyasa var olduğunda oldukça muhtemeldir.¹⁶ Mill'e göre, *“Eğer biri hariç, bütün insanlar aynı düşüncede olsalar ve yalnızca bir kişi karşı düşüncede olsa, nasıl bu birinin, elinde güç olsa, insanları susturmaya hakkı yoksa insanların da bu birini susturmaya hakları yoktur”*.¹⁷ Gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için farklı görüşlerin dinlenmesi gerekir. Aksi takdirde Mill'e göre, gerçek abartılı biçimde vurgulanarak hükümsüz hale gelir. İnsanlar üzerinde bir etkisi kalmaz; sıradanlaşır.¹⁸

Gerçekliğe dayanan tezde üzerinde durulması gereken husus, gerçek kavramından neyin anlaşılması gerektiğidir. Eğer gerçekten kasıt, bilginin/ifadenin doğru olmasıysa, bu durumda bakış açılarına/kanaatlere dayanan ifadeler tezin korumasının dışında kalır.¹⁹ Bunun yanı sıra olgulara dayalı kimi ifadeler de, doğru olsa bile özel hayatın gizliliği, kamu güvenliği, devlet sırrı olması gibi sebeplerle sınırlanabilmekte, gerçeği arama argümanı bu gibi durumlarda da koruma sağlayamamaktadır.²⁰ Ancak gerçekliğe dayanan tez, yalnızca gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla değil, gerçek olduğuna inanılan fikrin karşıt fikirlerle sınanması, her ifadenin/fikrin içeriğinde bir miktar gerçek olma ihtimalinin bulunması ve gerçek olduğuna inanılan fikir karşıt fikirlerce sınanmazsa, onun bir dogmaya dönüşeceği gerekçeleriyle temellendirilmektedir. Böylece tez, bilgimizden emin olduğumuz durumlarda dahi geçerliliğini koruyacaktır. Teze asıl gücünü veren de bu kısmı olmaktadır.²¹

Özetlemek gerekirse, Mill'in asıl kurucusu olduğu kabul edilen tez ifade özgürlüğünü bir takım bireysel ve toplumsal amaçlara ulaşmak için bir araç olarak

¹⁶ Schauer, s. 22.

¹⁷ Mill, John Stuart, “Özgürlük Üzerine”, (Çev. Tuncay Türk), Oda Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2012, s. 25.

¹⁸ Şahin, s. 242-243.

¹⁹ Sadurski, Wojciech, “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”, (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2002, s. 5-6.

²⁰ Günümüzde normatif boyutta, gerek AİHS'nde gerekse 1982 Anayasası'nda, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında –ifade gerçek/doğru olsa bile- yukarıda belirtilen sınırlama sebeplerine başvurulabileceği öngörülmektedir. Söz konusu sınırlama sebepleri ve bunların ifade ile kitle iletişim özgürlükleri üzerindeki etkileri çalışmanın ilgili bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

²¹ Şahin, s. 251.

görür. Bu amaçların en başında da gerçeğin keşfi gelmektedir.²² Söz konusu tez, sadece gerçeğin keşfine değil, aynı zamanda gerçek (doğru) olarak kabul edilen fikirlerin karşıt fikirlerle sınanması gerektiği temeline de dayandığı için bu yönüyle güçlüdür. İfade özgürlüğüne, fikirlerin tartışılması ve müzakere edilebilmesi bakımından sağlam bir gerekçe sağlar. Gerçeğe (doğruya) bu yöntemle ulaşılabileceğine inanır. Bu doğrultuda, doğru ile yanlışın çatışmasında doğrunun önünde sonunda galip çıkacağı faraziyesine dayanır. Rasyonel (akılcı) düşünme sürecine fazla güvenmesi ve bunun toplumun tamamı için geçerli olabileceği iddiası gerçekliğe dayanan tezin eleştirilen yönleri arasındadır.²³ Bakış açısına dayalı ifadeler, bu tezin sağladığı koruma kapsamında değildir. Tez, siyasi otoritenin ifade özgürlüğüne getirebileceği sınırlandırmalar yönünden bütün ifade kategorilerini kapsayan kuşatıcı bir koruma sağlayamamaktadır. Fakat gerçekliğe dayanan tezin, özellikle akademik ve bilimsel özgürlük alanında en güçlü ve yetkin korumayı sağladığı dikkate alındığında, ifade özgürlüğünün korunması bakımından önemini sürdürdüğü görülecektir.²⁴

B- Demokrasiye Dayanan Tez

Demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezi, adından da anlaşılacağı üzere temellerini demokrasi kavramında bulmaktadır. Tezin dayandığı ana unsur olan demokrasinin varlığı ortadan kalkarsa, demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezinin de çökeceğini *a priori* olarak kabul etmek gerekir.²⁵ Demokrasiye dayana teze göre ifade özgürlüğü, demokratik sürecin işleyişiyle doğrudan bağlantılıdır. Demokratik sürecin gerçekleşebilmesi ve işleyebilmesi, ifade özgürlüğünün en

²² Arslan, “ABD Yüksek Mahkemesi...”, s. 5.

²³ Schauer, s. 37-38; Arslan’a göre, “Gerçeklik argümanının, yanılabilirlik ve şüphecilik temellerine karşın, içinde barındırdığı çok ciddi bir tehlike var. Bu tehlike, söz konusu tezin “gerçeklik” konusunda özcü bir yaklaşımı dayatabilecek olmasında kaynaklanmaktadır. ...Aydınlanmanın araçsal aklı ve “Hakikat” merakı “iyi-kötü”, “gerçek-gerçek dışı”, “doğru-yanlış” ve “aydınlık-karanlık” gibi siyasi düzlemde tahakkümü üretmeye ve değişen koşullarda yeniden üretmeye hizmet eden karşıtlıkları beslemiştir.” Bkz. Arslan, “ABD Yüksek Mahkemesi...”, s. 7.

²⁴ Şahin, s. 270.

²⁵ Beydoğan, T. Ayhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti”, LDT yay., 1. Baskı, Ankara 2003, s. 51.

geniş biçimde tanınmasıyla sağlanabilir.²⁶ Demokrasiye dayanan tezin, en titiz ve ayrıntılı savunması Amerikan siyaset felsefecisi Alexander Meiklejohn tarafından ortaya konulmuştur. Meiklejohn'a göre, kendi kendini yönetme ve siyasi süreç ile alakalı düşünce ve ifadelerimiz mutlak koruma altındadır. Bu sayede toplumu oluşturan bireylerin, karşı karşıya oldukları olayları, olguları anlamaları, siyasi otoritenin verdiği kararları tartışmaları ve bu diyalektik süreçte neyin daha iyi olabileceği üzerine düşünerek, fikirlerini beyan etmeleri mümkün olabilir.²⁷ Meiklejohn, ifade özgürlüğünün her kategorisine mutlak bir koruma sağlanması gerektiğini ileri sürmemektedir. Kamusal ifade – özel ifade ayrımına giderek, kamusal meselelerle alakalı ifadelerin, siyasi otorite tarafından sınırlanamayacağını savunmuştur. Meiklejohn, kamusal meselelerle ilgili haber ve bilgilerin açıklanması ve yayılmasının yanı sıra, eğitim özgürlüğü, felsefe ve bilim özgürlüğü ile sanat ve edebiyat özgürlüğünün de demokrasiye dayanan tez kapsamında korunması gerektiğini ileri sürmüştür.²⁸

Demokrasiye dayanan tezin, ifade özgürlüğünü gerekçelendirmek için üç ana unsur ortaya koyduğu söylenebilir. İlk unsuru, kendi kendini yönetme idealine paralel biçimde seçmenin, hangi önermeleri kabul hangilerini reddedeceğine karar verebilmesi adına ilgili bütün bilginin seçmenler için ulaşılabilir olması oluşturmaktadır.²⁹ İkinci unsur yöneticilerin (siyasetçilerin), egemenlik halka ait olduğu için hükmedici olarak değil, hizmetçi olarak kabul edilmeleridir. Buna paralel olarak üçüncü unsur, hizmetçi olarak kabul edilen yöneticileri seçmenlerin reddetme ve eleştirme haklarının bulunmasıdır.³⁰

Demokrasiye dayanan teze yönelik olarak üç konuda eleştiri gelmektedir. En temel eleştiri, tezin kapsayıcılığına yönelik olmuştur. Korumanın gerekçesi ile korunan alan arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır.³¹ Kamusal meselelerle ilgili siyasi ifadeler, söz konusu tez kapsamında diğer ifadelerden daha değerli

²⁶ Şahin, s. 273.

²⁷ Meiklejohn, Alexander, "The First Amendment Is An Absolute", The University of Chicago Press pub., The Supreme Court Review, Vol. 1961, (1961), s. 255.

²⁸ Meiklejohn, a.g.m., s. 257.

²⁹ Schauer, s. 55.

³⁰ Schauer, s. 56-57.

³¹ Şahin, s. 283.

görülmektedir. Bu durum iki problem ortaya çıkarmaktadır. İlki, korumanın alanının çok kısıtlı kalmasıdır. İkincisi ise, kamusal meselelerle ilgili olma kavramının muğlak yapısıdır. Siyasi süreçle doğrudan ilgisi olmayan bir ifadenin içeriğinde bile kamusal meselelere ilişkin unsurlar bulunabilir. Bu durumda da korunması gereken ifade alanı o kadar genişleyecektir ki, tezin gerekçesi böyle bir koruma için yetersiz kalacaktır.³²

Teze gelen ikinci eleştiri, egemenlik kavramı ile ifade özgürlüğünün eş tutulmasına yönelik olmuştur. Tez siyasi otoritenin, egemenliğin asıl sahibi olan toplumun ifade özgürlüğünü sınırlayamayacağını başarılı bir şekilde savunmaktadır. Fakat çoğunluğun seçimi karşısında, gerekçesini egemenlik üzerine dayandığı için çoğunluğa karşı da bir güvence oluşturması gereken ifade özgürlüğü bakımından yeterli bir savunma ortaya koyamamaktadır.³³ Teze gelen üçüncü ve son eleştiri de, tezin bireysel kendi kendini sınırlama ile kolektif kendi kendini sınırlama kavramlarını aynı anlamda kullanmış olmasıdır.³⁴ Azınlığın neden kendisini çoğunluğun kararına göre sınırlaması gerektiği veya çoğunluğun egemenlik hakkına dayanarak azınlığın ifade özgürlüğünü kısıtlamaya karar vermesi halinde, azınlığın ifade özgürlüğünün nasıl korunabileceği hakkında tez yeterli gerekçeler ortaya koyamamaktadır. Demokrasiye dayanan tez, tüm ifade kategorileri için kuşatıcı değildir. Chafee'ye göre fazla teorik ve mahkeme önündeki olaylara uygulanabilir değildir.³⁵ Fakat

³² Sadurski, s. 23-24.

³³ Schauer'e göre, "Demokrasiye dayanan tez, kendisinden doğduğu belli bir demokrasi kavrayışının eksenini etrafında dönmektedir. Bütün tez, bir tek egemen seçmen ilkesi kullanılarak üretilmiştir. Çelişkili bir biçimde, demokrasiye dayanan tezin temelini sağlayan aynı egemenlik kavramı, aynı zamanda tezin en belirgin zayıflığını da sergilemektedir. Eğer halk gerçekten de ortaklaşa olarak egemense ve eğer o egemenlik, genellikle kendisiyle birlikte gelen sınırsız bir güce sahipse, o zaman bu demokrasi görüşünün kabulü, o egemenliğin, tıpkı diğer herhangi bir özgürlüğü sınırlayabileceği gibi, ifade özgürlüğünü de sınırlama gücü olduğunun kabulünü zorunlu kılar." Bkz. Schauer, s. 58.

³⁴ Şahin, s. 284.

³⁵ Chafee'ye göre Meiklejohn, kamusal meselelerle ilgili ifadelerin korunması hususunda mutlak bir koruma talep etmektedir. Bu doğrultuda, ifadenin koruma görüp görmeyeceğine karar verirken "açık ve mevcut tehlike" kriterini uygulayan Yargıç Holmes'e de eleştiriler getirmektedir. Çünkü söz konusu kriter, kamusal meselelerle ilgili ifadelere Meiklejohn'un arzuladığı gibi her koşulda mutlak bir koruma sağlamamaktadır. Bir ifadenin kötü/tehlikeli sonuçlara yol açma riski somut olarak bulunuyorsa, söz konusu ifade yasalar karşısında herhangi bir muafiyete sahip olamaz. Bir yargıç, Yüksek Mahkemenin uygulayacağı bir doktrin/kriter ortaya koymaya çalışmaktadır. Bu doğrultuda ilgili kriterin uygulanabilmesi adına en az dört yargıcı kısa sürede ikna etmesi

tüm bunlara rağmen tez, siyasi/politik ifade kategorisine güçlü bir koruma sağlamaktadır.

C- Bireysel Özerkliğe ve Kendi Kendini Gerçekleştirmeye Dayanan Tez

Devlete veya çoğunluğa karşı bireyciliği ve bireysel hakları savunan liberal ideoloji, kişisel tercihe ve özgürlüğe, toplumda farklılığın ya da çeşitliliğin sağlanması adına büyük önem vermektedir.³⁶ Bireysel özerklik ve kendi kendini gerçekleştirme tezinin kaynağı, insanın ahlaki bir varlık olarak eşit ve özgür/özerk doğasının *a priori* kabulüne dayanır. Bu tezin temelinde, insanın yeteneklerini keşfetmesinin ve potansiyelini azami ölçüde gerçekleştirmesinin, onu daha iyi ve mutlu yapacağı önermesi yer alır.³⁷ Bu doğrultuda ifade özgürlüğü, insanın kendi kendini gerçekleştirmesinin temelidir. İnsan, ancak diğer insanlarla iletişim kurarak düşüncelerini geliştirebilir ve yeteneklerini keşfederek potansiyelinin farkına varabilir.³⁸ İfade özgürlüğü, gerek gerçekliğe dayanan tezde gerekse demokrasiye dayanan tezde bir amaç değil araç olarak kullanılırken, bu tez kapsamında bir kendinden iyidir.³⁹ İnsanın/bireyin daha iyi ve mutlu olabilmesi, ifade özgürlüğünün sağlanmasıyla mümkün olabilir. Kendi kendini gerçekleştirme idealinin yanı sıra tez, sırf bireyin kontrolünde olan ve devlet müdahalesinin dış sınırlarını oluşturan özerk bir alana işaret eder. Bireyin sahip olduğu bu özerk alan kapsamında, neye inanıp inanmayacağına ve gerçekleştireceği faaliyetlerde hangi nedenlerin ağır bastığına karar verme hususlarında bağımsız olduğu kabul edilir. Gerek inanç/düşünce, gerekse faaliyet/davranış alanında olsun son tercih bireyin kontrolünde olmalıdır.⁴⁰

gerekmektedir. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında bir yargıcın doktrin oluştururken felsefeci/filozof gibi hareket etmesi beklenemez. Bu nedenle Meiklejohn'un kamusal meselelerle ilgili ifadeler hakkında talep ettiği mutlak koruma gerçekçi/uygulanabilir değildir. Bkz. Chafee, Zechariah Jr., "Free Speech And It's Relation to Self-Government by Alexander Meiklejohn", Harvard Law Review, Vol. 62, No 5, (Mart 1949), s. 900-901.

³⁶ Sadurski, s. 16.

³⁷ Schauer, s. 79.

³⁸ Schauer, s. 79-80.

³⁹ Şahin, s. 234.

⁴⁰ Scanlon, Thomas, "A Theory of Freedom of Expression", Philosophy and Public Affairs, Vol. 1, No 2, (1972), s. 215.

Bu tez ifade özgürlüğüne, iktidarın diğer özgürlükleri sınırlarken kullandığı gerekçeler karşısında daha güçlü bir koruma sağlayamamaktadır. Başka bir deyişle, siyasi iktidarın geniş anlamda –herhangi bir alanda- bireysel özgürlüğü sınırlamak için bir takım gerekçeleri olduğu müddetçe, ifade özgürlüğünün de benzer sınırlamalara uğramaması için herhangi bir neden bulunmamaktadır.⁴¹ Tezin zayıf yönü burasıdır. Bireysel özerkliğe dayanan tez, siyasi iktidarın ifade özgürlüğünü sınırlamasını önlemede yetersiz kalsa da, hakkın evrenselliğini temellendirme bakımından başarılı, bağımsız bir gerekçe sağlar.⁴²

D- İfade Özgürlüğünü Temellendiren Diğer Tezler

İfade özgürlüğünü temellendiren diğer tezleri üç başlık altında toplayabiliriz. Bunlar: hoşgörüyeye dayanan tez, sosyal psikoloji ile temellendirilen tezler ve iktidara güvensizliğe dayanan tezdır. Tüm bu tezler, yukarıda incelen üç tezin değişik sürümleri olarak değerlendirilebilir.⁴³

Hoşgörüyeye dayanan tezin temelinde bulunan hoşgörü ilkesi uyarınca, ifade özgürlüğü toplum için bir kendi kendini ıslah görevi görmektedir. Farklı görüş ve düşüncelerin özgürce dile getirilmesinin, toplumda hoşgörünün, farklı görüşlere saygının ve çoğulculuğun gelişebilmesi adına gerekli olduğu, bu tez kapsamında ileri sürülmektedir.⁴⁴ Hoşgörüyeye dayanan tezde ifade özgürlüğüne duyulan gereksinim, konuşmacıdan izleyiciye/dinleyiciye doğru kaydırılmıştır.⁴⁵ Söz konusu tez, ifadenin değerliliği üzerinde devletin bir değerlendirmede bulunamayacağını, aksi takdirde yalnız ifade özgürlüğünün değil, aynı zamanda din ve vicdan özgürlüğünün de ihlal edilmiş olacağını iddia etmektedir. Bu kapsamda, nefret söylemine ve aşırı siyasi ifadelere koruma sağlayan tez, kendi kendini yönetme sürecini temel alan demokrasiye dayanan teze, içerik yönünden

⁴¹ Beydoğan, a.g.e., s. 83.

⁴² Şahin, s. 237.

⁴³ Şahin, s. 288.

⁴⁴ Şahin, s. 289.

⁴⁵ Bollinger, Lee, “The Tolerant Society”, Oxford University Press, (1988), s. 134’ten aktaran Sadurski, s. 39.

katkı sağlamaktadır.⁴⁶ Hoşgörüyeye dayanan tez, uygulamada ifade özgürlüğüne demokrasiye dayanan tezin getirdiği korumadan daha fazla bir koruma sağlamamaktadır. Karşıt fikirlerin işitilmesinin toplumdaki hoşgörüyü arttıracığı ve çoğulculuğu sağlayacağı düşüncesi, teoride iyi bir önerme gibi gözükse de, uygulamada özellikle nefret söylemi ve ırkçılık içeren ifadelere bu gerekçeyle koruma sağlanması mümkün gözükmemektedir.

Sosyal psikoloji ile temellendirilen tezlerden ilki, yasaklamanın ters sonuç doğuracağına ilişkin tezdır. Tezin temeli, insan doğasında yasaklanan şeylere karşı bir ilginin bulunduğu ve düşüncüyü ya da ifadeyi yasaklamanın, yasaklanan düşünce veya ifadeye karşı ilgiyi arttıracığı argümanına dayanmaktadır.⁴⁷ Söz konusu tez, ifade özgürlüğüne mutlak bir koruma sağlamamaktadır. Ancak, ifadenin yasaklanmasıyla elde edilmek istenen sonuç belirsiz bir nitelikte ise, ifadenin serbest olmasının daha üstün bir yarar sağlayacağını ileri sürmek için iyi bir gerekçe sunmaktadır. Sosyal psikoloji ile temellendirilen ikinci tez, istim boşaltma⁴⁸ tezidir. Bu teze göre ifade özgürlüğü, toplumda yönetim politikasını beğenmeyenlerin, kendilerini mağdur hissedenenlerin fikir ve itirazlarını beyan ederek siyasi yönetim sürecine katılmalarını sağlayacaktır. Böylece, farklılıklardan kaynaklanan düşünce ihtilaflarının şiddete dönüşmeden ve toplumu bölmeden ifade edilebilmesi sağlanmış olur.⁴⁹

İktidara güvensizliğe dayanan tez, Schauer tarafından ortaya konulan bir tezdır. Faydalardan çok zararlar üzerine ışık tutarak, iktidarın ifade özgürlüğünü sınırlamasının doğuracağı olumsuz sonuçlar üzerine odaklanmaktadır. İlgili tez, ifade özgürlüğünün denetlenmesinin, diğer hak ve özgürlüklerin denetlenmesinde ortaya çıkmayan özel zararlar ya da özel tehlikelere yol açabileceğini ileri sürmektedir.⁵⁰ Tarih boyunca, şimdi hata/yanlış olarak değerlendirilen birtakım uygulamaların, iktidarlar tarafından yapıldığını belirten Schauer, iktidar sahiplerinin prestij, para, misyon gibi kaybedecek çok fazla şeyleri olduğu için

⁴⁶ Şahin, s. 289-290.

⁴⁷ Şahin, s. 294.

⁴⁸ Tez birden çok isimle anılmaktadır. Tezin değişik adlandırmaları için bkz. Schauer, s. 114 ve Şahin, s. 296.

⁴⁹ Şahin, s. 297.

⁵⁰ Schauer, s. 117.

otoritelerine karşı çıkan bireylerin/kesimlerin düşünce ve ifadelerini sansürlemeye meyilli olduklarını iddia etmektedir.⁵¹ Bu nedenle, iktidarların ifade özgürlüğü üzerindeki kontrolleri asgari düzeyde tutulmalı ve iktidarın müdahale sınırları açıkça belirlenmelidir.⁵² Bu tez de, yukarıda incelenen diğer tezler gibi ifade özgürlüğüne mutlak, sınırsız bir koruma sağlayamamaktadır.

İfade özgürlüğünü temellendiren tezler, bazı ifade kategorilerine belli bir koruma sağlasalar da, tüm ifade kategorileri bakımından kuşatıcı bir koruma ortaya koyamamaktadırlar. Gerçekliğe dayanan tez, bakış açısına dayalı ifadelere herhangi bir koruma getirmemektedir. Ayrıca yanlış veya hatalı olduğu için değil, başkalarının haklarını korumak, kamu düzenini ve/veya devletin güvenliğini sağlamak gibi amaçlarla sınırlandırılan ifadeler hakkında da tez bir çözüm üretememektedir.

Demokrasiye dayanan tez, siyasi/kamusal meselelere ilişkin ifadeler bakımından güçlü bir koruma gerekçesi ortaya koysa da, kapsayıcılık bakımından tartışmalara yol açmakta, uygulamada da kamusal ifade – özel ifade ayrımının yapılmasındaki sıkıntılar nedeniyle kuşatıcı bir koruma sağlayamamaktadır. Bireysel özerkliğe ve kendi kendini gerçekleştirmeye dayanan tez ise, ifade özgürlüğünün evrensel niteliğini ortaya koyma yönünden başarılı olsa da, iktidarın diğer özgürlükleri sınırlarken kullandığı nedenleri, ifade özgürlüğünü sınırlarken neden kullanamayacağı hususunda ortaya ikna edici bir gerekçe koyamamaktadır.

İfade özgürlüğünü temellendiren ve bu üç tezin değişik sürümleri olan diğer tezler de ifade özgürlüğüne mutlak, sınırsız bir koruma sağlamaktan oldukça uzaktır. Kitle iletişim özgürlüğü de, gerçeğin keşfi, demokratik sürecin sağlıklı biçimde yürütülmesi veya bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerinin bir aracı olması gerekçeleriyle, yukarıdaki tezler tarafından desteklenebilir.⁵³ Ama ilgili

⁵¹ Schauer, s. 117.

⁵² Şahin, s. 298.

⁵³ Kitle iletişim özgürlüğünün alt dalı olan basın özgürlüğü, Keane'e göre geçmişten günümüze şu dört sava/yaklaşım dayanılarak savunulmuştur/savunulmaktadır: (1) Devlet sansürünü Tanrı'nın insanlara ihsan eylediği akıl adına eleştiren Teolojik yaklaşım, (2) Basın özgürlüğünü bireylerin doğuştan sahip olduğu doğal haklar doktrini çerçevesinde temellendiren yaklaşım, (3) Kamuoyu üzerindeki devlet sansürünü istibdata verilmiş açık bir kart olarak gören ve yönetilenlerin mutluluğunun en üst düzeye çıkarılması ilkesine aykırı bulan faydacı yaklaşım, (4) Basın özgürlüğünü, hakikate vatandaşlar arasındaki kısıtlamasız tartışma yoluyla ulaşacağı gerekçesiyle

tezlerin, kitle iletişim özgürlüğüne de mutlak bir koruma sağlamayacağı açıktır.⁵⁴ Bugün uygulamada gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk alanında, ifade ve kitle iletişim özgürlüklerine belli nedenlerle sınırlama getirilebileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, “özgürlüğü yok etme özgürlüğü olamaz” ilkesi üzerine temellendirilen militan demokrasi kavramı ve onu ortaya çıkaran nedenler aşağıda incelenecektir. Ardından, militan demokrasi anlayışına dayanan tezin ifade özgürlüğü üzerindeki etkileri değerlendirilecektir.

E- İfade Özgürlüğü Yerine Sınırlamayı Temellendiren Anlayış: Militan Demokrasi

1. Militan Demokrasi Kavramı ve Ortaya Çıkış Nedenleri

Militan demokrasi kavramı, ilk olarak siyaset bilimci Karl Loewenstein tarafından faşizmin, demokratik rejimleri ve özgürlükleri nasıl tehdit ettiğini ayrıntılı bir biçimde incelediği “Militan Demokrasi ve Temel Haklar” isimli makalede kullanılmıştır.⁵⁵ Loewenstein’e göre faşizm bir ideoloji değil; iktidarı ele geçirmek için kullanılan siyasi bir tekniktir. Başarısının temelinde,⁵⁶ kendisini demokratik sürece mükemmel bir şekilde adapte ederek kitlelerin duygularını etkilemesi/harekete geçirmesi ve onların desteğini arkasına alarak demokratik kurumların sağladığı imkânlardan faydalanması yatmaktadır. Bir bakıma demokrasi ve demokratik hoşgörü, kendilerinin ortadan kaldırılmasında araç olarak kullanılmaktadırlar.⁵⁷ Bu durumun önlenmesi adına demokrasinin

temellendiren hakikatin keşfine dayanan yaklaşım. Daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Keane, John, “Medya ve Demokrasi”, (Çev. Haluk Şahin), Ayrıntı yay., 4. Basım, İstanbul 2010, s. 34-42.

⁵⁴ Çalışma kapsamında ifade ve kitle iletişim özgürlüklerine mutlak bir koruma sağlanmasının gerekip gerekmediği tartışmasına girilmeyecektir. İfade özgürlüğünü temellendiren tezlerin, tüm ifade kategorilerine her koşulda koruma sağlayamadığı yukarıda yapılan incelemelerde ortaya konulmuştur. İfade ve kitle iletişim özgürlüklerine pozitif hukuk alanında, uygulamada getirilen sınırlamalar ve söz konusu sınırlamaların bu özgürlükler üzerindeki etkileri, AIHS ve 82 Anayasası ile sınırlı olarak çalışmanın ilgili bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁵⁵ Loewenstein, Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights I”, The American Political Science Review, Vol. 31, No 3, June 1937, s. 417-432.

⁵⁶ Başarıdan kasıt, iktidarın ele geçirilmesidir.

⁵⁷ Loewenstein, a.g.m., s. 423.

“militanlaşarak”,⁵⁸ demokratik düzeni koruyacak, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını engelleyecek yasal önlemleri alması gerekmektedir.⁵⁹ Hakyemez’e göre militan demokrasi, “faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm ve benzeri özgürlükçü demokratik düzeni açıkça tehdit eden ve ortadan kaldırmayı amaçlayan totaliter akımlar karşısında, kendi demokratik değerlerini korumak amacıyla bu tür yıkıcı akımları savunan bireylerin ve grupların ifade ve örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan ve bunlara karşı hukuksal, siyasal ve toplumsal alanda aktif bir tutum içerisine giren, klasik (liberal) demokrasinin 1930’lardan sonra siyasal ve toplumsal koşullarının ortaya çıkardığı farklı bir yorumudur.”⁶⁰

Fakat militan demokrasi anlayışı çerçevesinde yapılacak önleyici düzenlemelerin, hak ve özgürlüklerin kullanım alanlarının aşırı şekilde sınırlanmasına yol açma tehlikesi de bulunmaktadır.⁶¹ Bu nitelikteki sınırlamalar, özgürlükçü demokratik düzen ile bağdaşmayan sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Militan demokrasi anlayışının ağırlıklı olarak ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü üzerinde etkili olduğu belirtilmektedir.⁶² Aşağıda, militan demokrasinin sadece ifade özgürlüğü üzerindeki etkileri incelenecektir.

2. Militan Demokrasi Anlayışının İfade Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri

Militan demokrasi anlayışı, ifade özgürlüğü üzerinde olumsuz etkilere yol açma riski taşımaktadır. Militan demokrasi, yukarıda da belirtildiği üzere, özgürlük düşmanlarına özgürlük tanınamayacağı gerekçesiyle temellendirilen bir

⁵⁸ Avrupa’da faşizan akımların yıkıcılığına karşı direnmek amacıyla, 1930’lu yıllarda ortaya çıkan militan demokrasi anlayışı aslında ilk olarak, Avrupa’daki kadar güçlü olmasa da, 1917’de Rusya’da gerçekleşen Bolşevik Devrimi’nin ardından ortaya çıkan devrimci/komünist akımlara karşı alınan önlemler doğrultusunda ABD’nde görülmüştür. Avrupa’da da aynı dönemlerde devrimci/komünist hareketlere karşı alınan önlemler, totaliter bir anlayış olan faşizmin güçlenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu doğrultuda militan demokrasi anlayışı Avrupa’da, ABD’den çok daha güçlü bir şekilde yerleşmiştir. Bkz. Hakyemez, Yusuf Şevki, “Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası”, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2000, s. 31.

⁵⁹ Loewenstein, s. 430-431; Sajo, Andras, “Militant Democracy and Emotional Politics”, Constellations, Vol. 19, No 4, 2012, s. 562

⁶⁰ Hakyemez, a.g.e., s. 33-34.

⁶¹ Sajo, a.g.m., s. 562.

⁶² Hakyemez, s. 35.

anlayıştır. Fakat demokrasiyi, diğer rejim biçimlerinden ayıran en önemli özelliği, mevcut sisteme karşı olan görüş ve düşüncelerin savunulmasına izin vermesidir. Başka bir deyişle, demokratik bir toplumda herkesin düşüncesini açıkça ifade edebilmesi, demokrasinin temel ilkelerinden biridir.⁶³ Mevcut demokratik düzeni koruma argümanıya mücadeleci bir demokrasi anlayışı öneren militan demokrasi kavramı, 1789 Fransız Devrimi sonrasındaki Jakoben akıma benzerliği ile dikkat çekmektedir. Temel amacı Cumhuriyet’i güçlendirmek olan Jakobenizm, bu doğrultuda ihanet yuvası olarak görülen her türlü muhalefetin susturulmasını hedefler.⁶⁴

Militan demokrasi anlayışı çerçevesinde ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların, sansür niteliğinde uygulamalara yol açma tehlikesi bulunmaktadır.⁶⁵ Militan demokrasi anlayışının, ifade özgürlüğü üzerinde yaratabileceği bir diğer olumsuz etki ise, düşünce suçu olarak kategorize edilebilecek uygulamalara olanak sağlama potansiyelidir.⁶⁶ Tanör’e göre batı demokrasilerinde ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar başlıca dört kategoride toplanmaktadır. Bunlar: (1) Başkalarının kişilik haklarına, haysiyet ve şerefine, özel hayatın gizliliğine yapılan hakaret, sövme, iftira gibi saldırılar nedeniyle getirilen sınırlamalar, (2) Kamu düzeninin korunması gerekçesiyle getirilen sınırlamalar, (3) Suça kışkırtmanın ya da yasanın suç saydığı eylemlerin övülmesi nedeniyle getirilen sınırlamalar ve (4) Devletin varlığının ve ülkenin iç ve dış

⁶³ Şahin, s. 317.

⁶⁴ Hakyemez, s. 31-32.

⁶⁵ Şahin bu tehlikeyi şöyle açıklamaktadır: *“İfade özgürlüğü hakkı, eğer yalnızca toplum çoğunluğunun onayladığı görüşlere ya da rejimi onaylayan ve övenlere tanınacaksa, bu durumda bağımsız bir ifade özgürlüğü hakkını savunmanın bir anlamı da olmayacaktır. Bu hak her şeyden önce, yönetime ve yönetimi elinde bulunduran çoğunluğa karşı savunulabildiği ölçüde bir insan hakkı olma niteliğini koruyacaktır. Kurulu düzenden rahatsız olan ya da düzenin değişmesini isteyen kişilerin bu düşüncelerini açık etmelerinin sınırlandırılması siyasal düşüncenin sansür edilmesi anlamına gelmektedir. Burada belirli görüş ve düşünceler önceden belirlenmek suretiyle yasaklanmış (cezai yaptırıma bağlanmış) olduğu için teknik anlamda bu bir sansürdür. Komünist ya da dine dayalı bir rejimi savunan kişilerin görüşleri kategorik olarak önceden sınırlanmış olduğundan; ancak ağır cezai yaptırımları göze alanlar böyle bir savunuya kalkışacaktır.”* Bkz. Şahin, s. 317-318.

⁶⁶ “Düşünce suçu” kavramından, *“bir dünya görüşünü, bir ideolojiyi, bir doktrini ya da herhangi bir fikri savunup yaymanın, başkalarına aşulamaya çalışmanın suç sayılmasını anlamak gerekir.”* Bkz. Papadatos, A. P., “Le delit politique”, Geneve 1955, s. 146-147’den aktaran Tanör, Bülent, “TCK 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama”, Forum Yayınları, İstanbul 1979, s. 72.

güvenliğinin korunması amacıyla getirilen sınırlamalardır.⁶⁷ Fakat söz konusu sınırlama nedenlerine dayanılarak ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, savunulan veya yayılan düşüncenin içeriği nedeniyle getirilmemektedir. Düşüncenin/ifadenin açıklanış biçimi, yöneldiği kitle, somut ve suç sayılan eylemlere çağrıda bulunması gibi unsurlar göz önüne alınarak, kamu düzeni veya devletin iç ve dış güvenliği bakımından açık ve mevcut bir tehlike yaratan durumlarda ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmektedir.⁶⁸

Özgürlük düşmanlarına, “özgürlüğü yok etme özgürlüğü tanınamayacağı” gerekçesiyle temellendirilen militan demokrasi kavramı, demokratik düzenin korunması adına totaliter akımlara karşı mücadelecı bir demokrasi anlayışı öngörmektedir. II. Dünya Savaşı’ndan sonra, pozitif hukuk alanında da “hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı” bağlamında yasal dayanağa kavuşan militan demokrasi anlayışı çerçevesinde yapılan uygulamalarda, özellikle ifade özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olduğunda getirilecek sınırlamalarda, düşüncenin içeriği değil; yapılan açıklamanın toplum düzeninde yarattığı etki, şiddeti teşvik edip etmediği, nefret söylemi oluşturup oluşturmadığı gibi hususlar yani kısacası, açıklanan düşüncenin/ifadenin yarattığı somut sonuçlar dikkate alınmalıdır.⁶⁹ Aksi takdirde, demokrasiyi koruma iddiasıyla ortaya çıkan militan demokrasi anlayışı, uygulamada çoğulcu demokratik düzen ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir.

⁶⁷ Tanör, “TCK 142. Madde...”, s. 73.

⁶⁸ Tanör, “TCK 142. Madde...”, s. 73-74.

⁶⁹ Tanör’e göre, “Uluslararası antlaşmaların ve Hak bildirimlerinin “özgürlüğün kötüye kullanılmasının önlenmesi” anlayışı altında düzenledikleri kurullarla kastedilen de düşünce özgürlüğü değil, yıkıcı eylemlerdir.” Bkz. Tanör, “TCK 142. Madde...”, s. 80.

III. İfade Özgürlüğünün Kullanımında Kitle İletişiminin Rolü

A- İletişim Kavramı

İnsanın varlığını devam ettirebilmesi için gerekli temel koşullardan birini ve belki de en önemlisini iletişim süreci oluşturur. İletişim vasıtasıyla insan, diğer insanlar ve doğayla ilişki kurarak karşılıklı etkileşim içerisine girer.⁷⁰ İnsanların oluşturduğu topluluk ya da toplum yaşamı içinde gerçekleştirilen tutum, yargı, düşünce, duygu bildirimlerine iletişim denir.⁷¹ İletişim, Latincedeki communis kelimesinden türetilmiş communication kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Latincedeki anlamı göz önüne alındığında, iletişim kavramının bir ortaklığı, toplumsallaşmış olmayı, birlikteliği, iştirak haline gelmiş olmayı kapsadığı, dolayısıyla iletişimin, hem bireyler arasındaki süreci hem de bunlar aracılığıyla toplumsal düzeyde gerçekleşen bir süreci ifade ettiği söylenebilir.⁷² Bu toplumsal süreçte, insanın varlığı ancak “öteki” ile bir anlam kazanır. Başka bir deyişle, “İnsan doğduğu andan itibaren ancak bir toplum içerisinde etkileşime girerek “benlik” (self) haline, yani konuşma ve eylem yeteneğine; daha sonraki aşamada dil, etkileşim ve bilme yeteneğine haiz bir “toplumsal” varlık haline geldiği içindir ki benlik bir bireye dönüşür”.⁷³ Tüm bu hususlar göz önüne alındığında iletişimin, insanın türsel özelliği olan toplumsallaşırılığının bir yansıması olduğu söylenebilir.⁷⁴

⁷⁰ Avcı, Artun, “Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü”, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, 2013, s. 11.

⁷¹ Oskay, Ünsal, “İletişimin ABC’si”, Der yay., 6. Basım, İstanbul 2011, s. 9; Mutlu’ya göre, “iletişime ilişkin tanımların sayısı iki yüze yakındır. ...İletişime ilişkin tüm bu ve benzeri tanımlar, tanımı yapanların yaklaşımlarına göre değişiklik göstermektedir. Ama bu yaklaşımlar içinde en azından iki düşünce çizgisini saptamak olanaklıdır. İlk çizgi iletişim sürecinin iletim yönünü öne çıkarmaktadır. Bu Gönderici-Mesaj-Kanal-Alıcı çizgisel modeliyle karakterize olan bir yaklaşımdır. Bu tür modeller bir fikrin, duygunun, tutumun vb.’nin birinden bir başkasına nasıl aktarıldığını ortaya koymaktadırlar. Diğer yaklaşım ise karşılıklılık ve ortak algılama, paylaşma gibi unsurların altını çizmektedir.” Bkz. Mutlu, Erol, “İletişim Sözlüğü”, Sofos yay., Altıncı Basım, Ankara 2012, s. 148-149. Çeşitli iletişim tanımları için de Bkz. aynı eser, s. 148-149.

⁷² Oskay, Ünsal, “XIX. Yüzyıldan Günümüze Kitle İletişiminin Kuramsal İşlevleri Kuramsal Bir Yaklaşım”, Der yay., 5. Basım, İstanbul 2010, s. 309-310.

⁷³ Benhabib, Şeyla, “Modernizm, Evrensellik ve Birey”, (çev. Mehmet Küçük), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s. 22’den aktaran Avcı, a.g.e., s. 11.

⁷⁴ Oskay, “XIX. Yüzyıldan Günümüze...”, s. 310.

İletişim, en basit düzeyde bile, üç öğeden meydana gelir. İletiyi gönderen, iletiyi alan ve bu ikisi arasında iletinin gönderilmesinde kullanılacak bir iletişim kodlaması. İletiyi gönderene kaynak, alana hedef kitle, iletişimde gönderilen bildirimde de ileti denir.⁷⁵ Kaynak, kimi zaman tek bir kişidir, kimi zaman ise bir gazete, bir ajans, radyo ya da televizyon istasyonudur. İleti, iki insan arasındaki iletişimde sözel olarak kodlanabilir. Yüz yüze iletişimde atmosfer, telefon görüşmesinde elektrik akımından değişimleri taşıyan kablo, telsizde havadaki iyonlar bu iletiyi taşıyan kanal görevi yüklenir. İletişim sürecinde seslenilmek istenen kişi ya da kişilere veya toplumsal kesimlere hedef kitle denmektedir.⁷⁶

İçel/Ünver iletişim türlerini yüz-yüze iletişim-yüz yüze olmayan iletişim, bir başka yönden ise bireylerarası iletişim-kitle iletişimi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmuşlardır. Basın, radyo ve televizyon, sinema filmleri, video, ses bantları ve internet aracılığıyla yapılan iletişim kitle iletişimini, bunların dışında kalan diğer iletişim tipleri ise bireylerarası iletişimi oluşturur.⁷⁷ Bu doğrultuda aşağıda kitle iletişim kavramı hakkında kısaca bilgi verilecektir.

B- Kitle İletişimi Kavramı

Kitle iletişimi kavramı/terimi, ilk kez Harold D. Laswell tarafından 1940'ların başında siyasal erk ve propaganda üstüne yaptığı çalışmalarda kullanılmıştır.⁷⁸ Kitle iletişimi, çeşitli tür ve içerikteki mesajların uygun araçlarla geniş bir kitleye iletilmesi sürecidir.⁷⁹ Bu bakımdan kitle iletişimi, gerek kullanılan araçlar, gerek ilettiği haber içeriği ve gerekse seslendiği kişiler yönünden genel iletişim olgu ve sürecinden farklılık gösterir. Kitle iletişiminde kaynak, kitle iletişim aracıdır. Genellikle büyük, karmaşık yapıları organizasyonlara

⁷⁵ Oskay, "İletişimin ABC'si", s. 10.

⁷⁶ Oskay, "İletişimin ABC'si", s. 10.

⁷⁷ İçel Kayıhan; Ünver Yener, "Kitle İletişim Hukuku", Beta yay., 9. Bası, İstanbul 2012, s. 5-6.

⁷⁸ Mutlu, a.g.e., s. 188.

⁷⁹ Çoban, Savaş, "Hegemonya Aracı ve İdeolojik Aygıt Olarak Medya", Parşömen yay., 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 83; Kitle iletişimi ile ilgili bir başka tanım Aziz tarafından "*bilgi, düşünce ve tutumların büyük ve dağınık kitleye, bu amaç için geliştirilmiş araçlarla iletilmesi*" şeklinde yapılmaktadır. Bkz. Aziz, Aysel, "Televizyon ve Radyo Yayıncılığı", Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 10.

sahip olan kitle iletişim araçları, belirli bir amaç doğrultusunda medya profesyonellerini kullanarak mesaj üretirler. Söz konusu sürecin hedefi olan kitle ise, bu mesaja ulaşmak için doğrudan ya da dolaylı olarak bir ücret öder.⁸⁰

Kitle iletişiminin ve kitle iletişim araçlarının toplumsal alandaki işlevleri/etkileri şu şekilde sıralanabilir: (1) Tavrı ve düşünce değişiklikleri yaratmak, (2) Ferdi ve toplu tepkiler oluşturmak, (3) Gündem belirleme, (4) Toplumsallaştırma, (5) Denetim, (6) Gerçeği tanımlama, (7) Egemen ideolojinin sürdürülmesi.⁸¹

Toplumsal alandaki tüm bu işlevleri göz önüne alındığında kitle iletişimini, bireylerarası iletişimden ayıran çok önemli bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu doğrultuda en önemli farklılık, bilgi veya düşünceyi ileten kaynağın, tek bir kişi değil bir kuruluş oluşudur. Söz konusu husus kurumsallaşmış kişilik denen olguyu ortaya çıkarmaktadır. Kurumsallaşmış kişilik sadece ilgili gazetenin, radyo veya televizyon kuruluşunun kendisi için söz konusu değildir. Aynı şekilde, ilgili gazetenin yazarı, muhabiri veya ilgili radyo ya da televizyonun çalışanı için de söz konusu kurumsal kişilik geçerlidir.⁸² Bu durumun bilgi, düşünce ve haberlerin hedef kitleye aktarılması/iletilmesi üzerinde bazı etkileri olmaktadır. Kitle iletişiminde gazete, radyo veya televizyon bir kuruluş olarak dünyanın çeşitli yerlerinden gelen haberleri, enformasyonu, yorumları toplar, tasnif eder, karşılaştırır, değerlendirir, seçer, yeniden işler ve yayımlar. Tüm bu aşamalar sonucunda reel dünyanın kendisini değil; gazetenin/televizyonun/radyonun uygun gördüğü görünümü, uygun gördüğü kadarıyla ve ilgili kuruluşun meslek etiğine göre işlenmiş haliyle bize sunulan dünyayı yaşarız.⁸³

⁸⁰ Günaydın, Barış, “İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü”, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2010, s. 5-6.

⁸¹ Usluata, Ayseli, “İletişim”, İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s. 84; Çoban’a göre ise kitle iletişiminin işlevleri, kişileri bilgilendirmek, eğlendirmek, yönlendirmek ve sosyalleştirmektir. Bkz. Çoban, “Hegemonya Aracı ve...”, s. 83.

⁸² Oskay, “İletişimin ABC”si, s. 42.

⁸³ Oskay, “İletişimin ABC”si, s. 42-43. Oskay’a göre kitle iletişim araçları tarafından sunulan dünya, “ürüne dönüştürülmüş” bir dünyadır. Oskay bu durumu şu örnekle açıklamaktadır: “Brezilya’daki ormanların çevre kirlenmesi tehlikesi karşısında kritik bir durum içinde bulunduğunu tam olarak duyumsayabilmek için, bir bahçemiz olması gerektiğini, bu bahçemizde birkaç elma, erik, zeytin fidanı dikmiş, yetiştirmiş olmamız gerektiğini unutmamalıyız. Dünyayı

Kitle iletişimi, kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilir. Basın, radyo ve televizyon, sinema filmleri, video bantları ve internet günümüzde kullanılan kitle iletişim araçlarından başlıcalarıdır. Bütün bu araçların ortak özelliği, bunların haberleri veya düşünceleri ya da duyguları yazı, resim veya ses olarak çoğaltmak suretiyle anonim nitelikteki kitlelere ulaştırma teknik araç durumunda bulunmalarıdır.⁸⁴ Gazete (daha geniş kapsamlı olarak basın), radyo ve televizyon geleneksel kitle iletişim araçları, internet ise gelişen iletişim teknolojilerine paralel olarak geleneksel olmayan/yeni kitle iletişim aracı şeklinde sınıflandırılabilir.⁸⁵

C- Kitle İletişim Özgürlüğü

Demokratik düzende, bireyin düşüncelerini açıklama özgürlüğüne sahip olması siyasal sistemin temel özelliklerinden birisidir. Her türden ve farklı düşüncenin, her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, bu doğrultuda diğer insanları ikna etmeye çalışmak, açıklanan düşünce etrafında örgütlenmek için teşvik etmek, demokrasinin, çoğulculuğun ve uzlaşmanın olmazsa olmaz gereklerindedir.⁸⁶ Bu doğrultuda basın veya diğer kitle iletişim araçları, genel olarak “bilgi dolaşım sürecini” gerçekleştiren araçlardır. Kitle iletişim araçlarının bilgi ve düşünceleri dolaştırma süreci, bireyin ve dolayısıyla toplumun bilgilenmesini sağlar. Bireyin bilgilenmesinden korkmayan çağdaş, demokratik bir siyasal sistemin oluşturulabilmesi için sağlıklı bireysel ve toplumsal bilgilenme sistemine gereksinim duyulmaktadır. Böyle bir sistem ise

bilmenin, nesnel dünya ile dolaysız deneyimlerimize dayanması gerektiğini unutmamalıyız.”, Bkz. Oskay, “İletişimin ABC”si, s. 43.

⁸⁴ İçel/Ünver, s. 11. Çalışma kapsamında yukarıda belirtilen kitle iletişim araçlarının teknik özellikleri ve tarihsel ortaya çıkış süreçleriyle ilgili açıklama yapılmayacaktır. Ayrıca, çalışmada kullanılan “kitle iletişim özgürlüğü” kavramı ile süreli ve süresiz basın-yayın faaliyetlerini içeren basın özgürlüğü ve görsel-işitsel alandaki radyo, televizyon ve internet özgürlükleri kastedilmektedir. Tanör’ün de belirttiği gibi, sinema, video gibi araçlarla yapılan düşünce aktarımları daha çok sanatsal nitelikte olduklarından, “Bilim ve Sanat Özgürlüğü” kapsamına girmektedirler. Bkz. Tanör, Bülent, “Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu”, BDS yay., 3. Baskı, İstanbul 1994, s. 77. Bu nedenle söz konusu kitle iletişim araçlarına çalışma kapsamında yer verilmemektedir.

⁸⁵ Benzer yöndeki sınıflandırma için Bkz. Günaydın, a.g.e., s. 9-24.

⁸⁶ Özek, Çetin, “Kitle İletişim Özgürlükleri”, İnsan Hakları içinde, YKY cogito, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 153.

ancak kitle iletişim özgürlüğünün uygulamada etkin olduğu toplumlarda kurulabilir. Kitle iletişim özgürlüğü, başka bir deyişle bireyin ve toplumun bilgilenmesi ise ancak haber verme, eleştirme, yorumlama gibi her nitelikte açıklamanın yapılabilmesi ile mümkün olur. Aksi takdirde sınırlanan sadece kitle iletişim özgürlüğü değil; onun da özünü oluşturan düşünce/ifade özgürlüğü olacaktır.⁸⁷

Pozitif hukuk alanında devlete ve diğer bireylere karşı güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler,⁸⁸ Jellinek'in artık klasikleşen sınıflandırmasına göre negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları şeklinde üç ana kategoriye ayrılır.⁸⁹ İfade özgürlüğü, negatif statü hakları/klasik haklar kategorisi kapsamındadır. Yani devlet ifade özgürlüğünü kullanan bireylere karışmama/müdahalede bulunmama, başka bir deyişle, saygı gösterme yükümlülüğü altındadır. İfade özgürlüğünün bir alt görünümü olarak nitelendirilebilecek kitle iletişim özgürlüğü ise, doktrinde bazı yazarlar tarafından pozitif statü hakları/sosyal-kültürel haklar kategorisi kapsamında görülmektedir.⁹⁰

Ancak ifade özgürlüğünün kullanılmasında çok önemli bir işleve sahip olan, ifade özgürlüğünün bir alt görünümü olan kitle iletişim özgürlüğü de, kanımızca negatif statü hakları/klasik haklar kategorisi kapsamında bulunan bir

⁸⁷ Özek, "Kitleleşme İletişim Özgürlükleri", s. 154.

⁸⁸ Temel hak ve özgürlükler terimi, anayasa tarafından tanınan ve korunan hak ve özgürlükleri ifade eder. Söz konusu hak ve özgürlüklerin "temel" olarak nitelendirilmesinin sebebi, anayasal düzeyde bir tanıma ve korumadan yararlanıyor olmalarıdır. Bkz. Gözler, Kemal, "Türk Anayasa Hukuku Dersleri", Ekin yay., 16. Baskı, Bursa 2014, s. 111.

⁸⁹ Jellinek, Georg, "L'Etat Moderne et son droit", (Trad. G. Fardis), Paris 1913, C. II, s. 51 vd.'ndan aktaran Kapani, s. 6; Temel hak ve özgürlüklerin, başka bir deyişle insan haklarının sınıflandırılmasında kullanılan bir diğer yöntem ise, hak ve özgürlüklerin tarihsel ortaya çıkış süreçlerine göre sınıflandırılmasıdır. Bu doğrultuda hak ve özgürlükler, birinci kuşak haklar (klasik haklar), ikinci kuşak haklar (sosyal, ekonomik, kültürel haklar) ve üçüncü kuşak haklar (dayanışma hakları) şeklinde kategorilere ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Uygun, Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları içinde, YKY cogito, 1.Baskı, İstanbul 2000, s. 21-25.

⁹⁰ Kaboğlu "toplumsal iletişim özgürlükleri" başlığı altında yer verdiği kitle iletişim özgürlüğünü, kültürel haklar kategorisi kapsamında görmektedir. Bkz. Kaboğlu, "Özgürlükler Hukuku", İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 502-525; Kitle iletişim özgürlüğünün bir alt görünümü olan basın özgürlüğü ise Dönmezer tarafından sosyal bir hak olarak görülmektedir. Dönmezer'e göre, "... sosyal haklardan yararlanılabilmesi için, Devlet tarafından bazı tedbirlerin alınması, bazı imkan ve araçların sağlanması zorunludur. Bugün basın hürriyetinin, ... bütün halk kitlelerini kapsar olarak kullanılmasını sağlayabilmek için, aynı suretle Devletin bazı tedbirleri alması zorunluluğunu, ekonomik gelişme ortaya koymuştur." Bkz. Dönmezer, Sulhi, "Basın ve Hukuku", İÜHF yay., 4. Baskı, s. 79.

özgürlüktür.⁹¹ Çünkü negatif statü hakları alanında da, devletin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletten kaynaklanmayan, ancak devlet tarafından kontrol edilebilen özel kişilerden, sosyal güçlerden ya da sosyal gelişmelerden kaynaklanabilecek hak ihlallerinin önlenmesi adına, negatif statü hakları alanında da devlet için pozitif yükümlülükler öngörülmüştür.⁹² Kitle iletişim özgürlüğünün, uygulamada etkin olarak sağlanabilmesi adına devletlerin üzerine düşen ve yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülükler çerçevesinde ele alınması gereken en önemli husus, kitle iletişim alanında yaşanan tekelleşme sürecidir. Tekelleşme olgusunun, ifade ve kitle iletişim özgürlüğü üzerindeki etkileri aşağıda tekelleşme başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

D- Tekelleşme

Tekel kavramı belli bir ilişkiler ağında bir gücün yönetsel egemenliğini anlatır. Söz konusu egemenlikte, toplumsal üretiminin herhangi bir alanındaki süreçlerden biri, birden fazlası veya tümünün yönetimi tek bir güç (tekel) veya güç kompozisyonu (oligopoli) tarafından kontrol edilir. Kontrol edilen alan, ekonomik, siyasal veya kültürel üretim alanı olabileceği gibi her üçünü de kapsamına alabilir. Kontrol edilen üretim süreci talebin kontrolüne kadar uzanabilir.⁹³ Bu doğrultuda, kitle iletişim alanında oluşacak bir tekelleşme, çoğulcu demokratik düzenin yara almasına neden olur.

Kitle iletişim araçları, başka bir deyişle medya, demokratik düzende kamunun bekçi köpeği veya dördüncü güç olarak nitelendirilmektedir. Medyayı, demokratik düzende bu kadar önemli kılan unsur ise, kamusal meseleler hakkında bilgi sirkülasyonunun sağlanmasında ve kamuoyunun söz konusu meseleler

⁹¹ Salihpaşaoğlu, Yaşar, “Türkiye’de Basın Özgürlüğü”, Seçkin yay., 1. Baskı, Ankara 2007, s. 106-107.

⁹² Boyar, Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed. Sibel İnceoğlu) içinde, Beta yay., 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 54.

⁹³ Erdoğan, İrfan, “Tekelleşme, Medya ve Medya Pratikleri”, s. 1. Makaleye <http://www.irfanerdogan.com/makaleler/medyamedicine.htm> linkinden ulaşılabilir. İlgili makale Toplum ve Hekim Dergisi, TTB yay., C. 17, Sayı 6, s. 417-424’de yayınlanmıştır. Çalışmada, verilen linkteki metin ve sayfa numaraları esas alınacaktır.

hakkında bilgi sahibi olmasında oynadığı roldür.⁹⁴ Bu doğrultuda gerçek bir kitle iletişim özgürlüğünden bahsedebilmek için medyanın, hükümet ve hükümet dışı güçler –diğer siyasi partiler, medya patronları ve reklam verenler- karşısında tarafsızlığını koruması gerekmektedir.⁹⁵ Günümüzde kitle iletişim özgürlüğünü sınırlandıran en önemli iki unsur, kamu otoriteleri tarafından medyaya yönelik olarak yapılan sansür uygulamaları ve medya alanında yaşanan tekelleşme olgusudur.

Medya alanında görülen tekelleşme biçimlerini yatay, dikey ve çapraz tekelleşme olarak üç grupta toplamak mümkündür.⁹⁶ Yatay tekelleşme, medya sektöründe görülen en yaygın tekelleşme türüdür. Yayın yaşamlarını sürdürmede yaşanan ekonomik güçlükler, basında yatay tekelleşmesinin oluşmasını beraberinde getirmektedir. Yatay tekelleşme ile birlikte, kendi yazı işlerine sahip gazete sayısında azalma görülmektedir.⁹⁷ Dikey tekelleşmede ise, haber toplamadan dağıtımına kadar tüm işlemlerle uğraşan ve aynı yönetim altında birbirini tamamlayan faaliyetlerin tek elde toplanması söz konusudur.⁹⁸ Tekelleşmenin üçüncü ve günümüzde ulaştığı son şekli ise çapraz tekelleşmedir. İlgili tekelleşme türü, daha önceden tek bir medya çevresinde etkin olan kuruluşların başka alanlara da girmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Süreli ve süresiz yayın alanında faaliyet gösteren bir kuruluşun, radyo-televizyon gibi diğer yayıncılık alanlarına da girerek, çeşitli kitle iletişim araçlarının tek elde toplanması çapraz tekelleşmenin en tipik örneğidir.⁹⁹ 1980’lerden itibaren

⁹⁴ Saeed, Saima, “Negotiating power: community media, democracy, and the public sphere”, *Development in Practice*, Vol. 19, No 4/5, (June 2009), s. 466.

⁹⁵ Salihpaşaoğlu, a.g.e., s. 37.

⁹⁶ Bulunmaz, Barış, “Holdingleşme Ekseninde Türk Medyasında Tekelleşme Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hakemli Öneri Dergisi*, C. 9, Sayı 36, (2011), s. 243.

⁹⁷ Bulunmaz, a.g.m., s. 243.

⁹⁸ Danışman, Ahmet, “Basın Özgürlüğünün Sağlanması Yöntemleri (Devletin Basın Karşısındaki Aktif Tutumu)”, *Ankara Üniversitesi Basın Yayın Meslek Yüksek Okulu Yayınları*, Ankara 1982, s. 23.

⁹⁹ Tokgöz, Oya, “Temel Gazetecilik”, İmge Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2003, s. 35; Erdoğan tekelleşmenin medya üzerindeki etkilerini şöyle sıralamaktadır: “*Medyada tekelleşmeyle medya ürünlerinin üretiminde, dağıtımında ve tüketimin yönlendirilmesinde etkili güç elde edilir ve uygulanır; doğrudan ve dolaylı olarak ilgili pazarda rakipler yatay ve dikey konsantrasyonla ortadan kaldırılır; pazara giriş organizasyonların örgütlenme biçimleri ve politikalarıyla engellenir. Medyada tekelleşme aynı zamanda enformasyon çokluğu iddiasıyla bilgi yoksunluğunu ve bilgiçlik taslayan tüketim cehaletini yaratır ve besler.*” Bkz. Erdoğan, a.g.m., s. 5.

Dünya’da ve Türkiye’de, medyada sahiplik yapısı değişmeye başlamıştır. Başka alanlarda yatırımları olan sermayedarlar/şirket patronları medya sektörüne de giriş yapmaya başlamışlardır.¹⁰⁰ Bu doğrultuda günümüzde medya sektöründe holdingleşmenin etkileri görülmektedir. Söz konusu holdingleşme süreci neticesinde, medya sektöründe sadece belli holdinglerin söz sahibi olması, medya alanında tekelleşmeyi de beraberinde getirmektedir.

Tekelleşmenin medya üzerindeki etkileri Topuz tarafından şu şekilde sıralanmıştır: (1) Tekelleşme, her şeyden önce düşünce ve anlatımda çoğulculuğu ortadan kaldırır; (2) Tekelleşme, sendikacılığa karşıdır; (3) Tekellerin başındaki kişiler, iktidarı paylaşmak ve hükümetten çeşitli çıkarlar sağlamak için çeşitli ödünler vererek, medya çalışanları üzerinde baskı kurmaktadır; (4) Büyük sermayeye dayanan medya, magazin programlarının da çoğalmasına yol açmış; bu durum da kültürde yozlaşmayı beraberinde getirmiştir; (5) Tekelleşme kapsamında küçük ve orta çaptaki yayın organları zamanla yok olmakta ve holdinglerin sınırsız egemenliği kurulmaktadır; (6) Medya, medya patronlarının çıkarı için siyasal iktidar üzerinde baskı aracı olarak kullanılmaktadır; (7) Tekelci sermaye ve holdingler, uluslararası sermayeye ve piyasaya bağımlıdır; söz konusu bağımlılık, hem ülke hem medya bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır.¹⁰¹

Medya/basın özgürlüğünün, dünya genelinde son on yılın en düşük seviyesinde olduğu Freedom House tarafından açıklanan 2014 yılı basın özgürlüğü raporunda belirtilmiştir.¹⁰² İlgili rapora göre, dünya nüfusunun sadece %14’ü –yani her yedi kişiden sadece biri- basının tamamen özgür olduğu bir çevrede yaşamaktadır. Raporda, medya/basın özgürlüğünde dünya genelinde yaşanan bu düşüşün ana sebepleri olarak şunlar belirtilmektedir: (1) Gazetecilere yönelik fiziki saldırılar, (2) Yabancı medyanın ulusal kamu otoriteleri tarafından

¹⁰⁰ Çalışma kapsamında, Türkiye’deki veya başka bir ülkedeki medya sahipliği yapısı ele alınmayacaktır. Sadece holdingleşmenin, kitle iletişim/medya özgürlüğü üzerindeki etkilerine değinilecektir.

¹⁰¹ Topuz, Hıfzı, “II. Mahmut’tan Holdinglere Türk Basın Tarihi”, Remzi Kitabevi, 2. Basım, İstanbul 2003, s. 347-348. Topuz ilgili eserde, holdingleşmenin medya üzerindeki etkilerini Türkiye kapsamında ele almıştır.

¹⁰² İlgili rapora http://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP_2014.pdf linkinden ulaşılabilir (İngilizce) (Erişim tarihi 05/07/2014). Raporda, basın alanında 01 Ocak – 31 Aralık 2013 tarihleri arasında dünyada yaşanan gelişmeler ele alınarak değerlendirmelerde bulunulmuştur.

hedef alınması, (3) Yeni kitle iletişim teknolojileri ve sosyal medya ile ilgili yapılan sınırlayıcı düzenlemeler-uygulamalar ve bunların serbest bilgi dolaşımını sınırlaması, (4) Medya tarafından verilen haberlerin içeriğinin ekonomik baskılar ve medya patronları/sahipleri aracılığıyla kontrol edilmesi.¹⁰³ Türkiye rapora göre, bir önceki yıla karşılaştırıldığında 14 sıra daha gerileyip, basın özgürlüğünde dünya genelinde 134. sırayı aldı. Böylece Türkiye, son 15 yılda ilk defa “özgür olmayan ülkeler” kategorisine düşmüş oldu.¹⁰⁴ Türkiye, aynı zamanda Avrupa kıtasında basın özgürlüğü alanında “özgür olmayan ülkeler” kategorisinde yer alan tek ülke konumundadır.¹⁰⁵ Freedom House’un raporunda belirtilen unsurlar da göz önüne alındığında, Türkiye ve Dünya’da genel anlamda basın özgürlüğünün etkin bir biçimde sağlanamadığı görülmektedir. Ulusal kamu otoriteleri tarafından yapılan sansür uygulamaları ve tekelleşmeye dayalı olarak medya üzerinde kurulan ekonomik baskılar çerçevesinde ortaya çıkan oto sansür, basın/medya özgürlüğünün etkin olarak sağlanamamasındaki en önemli sebeplerdir.

Sansür ve tekelleşme olgularının önüne geçilmesi, medya/kitle iletişim özgürlüğünün gerçekten sağlanması adına önemlidir. Fakat kitle iletişim özgürlüğü bağlamında üzerinde durulması gereken bir diğer husus, medyanın/basının, kendisine atfedilen dördüncü kuvvet veya kamunun bekçi köpeği olma rolünü, uygulamada tam anlamıyla gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğidir. Medyanın ekonomi politiği göz önüne alınmadan bu soruya net bir yanıt vermek mümkün değildir. Bu çerçevede ekonomik sistem olarak kapitalizmin üzerinde durulmalıdır. 18. yüzyıldan 21. yüzyıla değişik aşamalardan geçen kapitalizmin rekabetçi özelliği, zaman içinde oligopolistik, monopolistik (tekelci) yöne evrildi. Ulusal pazarlardan dünya pazarlarına doğru taşıdı ve bir ilişki olarak dünyaya yayıldı ve küreselleşti ancak özü hiç değişmedi:

¹⁰³ Freedom House, a.g.r., s. 2-3.

¹⁰⁴ Freedom House, a.g.r., s. 11.

¹⁰⁵ Türkiye’nin basın özgürlüğü sıralamasında “özgür olmayan ülkeler” arasında yer almasının nedenleri olarak, 2013 yılının mayıs ayı sonunda başlayan Gezi olayları sırasında ve sonrasında basın sektöründe yaşanan işten çıkarmalar, sansür-oto sansür uygulamaları ve şeffaf olmayan medya sahipliği yapısı gösterilmektedir. Bkz. Hürriyet Gazetesi, “Türkiye ilk kez basını özgür olmayan ülkeler arasında”, 02 Mayıs 2014 tarihli haber. İlgili habere <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/26332515.asp> linkinden ulaşılabilir. (Erişim tarihi: 05/06/2014).

Kar ve sermaye birikimi.¹⁰⁶ Bu doğrultuda bir meta olarak medya ürünleri, üreticisi kapitalistlere hem kar ve birikim hem de “ekonomi dışı” faydalar sağlamaya başladılar. Medya, sadece ekonomik saikle değil, politik ve ideolojik yeniden üretim süreçlerine olan hizmeti sebebiyle de, sermaye sahipleri ve iktidarlar tarafından kendi çıkarlarını gerçekleştirmek için kullanılmaktadır.¹⁰⁷

Kapitalist ekonomik düzenin hâkim olduğu günümüz toplumlarında bireyler, kendi toplumlarında veya dünyada yaşanan gelişmelerle ilgili bilgilere ya da haberlere ulaşma hususunda medyaya bağımlı durumdadırlar.¹⁰⁸ Yukarıda da belirtildiği üzere medya, mevcut ekonomik koşullar altında, kendisini denetleyen ve finanse eden güçlü toplumsal grupların çıkarlarına hizmet eder ve onların lehine propaganda yapar.¹⁰⁹ Medya tarafından gerçekleştirilen bu propaganda modeli kapsamında, hangi haberin/haberlerin öne çıkarılacağı, nasıl ele alınacağı, bu bağlamda öne çıkarılacak haberlerle ilgili resmi görüşü teyit edecek uzmanlar, iktidarı elinde bulunduran egemen güçler tarafından önceden belirlenir. Ancak medyanın olayları işleyişine hükmeden bu yapısal faktörler, her zaman yüzde yüz denetleyici değildir ve her durumda homojen sonuçlar üretmezler. Egemen ideoloji tarafından benimsenen bakış açısını sorgulayan belli ölçüde muhalif ve eleştirel görüşler, kendine ana akım medyada zaman zaman yer bulabilmektedirler. Fakat holdinglerin ve belli çıkar gruplarının kontrolü altında olan ana-akım medyada işin püf noktası, mevcut iktidara ya da düzene karşı yapılan muhalefetin belli sınırlar içinde ve marjda tutularak, söz konusu muhalefetin varlığıyla bir yandan sisteme demokratik meşruiyetin kazandırılması, diğer yandan da muhalefetin resmi gündemin hâkimiyetini bozacak güce erişmesinin engellenmesidir.¹¹⁰

¹⁰⁶ Sönmez, Mustafa, “Dünden Bugüne Medyanın Ekonomi Politikası”, Medya ve İktidar içinde (Hazırlayanlar: Esra Arsan-Savaş Çoban), Evrensel Kültür Kitaplığı, 1. Basım, İstanbul 2014, s. 87.

¹⁰⁷ Sönmez, a.g.m., s. 87-88.

¹⁰⁸ Becker, L. and Whitney, C. 1980, “Effects of Media Dependencies”, Communication Research, 7: 95-120’den aktaran Fontaine, Sherry J., “Using the Mass Media as an Instructional Tool in a Public Affairs Course”, Journal of Public Affairs Education, Vol. 4, No 4 (October 1998), s. 287.

¹⁰⁹ Herman, Edward S.; Chomsky, Noam, “Rızanın İmalatı”, (Çev. Ender Abadoğlu), bgst yayımları, 2. Basım, İstanbul 2012, s. 15.

¹¹⁰ Herman/Chomsky, a.g.e., s. 16.

Bu kısır döngünün kırılmasında, en yeni kitle iletişim aracı olan internetin önemli bir rolü olabilir. Geleneksel kitle iletişim araçları, hem araçların sahipliği hususunda, hem de iletişimin içeriğinin belirlenmesinde merkeziyetçi bir yapıya sahiptir. İnternet söz konusu merkeziyetçi yapıyı, âdem-i merkeziyetçi bir hale dönüştürme potansiyelini taşımaktadır.¹¹¹ İnternet aracılığıyla kurulan iletişim, hem mevcut iktidara ya da sisteme karşı protestoların örgütlenmesinde, hem de ana-akım medyanın bu protestoları düşmanca bir tavırla tanıtmaya karşı gerçeklerin, olgular hakkındaki nesnel bilgilerin iletilmesinde önemli bir rol oynar. Ancak kitle iletişim aracı olarak internetin de karşı karşıya olduğu bazı problemler bulunmaktadır. İnternete erişime kamu otoriteleri tarafından getirilebilecek sınırlamalar veya teknik yetersizlikler sebebiyle erişimin mümkün olmaması, internet donanımının özelleştirilmesi, internet portalları ve sunucularının ticarileşip tekelleşmesi ve bu araçların internet dışı holdinglerle bütünleşmesi bu problemlere örnek olarak verilebilir. Teknolojinin özel sektör tarafından tekelleştirilerek denetim altına alınması ya da kamu otoritesinin sansür niteliğinde sonuçlara yol açabilecek müdahaleleri, internetin demokratik bir medya aracı olma niteliğini sınırlama tehdidini beraberinde getirmektedir.¹¹²

Siyasi tercihler başta olmak üzere, kültür, algılama, yaşam biçimleri, ekonomik tavırlar ve daha birçok konuda belirleyici olan medya, en etkili kamuoyu oluşturma aracıdır. Bu doğrultuda, devlet iktidarını elinde bulunduran egemen güçler medyayı, kendi ideolojik hegemonyasını kurmak ve sürdürmek için kullanır. Böylece medya, toplumun sürekli değişen koşullarına uygun olarak ideolojik yeniden üretimin gerçekleştirilmesini ve bu ideolojiyi toplumu oluşturan bireylere ulaştırarak onların bu düşünceleri sahiplenmesini sağlar.¹¹³

¹¹¹ Günaydın, s. 22-23.

¹¹² Herman/Chomsky, s. 20.

¹¹³ Çoban, "Hegemonya Aracı ve...", s. 131-132. Medya ile siyasi iktidarlar arasındaki ilişki, Türkiye özelinde Sözeri tarafından şöyle açıklanmaktadır: "*Cumhuriyetin kuruluş dönemlerinde, kurucu elitler arasında toplumu dönüştürme misyonu üstlenen gazeteciler, iktidarla uyumlu oldukları takdirde milletvekilliği ile ödüllendirilmiş, muhalif olanlar ise meslekten uzaklaştırılmış ya da susturulmuştur. 1980'lerden itibaren basında sahiplik yapısı değişmiş ve başka alanlarda yatırımları olan sermayedarlar bu alandaki davranış biçimlerini ve çalışma koşullarını da değiştirmişlerdir. Televizyon yayıncılığı alanında TRT tekelinin de kalkmasının ardından, yatay ve dikey birleşmelerle büyüyen az sayıdaki medya sahibi 1990'larda medyanın tüm alanlarında piyasaya hakim duruma gelmişlerdir. Koalisyon hükümetlerinin iktidarda olduğu bu dönemde*

Medyanın yukarıda da belirtildiği üzere, iktidarı elinde bulunduran egemen sınıfın ideolojisinin yeniden üretilmesinde oynadığı rol inkar edilemez. Bunun yanı sıra üretim araçları ve ilişkilerinin yeniden üretilmesinde ve tüm bu süreçlerin halka benimsetilmesinde, başka bir deyişle, halkın rızasının alınmasında da ana akım medyanın sağladığı katkı dikkate alındığında, mevcut siyasal, ekonomik ve sosyal yapıya muhalif ya da alternatif görüşlerin kendilerini ifade edebilecekleri/duyurabilecekleri mecraların yaratılması, gerçek anlamda etkin bir kitle iletişim özgürlüğünün sağlanabilmesi adına gereklidir.

medya patronları ve yöneticileri siyasi partiler ve ordu arasında denge siyaseti izlemişler, hatta hükümetlerle pazarlık edecek denli güçlenmişlerdir. Ancak son 10 yılda AK Parti'nin tek başına iktidarda olması ve askeri vesayetin gerilemesi, başka alanlardaki yatırımları sebebiyle medya sahiplerini iktidara karşı boyun eğmeye yönlendirmiştir.” Bkz. Sözeri, Ceren, “Dönüşen Medya Değişmeyen Sorunlar”, Medya ve İktidar içinde, Evrensel Kültür Kitaplığı, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 70.

IV. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğü

A- Sözleşmeyi Ortaya Çıkaran Tarihsel Süreç

İfade özgürlüğünü de kapsamına alan insan haklarının, uluslararası düzeyde korunması fikri II. Dünya Savaşı'nı izleyen dönemde ortaya çıkmıştır. II. Dünya Savaşı öncesinde, uluslararası hukuk, yalnızca devletlerin kendi aralarındaki ilişkileri düzenliyor; devlet-vatandaş arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini ise ülkelerin ulusal hukukuna bırakıyordu.¹¹⁴ II. Dünya Savaşı'nın yarattığı global tahribatın ve ulusal düzeyde faşist ya da nasyonal sosyalist politikalar neticesinde ortaya çıkan şiddet ve yıkımın yeniden yaşanmasını önlemek için, insan hak ve özgürlüklerinin ulusal olduğu kadar uluslararası düzeyde de tanınması ve korunması için çalışmalar başlatıldı.¹¹⁵

II. Dünya Savaşı sonrasında birey, uluslararası hukuk alanında da özne statüsünü kazanmıştır. Böylece insan hakları talepleri, uluslararası pozitif hukuk düzeninde de devletlere karşı ileri sürülme olanağına kavuşmuştur. Bu gelişmeler doğrultusunda ifade özgürlüğü, en temel insan haklarından biri olarak insan haklarını düzenleyen bütün uluslararası belgelerde yer almıştır. İfade özgürlüğünün düzenleniş biçimi ve bu özgürlüğe getirilen sınırlamalar belgeden belgeye farklılıklar göstermektedir.¹¹⁶

İkinci Dünya Savaşı'nın Avrupa'da yarattığı siyasal, toplumsal ve ekonomik çöküntü, yeni bir Avrupa'nın kurulması fikrinin benimsenmesine yol açmıştır. Bu doğrultuda, temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak yeni diktatörlüklerin doğmasını önleyecek, hukukun üstünlüğü ve demokrasi ilkelerine saygılı, insan haklarını güvence altına alan ortak bir sistem kurulmasına yönelik çalışmalar başlatılmıştır. Birleşmiş Milletler Örgütü de (BM) uluslararası alanda barış ve güvenliğin sağlanması adına ortak değerlere sahip bölgesel kuruluşların

¹¹⁴ Gülmez, Mesut, "Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması", TBB Yayını, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 19-20.

¹¹⁵ Gemalmaz, Mehmet Semih, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C. 1", Legal Kitabevi, 8. Baskı, İstanbul, 2012, s. 3.

¹¹⁶ Cankaya, Özden/Yamaner, Melike Batur, "Kitle İletişim Özgürlüğü", Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 9.

oluşturulması için teşvikte bulunmuştur.¹¹⁷ Avrupa Konseyi (AK), bu Avrupa hareketinin bir sonucu olarak ortaya çıktı. On batı Avrupa ülkesi¹¹⁸ 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra’da toplanarak Avrupa Konseyi Statüsü’nü imzaladılar.¹¹⁹ Konsey Statüsü 03/08/1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 12/12/1949 tarih ve 5456 numaralı Yasa ile Konsey Statüsü’ne taraf olarak Avrupa Konseyi üyesi olmuştur. AK’nin günümüzde 47 üyesi bulunmaktadır.

Avrupa Konseyi, kuruluşundan kısa bir süre sonra insan hakları alanındaki ilk sözleşmesi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni (AİHS)¹²⁰ imzaya açmıştır. Sözleşme, 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanmış ve 3 Eylül 1953’te yürürlüğe girmiştir. Günümüzde Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tamamı, AİHS’ni de onaylamış bulunmaktadır. İnsan haklarını uluslararası alana taşıyan ilk belge niteliğini taşıyan Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (EİHB), güvence altına aldığı hakların ihlal edilmesi durumunda başvurulabilecek herhangi bir denetim mekanizması öngörmüyordu. Bildirinin ilanından kısa süre sonra imzaya açılan AİHS ise, getirdiği koruma mekanizması ile EİHB’nde ilan edilen insan haklarının bir kısmını uluslararası alanda güvence altına alan en eski sözleşme olma özelliğini gösterir.¹²¹ Sözleşme ile Avrupa kıtasında, insan haklarının güvence altına alınmasında bölgesel bir koruma sistemi yaratılmıştır. Bu sistem, daha sonra insan haklarının güvence altına alınması için Amerika ve Afrika kıtalarında kurulacak olan bölgesel koruma sistemlerine de örnek oluşturacaktır.¹²²

Türkiye, Avrupa Konseyi’nin en eski üyelerinden biridir; AİHS’ni ise, ilk imzalayan devletler arasındadır. Sözleşmeyi, diğer 11 Konsey üyesi ülke ile birlikte, imzaya açıldığı 4 Kasım 1950’de imzalamıştır. 3 Eylül 1953’te yürürlüğü

¹¹⁷ Gölcüklü, Feyyaz, Gözübüyük, A. Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2011, s. 7.

¹¹⁸ Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İngiltere, Danimarka, Norveç, İrlanda, İtalya, İsveç Avrupa Konseyi Statüsünü 1949’da imzalayan on ülkedir.

¹¹⁹ Gölcüklü/Gözübüyük, a.g.e., s. 8; Özdek, Yasemin, “Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye”, Kırmızıalem Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2004, s. 1.

¹²⁰ Sözleşmenin tam adı “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”dir. Fakat çalışma kapsamında Sözleşmenin, doktrinde de yaygın olarak tercih edilen kısaltılmış adı olan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)” kullanılacaktır.

¹²¹ Özdek, a.g.e., s. 27.

¹²² Özdek, s. 27.

giren AİHS, Türkiye tarafından yürürlüğe girişinden kısa süre sonra, 1954'te onaylanmıştır.¹²³ Sözleşme, Türkiye açısından onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verildiği 18 Mayıs 1954'te yürürlüğe girmiştir.¹²⁴

B- AİHS'nin İç Hukuktaki Yeri

AİHS'nin Türkiye'nin iç hukukundaki hiyerarşik yeri, 2004 yılında Anayasanın ilgili maddesinde yapılan değişikliğe kadar tartışma konusu olmuştur. Sözleşmenin iç hukuktaki yerinin belirlenmesi, yasama ve yargı organlarının yükümlülüklerinin saptanması bakımından da büyük önem taşımaktadır. 1982 Anayasası'nda uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri hususunda 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde açık bir hüküm bulunmamaktaydı.¹²⁵ 82 Anayasasının 90. maddesi, 2004 değişikliği öncesinde uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğunu belirttikten sonra, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) başvurulamayacağını öngörmekteydi.¹²⁶

2004 Anayasa değişikliği ile sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere yasalar karşısında öncelik tanınmıştır.¹²⁷ Anayasa m. 90/5'e göre, yasalarla usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler aynı konuda çatışan düzenlemeler içerirse, çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümleri esas alınacaktır. 90. maddenin son fıkrasına eklenen "*esas alınır*" terimi ile ulusal bir kanunla, insan

¹²³ 10/03/1954 tarih ve 6366 sayılı onay kanunu, (R.G. 19/03/1954, Sa. 8662).

¹²⁴ Özdek, s. 77.

¹²⁵ İnceoğlu, Sibel, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 7.

¹²⁶ Bu durum uluslararası sözleşmeler ile yasaların Türkiye iç hukukunda hiyerarşik bakımdan aynı düzeyde mi oldukları yoksa uluslararası sözleşmelerin yasalara göre daha üstün bir hiyerarşik konuma mı sahip oldukları hususlarında doktrinde farklı görüşlerin ortaya konulmasına sebep olmuştur. Bu tartışmalar için bkz. Kaboğlu, "Özgürlükler Hukuku", s. 228-232.

¹²⁷ 07/05/2004 tarihli 5170 sayılı kanun (R.G. 12/05/2004- Sa. 25469).

haklarına koruma getiren bir uluslararası sözleşmenin çatışması durumunda, uluslararası sözleşmeye öncelik verileceği belirtilmektedir.¹²⁸

Anayasa madde 90/5'e göre, ulusal yasalarla AİHS ve ek protokolleri hükümlerinin çatışması durumunda davaya bakan mahkemenin Sözleşme ve Ek Protokollerini uygulama yükümlülüğü altında olduğu açıktır. Buna paralel olarak, yasama organının da AİHS ve eki protokollere aykırı yasa yapmama yükümlülüğü bulunmaktadır.¹²⁹

Diğer pek çok temel hak ve özgürlüğün kullanılabilmesi için eksen hak niteliğinde olan ifade özgürlüğünün ve onun bir alt görünümü olan kitle iletişim özgürlüğünün, AİHS'ndeki düzenleniş biçimi, kapsamı, sınırlanma rejimi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında nasıl yorumlandığı aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

C- İfade Özgürlüğü

1. Genel Olarak

İfade özgürlüğü, AİHS'nin 10. maddesinde güvence altına alınmaktadır.

10. maddenin ilk fıkrası ifade özgürlüğünün kapsamını düzenlerken, ikinci fıkrada

¹²⁸ Uluslararası Sözleşmelerin Türk Hukuku'ndaki yeri ve doğurdıkları etki ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarıcı, Hüseyin, "Uluslararası Hukuk", Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara 2012, s. 23-31.

¹²⁹ Inceoğlu, Sibel, "Anayasa ve İnsan Hakları...", s. 9-10; AİHS'nin iç hukuktaki yeri konusunda asıl problem yaratan husus, Sözleşme ile Anayasanın çatışması durumunda hangisinin uygulanacağı hususudur. Tanör/Yüzbaşıoğlu'na göre böyle hallerde yapılacak ilk iş, ulusalüstü/uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca Anayasayı, Sözleşmeye uygun yorumlamaktır. Ancak yine aynı yazarlara göre, usulüne göre onaylanıp kanun hükmünde sayılan uluslararası andlaşmaların iç hukuk normlarına göre ayrıcalıklı yönü, Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülememesinden ibarettir. Uluslararası andlaşmalar Anayasa üstü bir konumda görülemez. Bu doğrultuda, "...Anayasa Mahkemesi, antlaşmayı ihmal edip Anayasayı uygulamak; sorunun nihai çözümünü ve uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlamayı, ulusalüstü yargı yerlerine bırakmak durumundadırlar. Bunun kaçınılmaz sonucu da, Anayasayı, ulusalüstü yargı yerlerinin mahkum etmesinin sonuçlarına katlanmaktır. Bu katlanmayı en aza indirmenin çaresi de, öncelikle Anayasayı özellikle ulusalüstü insan hakları hukuku ile uyumlu hale getirmek; ikinci olarak, İHAS gibi insan haklarına ilişkin antlaşmaların yürürlüğe girişini Anayasa değişiklikleri ile paralel hale getirerek bunları şekil bakımından Anayasa ile eş değer konuma yükseltmek ve nihayet üçüncü olarak da, Anayasaya, bu tür antlaşmalarla Anayasanın çatışması halinde, Anayasa Mahkemesinin antlaşma hükmünü uygulayacağı açık çatışma kuralı koymaktır." Bkz. Tanör Bülent; Yüzbaşıoğlu Necmi, "1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku", Beta yay., 12. Bası, İstanbul 2012, s. 502-504.

ifade özgürlüğünün kamu makamları tarafından hangi amaçlarla ve nasıl sınırlandırılabilirliği, yani ifade özgürlüğünün sınırlama rejimi düzenlenmektedir.¹³⁰ Sözleşmenin 10. maddesi kısa bir metne¹³¹ sahip olmasına rağmen AİHM, içtihatları aracılığıyla maddenin farklı ifade biçimlerine ve araçlarına uygulanabilmesini sağlamıştır. Böylece 10. maddede koruma altına alınan ifade özgürlüğünün kapsamı, uygulamada dinamik ve sürekli gelişim gösteren bir yapıya bürünmüştür.¹³²

Kitle iletişim özgürlüğü, 10. maddede açık olarak güvence altına alınmamıştır. Fakat ifade özgürlüğünün günümüzdeki en etkin kullanım biçimi olarak adlandırılabilir kitle iletişim özgürlüğünün ve bu özgürlüğün kullanılabilmesini sağlayan kitle iletişim araçlarının, 10. madde kapsamında olduğu AİHM içtihatlarında hüküm altına alınmıştır.¹³³

İfade özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin sağlanmasındaki önemi, AİHM tarafından Handyside kararında belirtilmiştir. Mahkemenin, artık klasikleşen tanımına göre bu özgürlük: *“toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “haber” ve “düşünceler” için değil, ama ayrıca devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler*

¹³⁰ Doğru Osman; Nalbant Atilla “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar”, Legal Yay., İkinci Baskı, C. 2, İstanbul 2013, s. 181; Ulaş, Karan, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 355.

¹³¹ “Madde 10 – İfade özgürlüğü

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırlarıyla kısıtlanmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve görüşleri alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.

2. Ödev ve sorumluluk da yükleyen bu özgürlükler, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.”

¹³² Karan, a.g.e., s. 355.

¹³³ Van Dijk Pieter; Van Hoof Fried; Van Rijn Arjen; Zwaak Leo; “Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia Press, Fourth Edition, Vol. 2, Antwerpen-Oxford 2006, s. 775 ve 782.

için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”¹³⁴

İfade özgürlüğü, kişi bakımından hem gerçek hem de tüzel kişiler için söz konusudur.¹³⁵ Görevleri gereği kamu gücünü kullanan bir meslek grubuna mensup kişiler de (devlet memuru, asker, yargıç vb.) diğer bütün bireyler gibi ifade özgürlüğünden yararlanırlar. Bireylerin taşıdığı sıfatlar ve görevleri nedeniyle yüklendikleri özel yükümlülükler, sadece ifade özgürlüğünün sınırlanması rejiminde göz önüne alınmaktadır.¹³⁶

Gerçek ve tüzel kişilerin –hükümet dışı her teşekkülün- sahip olduğu ifade özgürlüğü, taraf devletlere negatif yükümlülükler yanında, hakkın Sözleşmede güvence altına alınan şekilde kullanılabilmesi için pozitif yükümlülükler de getirmektedir.¹³⁷ Devletlerin bu özgürlüğe müdahale etmeme/karışmama yükümlülüğünün yanı sıra bu özgürlüğün kullanılmasını, üçüncü kişilerden gelebilecek engellemelerden koruma biçiminde pozitif bir yükümlülüğü de bulunmaktadır.¹³⁸ Daha çok kişiler arası ilişkileri düzenlemekle ilgili olan pozitif yükümlülük 10. maddenin, dikey etkilerin yanında yatay etkilere karşı da ifade özgürlüğünü güvence altına aldığını göstermektedir. AİHM, özel kişiler arasındaki ilişkilerde de ifade özgürlüğü bakımından taraf devletlerin koruyucu önlem alma yükümlülüğü altında oldukları sonucuna varmıştır.¹³⁹ Pozitif

¹³⁴ Handyside v. UK., Başvuru No. 5493/72, 07/12/1976, para. 49.

¹³⁵ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 357.

¹³⁶ Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, a.g.e., s. 776.

¹³⁷ Özdek, s. 253. İfade özgürlüğünün uygulamada, üçüncü kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı korunması ve etkin olarak sağlanması hususlarında devletlerin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, s. 784-788; Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, s. 53-81.

¹³⁸ Doğru/Nalbant, a.g.e., s. 182.

¹³⁹ Özgür Gündem v. Turkey, Başvuru No. 23144/93, 16/03/2000, para. 42-46, Bu davada AİHM, Devletin bir gazeteye karşı yürütülen şiddet ve yıldırma kampanyasını önleme, mağdur olan gazeteyi, gazetecileri ve gazete personelinin koruma ve soruşturma tedbirleri alma yükümlülüklerinin bulunduğunu karar altına almıştır; Fuentes Bobo v. Spain, Başvuru No. 39293/98, 29/02/2000, para. 38, Bu davada, çalıştığı kurumu eleştirdiği için işten çıkarılan bir basın mensubu, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmektedir. AİHM söz konusu başvuru ile ilgili kararında, Devletin, mesleki alanda da ifade özgürlüğünü koruma pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir; Dink/Türkiye, Başvuru No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, 14/09/2010, para. 106. AİHM Dink davasında, gazeteci Hrant Dink’in ifade özgürlüğünün korunması ve etkin olarak sağlanması hususlarında Türkiye’nin üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmediğini şu şekilde ifade etmiştir: “Mahkeme, bu konuya ilişkin pozitif yükümlülükler gereğince, diğerlerinin yanında, Devletlerin, yazar ve gazeteciler için etkin

yükümlülük bağlamında taraf devletlerin, üçüncü kişilerden gelebilecek engellemeleri önlemenin yanı sıra, ifade özgürlüğünün etkin olarak kullanılabilmesi için gerekli olan idari ve yasal düzenlemeleri de gerçekleştirmeleri gerekmektedir.¹⁴⁰ Taraf devletlerin pozitif bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve böyle bir yükümlülükleri varsa bunun kapsamı, her somut olayda, olayın şartları da göz önüne alınarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

2. İfade Özgürlüğünün Unsurları

Sözleşmenin 10. maddesinin ilk fıkrasında ifade özgürlüğünün kapsamı düzenlenmektedir. İlgili düzenleme uyarınca ifade özgürlüğü kapsamında, görüş/kanaat sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğü ile bilgi ve fikirleri açıklama özgürlükleri güvence altına alınmıştır.¹⁴¹

a) Görüşe/Kanaate Sahip Olma Özgürlüğü

Görüşe/kanaate sahip olma özgürlüğü, 10. maddede güvence altına alınan öteki özgürlüklerin bir ön koşuludur ve 2. fıkrada sayılan kısıtlamalardan muaf olmak anlamında güçlü bir koruma altındadır. Görüşe sahip olma özgürlüğü, bir kimsenin herhangi bir endişeye kapılmadan, bir fikre sahip olması ve bunu ifade edebilmesidir.¹⁴² Bu özgürlük doğrultusunda birey, dini, siyasi, ekonomik herhangi bir alanda, edindiği bilgiler ışığında doğru olduğuna inandığı görüşleri tercih edebilir. Bu özgürlük aynı zamanda açıklamaya zorlanamama, sahip olduğu

bir koruma sistemi oluşturarak, ilgililerin fikir ve düşüncelerini, bunlar resmi makamlar ve kamuoyunun önemli bir kesimi tarafından savunulanların aksine olsa, hatta onlar için şartıcı veya rahatsız edici nitelikte olsa bile, korkusuzca ifade etmelerine imkan sağlayarak, söz konusu tüm kişilerin toplumsal tartışmalara katılımı için uygun bir ortam yaratmakla yükümlü olduğu kanısındadır.” Bu bağlamda Mahkemeye göre, güvenlik güçlerinin aşırı ulusalcı/milliyetçi bir grubun saldırısına karşı Hrant Dink’in yaşamını koruma görevlerini yerine getirmemelerinin yanı sıra, zorlayıcı sosyal gereksinim bulunmadan, yazar hakkında ceza mahkemelerince mahkumiyet kararı verilmesi, Türkiye’nin ifade özgürlüğünün korunması hususunda üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmediğini göstermektedir. Bkz. a.g.k., para. 137 ve 138.

¹⁴⁰ Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy, Başvuru No. 38433/09, 07/06/2012, para. 134.

¹⁴¹ Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, a.g.e., s. 778; Macovei Monica, “İfade Özgürlüğü”, İnsan Hakları El Kitabı No. 2, Avrupa Konseyi 2001, s. 11-16.

¹⁴² Doğru/Nalbant, s. 183.

görüşler sebebiyle kınanamama ve sessiz kalma güvencelerini de kapsamaktadır.¹⁴³ Böylece bireyin, kendisinde kalmasını istediği bilgi ve fikirlerle ilgili olarak dışardan gelebilecek olası zorlamalara karşı korunması amaçlanmaktadır.¹⁴⁴

b) Bilgi ve Fikirlere Ulaşma Özgürlüğü

Gerçek anlamda bir ifade özgürlüğünden söz edilebilmesi için fikir ve bilgilerin serbestçe araştırılması, öğrenilmesi ve elde edilmesi gerekmektedir. Bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğü aynı zamanda görüş/kanaat sahibi olma özgürlüğüne hammadde de sağlamaktadır.¹⁴⁵ Bireyin bilmek ve öğrenmek ihtiyacını karşılayan bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğü, ancak söz konusu bilgi ve fikirlerin özgürce iletilebildiği bir ortamda gerçekleşebilir. Bu doğrultuda kitle iletişim özgürlüğünün önemi ortaya çıkmaktadır. Kitle iletişim alanında tam manasıyla bir özgürlüğün bulunmadığı durumlarda, bilgi ve fikirlerin kişiler ve/veya gruplar arasındaki akışı da engellenir. Böyle bir durumda ifade özgürlüğü, sadece kâğıt üzerinde kalan şekli bir özgürlük olmaktan öte bir anlam ifade edemeyecektir.¹⁴⁶ AİHS’nde haber, bilgi ve fikirlere ulaşma ve bunları yayma özgürlüklerinin ulusal sınırlar söz konusu olmaksızın geçerli olacağı öngörülmektedir.¹⁴⁷ İfade ve kitle iletişim özgürlüklerinin uygulamada etkin olarak sağlanabilmesi adına söz konusu düzenleme büyük önem taşımaktadır.

Bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğü kapsamında üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise bilgi edinme hakkının, Sözleşmenin 10. maddesi

¹⁴³ Sunay, s. 58.

¹⁴⁴ Görüş/Kanaat sahibi olma özgürlüğünün 10. maddenin koruması altında olduğu ve bireyin ilgili özgürlük kapsamında, görüşleri nedeniyle kınanamama hakkının da bulunduğu AİHM tarafından kayıt altına alınmıştır. İlgili karar için bkz. Vogt v. Germany, Başvuru No. 17851/91, 26/09/1995. Bu davada, öğretmen olan bir kamu görevlisinin sahip olduğu siyasi düşünceler nedeniyle işten çıkarılması, Mahkeme tarafından ifade özgürlüğünün ihlali şeklinde değerlendirilmiştir.

¹⁴⁵ Sunay, s. 49.

¹⁴⁶ Sunay, s. 52.

¹⁴⁷ İfade özgürlüğünün ve bu kapsamda bilgi, haber ve fikirlere ulaşma ile bunları yayma özgürlüklerinin, ulusal sınırları aşan uluslararası boyutlarının bulunduğu kabul edildiği ilgili AİHM kararları için Bkz. Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, Başvuru No. 10890/84, 28/03/1990; Autronic AG v. Switzerland, Başvuru No. 12726/87, 22/05/1990.

kapsamında olup olmadığıdır. Bilgi edinme hakkının kişinin kendi hakkında devlet tarafından tutulan verilere erişim hakkı, kişinin kendisi hakkında olmayan ve devlet tarafından tutulan verilere erişim hakkı ve kişinin kendisi hakkında olmayan, devlet tarafından tutulan ancak kamu yararı bulunan konularda bilgilendirilme hakkı gibi unsurları bulunmaktadır.¹⁴⁸ AİHM, bilgi edinme hakkını 10. madde kapsamında görmeyerek söz konusu hakkı 8. madde çerçevesinde değerlendirmektedir.¹⁴⁹ Mahkemeye göre 10. maddede düzenlenen bilgiye ulaşma hakkı, “öncelikli olarak bir hükümetin bir kişinin, başka kişilerin bu kişiye vermek istediği veya isteyebileceği bilgiye erişiminin sınırlandırılmasını yasaklamaktadır” ve bu özgürlük (ifade özgürlüğü) “...devlete ordusu, istihbaratı veya polisi ile ilgili herhangi bir gizli belge veya bilgiyi açıklama biçiminde pozitif yükümlülükler getirdiği şeklinde yorumlanamaz.”¹⁵⁰ Mahkeme, bir başka kararında da 10. maddenin taraf devletlere, bireye kendisi hakkında tutulan kayıtlara ulaşma hakkının sağlanması veya kamu makamlarının bu yolla tutulan verileri bireye sunması biçiminde pozitif yükümlülükler getirmediğini hüküm altına almıştır.¹⁵¹

Fakat AİHM, son yıllarda bilgi edinme hakkının 10. madde kapsamında olup olmadığı ve söz konusu hakkın devletlere pozitif yükümlülükler getirip getirmediği hususlarıyla ilgili olarak verdiği kararlarda, daha önceki içtihatlardan farklı bir eğilim içerisine girmiştir. Mahkeme, özellikle medya organları ve sivil toplum kuruluşları söz konusu olduğunda, bilgi edinme hakkının Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün unsurlarından biri olduğunu belirtmektedir. AİHM, ilk olarak çevreci bir örgütün nükleer bir santral ile ilgili belge talebinin reddinin Sözleşmeyi ihlal etmediği yönünde hüküm kurmasına rağmen, başvuruyu 10. madde bağlamında inceleyerek bilgi edinme hakkının

¹⁴⁸ Karan, s. 357.

¹⁴⁹ Harris, David; O’Boyle, Michael; Warbrick, Colin; “Law of The European Convention on Human Rights”, Oxford University Press, Second Edition, Oxford 2009, s. 447.

¹⁵⁰ Sirbu and others v. Moldova, Başvuru No. 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01, 73973/01, 15/06/2004, para. 18.

¹⁵¹ Leander v. Sweden, Başvuru No. 9248/81, 26/03/1987, para. 74.

konu yönünden tamamen 10. maddenin kapsamı dışında kalmadığını kabul etmiştir.¹⁵²

Mahkeme, Macaristan aleyhine yapılan bir başvuruda¹⁵³ ise kişisel verilerin açıklanması ile kamunun bilgi edinme hakkı arasındaki ilişkiyi ifade özgürlüğü bağlamında ele almıştır. Söz konusu başvurunun iç hukuk boyutu şöyledir: bir milletvekili, ceza kanununda uyuşturucu kullanımı ile ilgili olarak yapılan yasa değişikliğinin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla anayasa şikâyetinde bulunur. Birkaç ay sonra uyuşturucu maddelerin zararları hakkında faaliyette bulunan bir insan hakları kuruluşu olan başvuru, Kamuyu İlgilendiren Verilerin Aleniliğinin ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanuna dayanarak, Anayasa Mahkemesine yapılan bu başvuru hakkında bilgi alma talebinde bulunur. Anayasa Mahkemesi, bu başvuruyu yapan milletvekilinin onayı alınmadan bilgi verilemeyeceğini belirterek insan hakları kuruluşunun başvurusunu reddeder. Daha sonra başvuru, bölge mahkemesine başvurarak, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili başvuru hakkında bilgi vermeye zorlanmasını talep eder. Başvurucunun bu talebi de, anayasa şikâyet dilekçesinin bazı şahsi nitelikte veriler içerdiği ve şikâyetçinin onayı olmaksızın başkalarının erişimine açılmayacağı gerekçeleriyle reddedilir.¹⁵⁴

AİHM, Macaristan aleyhine yapılan bu başvuruyu değerlendirirken ilk olarak başvuru tarafından talep edilen bilginin kamuyu ilgilendiren bir sorunla alakalı olduğunu hatırlatmıştır. Başvurucunun amacı, anayasa şikâyet dilekçesinde bulunan bilgiyi kamuoyu ile paylaşarak uyuşturucu ile ilgili suçlar mevzuatı hakkında kamusal tartışmaya katkıda bulunmaktır. Mahkemeye göre söz konusu amaç göz önüne alındığında, başvuru insan hakları kuruluşunun talebinin reddi yönündeki karar, bilgi verme hakkını açıkça zayıflatmaktadır.¹⁵⁵

¹⁵² İlgili AİHM kararı için bkz. Sdruzeni Jihoceske Matky v. Czech Republic, Başvuru No. 19103/03, 10/07/2006; AİHS kapsamında bilgi edinme hakkıyla daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Soykan, Cavidan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı", AÜHFD, C. 56, Sa. 2, Ankara 2007, s. 64-74.

¹⁵³ Tarsaag a Szabadsagjogokert v. Hungary, Başvuru No. 37374/05, 14/04/2009.

¹⁵⁴ a.g.k., para. 6-16.

¹⁵⁵ a.g.k., para. 26-28.

Mahkeme talep edilen bilginin kamu makamlarının elinde mevcut ve hazır olmasını da göz önünde bulundurmaktadır.¹⁵⁶ Bu bağlamda AİHM'ne göre, kamuoyunu ilgilendiren bilgilere erişimi engellemek veya bu amaçla engeller oluşturmak, medya ya da sivil toplum kuruluşlarını bu tür konuları takip etmekten caydırabilir. Bu durum da medya ve diğer ilgili kişi veya kurumların, toplum için çok önemli olan bekçi köpeği rollerini sürdürememelerine yol açabilir.¹⁵⁷

Söz konusu davada başvuru bir sivil toplum kuruluşu olmasına rağmen AİHM yaptığı değerlendirmede, bilgi edinmenin gazeteciliğin temel aşamalarından ve basın özgürlüğü kapsamında korunan unsurlarından biri olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁸ Bu doğrultuda Mahkeme, basının kamusal tartışma yaratma işlevinin yalnızca medya ile sınırlı olmadığını ve sivil toplum örgütlerince de bu görevin üstlenilebileceğini kabul etmiştir. Mahkemenin bu kararını, Sözleşmenin 10. maddesinin bilgi edinme hakkını da içerdiği şeklinde yorumlamak olası gözükmemektedir. Fakat AİHS'nin Mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen dinamik yapısı göz önüne alındığında, ileride 10. madde kapsamında bilgi edinme hakkının tanınması da mümkün gözükmemektedir.¹⁵⁹

c) Bilgi ve Fikirleri Açıklama Özgürlüğü

İfade özgürlüğünün bir diğer unsuru olan bilgi ve fikirlerin açıklanması özgürlüğü, bir ülkenin siyasi hayatı ve demokratik yapılanması açısından büyük önem taşımaktadır. İfade özgürlüğünün bu unsurunun engellendiği veya gereği gibi hayata geçirilemediği durumlarda, serbest seçimlerin düzenlenmesi ya da kamu otoritelerinin etkin bir biçimde denetlenebilmesi mümkün değildir.¹⁶⁰ İfade özgürlüğünün üçüncü unsurunu oluşturan bu özgürlük, kişinin edindiği bilgi ve fikirler arasından yapmış olduğu tercihleri dış dünyaya aktarabilme fırsatını da

¹⁵⁶ a.g.k., para. 36.

¹⁵⁷ a.g.k., para. 37-38.

¹⁵⁸ a.g.k., para. 27.

¹⁵⁹ Karan, s. 357-358.

¹⁶⁰ Macovei, s. 12.

sağlamaktadır.¹⁶¹ AİHS m. 10/1’de kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın haber, bilgi ve düşüncelerin açıklanabileceği/yayılabileceği öngörülmektedir. Söz konusu düzenleme, Sözleşmede açık olarak yer verilmeyen sansür yasağının, uygulamada hayata geçirilmesi ve böylece etkin bir ifade/kitle iletişim özgürlüğünün sağlanması adına büyük önem taşımaktadır. AİHM de, düşünce ve bilgilerin açıklanmasını/yayılmasını engelleyen sansür niteliğindeki müdahalelerin, Sözleşmede güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlali anlamına geleceğini belirtmektedir.¹⁶² Toparlamak gerekirse, gerçek anlamda bir ifade özgürlüğünden söz edebilmek için, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ulusal sınırlar söz konusu olmaksızın, görüşe/kanaate sahip olma özgürlüğü, bilgi (haber) ve fikirlere ulaşma özgürlüğü ile bilgi (haber) ve fikirleri açıklama/yayma özgürlüklerinin bulunması gerekmektedir.¹⁶³

3. İfade Özgürlüğünün İçerik Bakımından Kapsamı

AİHS’nin 10. maddesi, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Siyasal, sanatsal, akademik, ticari vs. her türlü ifade, 10. maddenin sağladığı koruma kapsamındadır. İfadenin içeriğine dayalı olarak değerli-değersiz, topluma faydalı-faydasız ya da ticari amaçlı-siyasi amaçlı şeklinde ifadenin niteliği hakkında herhangi bir ayırım yapılmamaktadır.¹⁶⁴ Sözleşme sadece ifadenin içeriğini değil, ifadenin iletilmesini veya yayılmasını sağlayan araçları da güvence altına almaktadır.¹⁶⁵ Bu kapsamda, ifadenin aktarıldığı vasıta ya da ifade ediliş şekli de, örneğin, sanat eserleri (tablo, heykel), filmler, röportajlar, bilgi

¹⁶¹ Sunay, s. 63.

¹⁶² Gazetelerin henüz yayınlanmamış sayılarına getirilen yayın yasağı veya dağıtımın önlenmesi tedbirlerinin, ifade/basın özgürlüğünü ihlal ettiği yönündeki AİHM kararları için bkz. Gözel and Özer v. Turkey, Başvuru No. 43453/04-31098/05, 06/07/2010; Çetin and Others v. Turkey, 40153/98-40160/98, 13/02/2003.

¹⁶³ Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancakdar, Oğuz; Önok, Rifat Murat, “İnsan Hakları El Kitabı”, Seçkin yay., 4. Baskı, Ankara 2011, s. 326.

¹⁶⁴ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 358-359; Karan, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, s. 358.

¹⁶⁵ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 444-445. Bu hususu belirten örnek AİHM kararı için bkz. De Haes and Gijssels v. Belgium, Başvuru No. 19983/92, 24/02/1997, para. 48.

broşürlerinin dağıtımı, hatta belirli bir görüşü yansıtan davranışlar (oturma eylemi, pankart taşıma gibi) 10. maddenin koruması altındadır.¹⁶⁶

İfade özgürlüğünün de, Sözleşmede güvence altına alınan diğer hak ve özgürlükler gibi bir norm alanı bulunmaktadır. Hangi tür ifadelerin ifade özgürlüğünün norm alanı dâhilinde olduğunun belirlenmesi, ifade özgürlüğünün içerik yönünden kapsamının ve sınırlarının tayin edilebilmesi bakımından önemlidir. Bir ifadenin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına karar verilebilmesi için ilk önce, söz konusu ifadenin ifade özgürlüğüne kapsamına girip girmediğinin saptanması gerekmektedir. Günümüzde faşizm, ırkçılık, ayrımcılık, savaş propagandası veya nefret içerikli ifadelerin Sözleşmenin 10. maddesinin sağladığı korumadan yararlanamayacakları kabul edilmektedir.¹⁶⁷ Bu nitelikteki ifadelerin yanı sıra, şiddete teşvik eden ifadeler söz konusu olduğunda da, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilceği AİHM içtihatlarında hüküm altına alınmıştır.¹⁶⁸

a) Siyasi İfadeler

İfade özgürlüğü bağlamında, AİHM kararlarında en fazla koruma sağlanan ifade türü siyasi ifadelerdir. Siyasi ifadeler söz konusu olduğunda ifadenin sınırlandırılmasında taraf devletlere tanınan takdir payının kapsamı oldukça daralmaktadır.¹⁶⁹ Siyasi ifadeler genel olarak kamuoyunu ilgilendiren durumlarda söz konusu olur. Bu bakımdan bir ülkenin siyasi hayatı ve demokratik yapılanması açısından çok büyük önem taşır. Mahkemeye göre hükümetler, yalnızca yasama ve yargı organları tarafından denetlenmezler; kamuoyu ve

¹⁶⁶ Durmuş/Erdem/Sancakdar/Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, s. 326.

¹⁶⁷ Karan, s. 358-359.

¹⁶⁸ Bu yöndeki bir AİHM kararı için bkz. Sürek v. Turkey (No. 1), Başvuru No. 26682/95, 08/07/1999, para. 62-63. AİHS’nde ifade özgürlüğü için öngörülen sınırlama rejimi, AİHM içtihatları da göz önüne alınarak “Sınırlama Rejimi” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹⁶⁹ Özdek, s. 243; AİHS sisteminde devletlere tanınan takdir payı/alanı kavramıyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Takahashi, Yutaka Arai, “The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR”, Intersentia Press, Antwerpen-Oxford 2002, (Bütün kitap). İfade özgürlüğü ile ilgili başvurularda AİHM’nin kriteri nasıl uyguladığı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. aynı eser, s. 101-138.

medyanın da hükümeti denetleme hakları hatta görevleri bulunmaktadır.¹⁷⁰ Söz konusu hak ya da görevin yerine getirilebilmesinin en etkin yolu gerçek anlamda bir siyasi ifade özgürlüğünün taraf devletlerce hayata geçirilmesidir. Bu bağlamda hükümetlerin, hem en ağır eleştirilere hoşgörülü yaklaşması hem de getirdikleri sınırlayıcı önlemlerin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki doğurmaması gerekmektedir.¹⁷¹

Siyasi ifadeler söz konusu olduğunda, kamu gücünü kullanan organların denetlenmesinin aynı zamanda bir yurttaşlık görevi olduğu hususu da göz önüne alınmalıdır. Medya mensupları, başta basın olmak üzere çeşitli vasıtalar aracılığıyla bu görevlerini yerine getirirken, ağır, sert ve hatta kışkırtıcı bir üslup kullanabilirler.¹⁷² Hükümetin siyasal düzendeki etkin konumu göz önüne alındığında, kendisine yönelik eleştirilere çeşitli biçimlerde cevap verebilme imkânı bulunmaktadır. Bu bağlamda hükümetlerin, ifade özgürlüğüne mümkün olan en az sınırlayıcı tedbiri uygulaması gerekmektedir.¹⁷³

İfade özgürlüğünün en önemli unsurlarından biri eleştiri özgürlüğüdür. Kamuoyunu ilgilendiren kamusal meseleler söz konusu olduğunda, özellikle basın/medya açısından eleştiri özgürlüğünün değeri ve önemi daha da artmaktadır. Bu nedenle siyasi ifadeler söz konusu olduğunda, hükümetlerin, sıradan vatandaşlara ve siyasetçilere nazaran eleştiriye daha açık olmaları gerektiği AİHM kararlarında da hüküm altına alınmıştır.¹⁷⁴ İfade özgürlüğünü kullanan kişiler bakımından da siyasetçiler ve gazetecilerin, görevleri ve konumları gereği daha geniş bir ifade özgürlüğü alanına sahip oldukları Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 455. Bu yönde bir AİHM değerlendirmesi için bkz. Şener v. Turkey, Başvuru No. 26680/95, 18/07/2000, para. 43.

¹⁷¹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 455-456.

¹⁷² Bu yöndeki bir AİHM kararı için bkz. Lopes Gomes Da Silva v. Portugal, Başvuru No. 37698/97, 28/09/2000, para. 34.

¹⁷³ Karan, s. 359.

¹⁷⁴ Castells v. Spain, Başvuru No. 11798/85, 23/04/1992, para. 46.

¹⁷⁵ Gazetecilerin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların daha sıkı biçimde denetlenmesi gerektiğini belirten AİHM kararı için bkz. Lingens v. Austria, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1986, para. 42; Siyasetçilerin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların daha sıkı biçimde denetlenmesi gerektiğini belirten AİHM kararı için bkz. Pakdemirli v. Turkey, Başvuru No. 35839/97, 22/02/2005, para. 33.

b) Sanatsal İfadeler

Sanat özgürlüğü insanlığın zenginleşmesi ve medeniyetin çeşitliliği için hayati bir öneme sahiptir.¹⁷⁶ Bu doğrultuda sanatsal ifadeler de, Sözleşmenin 10. maddesinin sağladığı korumadan faydalanırlar.¹⁷⁷ Bununla beraber AIHM kararlarında sanatsal ifadelere siyasal ifadelerle karşılaştırıldığında daha sınırlı bir koruma sağlandığı görülmektedir.¹⁷⁸ Fakat Mahkeme, sanatsal ifadenin daha sınırlı bir kesime hitap ettiği gerekçesiyle kimi kararlarında ifade özgürlüğü lehinde hüküm kurmuştur.¹⁷⁹ Özellikle sert/düşmanca ifadeler söz konusu olduğunda sanatsal ifadenin açıklandığı vasıtayı ve ifadenin kamuoyu üzerindeki etkisinin sınırlı olacağı hususunu göz önüne alan AIHM, bu gibi durumlarda sanatsal ifadelere daha geniş bir koruma alanı sağlamaktadır.¹⁸⁰

Müstehcenlik ve ahlak kavramları söz konusu olduğunda sanatsal ifade özgürlüğünü sınırlayıcı yönde tartışmalı kararlara imza atan AIHM,¹⁸¹ son yıllarda verdiği kararlarda sanatsal ifade açısından daha özgürlükçü değerlendirmelerde bulunmaktadır. Türkiye aleyhine yapılan bir başvuruda, çeviri bir roman hakkında verilen toplatma kararının ve romanın yayıncısına para cezası verilmesinin, başvurucunun (yayıncı) ifade özgürlüğünü ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Mahkeme ilgili başvuru hakkındaki kararında, *“romanın çok sayıda dile çevrilerek yine çok sayıda ülkede yayınlanmış olduğunu, romanın, yazarının vatandaşı olduğu ülkede prestijli bir koleksiyon içinde yayınlanmış olduğunu ve belirli bir dil konuşan bir halkın bu tür bir mirasın parçası olan bir çalışmaya erişimden mahrum bırakılmaması”*¹⁸² gerektiğini belirterek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini hüküm altına almıştır. Avusturya aleyhine yapılan bir başvuruda da AIHM, bir politikacıyı cinsel ilişki kurarken resmeden karikatürle ilgili olarak alınan tedbir kararını Sözleşmeye aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre söz konusu

¹⁷⁶ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 458.

¹⁷⁷ Alınak v. Turkey, Başvuru No. 40287/98, 29/03/2005, para. 42.

¹⁷⁸ Karan, s. 360.

¹⁷⁹ Karataş v. Turkey, (Grand Chamber), Başvuru No. 23168/94, 08/07/1999, para. 52.

¹⁸⁰ Özdek, s. 249. Ayrıca bkz. Alınak v. Turkey, para. 45.

¹⁸¹ Bu husus sınırlama rejimi başlığı altında incelenecektir.

¹⁸² Akdaş c. Turquie, Req. No. 41056/04, 16.02.2010, para. 28-30’dan aktaran Karan, s. 361.

olayda sanatsal bir ifade biçimi olarak hicve başvurulmuştur. Mübalağa ve gerçekliğin tahrifi unsurlarını bünyesinde bulunduran hiciv, kışkırtmayı ve tahrik etmeyi amaçlar.¹⁸³ Bu nedenle söz konusu resimle ilgili olarak alınan tedbir kararı, 10. maddede öngörülen güvence ve sınırlama rejimleri ile uyumlu değildir.

c) Akademik İfadeler

Akademik ifadeler de ifade özgürlüğü kapsamında güvence altına alınan bir diğer ifade türüdür. Mahkeme, akademik özgürlükler çerçevesinde akademisyenlerin çalıştıkları kurum, içinde buldukları sistem veya yaşadıkları ülke ile ilgili olarak görüşlerini dile getirebilmeleri ve herhangi bir sınırlama olmaksızın bilgi ve fikirleri yayma özgürlüğünü kullanabilmeleri adına ifade özgürlüğünün önemini altını çizmiştir.¹⁸⁴ Bu bağlamda özellikle mevcut, alışılmış ve çoğunluk tarafından benimsenen görüşlere karşı çıkan veya onlar aleyhinde görüşler ya da bilgiler içeren akademik çalışmalar açısından ifade özgürlüğü büyük önem kazanmaktadır.¹⁸⁵

Akademik çalışmalar kapsamında ifade özgürlüğünü ilgilendiren bir diğer husus ise kamu makamlarının elinde bulunan resmi kayıtların, akademik çalışma yapmak isteyen kişiler açısından erişilebilir olup olmadığıdır. Mahkeme bu konuyla ilgili olarak verdiği kararında, meşru tarihsel araştırmalar için resmi belgelere erişilebilmesinin ifade özgürlüğünün unsurlarından birini oluşturduğunu

¹⁸³ Vereinigung Bildener Künstler v. Austria, Başvuru No. 68354/01, 25/01/2007, para. 31.

¹⁸⁴ Karan, s. 361.

¹⁸⁵ Cox/Türkiye davasında başvuru, Türkiye’de akademisyen olarak çalıştığı dönemde öğrencilerine ve çalışma arkadaşlarına Kürt ve Ermeni meseleleri hakkında yaptığı açıklamalardan ötürü, 1986 yılında İçişleri Bakanlığı’nca sınır dışı edilmiş; ülkeye girişi de yasaklanmıştır. Başvuru, 1996 yılında Türkiye’yi ziyaret etmiş; çıkış yaparken, tekrar ülkeye girmesinin yasak olduğu pasaportuna şerh düşülmüştür. O tarihten sonra da bir daha Türkiye’ye girememiştir. Başvuru, kendisine yönelik olarak uygulanan yasağın ifade ettiği görüşler nedeniyle uygulandığını ve bu durumun ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtirken, Türk hükümeti başvuru hakkındaki bölücü faaliyetleri nedeniyle sınır dışı edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuru hakkında bölücü faaliyetlere katıldığı gerekçesiyle açılan bir dava bulunmadığını, Türk hükümetinin, başvuru hakkındaki bu gibi faaliyetler içerisinde olduğunu “ilgili ve yeterli” kanıtlarla ortaya koyamadığını belirttiikten sonra, başvurucuya yönelik uygulanan sınır dışı etme ve ülkeye tekrar girişinin yasaklanması işlemlerinin, ifade özgürlüğü üzerinde aşırı/orantısız sınırlamalara neden olduğu gerekçesiyle başvuru hakkındaki ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kararlaştırmıştır. Bkz. Cox v. Turkey, Başvuru No. 2933/03, 20/05/2010, para. 43-44.

belirtmiştir.¹⁸⁶ Mahkemenin bu yorumu doğrultusunda Sözleşmeye taraf devletlerin, akademik araştırmalar söz konusu olduğunda kural olarak ellerindeki belgeleri sunma yükümlülükleri bulunmaktadır. Akademik ifade özgürlüğünün araştırma yapma ve yapılan araştırma sonucu ulaşılan bilgilerin/görüşlerin açıklanması/yayılması özgürlüklerini kapsadığını belirten Mahkeme, söz konusu özgürlüğün sadece akademik ve bilimsel çalışmalarla sınırlı olmadığını, akademisyenlerin çalıştıkları alanlardaki güncel meseleler hakkında da görüşlerini açıklayabileceklerini ve kamu kurumlarına ya da politik sisteme karşı eleştirel, tartışmalı veya çoğunluk tarafından kabul görmeyen görüşlerin de akademik ifade özgürlüğü kapsamında olduğunun altını çizmiştir.¹⁸⁷

d) Ticari İfadeler

İfade özgürlüğü hakkı kapsamında diğer ifade türlerine göre daha az koruma sağlanan ifadeler, ticari nitelikteki ifadelerdir. Fakat bu durum, ticari nitelikteki ifadelerinin de 10. maddenin sağladığı koruma kapsamında oldukları gerçeğini değiştirmemektedir.¹⁸⁸ Sadece ekonomik amaçlarla hareket ediliyor olması ticari ifadeleri, ifade özgürlüğünün koruma alanının dışına çıkarmamaktadır.¹⁸⁹

Ticari ifadeler söz konusu olduğunda, taraf devletlerin ifadenin sınırlanması hususunda sahip oldukları takdir payı daha geniş olmaktadır.¹⁹⁰ Ancak ticari nitelikte bir ifade, kamu yararını ilgilendiren meselelerle ilgili

¹⁸⁶ Karan, s. 362. İlgili karar için bkz. Kenedi v. Hungary, Başvuru No. 31475/05, 26/05/2009.

¹⁸⁷ Mustafa Erdoğan and Others v. Turkey, Başvuru No. 39779/04, 27/05/2014, para. 40; Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye davasında, kitap haline getirilen bir akademik çalışmada, Kürt meselesi bağlamında devletin “resmi ideolojisine” yönelik eleştiriler bulunmaktadır. Başvurucular, söz konusu ifadeler nedeniyle bölücü propaganda yapmaktan yargılanmış ve hapis cezasına mahkum edilmişlerdir. AIHM, söz konusu yayının akademik bir çalışma olması ve hapis cezası yaptırımının ağırlığı unsurlarını dikkate alarak, başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey, Başvuru No. 23536/94-24408/94, 08/07/1999, para. 65-66.

¹⁸⁸ Mahkemeye göre sınırlı bir tüketici çevresini ilgilendiren ticari ifadeler de Sözleşmenin 10. maddesinin sağladığı korumadan faydalanırlar. Bkz. Mark Intern Verlag GMBH and Klaus Beermann v. Germany, Başvuru No. 10572/83, 20/11/1989, para. 26.

¹⁸⁹ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 461.

¹⁹⁰ Mark Intern Verlag v. Germany, 20/11/1989, para. 33.

olduğunda, söz konusu ifadeye sağlanan korumanın kapsamı genişlemekte ve AİHM tarafından söz konusu ifadeye getirilen sınırlama incelenirken yüksek bir denetim standardı uygulanmaktadır.¹⁹¹ Hertel/İsviçre davasında,¹⁹² başvuruçunun akademik bir sağlık dergisinde, mikrodalga fırınların kişi sağlığı üzerinde zararlı etkilerinin olabileceğini iddia eden ve bireysel araştırmaları sonucu elde ettiği sonuçları içeren bir makale yayınlamasının ardından, başvuruçunun ilgili konular hakkında beyanda bulunması veya yayın yapması ulusal mahkeme kararıyla yasaklanmıştır. Söz konusu müdahale, mikrodalga fırınları hakkında toplumda bir önyargının oluşabileceği ve bunun da haksız rekabete yol açacağı gerekçesiyle yapılmıştır. AİHM, başvuruçuya yönelik olarak uygulanan yasağın sansüre yol açabileceği, bu doğrultuda kamusal meselelerle ilgili görüşlerini açıklama hususunda orantısız bir müdahale teşkil ettiği gerekçesiyle başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁹³

4. İfade Özgürlüğünün Sağlanmasında Kullanılan Araçların Kapsamı

AİHS, ifade özgürlüğüne sadece içerik yönünden koruma sağlamaz. Sözleşme, bilgi ve düşüncelerin dile getirildiği, iletildiği veya bilgi ve düşüncelere ulaşılmasını sağlayan çeşitli araçları da güvence altına alır. Böylece ifade özgürlüğü Sözleşmede sadece içerik yönünden değil; biçim yönünden de koruma altına alınmış olmaktadır. Bu doğrultuda ifade, resim, kitap, film, broşür gibi herhangi bir araçla ya da herhangi bir biçimde dile getirilebilir.¹⁹⁴

Sözleşme kapsamında ifadenin iletme biçimlerinin ve araçlarının da güvence altına alınmış olması, kitle iletişim özgürlüğünün hayata geçirilmesi noktasında büyük önem kazanmaktadır. İfade özgürlüğünün bir alt görünümü olan, hatta günümüzdeki sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler göz önüne

¹⁹¹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 464-465.

¹⁹² Hertel v. Switzerland Başvuru No. 25181/94, 25/08/1998.

¹⁹³ a.g.k., para. 50. AİHM, ilgili kararda taraf devletlerin ticari ifadelerin sınırlanması hususunda sahip oldukları takdir payının genişliğini değerlendirirken, ticari bir ifadenin, kamusal meselelerle ilgili yönünün bulunduğu durumlarda –olayda genel sağlığı ilgilendiren bir durum söz konusu- taraf devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlamada sahip oldukları takdir payının kapsamının daraldığını belirtmiştir. bkz. a.g.k., para. 47.

¹⁹⁴ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 358.

alındığında ifade özgürlüğünün kullanılmasındaki en etkin yol olan kitle iletişiminin, özgürce ve hukuka uygun olarak sağlanabilmesi adına Sözleşmenin kitle iletişim araçlarına sağladığı güvenceler çok önemlidir. Nitekim kitle iletişim araçlarının ve bu doğrultuda kitle iletişim özgürlüğünün, 10. maddenin sağladığı koruma kapsamında olduğu AİHM kararlarında da belirtilmiştir.¹⁹⁵

a) Basın Özgürlüğü

Basın, ifade özgürlüğünün tam olarak gerçekleştirilmesinde en önemli araçlardan bir tanesini oluşturmaktadır. AİHM de, 10. maddede güvence altına alınan özgürlüklerin hayata geçirilmesi bakımından basına özel bir önem atfetmektedir. Mahkeme bu doğrultuda, basın özgürlüğünün güvence altına alınması için gerekli olan bir dizi ilke ve kuralı ortaya koyan kapsamlı bir içtihat hukuku geliştirmiştir.¹⁹⁶ Basın özgürlüğünün var olabilmesi için bu özgürlük kapsamında üç tane unsurun bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar şöyle sıralanabilir: Habere ve görüşlere ulaşma hakkı, yorum ve eleştiri hakkı, haber ve görüşleri yayınlama hakkı.¹⁹⁷

Kişilerin haber ve görüşlere serbestçe ulaşabilmesi, hem basın hem de kitle iletişim özgürlüğünün sağlanabilmesi adına bulunması gereken ilk unsurdur. Özgürlükçü demokratik sistemin sağlanabilmesi bakımından da mutlaka bulunması gereken bu unsur, vatandaşlar için haber alma hakkı, yayıncılar için de haber toplama hakkı şeklinde gerçekleşir.¹⁹⁸ Haber ve görüşlere ulaşma hakkı

¹⁹⁵ 10. maddenin metninde radyo, televizyon ve sinema işletmelerinin, taraf devletler tarafından izin rejimine bağlanabileceğini öngören ifade dışında, doğrudan kitle iletişim araçları veya kitle iletişim özgürlüğü ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat kitle iletişim araçlarının ve kitle iletişim özgürlüğünün, ifade özgürlüğüne sağlanan koruma kapsamında olduğu AİHM kararlarında açıkça ortaya konulmaktadır. Bu konudaki örnek AİHM kararları için bkz. *Lingens v. Austria*, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1986 (Basın özgürlüğü ile ilgili karar); *Groppera Radio and others v. Switzerland*, Başvuru No. 10890/84, 28/03/1990 (Televizyon yayıncılığı ile ilgili karar), *Yıldırım v. Turkey*, Başvuru No. 3110/10, 18/12/2012 (internet özgürlüğünün ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği bir karar).

¹⁹⁶ Macovei, s. 17; Doğru/Nalbant, s. 206.

¹⁹⁷ Sunay, s. 146-177.

¹⁹⁸ Doğru/Nalbant, s. 207; *Sunday Times v. United Kingdom (No. 1)*, Başvuru No. 6538/74, 26/04/1979, para. 65. Haber ve görüşlere serbestçe ulaşma hakkının basın özgürlüğü kapsamında

kapsamında basın özgürlüğünün sağlanabilmesi adına özellikle basın mensupları için önem arz eden husus, haber kaynaklarının çeşitliliği ve bu kaynaklara ulaşımın açık olmasıdır.¹⁹⁹

Basın özgürlüğü kapsamında bulunan bir diğer unsur ise haber ve düşünceleri yorumlama ve eleştirme hakkıdır. Gerçek anlamda bir ifade ve basın özgürlüğünün sağlanabilmesi adına sadece bilgiye ve düşüncelere ulaşma olanağının bulunması yeterli olmamakta, aynı zamanda söz konusu haber, bilgi ve düşünceler üzerine serbestçe fikir beyan etme olanağının da bulunması gerekmektedir.²⁰⁰ Yorum ve eleştiri, bir konuya ilişkin inançların, değer yargılarının ifade edilmesi anlamına gelmektedir. Bu husus, özellikle demokratik sürecin işleyişi için gerekli olan serbest siyasi tartışmanın yapılabilmesi ve siyasi iktidarın denetlenebilmesi adına büyük önem taşımaktadır.²⁰¹

Basın özgürlüğü bakımından varlığı zorunlu olan bir diğer unsur ise yayınlama hakkıdır. Yayınlama hakkı, elde edilen bilginin ya da haberin, yapılan yorumun veya getirilen eleştirinin herhangi bir ön kontrole tabi tutulmadan kamuoyuna iletilmesi anlamına gelmektedir. Böylece haber, bilgi ve görüşlerin serbestçe dağıtılabilmesi ve okuyucu-dinleyiciye ulaşabilmesi de sağlanmış olur.²⁰² Yukarıda belirtilen unsurlardan herhangi birinin yokluğu durumunda gerçek anlamda bir basın özgürlüğünden söz edilemez. Söz konusu unsurlar basın özgürlüğünü de kapsayan kitle iletişim özgürlüğü bakımından da hayati öneme sahiptir.

AİHM'ne göre, basının haber ve görüşleri kamuoyuna verme hakkı ile karşılıklı bir ilişki içinde olan toplumun haber ve görüşlere ulaşma hakkı, basının demokratik düzende oynadığı önemli bir rolü de gündeme getirmektedir. Söz

nasıl değerlendirildiği aşağıda aa) “basının kamusal meselelerin tartışılmasındaki önemi” ve ee) “haber kaynaklarının korunması” başlıkları altında ele alınacaktır.

¹⁹⁹ Baykan, Metin, “Avupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü”, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 38.

²⁰⁰ Baykan, a.g.e., s. 44.

²⁰¹ Sunay, s. 149. AİHM'nin basın özgürlüğünün unsurlarından olan haber ve düşünceleri yorumlama ve eleştiri hakkına yaklaşımı, aşağıda bb) eleştiri özgürlüğü ve cc) değer yargıları/olgular ayrımı başlıkları altında ele alınacaktır.

²⁰² Sunay, s. 163. Basın özgürlüğünün üçüncü unsurunu oluşturan haber ve düşünceleri yayınlama hakkı ile ilgili AİHM içtihatları, çalışma kapsamında dd) “Ön Kısıtlamaların Getirebileceği Tehlikeler” başlığı altında incelenecektir.

konusu rol, Mahkemenin de basın özgürlüğü ile ilgili pek çok kararında önemle altını çizdiği kamunun bekçi köpeği rolüdür.²⁰³ Siyasi meselelerin tartışılması ile siyasetçilerin veya hükümetin denetlenmesi hususları söz konusu olduğunda basının kamunun bekçi köpeği olma rolü daha da önemli hale gelmektedir.

Lingens/Avusturya davasında, gazeteci olan başvuru²⁰⁴ birkaç köşe yazısında, o zamanki Avusturya Federal Şansölyesini, geçmişinde Nazi faaliyetleri olan birinin yönettiği parti ile koalisyon kuracağı şeklindeki açıklamaları nedeniyle eleştirmektedir. Gazeteci olan başvuru Lingens, Şansölyenin kararını “ahlaksızca”, “yüz kızartıcı” ve “en adi türden oportünizm” şeklinde ifadeler kullanarak eleştirmiştir.²⁰⁵ Lingens bu ifadeleri nedeniyle ulusal mahkemeler tarafından para cezasına çarptırılmıştır. AİHM, önüne gelen bu başvuruyu değerlendirirken siyasi meselelerin tartışılmasında basın özgürlüğünün önemini vurgulamıştır. Mahkemeye göre: *“Basın, diğerleri yanında “başkalarının saygınlığını korumak” için konulan sınırları aşmamakla yükümlü olmakla birlikte, yine de halkı ilgilendiren diğer alanlarda olduğu gibi siyasi meseleler hakkında bilgi ve fikirleri de iletmekle yükümlüdür. Basının görevi sadece bu tür bilgi ve fikirleri iletmekle sınırlı değildir; halk da onları alma hakkına sahiptir.”*²⁰⁶

aa) Basının Kamusal Meselelerin Tartışılmasındaki Önemi

Basın özgürlüğü, kamuoyunda sadece siyasi meselelerin tartışılmasında değil, diğer kamusal meselelerin ele alınması bakımından da büyük önem taşımaktadır.²⁰⁷ Thorgeir Thorgeirson/İzlanda davasında, bir yazar olan başvuru, farklı tarihlerde günlük bir gazetede yayınlanan iki makalesinde İzlanda’da yaşandığı iddia edilen polis şiddetinden bahsetmektedir. Yazar,

²⁰³ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 465. Konuyla ilgili örnek bir AİHM kararı için bkz. Jersild v. Denmark, Başvuru No. 15890/89, 23/09/1994, para. 31.

²⁰⁴ Lingens v. Austria, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1996.

²⁰⁵ a.g.k., para. 21.

²⁰⁶ a.g.k., para. 41. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bıçak, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, LDT Yay., 1. Baskı, Ankara 2002), s. 115-135. Kararın çevirisi Osman Doğru tarafından yapılmıştır.

²⁰⁷ Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, s. 798-799; Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 457-458.

rolü olan bir kişiye karşı eleştiri yöneltildiğinde daha geniştir. Çünkü siyasal hayatta rol alan kişiler, kendilerini bilerek medyanın ve geniş kitlelerin ilgisine açık hale getirmişlerdir.²¹² Kabul edilebilir eleştirinin sınırları, hükümetler söz konusu olduğunda ise siyasetçilerden bile daha geniş bir hal almaktadır.²¹³ Bu durum Mahkeme tarafından Castells kararında şu şekilde ifade edilmiştir: *“Hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırları, kişileri ve hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniştir. Demokratik bir sistemde hükümetin eylemleri ve ihmalleri, sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basın ve kamuoyunun da yakından incelemesine tabidir.”*²¹⁴

Basın özgürlüğü, gazetecilik mesleğinin nasıl yapılması gerektiği ya da haberin nasıl sunulması gerektiği hususlarında gazetecilere belli bir özerk alan da sağlamaktadır. Ne AİHM ne de ulusal mahkemeler, gazetecilik mesleğinin nasıl yapılması veya haber verme tekniğinin nasıl olması gerektiği noktalarında gazetecilerin yerine geçerek onlar adına karar veremezler.²¹⁵ Sözleşme'nin 10. maddesi sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de korumaktadır. Gazetecilik mesleği, belirli ölçüde abartma, hatta kışkırtma unsurunu da içerir.²¹⁶

cc) Değer Yargıları/Olgular Ayrımı

Basın özgürlüğü bağlamında dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, olgular ile kanaatler arasında ayırım yapılması gerektiğidir.²¹⁷ Çünkü olguların varlığı kanıtlanabilir olmasına rağmen, kanaatlerin (değer yargılarının) varlığı

²¹² Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, s. 797; Konuyla ilgili örnek bir AİHM kararı için bkz. Tuşalp v. Turkey, Başvuru No. 32131/08 ve 41617/08, 21/02/2012, para. 45.

²¹³ Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, s. 798.

²¹⁴ Castells v. Spain, para. 46.

²¹⁵ Jersild v. Denmark, para. 31.

²¹⁶ Özellikle siyasetçilerin polemik yaratacak ya da kışkırtıcı açıklamalarına karşı, gazeteciler de aynı tonda eleştirme hakkına sahiptirler. Bu yönde örnek AİHM kararları için bkz. Oberschlick v. Austria (2), Başvuru No. 20834/92, 01/07/1997, para. 33-34; Lopes Gomes Da Silva v. Portugal, Başvuru No. 37698/97, 28/09/2000.

²¹⁷ Macovei, s. 14-16.

kanıtlanamaz.²¹⁸ Değer yargıları söz konusu olduğunda, ifade özgürlüğünü kullanan kişiden böyle bir talepte bulunmak, gerçekleştirilemeyecek bir şey istemek anlamına gelir. Böyle bir durum da, ifade özgürlüğünün asli unsurlarından olan düşünce özgürlüğünün kendisini ihlal eder.²¹⁹ Değer yargıları, bir olay ya da durum karşısında öznel bir bakış açısını veya kişisel bir değerlendirmeyi ortaya koyar. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi bunların kanıtlanması olanaksızdır. Fakat değer yargılarının tamamen olgusal bir dayanaktan yoksul olması da AİHM tarafından kabul edilmemektedir.²²⁰ Mahkemeye göre, *“bir iddianın bir değer yargısından ibaret olduğu durumda dahi, yapılan müdahalenin orantısallığı suçlanan iddia konusunda yeterli bir olgusal temel olup olmadığına bağlı olabilecektir. Zira kendisini destekleyecek hiçbir olgusal temeli olmayan bir değer yargısı dahi aşırıya kaçmış olabilir.”*²²¹

Bunun yanı sıra AİHM, olgulara ilişkin olarak da iyi niyet savunmasını kabul etmiştir. İyi niyet savunması, özellikle basın söz konusu olduğunda gerçeği kanıtlama yükümlülüğünün yerini almıştır.²²² Bu bağlamda bir gazetecinin veya yayının meşru bir amacı varsa, konu kamusal bir meseleye ilişkinse ve olayları doğrulamak için makul bir çaba gösterildiyse, mevcut olgular yanlış çıksa dahi, ifade özgürlüğünü kullanan kişi ya da kurum sorumlu tutulmayacaktır.²²³

²¹⁸ Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, s. 794; Doğru/Nalbant, s. 209. Bu husus, özellikle basın özgürlüğünün sağlanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu yöndeki AİHM kararı için bkz. Cumpăna and Mazare v. Romania, Başvuru No. 33348/96, 17/12/2004, para. 98.

²¹⁹ Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, s. 794-795.

²²⁰ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 505-506.

²²¹ Jerusalem v. Austria, Başvuru No. 26958/95, 27/02/2001, para. 43’den aktaran Macovei, s. 16.

²²² Saygılı ve Diğerleri/Türkiye davasında, başvurucuların hepsi gazetecidir. Bir savcı hakkında yaptıkları haberde, savcının kişilik haklarına saldırdıkları gerekçesiyle yüksek miktarda para cezasına çarptırılmışlardır. AİHM, başvuruculara para cezası verilmesine neden olan yazıların, genel menfaati ilgilendiren güncel konulara –Türkiye’deki kayıp vakaları- ilişkin olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, genel yararı ilgilendiren konularda sarf ettikleri sözler nedeniyle haklarında kovuşturma yapılan kişiler, iyi niyetlerini ortaya koydukları takdirde ve olaylara ilişkin iddialarının doğruluğunu ispatlamak suretiyle, sorumluluktan muaf tutulabilirler. İlgili Türk mevzuatı ispat hakkı ve kamu yararını ileri sürmeye imkan tanımadığı için, başvurucuların iddialarını ispatlaması imkansız hale gelmiştir. Söz konusu imkansızlık hali, başvurucuların ifade özgürlüğüne yönelik aşırı bir tedbir oluşturmaktadır. Bu nedenle başvurucuların ifade özgürlükleri ihlal edilmiştir. İlgili karar için bkz. Saygılı and Others v. Turkey, Başvuru No. 19353/03, 08/01/2008. (Kararın, Türkiye Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan Türkçe özet çevirisinden yararlanılmıştır).

²²³ Macovei, s. 15-16.

dd) Ön Kısıtlamaların Oluşturabileceği Tehlikeler

Sözleşmenin 10. maddesi sansürü açık olarak yasaklamamaktadır. 10. maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün kullanılmasının bazı formalitelere, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara tabi olabileceği öngörülmektedir. Fakat sansüre yol açabilecek tedbir veya sınırlamalar basın özgürlüğü için büyük tehlike oluştururlar. Bu nedenle basın özgürlüğüne bu çeşit bir müdahale söz konusu olduğunda, ilgili müdahale AİHM tarafından büyük bir titizlikle incelenmektedir.²²⁴ Gazetecilerin mesleklerini icra edememeleri ve bir kitabın yayın ve dağıtımının yasaklanması şeklindeki müdahaleler nedeniyle önüne gelen başvurularda AİHM, verdiği kararlarla basın özgürlüğünün korunması açısından önemli standartlar oluşturmuştur.

Mahkemeye Romanya aleyhine yapılan bir başvurunun²²⁵ konusu şöyledir: Başvurucular Romanya'da profesyonel gazetecilik yapan iki kişidir. Başvuruculardan birinin aynı zamanda editörü olduğu Köstence şehrinde yayın yapan yerel bir gazetede, başvurucular tarafından yayınlanan makalede, eski belediye başkan yardımcısının ve belediye adına çalışan hukuk danışmanının özel bir firma ile yaptıkları bir sözleşmede yolsuzluk yaptıkları ve firmadan rüşvet aldıkları iddiaları yayınlanmıştır. Eski belediye başkan yardımcısının ve hukuk danışmanının isimleri hem makalenin başlığında hem de içeriğinde açık bir biçimde yazılmıştır. Bunun yanı sıra makaleye eşlik eden karikatürde de söz konusu kişilerin rüşvet aldıkları iddiası hicvedilerek resmedilmektedir.²²⁶

Söz konusu makale nedeniyle gazeteciler aleyhine açılan dava neticesinde gazeteciler 7 ay hapis cezası almışlar; bunun yanı sıra tüm medeni haklarını kullanmaktan men edilmişlerdir. Gazetecilerin hapis cezalarını tamamladıktan sonra bir yıl gazetecilik yapmaları da güvenlik tedbiri olarak yasaklanmıştır.²²⁷ Başvurucuların, gazetecilikten 1 yıl boyunca men edilmeleri dışındaki cezaları Romanya Cumhurbaşkanı tarafından affedilmiştir. Bir yıl boyunca gazetecilik

²²⁴ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 465.

²²⁵ Cumpana and Mazare v. Romania, Başvuru No. 33348/96, 17.12.2004 (Büyük Daire)

²²⁶ a.g.k., para. 22.

²²⁷ a.g.k., para. 37.

yapmalarının yasaklanması tedbiri de uygulamada yerine getirilmemiştir. AIHM önüne gelen bu başvuruda, infaz edilmese dahi hapis cezasının ve gazetecilik mesleğini yapmaktan men edilmenin basın özgürlüğü üzerindeki etkilerini değerlendirmiştir. Mahkemeye göre hapis cezası niteliğindeki müdahalelerin, pratikte uygulanmasa dahi, kaçınılmaz olarak gazeteciler ve basın özgürlüğü üzerinde negatif etkisi olacaktır.²²⁸ Gazetecilik mesleğini yapmanın yasaklanması gibi sansüre yol açabilecek sınırlamalar ise, çok dikkatli bir incelemeye tabi tutulmalıdır; bu tür sınırlamalar ancak çok istisnai koşullarda haklı görülebilir.²²⁹ Mahkeme tüm bu unsurları göz önüne alarak, başvuruçuların ifade özgürlüklerine yapılan müdahalelerin orantısız olduğuna ve bu nedenle başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Basın özgürlüğü çerçevesinde yayın henüz gerçekleşmeden getirilen sınırlamalar da Mahkeme tarafından incelenmiştir. Fransa aleyhine yapılan bir başvuruda,²³⁰ başvuruçuların dernek Bask meselesini ele alan “*Euskadi savaşa*” adlı bir kitap²³¹ yayınlamıştır. Kitap, Bask meselesini tarihi, kültürel ve sosyo-politik açılarından ele alan, konu hakkında uzman çeşitli akademisyenlerin kolektif bir çalışmasının ürünüdür. 1987 yılının ikinci çeyreğinde yayınlanan kitabın dağıtımı, aralarında Fransa ve İspanya’nın da bulunduğu çok sayıda ülkeye gerçekleştirilmiştir. 29 Nisan 1988 tarihinde Fransa İçişleri Bakanlığı, kitabın içeriğinin ayrılıkçılığı teşvik ettiğini ve şiddete başvurmayı akladığını, kitabın yayınlanmasının bu nedenle kamu düzeni için bir tehdit oluşturduğu gerekçesiyle kitabın Fransa’da dağıtımını ve satışını yasaklamıştır.²³² Kitap, Fransa İçişleri Bakanlığı’nın kararı ve ulusal mahkemelerin ilgili kararı hukuka uygun bulmaları sebebiyle dokuz yıldan fazla bir süre Fransa’da dağıtılamamış ve satılamamıştır.²³³ AIHM bu davada, Sözleşmenin 10. maddesinin ön sınırlamaları yasaklamadığını belirttikten sonra, özellikle basın söz konusu olduğunda bu

²²⁸ a.g.k., para. 116.

²²⁹ a.g.k.; para. 118.

²³⁰ Association Ekin v. France, Başvuru 39288/98, 17/07/2001

²³¹ Euskadi Baskça Bask ülkesi anlamına gelmektedir. Kitap Baskça, Fransızca, İspanyolca ve İngilizce olmak üzere 4 farklı dilde yayınlanmıştır.

²³² a.g.k., para. 13.

²³³ Fransa Anayasa Mahkemesi 9 Temmuz 1997 tarihli kararıyla ilgili ilk derece mahkemesinin – idare mahkemesi- ve Fransa İçişleri Bakanlığının kararlarını bozmuştur. a.g.k., para. 19.

nitelikteki sınırlamaların dikkatlice incelenmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkeme bu bağlamda haberin çok hızla/çabuk eskiyen bir ürün/mal olduğunu, yayınlanmasının ertelenmesinin -çok kısa bir süre için olsa dahi- haberin tüm değerini ortadan kaldırdığını belirtmiştir.²³⁴ Bu tehlike mahkemeye göre, gündemde yer tutan meseleler hakkındaki süreli olmayan yayınlar için de geçerlidir. AİHM bu nitelikteki sınırlamaların, hem yasaklamaların sınırlarını belirlemek bakımından çok sıkı bir yasal çerçeve tarafından düzenlenmelerinin, hem de kötüye kullanılma ihtimaline karşı etkili bir yargı denetimine tabi olmalarının gerekliliğini ortaya koymuştur.²³⁵

Mahkemenin yukarıda incelenen iki kararında da ortaya konulduğu üzere, sansür niteliği taşıyan ön kısıtlamalar, AİHM tarafından oldukça sıkı bir biçimde denetlenmektedir. AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi sansürü açık olarak yasaklamamasına karşın, Mahkeme geliştirdiği içtihat hukukunda haberin çabuk eskiyen bir ürün olduğunu belirterek, basın özgürlüğü çerçevesinde haberin, bilginin ya da görüşlerin yayınlanmasının önceden yasaklanmasının veya gazetecinin mesleğini yapmaktan men edilmesinin ancak çok istisnai şartlarda AİHS'ne uygun olabileceğini karar altına almıştır.²³⁶

ee) Haber Kaynaklarının Korunması

Basın özgürlüğü çerçevesinde Mahkeme tarafından ortaya konulan bir diğer önemli ilke, gazetecilerin haber kaynaklarının korunması hakkındadır. AİHM'ne göre haber kaynağını açıklamayan bir gazetecinin cezalandırılması, söz konusu gazetecinin ifade özgürlüğünü ihlal eder.²³⁷ Birleşik Krallık aleyhine

²³⁴ a.g.k., para. 56.

²³⁵ a.g.k., para. 58.

²³⁶ Gazetelerin henüz yayınlanmayan sayıları hakkında getirilen “yayın yasağı” sınırlaması da, AİHM tarafından, basının “kamunun bekçi köpeği” rolünü yerine getirmesini engelleyici nitelikte bir sınırlama olarak değerlendirilmektedir. Mahkeme, bu nitelikteki sınırlamaların da ifade/basın özgürlüğünü ihlal ettiği görüşündedir. Bkz. *Ürper and Others v. Turkey*, Başvuru No. 14526/07-14747/07-15022/07-15737/07, 36137/07-47245/07-50371/07-50372/07-54637/07, 20/10/2009, para. 44-45.

²³⁷ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 466; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, s. 366.

AİHM'ne başvuran²³⁸ gazeteci Bay Goodwin, kendisini arayan kişinin verdiği bilgilere dayanarak, bir şirketin mali sorunlarına ilişkin bir yazı hazırlamıştır. Daha sonra başvuru, ilgili şirketi arayarak söz konusu iddia hakkında görüş bildirmelerini talep etmiştir. İlgili şirket bunun üzerine, ulusal mahkemeye başvurarak yazının yayınlanmaması için tedbir talebinde bulunmuş; şirketin bu talebi ulusal mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ulusal mahkeme daha sonra yine şirketin başvurusu üzerine, Bay Goodwin'den haber kaynağını açıklamasını talep etmiştir. Mahkemenin bu talebini yerine getirmeyen Bay Goodwin para cezasına çarptırılmıştır.²³⁹

AİHM Bay Goodwin'in başvurusu hakkında yaptığı değerlendirmede, gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının, basın özgürlüğünün temel koşullarından biri olduğunu belirttikten sonra, haber kaynaklarının korunmaması halinde basının kamunun bekçi köpeği rolünü gereği gibi yerine getiremeyeceğini, bu durumun da basının kamuoyuna doğru ve güvenilir bilgi sunma imkânını olumsuz etkileyeceğini hüküm altına almıştır. Gazetecilerin haber kaynakları böyle bir korumadan yoksun olduklarında, bu durum onları kamuoyunu ilgilendiren konularda basını bilgilendirmeye yardımcı olmaktan caydırabilir.²⁴⁰ Bu bakımdan söz konusu hakka getirilen sınırlamalar çok istisnai şartlarda kabul edilebilir. Mahkemeye göre demokratik bir toplumda basının oynadığı rol göz önüne alındığında, gazetecilerin haber kaynaklarının açıklanmasını talep eden bir müdahale, daha üstün bir yarar veya gereklilik haklı kılmadıkça, Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında uygun bir müdahale olarak kabul edilmeyecektir.²⁴¹

AİHM, daha yeni tarihli bir kararında²⁴² gazetecilerin haber kaynaklarının korunması açısından, taraf devletlerin usul yönünden de bir takım güvenceler getirme yükümlülüğü altında olduklarını belirtmiştir. Mahkeme tarafından “bütün resmin mahkemenin önünde olması” şeklinde tanımlanan usul güvencesi şöyle açıklanmıştır: Haber kaynaklarının korunması hususunun denetimi, yürütmeden

²³⁸ Goodwin v. UK, Başvuru No. 17488/90, 27/03/1996

²³⁹ a.g.k., para. 19.

²⁴⁰ a.g.k., para. 39.

²⁴¹ a.g.k., para. 39.

²⁴² Sanoma Uitgevers B.V. v. Netherlands, Başvuru No. 38224/03, 14/09/2010

ve olayın ya da davanın taraflarından ayrı, bağımsız bir organ tarafından yapılmalıdır. Böylece bu organ haber kaynağı ile ilgili materyal teslim edilmeden önce, haber kaynaklarının korunması ilkesine nazaran daha ağır basan başka bir kamu menfaatinin bulunup bulunmadığını karara bağlayabilir; eğer böyle bir menfaat yoksa haber kaynağının kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgiye gereksiz yere erişilebilmesi bu denetim yoluyla engellenebilir.²⁴³ Yine Mahkemeye göre, haber kaynaklarının kimliğinin ortaya çıkmasından sonra veya haber kaynağıyla ilgili materyalin teslim edilmesinden sonra yapılacak bir denetim, haber kaynaklarının korunması hakkının özünün zedelenmesinin önüne geçemez.²⁴⁴ Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ilkesi doğrultusunda, basın kuruluşlarının bürolarında arama yapılmamış olması söz konusu ilkenin ihlal edilmediği anlamına gelmemektedir. Basın kuruluşlarının bürolarının, yukarıda belirtilen güvenceler sağlanmadan aranma riski ya da tehdidi altında olması, basın özgürlüğüne bir müdahale oluşturur.²⁴⁵

ff) Cevap ve Düzeltme Hakkı

AİHS'nin 10. maddesi doğrudan bir cevap ve düzeltme hakkına yer vermemektedir. Basın özgürlüğü çerçevesinde örtük olarak böyle bir hakkın bulunup bulunmadığı, özel kişiler arasında kullanılan ifadeler ve taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir. Öğretide, 10. maddenin ikinci fıkrasında yer verilen sınırlama nedenlerinden “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” meşru amacına dayanılarak kişilere cevap ve düzeltme hakkı tanınmasının, ifade özgürlüğüne aykırı düşmeyeceği kabul edilmektedir.²⁴⁶ Cevap ve düzeltme hakkının, ifade özgürlüğünün önemli bir unsuru olduğunu düşünen AİHM, bu hakkın sadece gerçeğe aykırı olduğu ileri sürülen bilgiler söz konusu olduğunda gerekli olmadığını, aynı zamanda siyasi meseleler ve kamu yararını ilgilendiren olaylarda çoğulculuğun sağlanabilmesi

²⁴³ a.g.k., para. 90.

²⁴⁴ a.g.k., para. 91.

²⁴⁵ a.g.k., para. 71.

²⁴⁶ Karan, s. 358.

için de gerekli olduğunu belirtmektedir.²⁴⁷ Cevap ve düzeltme hakkı, ifade ve basın özgürlüğünün sınırlanması rejimi kapsamında uygulanabilir. Fakat söz konusu hak uygulanırken hedeflenen amaç, medya organlarının neyi yayınlayıp yayınlamayacağına karar vermek ya da her durumda ilgili hakkın kullanılmasını sağlamak değildir. Cevap ve düzeltme hakkı hakaret vb. durumlar söz konusu olduğunda kullanılabilir; bu gibi durumlarda taraf devletlerin de bu hakkın kullanılmasını sağlama pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.²⁴⁸

b) Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğü

Görsel-işitsel iletişim özgürlüğü alanında da, yukarıda basın özgürlüğü çerçevesinde belirtilen güvence ve ilkeler geçerlidir.²⁴⁹ Görsel-işitsel iletişimin sağlanmasında kullanılan kitle iletişim araçları da -radyo, televizyon ve internet- AİHS'nin ifade ve basın özgürlüğüne sağladığı korumalardan yararlanacaklardır. Aşağıda ilk olarak Sözleşmenin radyo-televizyon alanında getirdiği güvenceler, Mahkeme içtihatlarıyla beraber ele alınacaktır; daha sonra ise, Mahkemenin son yıllarda geliştirdiği içtihat hukuku doğrultusunda ifade özgürlüğü kapsamında gördüğü internet alanı ile ilgili kararları incelenecektir.

²⁴⁷ Cevap ve düzeltme hakkının ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığının değerlendirildiği bir AİHM kararına örnek olarak *Melnycuk v. Ukraine* (Kabul edilebilirlik), Başvuru No. 28743/03, 05/07/2005 verilebilir. Söz konusu davada başvurucu bir yazardır. Yerel bir gazetede, yazdığı kitap hakkında bir değerlendirme yazısı yayınlanmıştır. İlgili yazıda, başvurucunun yazdığı kitap edebi açıdan kötü ve yetersiz bulunmuştur. Bunun üzerine başvurucu, yerel gazeteye değerlendirme yazısını yazan kişi hakkında kaleme aldığı bir yazı göndermiştir. Gazete bu yazıyı hakaret içeren ifadeler bulunduğu gerekçesiyle yayınlamamıştır. AİHM, cevap ve düzeltme hakkının, ifade özgürlüğünün önemli unsurlarından birini oluşturduğunu ve 10. madde kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Mevcut davada başvurucunun cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilmesi için, taraf devletin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerin söz konusu olduğunu ifade eden AİHM, yerel gazete tarafından başvurucunun yazısının yayınlanmasının reddedilmesi ve sonrasındaki süreçte, taraf devlet tarafından keyfi bir uygulamaya gidilmediğinin altını çizerek, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. a.g.k., para. 2.

²⁴⁸ Karan, s. 358.

²⁴⁹ Doğru/Nalbant, s. 213.

aa) Radyo-Televizyon

Radyo-televizyon özgürlüğü kapsamında ilk olarak ele alınması gereken konu, Sözleşmenin 10. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesinde yer alan düzenlemedir. İlgili düzenlemeye göre 10. madde “*devletlerin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.*” Taraf devletlere tanınan bu “*izin hakkının*” kapsamının belirlenmesi, radyo-televizyon alanında kitle iletişim özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesini de sağlayacaktır.

AIHM’ne göre taraf devletlerin radyo ve televizyon işletmeciliğine uygulayabilecekleri izin rejiminin kapsamı dardır.²⁵⁰ İfade özgürlüğünün unsurlarından birini bilgiye ulaşma özgürlüğü oluşturmaktadır. Bilgiye ulaşma özgürlüğü toplumun siyasi, sosyal ve kamu yararını ilgilendiren meseleler hakkında fikir sahibi olabilmesi adına hayati bir öneme sahiptir. Radyo-televizyon alanı, hem bilgiye ulaşma özgürlüğünün, hem de bu özgürlükle bir bütünlük oluşturan bilgi verme-yayma özgürlüğünün etkin şekilde gerçekleştirilmesine aracılık eder. AIHS’nin hazırlık çalışmaları sırasında, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddede izin rejimi ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmesinin nedeni, o tarihlerde mevcut olan teknik yetersizlikler, dalga boylarının sınırlı olması vb. sebeplerdir.²⁵¹ Fakat günümüzdeki teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında, söz konusu sınırlamaların artık mevcut olmadığı ortadadır. Bu nedenle sadece AIHS m. 10/1 cümle 3’e dayanarak taraf devletlerin, radyo-televizyon yayıncılığı alanında bir izin veya ruhsat rejimi kurabilmeleri mümkün değildir.²⁵²

Elbette bu durum, görsel-işitsel alanın kamu makamlarının denetiminin tamamen dışında kaldığını göstermez. Taraf devletlerin radyo-televizyon yayıncılığıyla ilgili olarak düzenleme ve yaptıkları düzenlemelere göre denetim

²⁵⁰ Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, Başvuru No. 10890/84, 28/03/1990, para. 61; Sözleşmenin 10. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesi, ilk başta Mahkeme tarafından sınırlandırıcı bir yaklaşımla yorumlanmıştır. Daha sonra ilgili cümlede düzenlenen izin rejiminin, Mahkeme tarafından dar yorumlanması ile söz konusu düzenleme hakkındaki içtihat daha özgürlükçü bir yapıya kavuşmuştur. Bkz. Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 468.

²⁵¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, s. 373.

²⁵² Doğru/Nalbant, s. 213-214.

yapma hakları bulunmaktadır. Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasının üçüncü cümlesinin, taraf devletlere tanıdığı düzenleme ve denetleme hakkının amacı ve uygulamadaki kapsamı, 10. maddenin tümü dikkate alınarak belirlenmelidir. İlgili hüküm, taraf devletleri ikinci fıkra koşullarından muaf tutmuş değildir. Taraf devletlerce, radyo ve televizyon yayıncılığına ikinci fıkroda öngörülen meşru amaçlardan başka amaçlarla getirilecek sınırlamaların Sözleşmeye uygunluğu, AİHM tarafından yine ikinci fıkradaki yasayla öngörülme ve demokratik toplumda gerekli olma ölçütleri ışığında yapılacaktır.²⁵³

Mahkeme, Sözleşme m. 10/1'in son cümlesinde düzenlenen izin rejimini dar yorumlarken, görsel-işitsel medya alanında çoğulculuğun önemini de altını çizmiştir. Çoğulculuğun demokrasinin olmazsa olmaz koşullarından biri olduğuna işaret eden AİHM, demokrasinin temelinde, demokrasinin kendisine zarar verilmeden, farklı siyasal projelerin ve devletin mevcut işleyişinin tartışılabilmesi ilkesinin bulunduğunu belirtmiştir.²⁵⁴ Demokrasiyi besleyen en önemli özgürlük olan ifade özgürlüğünün, görsel-işitsel alanda da sağlanabilmesi için bu alana, farklı görüşlerin temsilini yansıtan programların yayınlanabilmesi bağlamında etkili bir giriş imkânı tanınmalıdır.²⁵⁵ Basın ve diğer medya araçları kamuoyuna, kendisini yönetenleri tanımak, yönetim şeklini ve siyasetçilerin görüşlerini değerlendirmek adına önemli fırsatlar sunmaktadır. Radyo ve televizyon gibi görsel-işitsel medya araçlarının bu bağlamda etkin bir rol oynadıkları tartışmasızdır. Hatta söz konusu kitle iletişim araçları bir görüş veya bilgiyi ses ve görüntü aracılığıyla aktarma imkânına sahip oldukları için, bu medya organlarının etkisi yazılı basına göre çok daha büyük, hızlı ve güçlüdür.²⁵⁶ Radyo ve televizyonun, izleyici ya da dinleyicinin aile ortamına kadar girdiğinin, bilgi ve fikirlerin alınmasında temel kaynak vazifesi gördüğünün altını çizen AİHM, bu durumun radyo-televizyonun etkisini ve gücünü arttırdığını belirtmiştir.²⁵⁷

²⁵³ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 362; Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, s. 808. Bu yöndeki bir AİHM kararı için bkz. Informationsverein Lentia and Others v. Austria, Başvuru No. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90, 24/11/1993, para. 29.

²⁵⁴ Doğru/Nalbant, s. 213.

²⁵⁵ Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy, Başvuru No. 38433/09, 12/06/2012, para. 130.

²⁵⁶ Doğru/Nalbant, s. 213.

²⁵⁷ Murphy v. Ireland, Başvuru No. 44179/98, 10/07/2003, para. 74.

Radyo-televizyon alanında çoğulculuğun sağlanabilmesi adına taraf devletlere bazı pozitif yükümlülükler düşmektedir. Görsel-işitsel iletişim alanında iki çeşit tekelleşme tehlikesi söz konusu olabilmektedir. Toplumun ekonomik veya siyasal açıdan etkin bir kesimi ya da grubu, görsel-işitsel iletişim araçlarının çoğunluğunun mülkiyetini elinde toplayarak medya alanında etkin bir konuma ulaşabilir; bu sayede yapılan yayınlar ve yayını yapan kişiler üzerinde, editoryal özgürlüğü kısıtlayıcı baskı uygulayabilirler.²⁵⁸ Radyo-televizyon yayıncılığı üzerinde bir diğer tehlike devlet tekeli söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. AİHM, mutlak gerekli olduğu kanıtlanmış durumlar dışında, devlet tekelinin ifade özgürlüğü ile bağdaşmayacağını hüküm altına almıştır.²⁵⁹ Son yıllarda radyo ve televizyon yayıncılığı alanında yaşanan teknik gelişmeler göz önüne alındığında, özellikle sınırlı frekans veya kanal sayısı sebebiyle günümüzde böyle bir gerekliliğin bulunduğu kanıtlanması mümkün değildir.²⁶⁰

Görsel-işitsel medya alanında gerek devlet tekelinin gerekse de çeşitli sermaye gruplarının tekelinin bulunması, kamusal meselelerin objektif olarak tartışılmasını engelleyebilir. Bu durum kamu menfaatine ilişkin bilgi ya da görüşlerin, görsel-işitsel iletişim araçları tarafından iletilmemesine yol açar. İfade özgürlüğünü ihlal eden bu tip durumların önüne geçmek için AİHS'ne taraf devletler, görsel-işitsel medya alanında etkili bir çoğulculuğu sağlayacak yasal ve idari düzenlemeleri hayata geçirme yükümlülüğü altındadırlar.²⁶¹ Mahkeme bu

²⁵⁸ AİHM bu hususa Vgt Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland, Başvuru No. 24699/94, 28/09/2001, davasında dikkat çekmiştir. Söz konusu davada başvuru dernek, hayvanlar üzerinde yapılan deneyler ile hayvanların kullanıldığı endüstrilerdeki sorunlara dikkat çeken ve hayvanların korunması mesajı veren 55 saniye uzunluğunda bir reklam filmi çekmiştir. Söz konusu reklam filmi, radyo ve televizyonda reklamların yayınlanıp yayınlanmayacağına karar verme konusunda yetkili olan kurum tarafından verilen kararla “politik nitelikte” olduğu gerekçesiyle yayınlanmamıştır. Başvuru derneğin, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile yaptığı başvuruyu inceleyen AİHM, finansal yönden güçlü olan grupların, özellikle ticari reklam alanında kendilerine avantajlar sağlayarak radyo ve televizyon istasyonları/yayımları üzerinde baskı kurabileceklerine ve sonuç olarak radyo ve televizyonların yayın –başta ticari reklam olmak üzere- özgürlüklerine sınırlama getirebileceklerine dikkat çekmiştir. Mahkeme bu gibi durumların, ifade özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin sağlanmasında sahip olduğu rolü/önemi azaltacağına işaret etmiştir. a.g.k., para. 73.

²⁵⁹ Informationsverein Lentia and Others v. Austria, para. 39.

²⁶⁰ Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancakdar, Oğuz; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu”, Seçkin yay., 2. Baskı, Ankara 2004, s. 440.

²⁶¹ Doğru/Nalbant, s. 213.

hususla Centro Europa 7 S.r.l ve Di Stefano/İtalya davasında değinmiştir.²⁶² Söz konusu davada başvurucular bir televizyon şirketi ile onun kanuni temsilcisidir. Başvurucu şirket, ulusal çapta karasal yayın yapabilmek için gerekli ruhsatı 28 Temmuz 1999 tarihinde almıştır. Fakat yetkili kamu kurumları tarafından televizyon yayınına başlanabilmesi için yapılması gereken frekans tahsisi 30 Haziran 2009 tarihine kadar yapılmadığından, başvurucu şirket yayın yapamamıştır.²⁶³ AİHM, radyo-televizyon gibi son derece hassas bir sektörde, taraf devletlerin karışmama negatif yükümlülüğünün yanı sıra, etkin bir çoğulculuğun sağlanmasına adına gerekli yasal ve idari düzenlemeleri yapma pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu altını çizmiştir.²⁶⁴ Söz konusu davada, radyo-televizyon alanındaki yasal düzenlemenin öngörülebilir olma ölçütünü karşılamadığını belirten Mahkeme, taraf devletin üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmediğini belirterek başvurucu şirketin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁶⁵

AK Bakanlar Komitesi de medya organlarında ve yayınlarının içeriğinde çoğulculuğun sağlanması hususunda verdiği bir tavsiye kararında, medya alanında şeffaflığın, yapısal çoğulculuğun ve kültürel farklılıkların sağlanması adına taraf devletlerin üzerlerine düşen pozitif yükümlülüklerle dikkat çekmiştir.²⁶⁶

bb) İnternet

Basın, radyo ve televizyona göre internet, daha yeni bir kitle iletişim aracıdır. Bu duruma paralel olarak AİHM'nin internet alanında verdiği karar sayısı da daha azdır. Mahkeme az sayıdaki bu kararlarında, Sözleşmenin 10.

²⁶² Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy (Büyük Daire), Başvuru No. 38433/09, 07/06/2012.

²⁶³ a.g.k., para. 137.

²⁶⁴ a.g.k., para. 134.

²⁶⁵ a.g.k., para. 156.

²⁶⁶ Recommendation CM/Rec(2007)2. İlgili tavsiye kararına şu linkten ulaşılabilir: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1089699>

maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında geçerli olan tüm ilkelerin, internet alanında da geçerli olduğunu belirtmiştir.²⁶⁷

Mahkeme, Birleşik Krallık aleyhine yapılan bir başvuru hakkındaki kararında,²⁶⁸ bir kitle iletişim aracı olan internetin de, Sözleşmenin 10. maddesinin sağladığı korumadan faydalanacağını belirtmiştir. AİHM'ne göre erişilebilir olmalarının yanı sıra, bilgi saklama ve yayma kapasiteleri dolayısıyla internet siteleri, ifade özgürlüğünün unsurlarından ikisini oluşturan bilgiyi yayma ve bilgiye ulaşma özgürlüklerinin kullanılmasını sağlamaktadırlar. İnternet alanında arşivlerin oluşturulması bu bağlamda ifade özgürlüğünün kapsamına girmektedir; ilgili husus 10. madde çerçevesinde değerlendirilmelidir.²⁶⁹

İnternet alanında Mahkemenin şimdiye kadar verdiği en önemli karar, Türkiye'ye karşı yapılan bir başvuru²⁷⁰ hakkında verilmiştir. Davanın konusunu, başvurucaunun akademik çalışmalarını ve çeşitli konulardaki yorumlarını yayınladığı kişisel internet sitesi de dahil olmak üzere, çok sayıda internet sitesine yer sağlayıcı hizmeti veren Google Sites'a erişimin, TİB işlemiyle engellenmesi oluşturmaktadır.²⁷¹ Böylece başvurucaunun, kendi internet sitesine erişimi de imkansız hale gelmiştir. Başvuruca Ahmet Yıldırım, Nisan 2012 tarihinde AİHM'ne yaptığı bildirimde, ihtilaf konusu sitenin sahibi aleyhine yürütülen ceza soruşturmasının –bildiği kadarıyla- yurt dışında ikamet eden şüphelinin adres ve kimliğinin tespit edilememesi nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanmasına rağmen, halen kişisel internet sitesine erişemediğini bildirmiştir.

²⁶⁷ Doğru/Nalbant, s. 216.

²⁶⁸ Times Newspaper LTD v. United Kingdom (No. 1 and 2), Başvuru No. 3002/03 ve 23676/03, 10/03/2009.

²⁶⁹ a.g.k., para. 27.

²⁷⁰ Yıldırım v. Turkey, Başvuru No. 3111/10, 18/12/2012.

²⁷¹ TİB söz konusu işlemi, Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret içerikli ifadelerin yer aldığı iddiasıyla, başvurucaunun kişisel internet sitesi ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan başka bir internet sitesi hakkında yürütülen ceza soruşturması kapsamında, ilk derece mahkemesinin verdiği erişimin engellenmesi kararı çerçevesinde uygulamaktadır. TİB, hakkında ceza soruşturması yürütülen internet sitesine erişimin tamamen engellenmesinin tek yolunun, söz konusu site dışında çok sayıda internet sitesine de yer sağlayıcı olarak hizmet veren Google Sites'a erişimin engellenmesi olduğunu belirtmiş; TİB'in bu talebini uygun gören ilk derece mahkemesi de bu yönde bir tedbir kararı vermiştir. Yıldırım/Türkiye davasının iç hukuk boyutu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. a.g.k., para. 6-14. Kararın Türkçe çevirisine, AİHM'nin karar arama motoru olan HUDOC'tan ulaşılabilir.

AİHM, ilgili başvuru hakkında yaptığı incelemede, ön sınırlama getiren erişimin engellenmesi kararı hakkında şu değerlendirmede bulunmuştur: *“Böyle sınırlamalar, AİHM tarafından en titiz şekilde inceleme yapılmasını gerektirecek nitelikte büyük tehlikeler oluşturmaktadır. Özellikle basın söz konusu olduğunda, durum şöyle gelişecektir: Bilgi geçici olup, kısa bir süre için bile olsa yayınlanmasının gecikmesi, bilginin değerinin ve yararının azalmasına sebep olabilmektedir. Aynı zamanda, gündeme ilişkin süreli yayınlardan başka diğer yayınlar için de bu durum söz konusu olabilmektedir.”*²⁷² İnternetin, kişilerin ifade ve bilgiye ulaşma özgürlüklerini kullanmada, siyasal ve kamusal meselelere ilişkin tartışmalara katılmasına olanak sağlayan bir araç olduğunun altını çizen AİHM, ihtilaf konusu engellemenin, internet özgürlüğü üzerinde sınırlandırıcı bir etkisinin olacağını belirtmiştir.²⁷³

Mahkeme, söz konusu tedbir kararının keyfi sonuçlar doğurduğu bu bağlamda, sadece ihtilaf konusu siteye değil pek çok siteye erişimi engellendiği, internet sitelerine ilişkin erişim engelleme kararlarının hukuki bakımdan denetlenebilmesi adına yeterli düzeyde koruyucu önlemlerin mevcut olmadığı hususlarını göz önüne alarak, ilgili tedbir kararının başvuruçunun ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini kararlaştırmıştır.²⁷⁴ İnternetin, ifade/kitle iletişim özgürlüğünün sağlanması bakımından taşıdığı önem ve bu alana yönelik düzenlemelerin keyfi uygulamaların önüne geçecek yasal güvencelere sahip olması gerektiği, Mahkeme tarafından belirtilmiştir. İnternet sitelerine getirilecek sınırlamaların, içeriğe özgü olması gerektiği hususu BM İnsan Hakları Komitesi'nin ifade özgürlüğü ile ilgili genel yorumunda da belirtilmiştir. İlgili yoruma göre, belirli sitelerin ve sistemlerin işleyişine getirilecek genel yasaklar ifade özgürlüğü ile bağdaşmaz.²⁷⁵

²⁷² a.g.k., para. 47.

²⁷³ a.g.k., para. 54.

²⁷⁴ a.g.k., para. 68. AİHM'nin söz konusu başvuruda ihlal kararı vermesinin temel sebebi, erişimin engellenmesi kararına yasal dayanak teşkil eden kanunun, “yasayla öngörülme” şartını karşılamamasıdır. Bu konuyla ilgili değerlendirme aşağıda, “Sınırlama Rejimi” başlığı altında yapılacaktır.

²⁷⁵ General Comment No. 34-Article 19: Freedom of opinion and expression (CCPR/C/GC/34) 12 September 2011, para. 43. İlgili genel yorumun Türkçe çevirisine

AİHM'nin dolaylı olarak internet alanı hakkında verdiği bir diğer karar ise Ukrayna'ya karşı yapılan bir başvuru²⁷⁶ sonucunda verilmiştir. Ukrayna ulusal hukukunda, yazılı basında yayınlanan belgeleri olduğu gibi alıntılamanın gazetecileri sorumluluktan muaf tutan güvenceler öngörülmüştür. Fakat aynı güvenceler, internet ortamında bulunan haberlerin alıntılanması durumunda bulunmamaktadır.²⁷⁷ Mahkeme söz konusu hususu değerlendirirken, internetin özellikleri ve diğer kitle iletişim araçlarından farklı olan nitelikleri hakkında önemli tespitlerde bulunmuştur. AİHM, internetin dünya çapında milyonlarca kullanıcıya hizmet verdiğini, özellikle depolama ve yayma kapasitesi göz önüne alındığında yazılı basından ayrılan bir bilgi ve iletişim aracı olduğunu, bu özellikleri nedeniyle belki de hiçbir zaman diğer iletişim araçları ile aynı kurallara ve denetimlere tabi tutulamayacağını belirtmiştir.²⁷⁸

Mahkemeye göre, internet üzerinden yayınlanan içeriklerin ve bağlantıların temel hak ve özgürlüklere, özellikle de özel hayata saygı hakkına yönelik ihlale neden olma potansiyelleri yazılı basına göre kesinlikle daha fazladır. Bu nedenle yazılı basın ve internet alanındaki düzenlemeler birbirinden farklı kurallara tabi tutulabilir. Bu bağlamda internet alanının, tartışmasız teknolojik gelişmeler de göz önünde bulundurularak ilgili temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ve geliştirilmesini sağlayacak biçimde düzenlenmesi gerekir.²⁷⁹ Sayılan tüm bu unsurlarla birlikte, internetin medyadaki mesleki faaliyetler bağlamında oynadığı rolü ve genel olarak ifade özgürlüğünün kullanılmasındaki önemini dikkate alan Mahkeme, söz konusu davada gazetecilerin ciddi cezalar alma korkusu olmadan internetten aldıkları haberleri kullanmalarına yönelik yasal bir düzenlemenin bulunmamasının, basının kamunun bekçi köpeği olma görevini gereği gibi yerine getirmesini engelleyeceğini kararlaştırmıştır.²⁸⁰

http://www.ihop.org.tr/dosya/BB/IHK-Genel_Yorum-No34.pdf linkinden ulaşılabilir (Erişim tarihi: 05/06/2014).

²⁷⁶ Editorial Board Of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, Başvuru No. 33014/05, 05.05.2011.

²⁷⁷ a.g.k., para. 61-62.

²⁷⁸ a.g.k., para. 63.

²⁷⁹ a.g.k., para. 63.

²⁸⁰ a.g.k., para. 64. Kararın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Doğru/Nalbant, s. 218-219.

İnternet alanında kullanılan ifade özgürlüğü de sınırlamalara tabidir. Delfi AS/Estonya davasında,²⁸¹ Estonya'nın en büyük internet haber sitelerinden olan Delfi isimli haber sitesinde bir şirketin, kendi yatırımları doğrultusunda buz yollarını (Estonya'nın bazı adalarını anakaraya bağlayan yollar) tahrip edeceğine dair bir haber yayınlanmıştır. Yayınlanan haberin altında, okuyucuların yorumlarını bırakabilecekleri bir bölüm bulunmaktadır. Sitenin okuyucuları, söz konusu haberin altında, yolları tahrip edeceği iddia edilen şirketin ana hissedarına yönelik hakaret içerikli yorumlar yapmışlardır. Şirketin hissedarı tarafından başvuru internet sitesine karşı açılan tazminat davası neticesinde, ulusal mahkemeler ilgili haber sitesini tazminat ödemeye mahkum etmişlerdir.

AİHM, mevcut başvuruda özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında bir menfaat çatışmasının bulunduğunu, bu bağlamda ulusal otoritelerin çatışan menfaatler arasında adil bir denge sağlayıp sağlamadığını inceleyeceğini belirtmiştir.²⁸² Mahkeme, yayınlanan haberin kamu yararını ilgilendiren bir mesele hakkında olduğunu ve içerik olarak dengeli bir üsluba sahip olduğunu ifade etmiştir.

Ancak AİHM'ne göre söz konusu olayda, haberde verilen bilgilerin, menfaati zedelenecek kişiler üzerinde öfke oluşturabileceğinin ve bu doğrultuda okuyucuların, haberde belirtilen şirket ve yöneticileri hakkında sert yorumlar yapabileceğinin haber sitesi tarafından öngörülmesi gerekmektedir.²⁸³ Mahkeme, haber sitesinin okuyucu yorumlarının kontrolünde kullandığı filtreleme sisteminin, başkalarının şöhret ve haklarına yapılacak olası saldırılara karşı yeterli güvence sağlamadığı görüşündedir.²⁸⁴ Kayıtlı olmayan kullanıcılar da haberlerin altına yorum yapabilmektedir. AİHM, söz konusu hakaret içerikli yorumlardan haber sitesinin sorumlu olduğu, şirket hissedarının özel yaşama saygı hakkını koruyacak gerekli tedbirlerin olayda mevcut olmadığı ve haber sitesinin ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarının, sorumlu olduğu zararlarla karşılaştırıldığında

²⁸¹ Delfi AS v. Estonia, Başvuru No. 64569/09, 10/10/2013.

²⁸² a.g.k., para. 80-81.

²⁸³ a.g.k., para. 86.

²⁸⁴ a.g.k., para. 89.

orantılı olduğu hususlarının altını çizerek, başvuru haber sitesinin ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır.²⁸⁵

D- Sınırlama Rejimi

1. Genel Olarak

AİHS’nde ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddede, ifade özgürlüğüne içerik yönünden bir sınırlama getirilmemiştir. İlgili özgürlüğün hangi amaçlarla ve nasıl sınırlandırılacağını kayıt altına alan 10. maddenin ikinci fıkrası, herhangi bir ifade türüne yönelik *a priori* sınırlama anlamına gelebilecek bir düzenleme içermemektedir. İfade özgürlüğünün nasıl sınırlandırılacağı, -daha doğru bir ifadeyle taraf devletlerin ifade özgürlüğüne getirdikleri sınırlamaların Sözleşmeye uygun olup olmadığı- ifadenin kullanılış biçimi, ifadenin kullanıldığı ortam, ifadenin yöneldiği topluluk/kesim ve ifade sahibinin kimliği gibi unsurlar dikkate alınarak AİHM tarafından yapılan denetim sonucunda ortaya konulmaktadır. İfade özgürlüğüne, Sözleşmeye uygun olarak taraf devletlerce getirilebilecek sınırlamaların kapsamı ile sınırları, AİHM içtihatları tarafından belirlenmiştir. İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin, Mahkeme tarafından meşru ve AİHS’ne uygun olarak kabul edilebilmesi için 10. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen ölçütler şunlardır: Müdahale yasayla öngörülmüş olmalı, AİHS m. 10/2’de belirtilen meşru amaçlara yönelik olmalı ve demokratik toplum düzeninde gerekli olmalıdır.²⁸⁶

İfade özgürlüğünün hem bir alt görünümü hem de en etkin kullanım biçimi olan kitle iletişim özgürlüğü de, Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğü için öngörülen sınırlamalara tabidir. Bu nedenle aşağıda ifade

²⁸⁵ a.g.k., para. 91-93 ve 94.

²⁸⁶ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 373; Karan, s. 369-370.

özgürlüğünün sınırlama rejimi açıklanırken belirtilen hususlar, kitle iletişim özgürlüğü için de geçerlidir.²⁸⁷

2. Müdahale Biçimleri

Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında, ifade özgürlüğünün bazı *formalitelere, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara* tabi tutulabileceği düzenlenmiştir. Böylece ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların alabileceği olası biçimler sayılmıştır. Aynı sınırlamalar kitle iletişim özgürlüğüne yönelik olarak da uygulanabilir. Kitle iletişim özgürlüğü kapsamında süreli yayın için beyanname verme, sorumlu müdür tayini vb. kanuni işlem ve kayıtlar ile radyo-tv kurmak için yerine getirilmesi gereken yükümlülükler –yayın lisansı veya izni alma- *formalite ve koşullara* örnek olarak gösterilebilir.²⁸⁸ Gazetelere yönelik olarak getirilen yayın yasağı, basın aleyhine yapılan bir soruşturma doğrultusunda başvuru arama, toplatma, zapt veya müsadere işlemleri, açıkladığı fikir ya da haber dolayısıyla bireyin hapis cezasına mahkûm edilmesi, keza açıkladığı fikir ya da haber nedeniyle bireyin ve özellikle gazetecilerin maddi veya manevi tazminat ödemelerine yönelik mahkeme kararları, ifade ve kitle iletişim özgürlüğüne getirilen *sınırlamalara ve yaptırımlara* örnek olarak gösterilebilir.²⁸⁹

İfade ve kitle iletişim özgürlüğüne yönelik müdahale biçimlerinden *formalite ve koşulların* genellikle usul/şekil şartlarını, *sınırlama ve yaptırımların* ise çoğu durumda, ortaya konulan ifadenin kendisine yönelik müdahaleleri oluşturduğu söylenebilir.²⁹⁰ Söz konusu tüm bu müdahale biçimlerinin AİHS’nde düzenlenen sınırlama rejimine uygun olup olmadığı, AİHM tarafından her başvurunun kendine özgü koşulları dikkate alınarak ayrıntılı olarak incelenmektedir.

²⁸⁷ Kitle iletişim araçlarının nitelikleri ve demokratik toplum düzeninde sahip oldukları önem nedeniyle, AİHM içtihatlarında onlar için ayrıca sağlanan güvencelere ve getirilen kısıtlamalara çalışma kapsamında ilgili bölümlerde yer verilmektedir.

²⁸⁸ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 384.

²⁸⁹ Kitle iletişim özgürlüğüne yönelik müdahale biçimleri için bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, s. 372-373.

²⁹⁰ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 385.

3. Görev ve Sorumluluk Kavramı

Sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ikinci fıkrasında, bu özgürlüğün beraberinde görev ve sorumluluklar getirdiği de kayıt altına alınmıştır. Böyle bir kayıt, AİHS kapsamında güvence altına alınan hak ve özgürlükleri düzenleyen öteki maddelerin hiçbirinde yer almamaktadır.²⁹¹ İfade özgürlüğüne mahsus bu kavram taraf devletlere, ilgili özgürlüğe getirilebilecek sınırlamalar bakımından daha geniş bir takdir alanı sağlamaktadır.²⁹² Kişiler ifade özgürlüklerini kullanırlarken, meslekleri gereği sahip oldukları sıfatların (kamu görevlisi, asker, yargıç, avukat, gazeteci vb.) kendilerine yüklediği görev ve sorumlulukları göz önünde tutarak, içinde buldukları durumun ortaya çıkarabileceği özel şartlara uygun olarak hareket etmelidirler.²⁹³ Fakat Sözleşme metnindeki *görev ve sorumluluk* kavramı, Mahkeme tarafından ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin –özellikle bazı meslek kategorilerinde çalışanların- ilgili özgürlüğünü otomatik olarak sınırlandıran ayrı bir sınırlama nedeni olarak değerlendirilmemektedir.²⁹⁴ Mesleklerini ifa ederken kamu gücünü kullanan kişiler, 10. maddenin ilk fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüklerini kullanırlarken, kendilerini daha dar sınırlar içinde bulacaklardır. Bu bağlamda yukarıda da belirtildiği gibi, görev ve sorumluluk kavramı ulusal makamların ifade özgürlüğüne getirebilecekleri sınırlamalar açısından sahip oldukları takdir payının kapsamını genişletmektedir. Ancak ulusal makamların sahip oldukları takdir payı çerçevesinde ifade özgürlüğüne getirdikleri sınırlamaların AİHS ile uyumlu olup olmadığı, AİHM'nin denetimine tabidir. Mahkeme söz konusu denetim yetkisini kullanırken, her bir olayın içinde bulunduğu farklı koşulları ve açıklanan düşüncelerin ya da verilen haberlerin içeriklerini göz önüne alarak ayrıntılı bir inceleme yapmaktadır.²⁹⁵

²⁹¹ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 493; Macovei, s. 37.

²⁹² Özdek, s. 239-240.

²⁹³ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 385.

²⁹⁴ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 494-496.

²⁹⁵ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 385-386.

Bireye, ifade özgürlüğünü kullanırken mesleği nedeniyle yüklenen görev ve sorumluluk, örneğin bir kamu görevlisi için, çoğu zaman yerine getirilen hizmetin niteliğiyle ilgilidir.²⁹⁶ Bu bağlamda, belirli meslek kategorilerinde çalışanlara –devlet memuru olarak, istihbarat servislerinde, silahlı kuvvetlerde çalışanlar veya yargı mensupları- ifade özgürlüklerini kullanırlarken taraf devletlerce getirilen sınırlamalar, devlete mutlak ve sınırsız bir bağlılık veya çeşitli bilgi ya da düşüncelerin açıklanmaması için mutlak bir gizlilik niteliğinde müdahaleler içeriyorlarsa, Sözleşmenin 10. maddesine uygun sınırlamalar olarak kabul edilmezler. Taraf devletler bu nitelikteki sınırlamaları ancak genel bir karakter taşımadıkları zaman uygulayabilirler. İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar, gizliliği dönem dönem gözden geçirilmesi gereken belirli/özel bilgi kategorileri veya belirli devlet memuru kategorilerine mensup bazı kişiler ile sınırlı oldukları ve geçici olarak uygulandıkları takdirde, AİHS ile uyum içerisinde olabilirler.²⁹⁷

Taraf devletler, bu nitelikteki sınırlamalar ile ulaşmak veya korumak istedikleri meşru amaçları –örnek olarak ulusal güvenliğin korunması- ulusal mevzuatında kesin bir biçimde ve dar bir kapsama sahip olacak şekilde tanımlamalıdır. Ayrıca devletlerin uygulamada, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama ile korunması amaçlanan diğer hakkın, özgürlüğün veya çıkarın, gerçekten bir tehlike ile karşı karşıya olduğunu kanıtlayıcı yükümlülükleri bulunmaktadır. Taraf devletler bu kanıtlayıcı yükümlülüklerini, halkın bilgi ve haber alma konusundaki çıkarını da göz önüne alarak, sınırlamanın meşruluğunu gerekçelendiren ilgili ve yeterli kanıtları ortaya koymak suretiyle yerine getirmek zorundadırlar.²⁹⁸ Tüm bu koşullar yerine getirilmediği takdirde, ifade özgürlüğüne yönelik yukarıda belirtilen niteliğe sahip sınırlamalar mutlak bir karakter taşır ve AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlama rejimi ile çelişir.²⁹⁹

²⁹⁶ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 494.

²⁹⁷ Macovei, s. 41.

²⁹⁸ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 380-381.

²⁹⁹ Macovei, s. 42.

Kamu görevlilerin, devlete/kamu kuruluşuna ait bilgileri –ifa ettikleri görev nedeniyle sahip oldukları bilgileri- basına sızdırdığı durumlarda, AİHM bazı ölçütleri göz önüne alarak ilgili kamu görevlisinin ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan faydalanıp faydalanamayacağına karar vermektedir. Guja/Moldova davasında³⁰⁰ bu ölçütler AİHM tarafından şu şekilde ortaya konulmuştur: (1) Kamu görevlisinin elinde bu bilgiyi basına sızdırmak dışında, bilginin gereklerinin yapılmasını sağlayacak başka bir araç veya yöntem mevcut mudur? (2) Bilginin sızdırılmasında/ifşa edilmesinde ciddi bir kamu yararı var mıdır? (3) Sızdırılan bilgi gerçekleri yansıtmakta mıdır? (4) Sızdırılan bilgi dolayısıyla, ilgili kamu kuruluşunun uğradığı zarar ile kamuoyunun bu bilgiyi öğrenmesinden elde ettiği yarar arasındaki denge durumu nasıldır? (5) Bilgiyi sızdıran kamu görevlisi hangi amaçla hareket (kişisel öfke veya maddi kazanç sağlama amacıyla hareket eden kamu görevlisi, ifade özgürlüğünün sağladığı korumadan yararlanamaz) etmiştir? (6) Bilgiyi sızdıran kişiye yönelik uygulanan yaptırımın ağırlığı ne orandadır?³⁰¹

Basın veya radyo-televizyon alanında çalışan kişiler bakımından “görev ve sorumluluklar” kavramı iki boyutlu bir hal almaktadır. Kamu gücünü kullanan meslek mensuplarının ifade özgürlüğünün sınırlanması hususunda kamu otoritelerinin takdir payı genişlerken, medya çalışanlarının ifade özgürlüğü –yazı işleri sorumluları, muhabirler, köşe yazarları vs.- hususunda taraf devletlerin takdir payı/alanı genişlememektedir. AİHM bu hususu, Observer ve Guardian/Birleşik Krallık davasını³⁰² incelerken değerlendirmiştir. Davanın iç hukuk boyutu şöyledir: İngiliz ulusal mahkemeleri, İngiliz Gizli Servisi’nin yapısını, mensuplarını ve gerçekleştirdiği iddia edilen yasa dışı eylemleri anlatan “*Spycatcher*” isimli kitabın içeriğiyle ilgili yazıların, ulusal güvenliğin korunması ve yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması gerekçeleriyle, başvuru iki gazetede yayınlanmasını 11 Temmuz 1986 – 13 Ekim 1988 tarihleri arasında verdikleri çeşitli ihtiyati tedbir kararları ile yasaklamışlardır. AİHM yaptığı değerlendirmede, kamuoyunu ilgilendiren konularda basının bilgi ve

³⁰⁰ Guja v. Moldova, Başvuru No. 14277/04, 12/02/2008.

³⁰¹ a.g.k., para. 80-97.

³⁰² Observer and Guardian v. UK, Başvuru No. 13585/88, 26/11/1991.

düşünceleri yayma görevine atıfta bulunmuştur. Mahkemeye göre basının kamusal meseleler hakkında bilgi ve haber verme görevine karşılık, halkın da bu tür bilgi veya haberlere ulaşma hakkı bulunmaktadır.³⁰³ Basının bilgi ve düşünceleri yayma hakkının aynı zamanda onun görevi olduğu da Mahkeme tarafından hüküm altına alınmıştır. Böylece kamusal meseleler hakkında, taraf devletlerin basın ve kitle iletişim özgürlüğü üzerindeki takdir alanı daralmıştır.³⁰⁴ Fakat Mahkeme gazetecilerin ifade özgürlüklerini kullanırlarken, “görev ve sorumluluk” kavramının getirdiği içkin korumadan Sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde yararlanabilmeleri adına “*gazetecilik ahlakına uygun, doğru ve güvenilir bilgi sağlamak için iyi niyetle*” görevlerini yerine getirmeleri gerektiğini belirtmiştir.³⁰⁵

Görev ve sorumluluk kavramının, medya organlarına ve çalışanlarına sağladığı bu içkin korumanın yanı sıra, getirdiği bazı yükümlülükler de bulunmaktadır. Medya organlarının özellikle siyasi çatışma ve gerilim durumlarında şiddetin teşvik edilmesine veya nefret söyleminin yayılmasına aracılık etme olasılıkları bulunduğundan, bu noktada görev ve sorumlulukları söz konusu olmaktadır. Medya organları ve çalışanlarının, kamuoyunu bilgilendirme görevleri ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ya da kamu düzeninin bozulmaması arasında hassas bir denge tutturması gerekmektedir. Medyanın, şiddete teşvik edebilecek veya nefret söylemi içeren ifadeleri yayınlarken sorumlu davranması, böyle ifadelere maruz kalan kişilerin haklarının korunması adına dengeleyici ifadelere yer vermesi, şiddete teşvik eden ya da nefret söylemi içeren görüşlerin yayılmasını hedeflememesi, esas olarak kamusal bir mesele hakkında farklı kaynaklardan edindiği çeşitli görüşleri, nesnel bir biçimde kamuoyunun dikkatine sunma amacıyla hareket etmesi gerekmektedir.³⁰⁶

³⁰³ a.g.k., para. 59.

³⁰⁴ Macovei, s. 42.

³⁰⁵ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 496; Bu hususu belirten bir AİHM kararı için bkz. Fressoz and Roire v. France, Başvuru No. 29183/95, 21/01/1999, para. 54.

³⁰⁶ Karan, s. 372.

AİHM, Şener-Türkiye davasında³⁰⁷ hem basın hem de taraf devletler için çatışma ve gerilim durumlarında dikkate alınmaları gereken ölçütler belirlemiştir. Mahkemeye göre medya, haber ve fikirleri verme görevini yerine getirirken, ulusal güvenlik veya toprak bütünlüğü gibi devlet adına önemli menfaatlerin korunması için oluşturulan sınırları aşmamalıdır. Bununla birlikte basının politik meseleler hakkında, farklı görüşleri de içerecek şekilde, haber ve düşünceleri verme görevi devam etmektedir.³⁰⁸ Buna karşılık taraf devletler de, şiddete teşvik ya da nefret söylemi olarak sınıflandırılmayacak ifadeler hakkında toprak bütünlüğü, ulusal güvenlik veya kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gerekçeleriyle, ceza hukukunu medya üzerinde bir baskı aracı olarak kullanarak halkın bu görüşler hakkında bilgiye ulaşma özgürlüğünü sınırlandıramazlar.³⁰⁹

4. Sınırlama Ölçütleri

AİHM önüne ifade özgürlüğü ile ilgili bir başvuru geldiği zaman, Mahkeme tarafından üç aşamalı bir inceleme gerçekleştirilmektedir. Mahkeme ilk olarak önüne gelen başvurunun Sözleşmenin 10. maddesinin kapsamına girip girmediğini değerlendirerek, hükmün uygulanabilirliğini saptamaktadır. AİHM, şikâyete konu eylem ya da işlemin, 10. maddenin kapsamına girdiğine karar verirse ikinci aşamada, ilgili işlem veya eylemin ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturup oluşturmadığını değerlendirmektedir. İkinci aşamada yaptığı değerlendirme neticesinde Mahkeme ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin olduğunu saptarsa, üçüncü ve son aşamada söz konusu müdahalenin 10. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlama rejimine uygun olup olmadığına karar vermektedir.³¹⁰

Taraf devletlerce ifade özgürlüğüne getirilen bir sınırlamanın, AİHS'nin öngördüğü sınırlama rejimine uygun kabul edilebilmesi adına, Mahkeme

³⁰⁷ Şener v. Turkey, Başvuru No. 26680/95, 18/07/2000.

³⁰⁸ a.g.k., para. 41.

³⁰⁹ a.g.k., para. 42.

³¹⁰ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 331.

tarafından üçüncü ve son aşamada yapılan inceleme büyük önem taşımaktadır. Müdahalenin meşru ya da hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için Mahkeme üç koşul aramaktadır. Bu üç koşuldan ilki müdahalenin yasayla öngörülmüş olmasıdır. İkincisi, Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen meşru amaçlara yönelik olmasıdır. Üçüncü ve son koşul ise, başvuru konusu müdahalenin demokratik bir toplum düzeninde gerekli olmasıdır.³¹¹ Mahkeme ilgili koşulların var olup olmadığını incelerken, koşulları yukarıda belirtilen sırayla tek tek ele almaktadır. İlk ve ikinci koşulun taraf devletlerce sağlanamadığı durumlarda, Mahkeme incelemeyi orada keserek yapılan müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermektedir.³¹²

İfade özgürlüğünün bir alt görünümü olan kitle iletişim özgürlüğüne yönelik bir sınırlama olduğunda da, Mahkeme tarafından uygulanan denetim sistemi aynıdır. Mahkeme, ifade özgürlüğünü kullanmanın günümüzdeki en etkili yolu olan kitle iletişiminin ve bu iletişimi sağlayan kitle iletişim araçlarının özelliklerini de dikkate alarak, taraf devletlerce ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşmeye uygun olup olmadığına karar vermektedir. AİHM basın özgürlüğüne özel bir önem atfetmektedir.³¹³ Taraf devletlerce yapılan müdahalelerin ifade ve kitle iletişim özgürlüklerini ihlal edip etmedikleri, Mahkeme tarafından yukarıda belirtilen üç koşul tek tek ele alınarak yapılan değerlendirme neticesinde ortaya konmaktadır.

a) Yasayla Öngörülme

İfade özgürlüğüne yönelik bir sınırlamanın, AİHS kapsamında meşru ve hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için ilk olarak, ulusal hukukta yasal bir dayanağının bulunması gerekmektedir. Taraf devletlere müdahale yetkisi veren bir düzenlemenin mutlak olarak şekli anlamda –münhasıran yasama organı tarafından yapılan yasalar- bir yasayla öngörülmüş olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, maddi anlamda yasa olarak kabul edilebilen bütün düzenlemeler, başka bir

³¹¹ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 332.

³¹² Karan, s. 370.

³¹³ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 465.

deyişle, soyut norm koyan tüm düzenleyici tasarruflar, Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen yasallık koşulunu karşılamaya uygundur.³¹⁴ Örnek vermek gerekirse, Anglosakson hukukunda ulusal mahkemeler tarafından oluşturulan içtihat hukuku (common law) Mahkeme tarafından Sözleşmedeki anlamıyla “*yasa*” olarak kabul edilmektedir.³¹⁵

İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin yasal dayanağını oluşturan normun, AİHS’nde öngörülen *yasallık* koşulunu tam olarak karşılayabilmesi için ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir.³¹⁶ Mahkemeye göre düzenleyici tasarrufun (normun) ulaşılabilirliğinden kasıt, ilgililerin söz konusu düzenlemeye kolayca ulaşabilmeleri; düzenlemenin/normun varlığından haberdar olabilecekleri –örnek olarak Resmi Gazete’de yayınlanma- bir ortamın mevcut olmasıdır.³¹⁷ Yasal düzenlemenin öngörülebilir olması ise, ilgililerin gerektiğinde bir hukukçunun yardımıyla da olsa, düzenlemenin ne demek istediğini, neler öngördüğünü, tereddüde düşmeden anlayabilmeleridir.³¹⁸

Yasayla öngörülme koşulu/ölçütü, ifade özgürlüğünün ulusal kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korunmasını sağlar. Ulusal mevzuatta müdahale konusunda kamu otoritelerine bir takdir yetkisi tanınmışsa, söz konusu takdir yetkisinin kapsamı da, keyfi bir uygulamayı önleyecek şekilde belirlenmiş olmalıdır.³¹⁹ Yani ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlamayı öngören ve bu konuda kamu otoritelerine belli bir takdir yetkisi tanıyan yasal düzenlemenin

³¹⁴ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 376; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, “İnsan Hakları El Kitabı” s. 341.

³¹⁵ Bu konu hakkındaki AİHM kararları için bkz. Gölcüklü/Gözübüyük, s. 376.

³¹⁶ Inceoğlu, Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde, Beta yay., İkinci Baskı, İstanbul 2013, s. 29-30.

³¹⁷ Sunday Times v. UK (No.1), Başvuru No. 6538/74, 26/04/1979, para. 49.

³¹⁸ AİHM, Altuğ Taner Akçam/Türkiye davasında, TCK m. 301’de yer verilen terimlerin (Türklük-Türk Milleti), yargı mensupları tarafından uygulamada çok geniş ve sınırları belirsiz bir şekilde kullanıldığını ve ilgili maddenin ifade özgürlüğünü kullanan bireyler üzerinde bu nedenle sürekli bir tehdit oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, TCK m. 301’e dayanılarak açılan soruşturma ve kovuşturmaların sayısına bakıldığında, ilgili düzenlemenin ifade özgürlüğünü kullanan bireyler bakımından öngörülebilir olmadığı anlaşılmaktadır. AİHM Akçam kararında ayrıca, TCK m. 301’in, bir yasal düzenlemede bulunması gereken hukuki kaliteye/niteliğe –quality of law- sahip olmadığını da karar altına almıştır. Bkz. Altuğ Taner Akçam v. Turkey, Başvuru No. 27520/07, 25/10/2011, para. 93 ve 95.

³¹⁹ Mahkeme, yasanın/düzenlemenin mutlak bir kesinlik taşımasını beklememektedir. AİHM’ne göre yasanın mutlak bir kesinlik taşıması, aşırı bir sertliğe yol açabilir. Yasalar, değişen koşullara uyum sağlayacak nitelikte olmalıdırlar; bu bakımdan yasalarda –kimisinde daha az kimisinde daha çok- müphem düzenlemelerin yer alması ve bunların kapsam ve sınırlarının uygulama ile ortaya konulması olağandır. Bkz. Sunday Times v. UK (No. 1), para. 49.

soyut olarak bulunması yeterli değildir; aynı zamanda bu düzenlemenin kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerini önleyecek uygun ve yeterli güvenceleri içermesi de gerekmektedir.³²⁰

b) Meşru Amaçlara Yönelik Olma

Taraf devletlerce ifade özgürlüğüne yönelik olarak yapılan bir müdahalenin, AİHS kapsamında meşru ve hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için söz konusu müdahalenin, Sözleşme m. 10/2’de belirtilen meşru amaçların gerçekleştirilmesi amacıyla yapılmış olması gerekmektedir.³²¹ Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında, taraf devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlamalarında gerekçe olabilecek dokuz tane meşru amaç sayılmıştır. Bunlar: ulusal güvenliğin korunması; toprak bütünlüğünün korunması; kamu emniyetinin korunması; düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi; sağlığın korunması; ahlakın korunması; başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması; gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ve yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması şeklinde sıralanmıştır.³²²

Sözleşme m. 10/2’de sayılan meşru amaçlar sınırlı sayıdadır; bu meşru amaçların genişletilmesi mümkün değildir.³²³ Taraf devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutabileceğini öngören Sözleşmenin 10. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesi, Mahkeme tarafından yukarıda belirtilen meşru amaçlardan ayrı olarak tek başına bir sınırlama nedeni olarak kabul edilmemektedir.³²⁴ Sözleşme kapsamında, ifade özgürlüğü ile yakından ilgili ve

³²⁰ AİHM, Ahmet Yıldırım/Türkiye davasında, pek çok internet sitesine erişimin engellenmesine yol açan kararın dayanağı olan yasal mevzuatın, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesinin gerektirdiği ölçüde başvurana keyfi müdahalelere karşı korunma imkanı sağlamadığını, keyfi sonuçlar doğuran tedbir kararının hukuki denetimini sağlayacak düzenlemeler içermediğini hüküm altına almıştır. Bkz. Yıldırım v. Turkey, Başvuru No. 3111/10, 18/12/2012, para. 67-68.

³²¹ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 474.

³²² Taraf devletlerin ifade özgürlüğünün sınırlanmasında kullanabilecekleri, AİHS m. 10/2’de belirtilen meşru amaçlarla ilgili ayrıntılı açıklama aşağıda “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Ortaya Konan İlkeler” başlığı altında yapılacaktır.

³²³ Karan, s. 370.

³²⁴ Groppera Radio AG and Others v. Switzerland, para. 61.

onunla aynı yapısal düzenlemeye sahip olan diğer hak ve özgürlükler³²⁵ göz önüne alındığında, en fazla sınırlama nedeninin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddede yer aldığı görülmektedir.³²⁶ Mahkeme tarafından ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale denetlenirken, müdahalenin Sözleşmeye uygun kabul edilebilmesi için bulunması gereken ikinci koşul olan meşru amaçlara yönelik olma noktasında genelde bir uyuşmazlık yaşanmamaktadır. AİHM'nin üzerinde en çok durduğu ve başvuru ile şikâyet edilen devletin en fazla ihtilafa düştüğü koşul, Mahkemenin yaptığı incelemede üçüncü ve son sırada ele aldığı demokratik toplum düzeninde gerekli olma koşuludur.

c) Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının Sözleşmeye uygun olup olmadığının denetlenmesinde, AİHM açısından değerlendirilmesi en zahmetli ölçüt *demokratik toplum düzeninde gerekli olma*³²⁷ ölçütüdür.³²⁸ Bu ölçüt, yasayla öngörülme ve meşru amaçlara yönelik olma ölçütlerinden sonra, Mahkeme tarafından üçüncü ve son sırada ele alınmaktadır. AİHM uygulamada, taraf devletlerin ifade özgürlüğüne *demokratik toplumda gerekli* bir sınırlama getirip getirmediğini incelerken, sınırlamanın şu unsurları barındırıp barındırmadığını kontrol etmektedir: İfade özgürlüğüne yönelik müdahale ilk olarak *zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca (a pressing social need)* karşılık gelmelidir.³²⁹ Zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelen bu müdahalenin, aynı zamanda ulaşılmak istenen meşru amaç ve/veya amaçlarla *orantılı* olması gerekmektedir. Bu doğrultuda

³²⁵ Bu hak ve özgürlükler Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, 9. maddesinde düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile 11. maddesinde düzenlenen toplantı ve dernek kurma özgürlüğüdür. Bu hak ve özgürlüklerle ilgili Sözleşmedeki düzenlemeler göz önüne alındığında, maddelerin ilk fıkralarında söz konusu hak ve özgürlüklerin kapsamının düzenlendiği; ikinci fıkralarında ise ilgili hak ve özgürlüklerin sınırlama rejiminin kayıt altına alındığı görülmektedir. Bu dört madde için de ortak olan sınırlama rejimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gölcüklü/Gözübüyük, s. 372-392.

³²⁶ Özdek, s. 239.

³²⁷ “*Demokratik Toplum*” kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Inceoğlu, “Hak ve Özgürlüklerin...”, s. 31-37.

³²⁸ Karan, s. 371.

³²⁹ Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sancakdar, Oğuz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu”, Seçkin yay., 2. Baskı, Ankara 2004, s. 450.

Mahkeme, taraf devletlerce müdahalenin meşru ve Sözleşmeye uygun sayılabilmesi için gösterilen gerekçelerin *ilgili* ve *yeterli* olup olmadıklarını da denetlemektedir.³³⁰ Mahkeme tarafından demokratik toplumda gerekli olma ölçütü uygulanırken göz önüne alınan unsurlar aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır.

Demokratik toplumda gerekli olma ölçütü kapsamında ilk olarak, *gerekli* teriminin Mahkeme tarafından nasıl anlaşıldığının ve uygulandığının açıklanması gerekmektedir. AİHM’ne göre Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen gerekli kelimesi, vazgeçilmez kelimesiyle aynı anlama gelmemektedir. Buna ek olarak ilgili kelime, AİHS m. 2/2 ve m. 6/1’de yer alan “*mutlak surette gerekli*” veya m. 15/1’de yer alan “*ancak durumun zorunlu olarak gerektirdiği ölçüde*” deyimlerinin taşıdığı kesinlik ve gereksinim yoğunluğunu da içermemektedir. Keza, Sözleşmenin çeşitli maddelerinde yer verilen “*olağan*” (m. 4/3-a ve d bentleri) veya “*makul*” (m. 5/3) deyimlerinin ya da “*uygun*” kelimesinin esnekliğine ve yumuşaklığına da sahip değildir.³³¹ AİHM içtihatlarına göre, Sözleşmenin 10. maddesinde yer verilen *gerekli* kelimesi ile anlatılmak istenen durum, ifade özgürlüğüne getirilecek bir sınırlamanın, “*zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca (a pressing social need)*” cevap verecek biçimde gerçekleştirilmiş olmasıdır.³³² Başka bir deyişle, ifade özgürlüğüne yapılacak bir müdahale, AİHS m. 10/2’de belirtilen meşru amaçlardan biri veya birkaçı bakımından zorlayıcı/sıkıştıran bir toplumsal ihtiyaca/gereksinime karşılık gelecek; bu gereksinim nedeniyle meşruiyet kazanacaktır.³³³

Mahkemeye göre zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirme ve bu konuda karar verme yetkisi öncelikle, ülke ve toplum gerçekleriyle doğrudan ve sürekli temas halinde olan ulusal makamlara aittir. AİHM’nin bu konudaki yetkisi ikincil niteliktedir.³³⁴ Ulusal makamların sahip

³³⁰ Arai-Takahashi, s. 11-12; Tezcan/Erdem/Sancakdar, a.g.e., s. 450.

³³¹ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 378; İlgili AİHM kararı için bkz. Handyside v. UK, para. 48.

³³² AİHM, henüz yayınlanmamış yayınlar hakkında getirilen ve yayının bütününe yönelik olarak uygulanan “yayın yasaklarını”, demokratik toplum düzeninde “gerekli” bulmamaktadır. İlgili AİHM kararları için bkz. Ürper and Others v. Turkey, Başvuru No. 14526/07-14747/07-15022/07-15737/07- 36137/07-47245/07- 50371/07- 50372/07 ve 54637/07, 20/10/2009; Turgay and Others v. Turkey, Başvuru No. 8306/08, 8340/08 ve 8366/08, 15/06/2010.

³³³ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, s. 342.

³³⁴ Dink v. Turkey, para. 125-126.

olduğu öncelikli takdir payı sınırsız değildir.³³⁵ Taraf devletlerin sahip olduğu bu takdir payı, bağımsız bir ulusal mahkeme tarafından verilen kararlar da dâhil olmak üzere, Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır.³³⁶ Devletlerin, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar konusunda sahip oldukları takdir payının kapsamı, her somut olayda sınırlamanın niteliğine, ifadenin türüne ve ifade özgürlüğü sınırlandırılırken ulaşılmak istenen meşru amaca göre değişkenlik göstermektedir.³³⁷ Bu noktada takdir payı³³⁸ kavramının ne anlama geldiğinin açıklanması, demokratik toplumda gerekli olma ölçütünün daha iyi anlaşılması adına yerinde olacaktır.

Takdir payı kavramı, ulusal otoritelerin bir hak veya özgürlüğe müdahalede bulunurken, içinde buldukları vaziyeti ve uluslararası sözleşmelerde belirtilen şartların, söz konusu vaziyete uygulanmasını değerlendirmede sahip oldukları serbestliği/özgürlüğü ifade etmektedir.³³⁹ Takdir payı (margin of appreciation) doktrininin hukuki dayanağı, idari eylem ve işlemlerin yargı denetimine ilişkin ulusal içtihatlarda bulunmaktadır. Bu doktrin, uluslararası hukuk alanında ise ilk defa AİHS denetim organları tarafından, Sözleşmenin kriz hukukuna ilişkin düzenlemeler içeren 15. maddesinin yorumlanması sırasında kullanılmış; daha sonra diğer maddelerin yorumlanmasında da önemli rol oynamıştır.³⁴⁰ Takdir payı doktrini AİHM tarafından, taraf devletlerin insan haklarına ilişkin ulusal uygulamaları ile Sözleşme değerlerinin, taraf devletlerce yeknesak bir biçimde uygulanmasını sağlamak adına geliştirilmiştir.³⁴¹

Sözleşmeye taraf devletlerin sahip olduğu takdir payı, ifade özgürlüğüne ahlakın korunması meşru amacıyla getirilen sınırlamalar söz konusu olduğunda

³³⁵ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 32.

³³⁶ Hertel v. Switzerland, para. 46.

³³⁷ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 378.

³³⁸ İngilizcesi “margin of appreciation” olan kavram, Türkçe doktrinde takdir payı, takdir marjı veya takdir alanı gibi çeşitli isimler almaktadır. Çalışma kapsamında margin of appreciation kavramının Türkçe karşılığı olarak takdir payı kavramı kullanılmaktadır.

³³⁹ Arai-Takahashi, s. 2.

³⁴⁰ Greer, Steven, “The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights”, Council of Europe pub., Human Rights Files No: 15, 1997, s. 15-16.

³⁴¹ Arai-Takahashi, s. 3.

genişlerken,³⁴² siyasi veya kamusal meselelere ilişkin ifadelerin sınırlamalarda oldukça daralmaktadır.³⁴³

İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin, demokratik toplumda gerekli olma koşulunu yerine getirebilmesi için, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesinin yanı sıra sahip olması gereken bir başka unsur daha bulunmaktadır. Bu unsur orantılılık unsurudur. AİHM, ifade özgürlüğünü sınırlamada kullanılan aracın, ulaşılmak istenen amaçla orantılı (ölçülü) olmasını aramaktadır.³⁴⁴ Mahkemenin bu noktada yaptığı uygulama, karşılıklı menfaatlerin tartılması aracılığıyla çatışan menfaatler arasındaki dengenin sağlanmasıdır.³⁴⁵ Taraf devletler, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın baskın/zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç nedeniyle yapıldığını kanıtlayan ilgili ve yeterli gerekçelerini (relevant and sufficient reasons) ortaya koyma yükümlülüğü altındadırlar. Mahkeme, sınırlama getiren tedbirin orantılılığını³⁴⁶ ve çatışan menfaatler arasında bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını, bu çerçevede değerlendirerek bir sonuca ulaşmaktadır.³⁴⁷ Gazeteciler aleyhine hükmedilen hapis cezaları³⁴⁸ ile yüksek miktardaki tazminatlar,³⁴⁹ AİHM tarafından “orantılı” bir sınırlama olarak kabul edilmemektedir.³⁵⁰

³⁴² Handyside v. UK, para. 48.

³⁴³ Cumhuriyet Vakfı and Others v. Turkey, Başvuru No. 28255/07, 08/10/2013, para. 57.

³⁴⁴ Özdek, s. 240.

³⁴⁵ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 379; Arai-Takahashi, s. 8.

³⁴⁶ Eren'e göre, “Kendi ülkesinin koşullarına uygun aracı seçme konusunda öncelikli konuma sahip her Sözleşmecî Devlet, gereklilik kavramının kapsamında bulunan “orantılılık ilkesi” gereğince amaçla araç arasındaki ilişkiyi de göz önüne almalıdır. Bu doğrultuda meşru amacı gerçekleştirmek için seçilen araç, amacı gerçekleştirmek için elverişli, gerekli ve orantılı olmalıdır.” Eren, Abdurrahman, “Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, Beta yay., 1. Bası, İstanbul 2004, s. 206-207.

³⁴⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, s. 342-343.

³⁴⁸ Cumpana and Mazare v. Romania, para. 115.

³⁴⁹ Tolstoy Miloslavsky v. UK, Başvuru No. 18139/91, 13/07/1995, para. 49-50-51.

³⁵⁰ AİHM, bir radyo istasyonuna yayınladıkları bir şarkı nedeniyle verilen 365 günlük “yayın yasağı” kararını, yayımlanan şarkının içeriğinin şiddete teşvik etmediği ve nefret söylemi oluşturmadığı gerekçesiyle “orantılı” bulmamış; başvuru radyo istasyonunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini hüküm altına almıştır. İlgili karar için bkz. Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.Ş. v. Turkey, Başvuru No. 11369/03, 04/12/2007. Kararın Türkçe özet çevirisine, HUDOC üzerinden ulaşılabilir.

5. Olağanüstü Hallerde İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırlanması

İfade özgürlüğü, mutlak niteliğe sahip yani devredilemez ve kısıtlanamaz bir hak değildir. AİHS kapsamında da, gerek ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde, gerekse olağanüstü hallerde taraf devletlerin yükümlülüklerini askıya alma koşullarını düzenleyen 15. madde incelendiğinde, ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olarak kabul edilmediği ortaya çıkmaktadır.³⁵¹

Olağanüstü hallerin bulunduğu koşullarda, taraf devletlerce olağanüstü yönetim usulleri uygulanabilir. Bu yönetim usulleri, istisnai bir hukuk rejiminin yürürlüğe konduğu, böylece, bir yandan yasama, yürütme, yargı organları arasındaki yetki dağılımının, diğer yandan da temel hak ve özgürlüklerin güvence rejiminin değiştiği usullerdir.³⁵² Sözleşmenin 15. maddesi,³⁵³ olağanüstü hallerde Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin askıya alınması ile ilgili kuralları düzenlemektedir. Taraf devletler, söz konusu maddede belirtilen şartlara uymak kaydıyla, AİHS’nde kendileri için öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilirler.

İfade özgürlüğü yukarıda da belirtildiği üzere, AİHS m. 15/2’de belirtilen olağanüstü durumlarda dahi sınırlandırılmayan haklar/özgürlükler arasında bulunmamaktadır. Sözleşmeye taraf devletler yaşam hakkına, işkence ve kötü muamele yasağına, kölelik yasağına ve suç ve cezada yasallık ilkesine olağanüstü

³⁵¹ İfade özgürlüğü, AİHS kapsamında olağanüstü yönetim usullerinde dahi dokunulamayacak haklar kategorisi kapsamında sayılmamıştır. AİHS kapsamında mutlak olarak kabul edilen haklarla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 638-640.

³⁵² Boyar, Oya, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 97.

³⁵³ Sözleşmenin 15. maddesindeki düzenleme şöyledir: “1. Savaş veya milletin varlığını tehdit eden genel bir tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci taraf ancak, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle aykırı olmamak şartıyla, işbu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş filleri sonucunda gerçekleşen ölüm hali dışında, ikinci ve üçüncü maddeler ile dördüncü maddenin birinci fıkrasını ve yedinci maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz.

3. Bu askıya alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunların alınma sebepleri hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf söz konusu tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tamamıyla uygulanmasına tekrar başlandığı tarihten de Avrupa Konseyi Genel Sekreterini haberdar eder.”

hallerde dahi sınırlama getiremezler.³⁵⁴ Mutlak bir hak olmayan ifade özgürlüğünün, Sözleşmenin 15. maddesine uygun olarak askıya alınabilmesi için savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikenin bulunması, taraf devletlerin bu nedenle ifade özgürlüğüne yönelik aldıkları tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olması ve taraf devletlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmemesi gerekmektedir. Usul açısından da taraf devletlerin, aldıkları tedbirleri AK Genel Sekreterine bildirme yükümlülükleri bulunmaktadır.³⁵⁵

AİHM'ne göre gerçek ve yakın, tüm ulusu etkileyen, toplumun düzenli yaşamının sürekliliğini bozan, kamu güvenliğinin, sağlığının ve düzeninin korunması için Sözleşmenin izin verdiği olağan önlem ve sınırlandırmaları etkisiz kılacak nitelikte olağanüstü bir tehlikenin bulunması halinde, 15. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen “ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike” koşulunun gerçekleştiği kabul edilmektedir.³⁵⁶ Bu koşulun gerçekleşmesi durumunda dahi, olağanüstü hallerde ifade özgürlüğüne yönelik alınan tedbirler zaman, konu ve yer bakımından bazı sınırlamalara tabidir. Askıya alma, öncelikle olağanüstü halin süresiyle sınırlıdır. Bu bağlamda alınan tedbirleri gözden geçirme ya da yeniden değerlendirme, askıya almanın süreli olmasının bir parçasıdır.³⁵⁷

Konu bakımından ise, ifade özgürlüğü bağlamında önem kazanan nokta yine 15. maddenin ilk fıkrasında belirtilen “uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek” koşuludur. BM Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 4/2’de askıya alınamayacak haklar arasında düşünce özgürlüğü de sayılmıştır.³⁵⁸ İfade özgürlüğünün unsurlarından bir tanesini görüşe/kanaate sahip olma özgürlüğü oluşturmaktadır. Görüşe sahip olma özgürlüğü kapsamında bireyin sessiz kalma, açıklama yapmaya zorlanamama ve sahip olduğu fikirler sebebiyle kınanamama hakları bulunmaktadır.³⁵⁹ BM MSHS’nde, düşünce özgürlüğünün askıya alınamayacak haklar kapsamında yer

³⁵⁴ Özdek, s. 323.

³⁵⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, s. 506-508.

³⁵⁶ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 624.

³⁵⁷ Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde...”, s. 104.

³⁵⁸ Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde...”, s. 105.

³⁵⁹ Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, s. 783.

aldığı dikkate alındığında, söz konusu Sözleşmeye taraf olan devletlerin, AİHS m. 15’de belirtilen uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine ters düşmeme koşulu gereğince, ifade özgürlüğünün önemli unsurlarından biri olan görüşe sahip olma özgürlüğünü olağanüstü hallerde dahi askıya alacak tedbirlerden kaçınmaları gerekmektedir.

İfade özgürlüğünün yer bakımından askıya alınması ise, olağanüstü halin ilan edildiği şehir ya da bölge ile sınırlı olmasını ifade etmektedir. Bu alanın dışındaki yerlerde olağanüstü hal şartları ileri sürülerek ifade özgürlüğü askıya alınamaz.³⁶⁰ İfade özgürlüğünün, Sözleşmenin 15. maddesine uygun olarak askıya alınabilmesi için taraf devletlerin ifade özgürlüğüne yönelik aldıkları tedbirlerin, “*durumun gerektirdiği ölçüde*” olması gerekmektedir. 15. maddenin ilk fıkrasındaki düzenleme gereğince, taraf devletlerin askıya alma yetkisi Mahkemece ölçülülük ilkesi dikkate alınarak değerlendirilmektedir.³⁶¹ AİHM olağanüstü dönemlerde askıya alma rejimini yürürlüğe koyan devletlerin takdir yetkilerinin genişlediğini belirtmekle beraber, ölçülülük ilkesi kapsamında şu şekilde bir değerlendirme yapmaktadır: “... *Taraf Devletler bu konuda sınırsız bir takdir yetkisine de sahip değillerdir. Mahkeme, özellikle devletlerin krizin gerektirdiği ölçüyü aşp aşmadıkları konusunda karar verme yetkisine sahiptir. Ulusal takdir yetkisi, bu tür bir Avrupa denetimi ile beraber yürür. Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken, askıya almanın etkilediği hakların niteliği, olağanüstü durumun süresi ve olağanüstü duruma yol açan sebepler gibi, konuyla ilgili faktörlere gereken ağırlığı vermek zorundadır*”.³⁶² Bu bağlamda taraf devletlerin, olağanüstü durumlarda ifade özgürlüğünü askıya alma hususunda sahip oldukları takdir yetkisini, karşı karşıya oldukları krizi veya tehlikeyi bertaraf edecek en hafif ve uygun tedbiri alarak, ölçülülük ilkesiyle uyum içerisinde kullanmaları gerekmektedir.

³⁶⁰ Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde...”, s. 106.

³⁶¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, “İnsan Hakları El Kitabı”, s. 507.

³⁶² Brannigan and McBride v. UK, Başvuru No. 14553/89, 26/05/1993, para. 43’den aktaran Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde...”, s. 108.

6. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

a) Genel Olarak

Bir eylemin ya da davranışın hakkın kötüye kullanılması olarak adlandırılabilmesi için, ilgili eylem ya da davranışın başka bir hukuk kuralı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak yasaklanmamış olması gerekmektedir. Tek başına bu unsur, bir eylem veya davranışın hakkın kötüye kullanılması olarak adlandırılabilmesi için yeterli gerekçe sağlamaz. Ayrıca söz konusu eylem veya davranış nedeniyle üçüncü bir kişinin herhangi bir kanun ya da hukuk kuralıyla korunmayan menfaatinin zarar görmesi gerekmektedir.³⁶³ Kötüye kullanma kavramını temellendirirken ileri sürülen sav şu şekilde açıklanabilir: kişiler haklarını kullanırlarken, hakkın amacına ve genel yarara uygun hareket etme yükümlülüğü altındadırlar.³⁶⁴ Fakat böyle bir temellendirme, hakkın kötüye kullanımı iddialarının denetlenmesinde belirsizliklere ve kamu otoritelerince bu nedenle yapılacak müdahalelerde keyfiyete yol açma tehlikesi taşımaktadır. Bu ve benzeri nitelikte tehlikelerin önlenmesi adına, gerek ulusal anayasalarda gerekse uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve belgelerinde, hakkın kötüye kullanımının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinde başvurulacak bazı şartlara yer verilmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması, uluslararası hukuk alanına, II. Dünya Savaşı sonrasında giren bir kavramdır. AİHS'nin 17. maddesinde³⁶⁵ düzenlenen bu kavram, taraf devletlere Sözleşmeye sadakat yükümlülüğü getirmektedir.³⁶⁶ Bu sadakat yükümlülüğünün gerekçesi olarak II. Dünya Savaşı öncesi ve sırasında yaşanan totaliter (faşizm, Nazizm) rejim tecrübeleri ve Sözleşmenin yapıldığı

³⁶³ Boyar, "Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 81.

³⁶⁴ Boyar, "Hakkın ve Yetkinin...", s. 81.

³⁶⁵ İlgili madde şu şekilde düzenlenmiştir: "Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya bunların Sözleşme'de öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara tabi tutulmasını hedef alan bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya yönelik herhangi bir hak sağladığı şeklinde yorumlanamaz."

³⁶⁶ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 652.

tarihte, Sözleşmeyi hazırlayan devletlerin demokratik düzenlerine karşı bir tehlike olarak gördükleri komünizm gösterilmektedir.³⁶⁷

b) Tarihi Gerçeklerin İnkârı ve Nefret Söylemi

Sözleşmenin 17. maddesi ifade özgürlüğü açısından ele alındığında, ilgili maddenin hem ifade özgürlüğünü kullanan kişilere hem de ifade özgürlüğüne müdahale etme yetkisine sahip olan devletlere, bazı sınırlamalar getirdiği görülmektedir.³⁶⁸ İfade özgürlüğünü düzenleyen Sözleşmenin 10. maddesinde, herhangi bir ifade türüne ya da içeriğine yönelik olarak *a priori* bir yasak getirilmemiştir. Fakat bazı ifade türleri, Mahkeme tarafından ifade özgürlüğünün norm alanı kapsamında görülmemektedir. AIHM, bu gibi durumlarda 17. maddeyi doğrudan ve tek başına uygulayarak ilgili başvuruyu kabul edilemez bulmaktadır. Mahkeme kimi zaman ise, 10. maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama şartlarına uygun bir sınırlama yapıp yapılmadığını denetlerken, 17. maddeyi ifade özgürlüğünün yorumunda dolaylı olarak göz önünde bulundurmaktadır.³⁶⁹ Tarihi gerçekleri inkâr eden söylemler, demokratik düzeni yıkmayı hedefleyen ifadeler, ırkçılık, dinsel kin ve nefret söylemi içeren ifadeler, AIHM tarafından zaman zaman hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir.³⁷⁰

Tarihi gerçekleri inkâr eden söylemler –özellikle Holokostun inkârı- söz konusu olduğunda, AIHM 17. maddeyi doğrudan uygulayarak ilgili başvuruyu kabul edilemez bulmaktadır. Fransa aleyhine yapılan bir başvurunun³⁷¹ konusu şöyledir: Başvurucu, II. Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın belirli yerlerinde gaz odalarının bulunduğunu tartışma konusu yapan bir makale yayınlamıştır. Bu makalesi sebebiyle başvurucu, insanlığa karşı işlenen bir suçu inkâr ettiği

³⁶⁷ Cannie Hannes, Vorhoof Dirk, “The Abuse Clause And Freedom of Expression In The European Human Rights Convention: An Added Value For Democracy and Human Rights Protection”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29, No. 1, 2011, s. 56-57.

³⁶⁸ Yokuş, Sevtap, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı”, Yetkin yay., Ankara 2002, s. 96.

³⁶⁹ Karan, s. 363-364.

³⁷⁰ Ovey Clare, White Robin, “European Convention on Human Rights”, Oxford University Press, Third Edition, Oxford, 2002, s. 280-282.

³⁷¹ Marais v. France, (Kabul Edilmezlik Kararı), Başvuru No. 31159/96, 24/06/1996.

gerekçesiyle Fransız ulusal mahkemeleri tarafından mahkûm edilmiştir. Söz konusu başvuruyu inceleyen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, başvurunun yazılarının Sözleşme'nin başlangıcında ifadesini bulan adalet ve barış gibi Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı olduğunu, başvurunun ifade özgürlüğünü Sözleşme'nin lafzına ve ruhuna aykırı amaçlarla kullandığını, 10. maddeyi de amaçlarına alet ettiğini belirterek, bunun kabul edilmesi durumunda, söz konusu durumun Sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine katkıda bulunacağı gerekçesiyle, başvuruyu 17. madde doğrultusunda kabul edilemez bulmuştur.³⁷²

Lehideux ve İorni - Fransa davasında³⁷³ ise başvurucular, II. Dünya Savaşı'nda Nazi Almanyası ile işbirliği yapan Fransız Mareşal Petain'in hatırasını canlandırmak ve kamuoyunda ilgili dönemle ilgili yeni bir tartışma başlatılabilmesi için Le Monde gazetesinde bir ilan yayınlamışlardır. Ulusal mahkemeler başvurucuları bu ilanı yayınlayarak düşmanla işbirliği suçunu işledikleri gerekçesiyle mahkûm etmiştir. AİHM, yaptığı incelemede başvurucuların verdikleri ilanda tarihsel gerçekleri inkâr etmediklerinin altını çizerek başvuruyu 10. madde kapsamında değerlendirmiştir.³⁷⁴ Fakat Mahkeme aynı zamanda, Sözleşme'nin koruduğu değerlere yönelik söylemlerin –bu bağlamda Nazi politikasını haklı göstermeyi amaçlayan söylemlerin de- 10. maddenin korumasından yararlanamayacağını karar altına almıştır.³⁷⁵

AİHM önündeki bir başka davada³⁷⁶ ise başvurucu, yazdığı “İsrail politikasının kurucu efsaneleri” başlıklı kitap nedeniyle hakkında başlatılan ceza soruşturması neticesinde, Fransız Mahkemeleri tarafından mahkûm edilmiştir. AİHM söz konusu başvuru hakkındaki değerlendirmesinde kitabın, tarihçiler arasında tartışma konusu olmayan ve geçmişte yaşandığı sabit olan birçok insanlığa karşı suçun inkâr edildiği bölümlerinin, ifade özgürlüğünün sağladığı

³⁷² Doğru/Nalbant, s. 186.

³⁷³ Lahideux and Iorni v. France, Başvuru No. 24662/94, 23/09/1998.

³⁷⁴ a.g.k., para. 47.

³⁷⁵ a.g.k., para. 53. Fakat AİHM'ne göre başvurucular, başvuru konusu olayda Nazi ideolojisini övmemekte veya onaylamamaktadır. Bu nedenle başvuruculara verilen mahkumiyet kararı orantısız bulan AİHM, başvurucuların ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. a.g.k., para. 58.

³⁷⁶ Garaudy v. France (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No. 65831/01, 24/06/2003.

güvenceden yararlanamayacağını hüküm altına almıştır. Kitabın, İsrail Devleti'nin politikalarını eleştiren bölümleri ise Mahkeme tarafından 10. madde kapsamında ele alınarak incelemeye tabi tutulmuştur.³⁷⁷

AİHM, geçmişte yaşanan –Holokost dışındaki- olaylar hakkında siyasi/hukuki bir değerlendirme yapma konusunda çekingen davranmaktadır. Perinçek/İsviçre davasında³⁷⁸ başvuru, 2005 yılında İsviçre'de çeşitli konferanslarda yaptığı konuşmalarda, 1915 yılında Ermeni halkına yönelik olarak Osmanlı İmparatorluğu tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülen her türlü soykırım iddiasını reddetmiştir. Başvuru ayrıca, Ermeni Soykırımı fikrini de “uluslararası bir yalan” olarak nitelendirmiştir. Söz konusu ifadeleri nedeniyle başvuru, İsviçre ulusal mahkemeleri tarafından –iki yıl tecil edilmek üzere- adli para cezası ödemeye mahkum edilmiştir.³⁷⁹ İlgili başvuruyu inceleyen AİHM, 1915 olaylarının hukuki bağlamda “soykırım” olarak nitelendirilmesine karşı çıkılmasının, tek başına Ermeni halkına karşı kinin teşvik edilmesi anlamına gelmediğini ifade ederek,³⁸⁰ ayrıca başvuranın 1915 olaylarının mağdurlarını hor görücü ifadeler kullanmadığını da belirtmiştir. İlgili başvuruyu, 17. madde çerçevesinde reddedilecek bir başvuru olarak nitelendirmeyen Mahkeme, incelemesini 10. madde çerçevesinde sürdürmüştür.

Bu bağlamda, tarihi gerçeklerin araştırılmasının ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu belirten AİHM, tarihçiler arasında halen tartışılmaya devam edilen tarihi meseleler hakkında karar vermenin kendisine düşmediğini belirtmiştir.³⁸¹ Mahkeme incelemesinin son aşamasında, başvuranın ifadelerinin, kamuoyunu ilgilendiren kamusal meselelerle ilgili olduğunun altını çizmiştir. AİHM bu hususun yanı sıra İspanya Anayasa Mahkemesi ile Fransa Anayasa Konseyi'nin, soykırımın varlığının inkarını suç sayan yasaları ulusal

³⁷⁷ Söz konusu kararla ilgili daha ayrıntılı bir inceleme için bkz. Gülfidan, Serkan O., “İfade Özgürlüğü Hakkı Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kötüye Kullanma Yasağı”, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 48-59.

³⁷⁸ Perinçek c. Suisse, Başvuru No. 27510/08, 17/12/2013. Kararın resmi olmayan Türkçe çevirisine http://www.avim.org.tr/uploads/raporlar/Perincek-%C4%B0svi%C3%A7re_A%C4%B0HM_karar%C4%B1_terc%C3%BCmesi.pdf adresinden ulaşılabilir. (Erişim tarihi 05/06/2014).

³⁷⁹ a.g.k., para. 9.

³⁸⁰ a.g.k., para. 52.

³⁸¹ a.g.k., para. 99.

Anayasalarına aykırı bulmaları ve başvuran aleyhine verilen özgürlüğü sınırlayıcı cezanın –görece hafif nitelikte olmasına rağmen- başvurunun ifade özgürlüğü üzerinde gelecekte caydırıcı etkileri olabileceği hususlarını da göz önüne alarak, başvuranın ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığına ve başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁸²

Norwood/Birleşik Krallık kararında ise Mahkeme, Müslümanlara yönelik nefret söylemi içeren bir ifadeyi, 17. maddeyi doğrudan uygulayarak hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiş ve başvuruyu kabul edilmez bulmuştur.³⁸³ Mahkeme tarafından kabul edilemez bulunan başvurunun konusu şöyledir: Aşırı sağcı Britanya Ulusal Partisi üyesi olan başvuru, New York'ta bulunan ikiz kulelere yapılan 11 Eylül saldırıları sonrasında, Kasım 2001 ve Ocak 2002 tarihleri arasında evinin camına ikiz kuleleri yanarken gösteren ve üzerinde “*İslam Britanya'yı terk et-Britanyalıları koruyun*” ifadelerinin bulunduğu bir poster asmıştır. Posterde ayrıca ay yıldız üzerinde çarpı işareti de bulunmaktadır. Gelen şikâyet üzerine poster, polis tarafından kaldırılmış ve başvuru posterin üzerinde yazan ifadeler nedeniyle yargılanmıştır. Yapılan yargılama sonucunda başvuru 300 Sterlin para cezasına çarptırılmıştır. AİHM, bir dini grubun bütün olarak bir şiddet eylemi ile ilişkilendirilmesini içeren söz konusu ifadenin/davranışın, Sözleşmenin koruma altına aldığı değerlerle uyum içerisinde olmadığını belirterek, başvuruyu 17. madde çerçevesinde kabul edilemez bulmuştur.³⁸⁴

³⁸² a.g.k., para. 129 ve 130.

³⁸³ Norwood v. UK (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No. 23131/03, 16.11.2004.

³⁸⁴ Boyar, “Hakkın ve Yetkinin...”, s. 87; İlgili karar, Mahkemenin 17. maddeyi *islamophobia* kapsamında uyguladığı ilk karar olma özelliğini taşımaktadır. Bkz. Karan, s. 372, dpn. 118.

c) Demokratik Düzeni Yıkmayı Hedefleyen İfadeler

Sözleşmenin 17. maddesinin doğrudan uygulandığı ilk karar, Almanya Komünist Partisi'nin yaptığı başvuru hakkındadır.³⁸⁵ Başvurucu parti, proleter devrimi ve proletaryanın diktatörlüğünü savunan bir programa sahiptir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, partinin kapatılmasına karar verilmiştir. Kapatılan partinin yaptığı başvuruyu inceleyen Komisyon, Alman Komünist Partisi'nin teşkilatlanması ve faaliyetlerinin, Sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması anlamına geldiğini belirtmiştir. Komisyona göre Başvurucunun amacı, proleter devrim ve proletarya diktatörlüğü aracılığıyla komünist bir toplumsal düzenin kurulmasıdır; bu nitelikte faaliyetlerde bulunmak ise Sözleşmenin güvence altına aldığı değerler ile bağdaşmaz. Böyle bir durumda, Sözleşmenin herhangi bir maddesine dayanılamayacağını altını çizen Komisyon 17. maddenin, 9., 10. ve 11. maddelerin ikinci fıkralarına göre genel bir hüküm niteliğinde olduğuna işaret ederek, başvurunun kabul edilemez olduğunu hüküm altına almıştır.³⁸⁶ Dönemin şartlarının ve Soğuk Savaşın etkisinde verilen bu karar, ifade özgürlüğünün Sözleşmede sağlanan güvencelerden tamamen yoksun kalması sonucunu doğurmuştur.³⁸⁷

Purcell/İrlanda davasında³⁸⁸ ise, gazeteci ve radyo-televizyon programcısı/yapımcısı olan başvurucular, diğer pek çok örgütle birlikte yasal bir parti olan Sinn Fenn'in radyo ve televizyona verdiği görüşlerin yayınlanmasını yasaklayan bir kararın, ifade özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. O zamanki denetim mekanizması uyarınca Komisyon'a yapılan ilgili başvuru, Komisyon tarafından, yasal bir parti olan Sinn Fein'in terör hareketleriyle olan güçlü bağlantısı göz önüne alınarak kabul edilemez bulunmuştur.³⁸⁹

Demokratik düzeni yıkmayı hedefleyen ifadeler hakkındaki Mahkeme içtihadı göz önüne alındığında, Mahkemenin geçmişten günümüze kısıtlayıcı bir

³⁸⁵ German Communist Party v. Federal Republic of Germany, (Komisyon, Kabul Edilebilirlik Kararı), Başvuru No. 250/57, 20.07.1957.

³⁸⁶ Gülfidan, O. Serkan, a.g.e., s. 11-12.

³⁸⁷ Boyar, "Hakkın ve Yetkinin...", s. 84.

³⁸⁸ Purcell and Others v. Ireland, Başvuru No. 15404/89, 16/04/1991.

³⁸⁹ Doğru/Nalbant, s. 187.

tutumdan özgürlükçü bir tutuma doğru evrildiği görülmektedir.³⁹⁰ Mahkeme daha sonraki tarihlerde önüne gelen bu nitelikteki başvurularda, 17. maddeyi tek başına uygulamak yerine Sözleşmenin ihlal edildiği ileri sürülen ilgili maddesiyle beraber, davanın esasını değerlendirirken bir yorum kuralı olarak uygulamıştır.³⁹¹

AİHM, Sözleşmede güvence altına alınan çoğulcu demokratik düzen anlayışı ile bağdaşmayan ifadeler söz konusu olduğunda, bireysel olarak yapılan açıklamalara, örgütlü olarak (siyasi partiler tarafından) yapılanlara nazaran, daha hoşgörülü yaklaşmaktadır. Müslüm Gündüz/Türkiye davasında³⁹² başvuru, bir televizyon programında demokrasinin yıkılarak yerine şeriat devleti kurulması gerektiğini savunmuştur. Başvuru, söz konusu sözleri nedeniyle yargılanmış ve hapis cezasına mahkum edilmiştir. AİHM, şeriat rejimini savunmanın insan hakları ve demokrasiyle bağdaşmazlığını kabul etmekle birlikte, başvurunun şeriat rejiminin savunurken şiddet çağrısı yapmadığını belirtmiştir. İfadenin şiddet çağrısı içermemesinin yanı sıra, başvurunun bir tarikat lideri olması, aşırı görüşlerini, karşıt fikirlerin de ifade edildiği bir televizyon programında dile getirmesi ve canlı yayında açıklanan görüşleri revize etme şansının bulunmaması hususlarını da göz önüne alan Mahkeme, başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.³⁹³

d) Korunması Tartışmalı İfadeler – Basın Özgürlüğü Çatışması

Korunması tartışmalı ifadeler konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus, basın özgürlüğü ile taraf devletlerce nefret söylemi içeren ifadelerin sınırlandırılmasında kullanılan meşru amaçlar arasındaki çatışma durumudur. Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda Mahkeme, nefret söylemi nedeniyle ifadenin sınırlandırılması ile basın özgürlüğünün desteklenmesi arasında bir denge sağlamaya

³⁹⁰ Sözleşme organlarının, AİHS m. 17'yi yorumlamalarındaki değişim hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Yokuş, a.g.e., s. 113-117.

³⁹¹ Boyar, "Hakkın ve Yetkinin...", s. 85-86. Bu konuda örnek bir AİHM kararı için bkz. Refah Partisi (Welfare Party) and Others v. Turkey, (Büyük Daire), Başvuru No. 41340/98, 41342/98, 41343/98,41344/98, 13/02/2003.

³⁹² Gündüz v. Turkey, Başvuru No. 35071/97, 04/12/2003.

³⁹³ a.g.k., para. 51.

dikkat etmekte ve basın özgürlüğünün desteklenmesi yönünde “ince ayarlanmış bir yaklaşımı” benimsemektedir.³⁹⁴ AİHM, siyasi çatışma ve gerilim ortamlarında basının nefret söyleminin yayılmasına aracılık edebilecek bir konumda olduğunu, bu konuda basına bazı ödev ve sorumluluklar düştüğünü belirtmektedir. Mahkeme nefret söylemi içeren ifadenin, haberin veya analizin bir parçası olarak mı yoksa nefret söyleminin yayılmasına zemin oluşturacak şekilde mi verildiğini denetlemektedir. Mahkemenin değerlendirmesinde önemli yer tutan bir diğer husus ise, nefret söylemini kullanan ve nefret söylemini kamuoyunun bilgilenmesi için yayınlayan kişi arasında bir ayırımın yapılmasıdır.³⁹⁵

AİHM, söz konusu ayırımı Jersild/Danimarka davasını³⁹⁶ değerlendirirken yapmıştır. İlgili davada başvuru bir gazetecidir ve “Yeşil Ceketliler” adlı bir topluluğun üyeleri ile gerçekleştirdiği röportajı, Danimarka Radyosu’nda yayınlanmıştır. Topluluk üyeleri röportaj sırasında siyahlar hakkında, “*insan değiller, bunu onların beden yapılarından da anlayabilirsiniz, büyük basık burunlar, karnabahar kulaklar, geniş kafalar ve çok geniş ve kıllı bedenler, sanki bir gorile bakıyormuş gibi oluyorsunuz, bir maymunla karşılaştırın, aynı tavırlar içinde olduğunu göreceksiniz, aynı hareketler, uzun kollar, uzun parmaklar vs. uzun ayaklar*” gibi ifadeler kullanmışlardır.³⁹⁷ Başvuru gazeteci, ırkçı görüşlerin yayılmasına aracılık ettiği gerekçesiyle yargılanmış ve suçlu bulunmuştur. AİHM, söz konusu başvuru ile ilgili değerlendirmesinde, “Yeşil Ceketliler” adlı grup üyelerinin yaptıkları açıklamaların, 10. maddenin koruması dışında kaldığının altını çizmiştir. Fakat Mahkeme, kitle iletişim özgürlüğü açısından çok önemli olan şu noktayı da vurgulamıştır: Başvuru gazeteci, programda ifade edilen görüşleri kendisi dile getirmemiştir; yalnızca gazeteci kimliği ile yapılan açıklamaların kamuoyuna ulaşmasına aracılık etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, bir röportaj sırasında başkaları tarafından açıklanan görüşleri yayınladığı için bir gazetecinin cezalandırılmasının, tartışılmasında kamu yararı

³⁹⁴ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 449.

³⁹⁵ Karan, s. 372.

³⁹⁶ Jersild v. Denmark, Başvuru No. 15890/89, 23/09/1994. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bıçak, s. 165-187. (Kararı Türkçeye çeviren: Ahmet Yıldız).

³⁹⁷ a.g.k., para. 11.

olan hususlarda basının katkısını büyük ölçüde sınırlandıracağını belirterek, başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.³⁹⁸

Toparlamak gerekirse, nefret söylemi bağlamında çoğulcu demokratik düzenin ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması menfaatleri ile basın özgürlüğü menfaati karşı karşıya geldiğinde, söz konusu menfaatler arasında bir dengenin tutturulması gerekmektedir. Bu doğrultuda basın (medyanın) nefret söylemi içeren ifadeleri yayınlarken sorumlu davranması, nefret söyleminin yöneldiği kişilerin haklarının ve/veya şöhretlerinin korunması noktasında dengeleyici bir tutum takınması, nefret söylemi içeren görüşlerin yayılması amacıyla değil; bu nitelikteki görüşleri kamuoyunun dikkatine sunma hedefiyle hareket etmesi gerekmektedir.³⁹⁹

E- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Ortaya Konulan İlkeler

İfade ve kitle iletişim özgürlüklerine getirilen bir sınırlamanın, Sözleşme kapsamında güvence altına alınan söz konusu özgürlükleri ihlal etmemesi için, sınırlamanın AİHS m. 10/2’de belirtilen ölçütlere uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bu bölümde, AİHS m. 10/2’de belirtilen ve taraf devletler tarafından ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin sınırlandırılmasında kullanılan meşru amaçlar ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bu doğrultuda, ifade özgürlüğü ile bu özgürlüğü sınırlamak için kullanılan meşru amaçlar arasındaki çatışma durumlarında, AİHM içtihatlarında ortaya konulan ilkeler incelenecektir.

AİHS m. 10/2’de ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında Sözleşmeye taraf devletlerce kullanılacak çok sayıda meşru amaca yer verilmiştir.⁴⁰⁰ Söz konusu meşru amaçlar sınırlama sebebi olarak devletin ve kamusal menfaatlerin korunmasını amaçlayan, bireylerin (başkalarının) şöhret ve haklarının

³⁹⁸ a.g.k., para. 35.

³⁹⁹ Küzeci, Elif, “AİHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, TBB Dergisi, Sa. 71, Ankara 2007, s. 194-195.

⁴⁰⁰ AİHS m. 10/2’de yer verilen meşru amaçlar şunlardır: ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması.

korunmasını amaçlayan ve yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınmasını amaçlayan sınırlama sebepleri şeklinde sınıflandırılabilir.⁴⁰¹

1. İfade/Kitle İletişim Özgürlüğünün Devletin ve Kamusal Menfaatlerin Korunması Amacıyla Sınırlanması

Bu kategori kapsamına ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması ile gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi sebepleri girmektedir.⁴⁰² Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması amaçlarıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, genellikle benzer durumlarda uygulandıkları için bu sınırlama sebepleri gerekçe gösterilerek getirilen sınırlamalar, “ulusal güvenliğin korunması” meşru amacı kapsamında incelenecektir.

Ulusal güvenlik kavramının açık ve net bir tanımını vermek mümkün değildir.⁴⁰³ Ulusal kamu otoriteleri, ifade özgürlüğünü sınırlarken sık sık bu sınırlama nedenine başvururlar. Ulusal güvenlik gerekçesiyle, kamu otoriteleri tarafından ifade/kitle iletişim özgürlüğüne getirilen sınırlamalar Mahkeme tarafından, sınırlamanın ne şekilde yapıldığı, hangi ihtiyaca cevap verdiği ve bu ihtiyacın sınırlama yapılırken mevcut olup olmadığı hususları (ülkenin sınırlama yapılırken içinde bulunduğu mevcut koşullar) göz önüne alınarak değerlendirilmektedir.⁴⁰⁴

Observer ve Guardian/Birleşik Krallık davasında⁴⁰⁵ başvuru iki İngiliz gazetesi, İngiliz Gizli Servisi'nin çeşitli faaliyetlerinin anlatıldığı “Spycatcher” isimli kitap ve kitabın yazarından aldıkları bazı bilgilerin yayınlanmasının

⁴⁰¹ Söz konusu sınırlama sebeplerini farklı biçimlerde yapılan sınıflandırmaları için bkz. Cankaya/Yamaner, s. 28-98; Greer, s. 18-42; Sunay, s. 80-100.

⁴⁰² Sunay, s. 80; Sunay, yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması sebebi de bu kapsamda değerlendirmiştir. Çalışmada söz konusu sınırlama sebebi ayrı olarak aşağıda ele alınacaktır.

⁴⁰³ Sunay'a göre milli/ulusal güvenlik kavramı “genel olarak, devletin ve ülkenin iç ve dış güvenliğinin korunması konularını kapsamaktadır.” Milli güvenliği bozucu faaliyetler ise “devletin varlığını, ülkesini ve tüm halkı etkileyen” faaliyetlerdir. Bkz. Sunay, s. 83.

⁴⁰⁴ Doğru/Nalbant, s. 229.

⁴⁰⁵ Observer and Guardian v. UK, Başvuru No. 13585/88, 26/11/1991.

yasaklanması hususunda İngiliz ulusal mahkemeleri tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarının, ifade özgürlüklerine yönelik haksız bir sınırlama teşkil ettiğini öne sürmüşlerdir.⁴⁰⁶ İngiliz hükümeti AİHM önünde, söz konusu kitaptaki bilgilerin devlet sırrı niteliğinde olduğunu, bu doğrultuda güvenli bir şekilde muhafaza edilmelerinin ulusal güvenliğin korunması adına gerekli olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda başvuru gazetelerin ulusal güvenliğe aykırı yayın yapmasının engellenmesi için getirilen yayın yasağı kararlarının da, söz konusu bilgilerin güvenli bir şekilde muhafaza edilmelerini sağladığını savunmuştur. Basın söz konusu olduğunda, kamu menfaatini ilgilendiren bir yayına getirilen sınırlamanın daha sıkı bir gereklilik testine tabi tutulacağını altını çizen⁴⁰⁷ AİHM, başvuru konusu olayda, yayın yasağı getirilen kitabın ABD’nde yayınlanmasından sonra da devam eden ihtiyati tedbir kararını, kitabın ve içindeki bilgilerin gizliliğinin kalmadığı gerekçesiyle, demokratik toplumda gerekli olmayan bir sınırlama olarak değerlendirerek, başvuranların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴⁰⁸

Yayımdan önce getirilen yasak dolayısıyla ön kısıtlama oluşturan sınırlamanın ifade özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle AİHM önüne gelen bir diğer dava ise Vereining Weekblad Bluf!/Hollanda davasıdır.⁴⁰⁹ Bu davada, Bluf! isimli haftalık yayın yapan bir dergi, Hollanda gizli servisinin işleyişi ile ilgili “confidential” olarak sınıflandırılmış bir rapora ulaşmıştır. Fakat bu rapor yayınlanmadan derginin ilgili sayısı toplatılmış ve dağıtımı önlenmiştir.⁴¹⁰ Rapor Hollanda gizli servisinin, Hollanda Komünist Partisi, nükleer enerji karşıtı bir grup ile Polonya, Romanya, Çekoslovakya devletlerine mensup gizli servis elemanları hakkında topladığı bilgileri içermektedir. Hollanda Hükümeti AİHM önünde, raporun yayınlanması halinde ülkenin ulusal güvenliğine karşı tehdit oluşturan kişi ya da grupların, Hollanda Gizli Servisi’nin faaliyetlerinin içeriği ve

⁴⁰⁶ a.g.k., para. 9.

⁴⁰⁷ a.g.k., para. 63.

⁴⁰⁸ a.g.k., para. 66-70.

⁴⁰⁹ Vereining Weekblaad Bluf! v. Netherlands, Başvuru No. 16616/90, 09/02/1995.

⁴¹⁰ Doğru/Nalbant, s. 230.

kapsamı hakkında bilgi sahibi olabileceklerini belirterek, bu durumun ulusal güvenlik açısından tehlike yaratacağını savunmuştur.⁴¹¹

Derginin ilgili sayısının toplatıldığı gece, istihbarat raporunu da içeren yayın dergi çalışanları tarafından tekrar basılmış ve dağıtılmıştır.⁴¹² AİHM, illegal olarak da olsa yapılan dağıtımın, bilgilerin gizliliğini ortadan kaldırdığını belirterek, ulusal güvenliğin korunması nedeniyle söz konusu yayına getirilen toplatma ve dağıtımın önlenmesi tedbirlerin orantılı olmadığı gerekçesiyle, başvuru derginin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini hüküm altına almıştır.⁴¹³

İfade özgürlüğüne, ulusal güvenliğin korunması amacıyla getirilen sınırlamanın Sözleşmeye uygun olup olmadığının AİHM tarafından değerlendirildiği bir başka dava Zana/Türkiye davasıdır.⁴¹⁴ Söz konusu davada başvuru Mehdi Zana Diyarbakır eski Belediye Başkanı'dır. 1987 yılında Cumhuriyet gazetesine verdiği bir röportajda kullandığı "... *PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamdan yana değiliz; yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları öldürüyorlar...*" ifadeleri nedeniyle eski Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 168 ve 312 çerçevesinde yargılanarak 12 ay hapse mahkûm edilmiştir.⁴¹⁵ Mahkeme, ülkenin güneydoğusunda yaşanan karışıklıkları ve sözleri sarf eden kişinin politik kimliğini göz önüne alarak, ulusal kamu otoritelerin "ulusal güvenliğin korunması" amacıyla ifade özgürlüğüne sınırlama getirebileceklerini belirtmiştir.⁴¹⁶ AİHM, bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken, ifadenin içeriği ile röportajın verildiği sırada ülkenin içinde bulunduğu somut koşulları dikkate almıştır. Röportajın verildiği dönemde Diyarbakır'ın da içinde bulunduğu Türkiye'nin güneydoğusunda büyük bir gerilim vardır ve PKK'nın sivillere yönelik saldırıları

⁴¹¹ a.g.k., para. 34.

⁴¹² a.g.k., para. 11. İllegal bir biçimde dağıtımın yapıldığı gün Hollanda'da Kraliçenin doğum günü olması sebebiyle resmi tatil günüdür. İstihbarat faaliyetleri ile ilgili bilgileri de içeren yayının 2500 civarındaki kopyası, Amsterdam sokaklarında halka dağıtılmıştır.

⁴¹³ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 476.

⁴¹⁴ Zana v. Turkey, Başvuru No. 18954/91, 25/11/1997. Bu başvuruda AİHM, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın, ulusal güvenliğin korunmasının yanı sıra kamu güvenliğinin korunması meşru amacını da taşıdığını belirtmiştir. a.g.k., para. 50.

⁴¹⁵ Özdek, s. 244.

⁴¹⁶ a.g.k., para. 50.

devam etmektedir.⁴¹⁷ AİHM, Zana'nın Diyarbakır eski belediye başkanı olması, röportajın büyük günlük gazetelerden birinde yayınlanmış olması, röportajın yayınlandığı tarihte Güneydoğu'nun içinde bulunduğu somut koşullar ve çekilen hapis cezasının azlığı⁴¹⁸ nedenlerini göz önüne alarak başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğini karar altına almıştır.⁴¹⁹

İfade/kitle iletişim özgürlüğünü sınırlamada kullanılan bir diğer sebep, düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesidir. Bu sebep, taraf devletler tarafından terörizme ve diğer suçlara karşı yaptıkları mücadele çerçevesinde, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında kullanılan bir sebeptir.⁴²⁰ Ürper ve Diğerleri/Türkiye⁴²¹ davasında, dört günlük gazeteye, yayınladıkları haberlerde terör propagandası yaptıkları ve suç olan eylemleri övdükleri/destekledikleri gerekçeleriyle, 15 günden 1 aya kadar değişen sürelerde “yayın yasağı” getirilmiştir.⁴²² AİHM, ilgili gazetelere getirilen “yayın yasağı”nın, düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amacını taşıdığını kabul etmekle beraber, bu nitelikte bir sınırlamanın “demokratik toplumda gerekli olma” ölçütü çerçevesinde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴²³ Mahkeme söz konusu yayın yasağının, gazetelerin henüz yayınlanmamış sayılarına karşı uygulandığını ifade etmiştir. Ayrıca yayın yasağının, gazetelerdeki belli bir habere veya köşe yazısına değil, bir bütün olarak gazetelerin hepsine karşı uygulandığının altını çizen AİHM, bu durumun ön kısıtlama niteliğinde sınırlamalara yol açtığını belirtmiştir.⁴²⁴ Bu nitelikteki sınırlamaların, basının “kamunun bekçi köpeği olma” görevini yerine getirmesini engelleyeceğini belirten Mahkeme, bu sebeple sansüre yol açan yayın

⁴¹⁷ a.g.k., para. 59.

⁴¹⁸ Başvurucu mahkum edildiği tarihten sonra çıkarılan bir yasadan yararlanarak şartla tahliye olmuş; 2 ay 12 gün hapis cezası çekmiştir.

⁴¹⁹ Özdek, s. 244.

⁴²⁰ Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 476.

⁴²¹ Ürper and Others v. Turkey, Başvuru No. 14526/07-14747/07-15022/07-15737/07-36137/07-47245/07-50371/07-50372/07 and 54637/07, 20/10/2009.

⁴²² a.g.k., para. 5

⁴²³ a.g.k., para. 32.

⁴²⁴ Haberi “çabuk eskijen bir mal – (a perishable commodity)” olarak değerlendiren Mahkeme, basına yönelik “ön kısıtlama” niteliğindeki uygulamaların daha sıkı bir biçimde denetlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. a.g.k., para. 39.

yasağının demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığını ve başvurucuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır.⁴²⁵

Gizli bilgilerin yayılmasının/açıklanmasının önlenmesi amacı, ifade/kitle iletişim özgürlüğünün sınırlanmasında kullanılan bir başka sınırlama sebebidir. Söz konusu sınırlama sebebinin kapsamına devlet sırrı, gizli haber vb. kavramların girdiği söylenebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, devlet sırrı, gizlilik vb. kavramların varlığının, devlete ait her bilginin gizli sayılacağı anlamına gelmediğidir. Dolayısıyla söz konusu kavramlar somutlaştırılmadan, soyut bir ülke, devlet veya toplum menfaatine dayanılarak, ifade ve basın özgürlüğünün sınırlanması, Sözleşmeye uygun ve meşru olarak kabul edilemez.⁴²⁶ Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi amacıyla, ifade/basın özgürlüğüne getirilen bir sınırlamanın, başvurucunun ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğinin değerlendirildiği davaya örnek olarak Fressoz ve Roire/Fransa⁴²⁷ davası gösterilebilir. Haftalık yayın yapan bir gazetenin yayın müdürü ile o gazetede görev yapan bir gazeteci olan başvurucular, Peugeot şirketinin genel müdürünün maaşının detaylarını içeren ve devlet dokümanı niteliğinde olan bir belgeyi gazetede yayınlamışlardır. Belgenin yayınlandığı dönemde, Peugeot Motor Şirketi bünyesinde huzursuzluklar bulunmaktadır. Bu huzursuzlukların sebebi, işçilerin taleplerine rağmen yönetimin vermeyi reddettiği ücret artışıdır. Başvurucuların, yazdıkları makale kapsamında yayınladıkları belge, Peugeot şirketinin genel müdürünün, maaşını son iki yılda %45 arttırdığını gösteren resmi maaş bordrosudur.⁴²⁸ Söz konusu yayından sonra, ilgili dokümana izinsiz sahip oldukları gerekçesiyle başvurucular hakkında ulusal mahkemeler tarafından mahkûmiyet kararı verilmiştir.⁴²⁹

AIHM söz konusu başvuruyu incelerken başvurucuların mahkûm edilmeleri sonucuna yol açan makalenin niteliğiyle ilgili olarak şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “*Makale, önde gelen Fransız otomobil*

⁴²⁵ a.g.k., para. 44.

⁴²⁶ Sunay, s. 171.

⁴²⁷ Fressoz and Roire v. France, Başvuru No. 28183/95, 21/01/1999. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bıçak, s. 187-211

⁴²⁸ a.g.k., para. 9-10.

⁴²⁹ Bıçak, s. 24.

*üreticilerinden birinde –basında geniş bir şekilde yer alan- endüstriyel bir tartışma sırasında yayınlanmıştır. ...makale, genel çıkar konusundaki bir kamuoyu tartışmasına katkıda bulunmuştur.”*⁴³⁰ AİHM, başvurucuların gazetecilik mesleğinin gereklerine uygun olarak hareket ettiklerini, söz konusu olayda iyi niyetlerinin ulusal otoriteler tarafından gündeme getirilmediğini, makale kapsamında yayınlanan vergi beyannamelerinin gerçek olduğunun, başvurucular tarafından teyit edildiğini belirtmiştir. Son olarak başvurucular aleyhine verilen mahkûmiyet kararını da ele alan Mahkeme şöyle bir sonuca ulaşmıştır: *“demokratik bir toplum çıkarının basın özgürlüğünü sağlamakta ve korumakta olduğu göz önüne alındığında, gazetecilerin mahkûmiyeti yoluyla amaçlanan meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle de Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir.”*⁴³¹

İfade/basın özgürlüğü ile gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi menfaatleri çatıştığında AİHM, açıklanan bilginin kamusal bir meseleye olan katkısını göz önüne almaktadır. Bunun yanı sıra, gazetecilerin iyi niyetle ve gazetecilik etiğine uygun hareket edip etmediklerini de dikkate alan Mahkeme, son olarak da ifade/basın özgürlüğüne getirilen sınırlamanın ağırlığını göz önüne alarak ifade özgürlüğü ile gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi menfaatleri arasında bir denge sağlamaya çalışmaktadır.

AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen sınırlama sebepleri arasında, taraf devletlerin ifade/kitle iletişim özgürlüğüne sınırlama getirirken en fazla takdir payına sahip olduğu sınırlama sebebi, ahlakın korunmasıdır. AİHM bu durumun gerekçesi olarak, ahlaki konuların ülkeden ülkeye hatta aynı ülkenin bir bölgesinden diğerine farklılıklar içermesini göstermektedir.⁴³² Ahlakın korunması meşru amacıyla ifade özgürlüğüne getirilen bir sınırlamanın, Sözleşmeye uygun olup olmadığının incelendiği en önemli kararlardan biri Handyside/Birleşik

⁴³⁰ a.g.k., para. 50. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bıçak, a.g.e., s. 187-211. Kararın ilgili paragraflarından yapılan alıntılarda söz konusu çeviriden yararlanılmıştır.

⁴³¹ a.g.k., para. 56.

⁴³² İnceoğlu, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği yay., Ankara 2011, s. 106.

Krallık kararıdır.⁴³³ Başvurucu Bay Handyside bir yayıncıdır. İlk kez 1969'da Danimarka'da yayınlanan çocuklara yönelik okul kitabının Birleşik Krallık'taki yayın haklarını satın almıştır. Mastürbasyon, orgazm, sevişme ve cinsel ilişki, gebeliği önleyiciler, cinsel rüyalar, adet görme, pornografi, iktidarsızlık, eşcinsellik gibi çeşitli alt bölümler içeren kitap, diğer pek çok Avrupa ve Avrupa dışındaki ülkede yayınlanmıştır. Fakat söz konusu kitap Birleşik Krallık'ta yayımlandıktan sonra Müstehcen Yayınlar Yasası'na aykırı bulunarak toplatılmış ve başvurucuya para cezası verilmiştir.⁴³⁴

AİHM, bu başvuruyu incelerken ahlak kavramı ile ilgili olarak şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “...Sözleşmecî Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları “yasak” veya “ceza”nın gerekliliği hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. ...Sonuç olarak, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, Sözleşmecî Devletlere bir takdir alanı bırakır. “Hukukun öngördüğü” bu alan, hem ulusal yasa koyucuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş yargılama makamına tanınmıştır.”⁴³⁵ Mahkeme, ahlaki alanda ifade özgürlüğünün sınırlanması hususunda, taraf devletlere daha fazla takdir payı tanınması unsurunu da göz önüne alarak, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁴³³ Handyside v. UK, Başvuru No. 5493/72, 07/12/1976.

⁴³⁴ İnceoğlu, “İHAM Kararlarında Çoğulculuk”, s. 106.

⁴³⁵ a.g.k., para. 48. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Doğru/Nalbant, s. 245-255. Yukarıda yapılan alıntıda bu çeviriden yararlanılmıştır.

2. İfade/Kitle İletişim Özgürlüğünün Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması Amacıyla Sınırlanması

İfade/kitle iletişim özgürlüğünün, başkalarının şöhreti ve/veya haklarının korunması amacıyla sınırlanmasında, sınırlamanın AİHS'ne uygun olup olmadığı değerlendirilirken, ifadenin yöneldiği kişilerin resmi bir sıfatının bulunup bulunmadığı hususu önem kazanmaktadır. Bunun yanı sıra resmi sıfatı bulunan kişiler bakımından da, Mahkeme tarafından olayın özelliklerine göre farklı değerlendirmelerde bulunmaktadır.⁴³⁶

Başkalarının şöhret veya haklarının korunması meşru amacına dayanılarak taraf devletlerce ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda, ifade özgürlüğü ile dini değerlerin korunması menfaatlerinin çatıştığı durumlarda AİHM, ağırlıklı olarak dini değerleri koruma eğilimi göstermektedir.⁴³⁷ Aşağıda ilk olarak Mahkemenin, dini değerlerin korunması amacıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları değerlendirdiği kararlar ele alınacaktır. Daha sonrasında ise resmi sıfatı olan ve olmayan bireylerin şöhret veya haklarının korunması söz konusu olduğunda, AİHM'nin ifade/kitle iletişim özgürlüğüne getirilen sınırlamaları nasıl değerlendirdiği incelenecektir.

a) Dini Değerlerin Korunması

Mahkeme, dini değerleri hicveden filmlerin engellenmesini ve bu filmlere el konulmasını Sözleşmeye uygun bir sınırlama olarak görmektedir. Otto Preminger Institut/Avusturya davasının⁴³⁸ konusu şöyledir: Bir dernek olan başvuru, *Council in Heaven* isimli filmi altı kez göstereceğini kamuoyuna duyurmuştur. Söz konusu duyuruda kanun uyarınca, filmin on yedi yaşından küçüklere gösteriminin yasak olduğu da belirtilmiştir. Filmde Tanrı, İsa ve Meryem alaycı bir üslupla canlandırılmıştır. Filmin bazı sahnelerinde Tanrı şeytanla ahbaplık eden yaşlı bir bunak olarak gösterilmekte, ayrıca İsa zekâ özür

⁴³⁶ Sunay, s. 95.

⁴³⁷ İnceoğlu, "İHAM Kararlarında Çoğulculuk", s. 114.

⁴³⁸ Otto Preminger-Institut v. Austria, Başvuru No. 13470/87, 20/09/1994.

olarak tanıtılmakta ve Meryem de şeytanı alkışlarken görülmektedir.⁴³⁹ İlk gösterimden önce, Katolik Kilisesi'nin Innsbruck Piskoposluğu'nun talebi üzerine savcı, başvuru derneğın yöneticisi hakkında “dini değeri aşılamak” suçundan soruşturma açmış, ardından gösterim yapılamadan filme el konulmuştur. Başvuru dernek, yapılan bu müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürerken, Avusturya Hükümeti AİHM önünde, filme el konulmasının “başkalarının haklarının”, özellikle de dini duygulara saygı hakkının korunmasını ve kamu düzeninin sağlanmasını amaçladığını belirtmiştir.⁴⁴⁰

AİHM, ilgili başvuruyu değerlendirirken, ister azınlık ister çoğunluk mensubu olsun dinlerini uygulamak isteyenlerin, bunu her türlü eleştiriden uzak olarak gerçekleştirmelerini doğal olarak bekleyemeyeceklerini ifade etmiştir.⁴⁴¹ Olayda çatışma halinde olan iki özgürlüğün bulunduğu altını çizen AİHM, Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen “görev ve sorumluluk” kavramının, başkaları için incitici olan ve böylece onların haklarını ihlal eden ve insanlık için ilerleme sağlayabilecek kamusal tartışmaya hiçbir biçimde katkıda bulunmayan ifadelerin önlenmesi yükümlülüğünü de kapsayabileceğini belirtmiştir.⁴⁴² Mahkeme, devletlerin dinle ilgili konularda sahip oldukları takdir payı ile ahlaki alanda sahip oldukları takdir payı arasında bir karşılaştırma yaparak, ahlak kavramında olduğu gibi din konusunda da Avrupa ülkeleri arasında bir konsensüs bulunmadığını belirtmiş, dini değerlerin korunması hususunda Sözleşmeye taraf devletlerin daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir.⁴⁴³ Sonuç olarak Mahkeme, Katolik dininin, filmin gösterileceği şehirde/bölgede halkın %87'si tarafından kabul edildiği olgusunu da göz önüne alarak, Avusturya otoritelerinin takdir payını aşacak bir sınırlamada bulunmadıklarının altını çizmiş; başvuru kişinin ifade özgürlüğünün ihlal

⁴³⁹ Cankaya/Yamaner, s. 37.

⁴⁴⁰ İnceoğlu, “İHAM Kararlarında Çoğulculuk”, s. 115.

⁴⁴¹ a.g.k., para. 47.

⁴⁴² a.g.k., para. 49.

⁴⁴³ Cankaya/Yamaner, s. 39. Ahlakın ve dini değerlerin korunması amacıyla taraf devletlerce ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda, taraf devletlerin daha geniş takdir payına sahip olması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Arai-Takahashi, s. 102-105.

edilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁴⁴⁴ Kararda Mahkemenin eğilimi, çoğunluğun mensup olduğu dini inançları koruma yönünde olmuştur. Bu husus da, Mahkemenin ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarında hep vurgu yaptığı çoğulculuk ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁴⁴⁵

İfade özgürlüğü karşısında, çoğunluğun mensubu bulunduğu dini değerlerin korunması menfaatine öncelik veren AİHM'ne bu hususta getirilen bir diğer eleştiri ise, dindar kesimin inançları nedeniyle incitilmesi karşısında gösterdiği duyarlılığı, laik kesimin benimsediği değerlere yapılan saldırılar karşısında göstermemiş olmasıdır.⁴⁴⁶ 2005 tarihli İ.A./Türkiye davası,⁴⁴⁷ kutsal kitaba, dine ve peygambere yönelik ifadeler içeren felsefe ve teoloji üzerine yazılmış olan bir kitabı yayınlaması nedeniyle, iki yıl hapis cezası (para cezasına çevrilmiştir) alan bir yayıncı hakkındadır. Mahkeme, romanda geçen "*Tanrı'nın ulaşı orucunu cinsel ilişki ile bozuyordu... Muhammed ölü bir insanla ya da canlı bir hayvanla cinsel ilişkiyi yasaklamıyordu*" gibi ifadelerin m. 10/2 kapsamında sınırlanabileceğini kabul etmiştir.⁴⁴⁸ Buna karşın Mahkeme, Gündüz/Türkiye davasında,⁴⁴⁹ başvuranın bir televizyon programında sarf ettiği "*demokrat olmak dinsiz olmak demektir*", "*resmi nikahtan doğan çocuklar piçtir*" sözleri nedeniyle aldığı mahkumiyet cezasını, ilgili sözlerin laik değerlere bağlı kesimi inciteceğini kabul etmekle beraber, sözlerin geri alma veya düzeltme imkanı olmayan bir ortam olan canlı yayında söylendiği ve sözlerde şiddete çağrı bulunmadığı hususlarını göz önüne alarak ifade özgürlüğüne aykırı bulmuştur.⁴⁵⁰

AİHM, dini değerlerin korunması amacıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları değerlendirirken çoğulcu demokrasi anlayışından uzaklaşarak

⁴⁴⁴ a.g.k., para. 56.

⁴⁴⁵ Cankaya/Yamaner, s. 39; İnceoğlu, "İHAM Kararlarında Çoğulculuk", s. 116. Avrupa İnsan Mahkemesi'nin dini alanda çoğulculuk hususuna nasıl yaklaştığıyla ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. İnceoğlu, "İHAM Kararlarında Çoğulculuk", s. 114-125.

⁴⁴⁶ Uygun, Oktay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması", Kamu Hukuku İncelemeleri içinde, XII Levha yay., 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 149.

⁴⁴⁷ İ.A. v. Turkey, Başvuru No. 42571/98, 13/09/2005.

⁴⁴⁸ İnceoğlu, "İHAM Kararlarında Çoğulculuk", s. 118; Uygun, "İfade Özgürlüğünün Sınırlanması", s. 149.

⁴⁴⁹ Gündüz v. Turkey, Başvuru No. 35071/97, 04/12/2003

⁴⁵⁰ Uygun, "İfade Özgürlüğünün Sınırlanması", s. 149-150.

çoğunlukçu bir anlayışı benimser gözükmektedir.⁴⁵¹ Mahkeme, dini değerlerin (daha geniş anlamda ele alırsak kutsal değerlerin) korunması amacıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları incelerken, bazı kararlarında ölçülülük testine başvurmadan kararını vermektedir.⁴⁵² Halbuki AİHM, ölçülülük testini ihmal ettiği kararlarında bu teste başvursaydı, kutsal değerlerin korunması amacıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların gerçekten “gerekli” olup olmadığı noktasında ciddi şüpheler ortaya çıkacaktı.⁴⁵³ Altıparmak’ın da belirttiği üzere, *“Kutsal sayılan değerlerin korunması konusu, son kertede ifade özgürlüğü sorununun merkezinde yer alır. İfadenin konusu olması yasaklanan kutsal değerler, rejimin ideolojisini de yansıtır çünkü artık devlet ifadenin ortaya çıkardığı zarar veya somut tehlikeyle değil içeriğiyle ilgileniyor demektir.”*⁴⁵⁴ Mahkemenin, ifade özgürlüğü ile çoğunluğun benimsediği kutsal değerlerin korunması menfaatlerinin çatıştığı durumlarda, sadece ifadenin içeriğini göz önüne alarak çoğunluğun kutsal değerlerinin korunması yönünde kararlar vermesi, yukarıda belirtilen sebeplerle Sözleşme ile güvence altına alınan çoğulcu demokrasi anlayışına uygun değildir.

b) Siyasetçilerin Şöhret ve Haklarının Korunması

İfade özgürlüğü ile başkalarının hak ve/veya şöhret değerlerinin çatışması hallerinde AİHM, eğer şöhreti söz konusu olan kişi siyasetçi ise, prensip olarak, ifade özgürlüğü lehine bir değerlendirme yapmaktadır.⁴⁵⁵ Lingens/Avusturya davasında⁴⁵⁶ gazeteci olan başvuru, geçmişinde Nazi faaliyetleri bulunan bir

⁴⁵¹ Mahkemenin bu tutumu, ahlakın korunması amacıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları incelerken de devam etmektedir. Bkz. İnceoğlu, “İHAM Kararlarında Çoğulculuk”, s. 109.

⁴⁵² Örnek olarak, Otto Preminger davasında başvuru dernek tarafından gösterilecek filmin, 17 yaşından küçüklere gösteriminin yasak olması ve filme girişin ücretli olması unsurları, Mahkeme tarafından, gösterim yapılmadan filme yasak getirilmesi hususu değerlendirilirken dikkate alınmamıştır.

⁴⁵³ İnceoğlu, “İHAM Kararlarında Çoğulculuk”, s. 109.

⁴⁵⁴ Altıparmak, Kerem, “Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap”, İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye içinde (Ed. Tanıl Bora), İletişim Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2007, s. 111-112.

⁴⁵⁵ Doğru/Nalbant, s. 232.

⁴⁵⁶ Lingens v. Austria, Başvuru No. 9815/82, 08/07/1986.

siyasetçi ile koalisyon kuracağını açıklayan Federal Şansölyeyi eleştiren iki yazı yazmıştır. Başvurucu bu yazılarında söz konusu koalisyon girişiminin “ahlaksızca”, “yüz kızartıcı” ve “en adi türden fırsatçılık” olduğunu belirten ifadeler kullanmıştır. Şansölyenin bu sözler üzerine açtığı davada Lingens ulusal mahkemeler tarafından para cezasına çarptırılmıştır. AİHM, önüne gelen bu başvuruda, başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini incelerken şu önemli noktanın altını çizmiştir: *“Basın özgürlüğü, siyasi liderlerin düşünce ve davranışları hakkında halkın bir kanaat sahibi olmasını sağlayan en iyi araçlardan biridir. Dana genel bir ifadeyle, Sözleşme boyunca ön plana çıkan demokratik toplum kavramının özünü siyasi tartışma özgürlüğü teşkil eder. Bu nedenle kabul edilebilir eleştirinin sınırları, özel kişilere nazaran politikacılar için daha geniştir. Özel kişilerin aksine politikacılar kaçınılmaz olarak ve bilerek her sözünü ve fiilini hem gazeteciler hem de halk kitlesinin yakın tetkikine açarlar ve sonuç olarak daha fazla tolerans göstermek zorundadırlar. Şüphesiz 10. maddenin 2. fıkrası başkalarının –diğer bir ifadeyle bütün şahısların- itibarının korunmasını gerektirir ve bu koruma politikacıları da içine alır –onlar özel şahıs olma sıfatları ile hareket etmedikleri durumlarda bile bu korumadan yararlanırlar-, fakat böyle durumlarda bu korumanın gerekleri ile siyasi meselelerin alenen tartışılmasının yararları karşılaştırılarak değerlendirme yapılır.”⁴⁵⁷*

Siyasetçilere yönelik eleştiriler söz konusu olduğunda, eleştirinin kamu yararını/menfaatini ilgilendiren boyutu da AİHM tarafından göz önüne alınarak, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda taraf devletlerin sahip oldukları takdir payı daralmaktadır.⁴⁵⁸ Lingens davasında, yukarıda belirtilen tüm bu unsurları göz önüne alan Mahkeme, başvurunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın, demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve güdülen meşru amaçla orantısız olduğu gerekçesiyle yerinde olmadığına, başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ a.g.k., para. 42.

⁴⁵⁸ Arai-Takahashi, s. 120.

⁴⁵⁹ a.g.k., para. 47. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bıçak, s. 115-135. Karara yapılan atıflarda bu çeviriden faydalanılmıştır.

Hükümete yönelik eleştiri söz konusu olduğunda ise, kabul edilebilir eleştirinin sınırları daha da genişlemektedir. Bu doğrultuda ulusal otoriteler, ifade özgürlüğüne yönelik en az sınırlayıcı müdahale biçimini tercih etmelidirler. Çünkü genel olarak kabul edildiği üzere, sağlıklı bir demokrasinin hayata geçirilebilmesi için hükümetin hem basın/medya hem de kamuoyu tarafından denetlenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra hükümetin, demokratik düzende sahip olduğu güçlü konumu göz önüne alındığında, özellikle muhaliflerinin ve medyanın saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak adına ceza davasına ya da ifade özgürlüğü üzerinde sürekli bir etkiye sahip olacak müdahalelere başvurmada kendini sınırlı görmesi gerekmektedir. Taraf devletlerin, hükümete yönelik eleştiriler söz konusu olduğunda, ifade özgürlüğünün sınırlanması hususunda sahip oldukları takdir payının kapsamı oldukça daralmaktadır.⁴⁶⁰

Siyasetçilerin görevleri dışında, kamuoyunu ilgilendirmeyen özel hayatları söz konusu olduğunda Mahkeme, ifade ve basın özgürlüğüne getirilen sınırlamalara karşı daha toleranslı yaklaşmaktadır. Tammer/Estonya davasının⁴⁶¹ konusunu, ulusal bir gazetede yayınlanan röportajda, bir siyasetçinin eski yardımcısının⁴⁶² özel hayatına ilişkin gözlemlerini belirten gazetecinin, hakareten dolayı mahkum edilmesi oluşturmaktadır. AİHM, başvurunun eleştirilerini hakaret içeren ifadelerle başvurmadan, başka biçimlerde de dile getirebileceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, başvurunun ifadelerinin kamusal meselelere veya kamu yararına ilişkin ifade kategorisinde değerlendirilemeyeceğinin altını çizdikten sonra, başvurucuya verilen para cezasının miktarının düşüklüğünü de göz önüne alarak, ulusal mahkemelerin sahip oldukları takdir payını aşmadıklarına ve başkalarının şöhretinin korunması ile gazetecinin bilgilendirme hakkı arasında adil bir denge kurduklarına karar vermiştir.⁴⁶³ Mahkemeye göre

⁴⁶⁰ Arai-Takashi, s. 122-123. Bu yöndeki bir AİHM kararı için bkz. Castells v. Spain, Başvuru No. 11798/85, 23/04/1992, para. 46. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bıçak, s. 135-165.

⁴⁶¹ Tammer v. Estonia, Başvuru No. 41205/98, 06/02/2001.

⁴⁶² Kendisine hakaret edildiği gerekçesiyle başvuru gazeteciye karşı dava açan kişi, söz konusu siyasetçinin eski yardımcısı olmasının yanı sıra, aynı zamanda eşidir (Başvurunun AİHM tarafından incelendiği dönemde). Röportaj kapsamında başvuru, söz konusu siyasetçinin eşinin özel hayatı hakkında –iyi bir anne olup olmadığı vb. konularda- çeşitli yorumlarda bulunmuştur. a.g.k., para. 22.

⁴⁶³ a.g.k., para. 68-69-70.

başvurucunun ifade özgürlüğü, tüm bu sebepler birlikte değerlendirildiğinde ihlal edilmemiştir.

c) Kamu Görevlilerinin Şöhret ve Haklarının Korunması

AİHM, siyasetçilerle ilgili geliştirdiği içtihadını, kamusal bir görev icra eden kişilere uygularken de kamu görevlilerinin yaptıkları görev icabı sahip oldukları sıfatları dikkate almaktadır. Kamu görevlilerinin şöhret veya haklarının korunması söz konusu olduğunda, Mahkeme tarafından kamu görevlilerine, siyasetçilere oranla daha geniş bir koruma sağlanmaktadır.⁴⁶⁴ Siyasetçiler gibi kamu görevlileri de sıradan kişilere oranla daha fazla eleştiriye açık olmak zorundadırlar. Fakat siyasilere farklı olarak kamu görevlileri, sadece mesleki davranışları hususunda daha hoşgörülü olmak durumundadırlar. Çünkü kamu görevlileri kendilerini bilerek ve isteyerek kamuoyunun incelemesine ve denetlemesine açmamışlardır.⁴⁶⁵

Thorgeir Thorgeirson/İzlanda davasının⁴⁶⁶ konusunu polis hakkında yazılan yazılar oluşturmaktadır. Yazar olan başvurucu, ulusal bir gazetede yayınlanan iki makalesinde polisin kötü muamelesinden bahsederken, polisler için yönelik olarak “*hayvanca davranan üniformalılar*”, “*vahşi üniformalılar*” vb. terimler kullanmıştır. Söz konusu ifadeleri nedeniyle başvurucu, kimliklerini belli etmeden polis mensuplarının hepsine hakaretten yargılanmış ve para cezasına mahkûm edilmiştir.⁴⁶⁷ AİHM, kamu yararını ilgilendiren konularda da bilgi ve fikirlerin iletilmesinin basın görevi olduğunu belirttikten sonra, siyasi tartışma ile kamuyu ilgilendiren başka konular arasında bir ayrım yapmak için herhangi bir neden bulunmadığını ifade etmiştir. AİHM, başvurucu aleyhine hükmedilen para cezasının⁴⁶⁸ kamusal meselelerin tartışılması üzerinde cesaret kırıcı bir etkisinin

⁴⁶⁴ Doğru/Nalbant, s. 236.

⁴⁶⁵ İnceoğlu, “İHAM Kararlarında Çoğulculuk”, s. 100.

⁴⁶⁶ Thorgeir Thorgeirson v. Iceland, Başvuru No. 13778/88, 25/06/1992.

⁴⁶⁷ Doğru/Nalbant, s. 238.

⁴⁶⁸ Karar tarihinden itibaren belli bir süre içerisinde söz konusu para cezası ödenmezse, para cezasının 8 günlük hapis cezasına dönüşeceği ulusal mahkemeler tarafından kayıt altına alınmıştır. a.g.k. para. 25.

olabileceğini göz önüne alarak, başvuruçunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın varılmak istenen meşru amaç ile orantılı olmadığı gerekçesiyle, başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini hüküm altına almıştır.⁴⁶⁹

Janowski/Polonya davasında⁴⁷⁰ ise başvuruçunun gazeteci, sokak satıcılarına müdahalede bulunan belediye görevlilerine uyarılarda bulunmuştur. Başvuruçunun bu uyarıları sırasında, belediye görevlilerine yönelik olarak “aptal” ve “hökük” kelimelerini kullanmıştır. Söz konusu ifadeleri nedeniyle başvuruçunun, ulusal mahkemeler tarafından para cezasına çarptırılmıştır. AİHM söz konusu başvuruyu değerlendirirken, kamu görevlileri için kabul edilebilir eleştiri sınırlarının, siyasetçiler için kabul edilen kadar geniş olmadığını altını çizmiştir. Ayrıca Mahkemeye göre, kamu görevlilerinin görevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri için toplumun güvenini de kazanmaları gerekmektedir. Mahkeme, bu nedenle kamu görevlilerinin görevleri sırasında kendilerine yönelebilecek sözlü saldırılarından korunmaları gerektiğine işaret etmiştir.⁴⁷¹ AİHM başvuruçunun belediye görevlilerine yönelik sözlerinin, kamuoyunu ilgilendiren konularda açıkça yapılan tartışmanın bir parçası olmadığını vurgulamış; başvuruçunun gazeteci olmasına rağmen, söz konusu sözleri sarf ettiği sırada sıradan bir vatandaş olarak hareket ettiğini, bu nedenle konunun basın özgürlüğü açısından bir değerlendirilmesinin yapılmasına gerek olmadığını belirtmiştir.⁴⁷² Bu doğrultuda AİHM, ulusal otoriteler tarafından başvuruçunun ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için gösterilen gerekçelerin “ilgili” ve “yeterli” olduğu değerlendirmesini yaparak, başvuruçunun aleyhine verilen hapis cezasının daha sonra iptal edilmesi hususunu da göz önüne almış; tüm bu unsurlar birlikte değerlendirildiğinde taraf devletin takdir payını aşmadığına ve bu davada 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴⁷³

⁴⁶⁹ a.g.k., para. 68-69-70.

⁴⁷⁰ Janowski v. Poland, Başvuru No. 25176/94, 21/01/1999.

⁴⁷¹ a.g.k., para. 33.

⁴⁷² a.g.k., para. 32.

⁴⁷³ Doğru/Nalbant, s. 239.

d) Kamuya Mal Olmuş Kişilerin Şöhret ve Haklarının Korunması

Basın önünde sürekli yer alan kişilerin, kamuya mal olmuş kişiler olarak sınıflandırılabilir. Resmi bir sıfatı olmayan bu kişilerle ilgili basın tarafından haber ve/veya bilgi verilirken, zaman zaman söz konusu kişilerin özel hayatına saygı hakkı ile basın özgürlüğü arasında menfaat çatışması yaşanmaktadır. AİHM, ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakkı arasında yaşanan çatışan menfaatler hususunda bir dengenin bulunması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁷⁴ Mahkemenin bu konuda temel ilkeleri belirlediği dava Axel Springer AG/Almanya davasıdır.⁴⁷⁵ Davanın konusunu, tanınan bir oyuncunun gözaltına alınması ve mahkûmiyetine ilişkin haberin yayınlanması üzerine, yüksek tirajlı günlük bir gazeteye getirilen yayın yasağı ve para cezası oluşturmaktadır. Yine aynı gazetede, yukarıda belirtilen olaydan 4 ay önce, oyuncunun uyuşturucu kullandığına ilişkin itiraflarını içeren bir haber yayınlanmıştır. Bu haberle ilgili olarak da yine oyuncunun talebi üzerine hem yayın yasağı kararı verilmiş; hem de gazete para cezasına mahkum olmuştur.

İlgili başvuruyu inceleyen AİHM, ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakkı arasında çatışan menfaatlerin bulunduğunu belirttikten sonra, söz konusu çatışan menfaatler arasında dengenin sağlanması adına göz önüne alınması gereken altı ilke sıralamıştır. Bu ilkeler şunlardır: (1) Kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı; (2) Hedef alınan kişinin tanınmışlık düzeyi ve yazının amacı; (3) İlgili kişinin yayından önceki davranışı; (4) Bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu; (5) Yayının içeriği, biçimi ve sonuçları; (6) Yaptırımın ağırlığı.⁴⁷⁶

Bu ilkeleri önündeki davaya uygulayan Mahkeme,⁴⁷⁷ kamuoyunun söz konusu yazılarda yer verilen bilgilere ulaşmasında belli oranda bir kamu yararının bulunduğu bunun yanı sıra, oyuncunun kamuoyu tarafından önemli ölçüde tanınan bir kişi olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme ayrıca, oyuncunun kamuya

⁴⁷⁴ Doğru/Nalbant, s. 240.

⁴⁷⁵ Axel Springer AG v. Germany (Büyük Daire), Başvuru No. 39954/08, 07/02/2012.

⁴⁷⁶ a.g.k., para. 90-95.

⁴⁷⁷ a.g.k., para. 96-109.

açık bir alanda gözaltına alındığına ve yargısal süreçle ilgili pek çok ayrıntıyı kendisi ile yapılan röportajlarda dile getirdiğine de dikkat çekmiştir. Gazetenin, oyuncunun adını gizli tutmayıp bu bilgileri kamuoyu ile paylaşırken kötü niyetle hareket etmediğini göz önüne alan AİHM, verilen bilgilerin doğru ve savcılıktan alınan verilere dayandığını da belirtmiştir. Yayınlanan makalenin içeriği, biçimi ve sonuçları açısından oyuncunun özel yaşamına ilişkin detayları açıklamadığını, sadece gözaltına alındığı süreçle ilgili bilgiler içerdiğini dikkate alan AİHM, başvurucuya yönelik olarak uygulanan yaptırım hafif nitelikte olsa dahi, söz konusu yaptırımın basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkisinin olacağını vurgulamıştır.⁴⁷⁸ Bu nedenle Mahkemeye göre başvurucunun ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.⁴⁷⁹

3. Yargı Erkinin Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması Amacıyla İfade/Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırlanması

İfade/kitle iletişim özgürlüğünün sınırlanmasında en çok tartışma yaratan sınırlama sebeplerinden biri de yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının sağlanması sebebidir. Özellikle basın özgürlüğü söz konusu olduğunda ilgili sınırlama sebebi daha da tartışmalı bir hale gelmektedir. Böyle durumlarda Sözleşmenin 10. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ile Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınan yargının tarafsızlığı ve adil yargılanma hakkının karşı karşıya geldiği söylenebilir.⁴⁸⁰

Basının görevi halkın menfaatini yakından ilgilerden kamusal meseleler hakkında kamuoyuna gerekli haber ve bilgilerin verilerek, kamuoyunun aydınlatılmasıdır. Demokratik bir hukuk devletinde yargının işleyişi, hiç kuşkusuz kamuoyunu yakından ilgilendiren bir meseledir. Diğer yandan, kuvvetler ayrılığı bağlamında yargı erkinin demokratik toplum düzeninde sahip olduğu önemli yer de dikkate alınmalıdır. Yargı mensuplarının, görevlerini ve mesleki sorumluluklarını yerine getirirken kendilerini ifade etme olanakları sınırlıdır. Bu

⁴⁷⁸ Doğru/Nalbant, s. 241.

⁴⁷⁹ a.g.k., para. 110-111.

⁴⁸⁰ Baykan, s. 108-109.

nedenle yargı mensuplarının, görevlerini yerine getirirken temeli olmayan yıkıcı saldırılara karşı korunmaları gerekmektedir. Söz konusu koruma, aynı zamanda hukuk devletinin önemli unsurlarından biri olan yargı erkinin, halkın güvenini kaybetmemesi adına önemlidir.⁴⁸¹ AİHM görülmekte olan ya da sonuçlanmış bir dava hakkında basının bilgi vermesinin engellenmesini, genelde ifade özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale olarak değerlendirirken, yargıçların kişiliğine ve mesleki yeterliliklerine ilişkin basında çıkan eleştiriler söz konusu olduğunda ise, ağırlıklı olarak yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla ifade özgürlüğü karşısında öncelik tanımaktadır.

Prager ve Oberschlick/Avusturya davasının⁴⁸² konusunu, Avusturya'da bir dergide yayınlanan ve Avusturya ceza mahkemelerinde görev yapan hakimler hakkında ağır ithamlar içeren⁴⁸³ yazıdan dolayı, bir gazeteci ve yayıncının mahkum edilmesi oluşturmaktadır. AİHM başvuruyu değerlendirirken, basının demokratik düzende sahip olduğu rolün önemine vurgu yaptıktan sonra, kimi durumlarda basın özgürlüğünün belli bir dereceye kadar abartmayı ve provoke etmeyi de kapsayabileceğini belirtmiştir.⁴⁸⁴ Öte yandan Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsendiği bir yönetim anlayışının bulunduğu bir devlette, yargının toplum düzeninde sahip olduğu özel yere dikkat çekerek, yargının görevini yapabilmesi adına kamunun güvenine sahip olması gerektiğini ve bu bağlamda temelsiz saldırılara karşı korunmasının önemini vurgulamıştır.⁴⁸⁵ Sonuç olarak AİHM, basının bir hukuk devletinde oynadığı önemli role rağmen bazı sınırlamalara uyması gerektiğini belirterek, yayınlanan makalede hakimın kişisel ve mesleki yaşamına dair yapılan çok sert eleştirilerin iyi niyetten yoksun olduğunu ve basın ahlak kurallarıyla bağdaşmadığını ifade etmiştir.⁴⁸⁶ Tüm bu

⁴⁸¹ Doğru/Nalbant, s. 241.

⁴⁸² Prager and Oberschlick v. Austria, Başvuru No. 15974/90, 26/04/1995.

⁴⁸³ Söz konusu yazıda hakimlerin henüz davanın başlangıcında sanıklara mahkum edilmiş gibi davrandıkları, suçunu itiraf etmeyenlere daha ağır cezalar verdikleri, avukata gaddarca davrandıkları, aslında Avusturyalı hakimlerinin hiçbir şey yapma becerilerinin olmadığı iddialarının yanı sıra, bireysel olarak hakim J'ye yönelik olarak, küstah kabadayılıklar yaptığı, bir hayat kadını ile birlikte olmak için para verdiği, ancak aşırı derecede sarhoş olduğu için hiçbir şey olmadan kadının yanından ayrıldığı vb. iddialar da yer almaktadır. Bkz. Baykan, s. 88, dpn. 209.

⁴⁸⁴ a.g.k., para. 34 ve 38.

⁴⁸⁵ a.g.k., para. 34.

⁴⁸⁶ Baykan, s. 88.

unsurlar göz önüne alındığında, taraf devlet tarafından başvuruçulara yönelik olarak gerçekleştirilen müdahalenin, varılmak istenen meşru amaçla orantılı olduğunu belirten AİHM, başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁴⁸⁷

Yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın, Sözleşmeye uygun bir sınırlama olup olmadığının denetlendiği bir diğer dava olan Sunday Times/Birleşik Krallık davasının⁴⁸⁸ konusu şöyledir: “Thalidomide” adlı bir ilacın yan etkileri sonucu sakat doğan çocukların ailelerinin tazminat talepleriyle ilgili dava devam ederken, başvuruçucu gazete, ilaç şirketinin tazminat konusundaki tutumunu eleştiren bir makale yayınlamıştır. Makale içinde yer verilen bir dipnotta, “trajedinin nasıl meydana geldiği The Sunday Times gazetesinde yayınlanacak olan bir makalede ayrıntılarıyla gösterilecektir” ifadesine yer verilmiştir. Bunun üzerine, Başsavcılığın yayınlanacak olan makalenin yargı organının tarafsızlığını etkileyeceği gerekçesiyle yayınlanmasını yasaklayan bir tedbir kararı verilmesi için yaptığı başvuru, ulusal mahkeme tarafından kabul edilmiştir.⁴⁸⁹

AİHM söz konusu yayın yasağının, basın özgürlüğü üzerindeki etkisini değerlendirirken şöyle bir yorumda bulunmuştur: *“Mahkemelerin boşlukta çalışmadıkları, genel kabul gören bir olgudur. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde bir forum durumundadırlar, ama bu demek değildir ki, uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıklar önceden tartışılmaz. Dahası, basın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecaviüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdür. Sadece basın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır.”*⁴⁹⁰ AİHM’ne göre söz konusu ilaç şirketi hakkındaki yayın, *“hiç kuşku yok ki, halkı ilgilendiren bir konudur. Bu*

⁴⁸⁷ a.g.k., para. 38-39.

⁴⁸⁸ The Sunday Times v. UK (No.1), Başvuru No. 6538/74, 26/04/1979.

⁴⁸⁹ a.g.k., para. 11.

⁴⁹⁰ a.g.k., para. 65. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Bıçak, s. 47-87. Kararın ilgili paragraflarından yapılan alıntılarda bu çeviriden yararlanılmıştır. (Türkçeye çeviren Osman Doğru).

*felaket, ilacı pazarlamış olan güçlü bir firmanın dehşetli bir trajedi yaşayan yüzlerce kişiye karşı hukuki ve ahlaki bir sorumluluk taşıyıp taşımadığı ve mağdurların zararlarının karşılanmasını sadece toplumdan bekleyip bekleyemeyecekleri sorusunu ortaya çıkarmaktadır.*⁴⁹¹ Tüm bu unsurları göz önüne alan AİHM, başvuru gazetinin ifade özgürlüğünün sınırlanmasının, daha ağır basan bir kamu yararına karşılık gelmediğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, yayın yasağının ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olmadığını belirten AİHM, başvuru gazetinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁴⁹²

4. Temel İlkeler

AİHM, Sözleşme m. 10/2’de sayılan sınırlama sebeplerine dayanılarak ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaları incelerken, ifade ve onun bir alt görünümü olan kitle iletişim özgürlüğünün kapsamı ve sınırları hakkında önemli ilkeler ortaya koymuştur. Mahkeme ifade özgürlüğü ile ilgili bir başvuru önüne geldiğinde değerlendirme yaparken şu unsurları dikkate almaktadır: İfadenin içeriği, içinde bulunulan somut koşullar, ifadenin nerede ve nasıl ifade edildiği, ifadenin hangi araçlarla iletildiği, ifadenin muhatabı-ifadenin hedefindeki kişi- ve ifadenin kim tarafından söylendiği.⁴⁹³

İfadenin içeriği bakımından şiddeti teşvik eden ifadeler, AİHM tarafından 10. maddenin sağladığı korumanın dışında bırakılmaktadır. Şiddete kışkırtıcı ifadeler söz konusu olduğunda, ulusal makamların takdir yetkisi genişlemektedir. Mahkemeye göre bir bireye, kamu görevlisine veya nüfusun bir kesimine karşı şiddet kullanmanın teşvik edildiği durumlarda, ulusal otoriteler daha geniş bir takdir yetkisinden yararlanacaklardır.⁴⁹⁴ İfadenin içeriği hususunda ifade

⁴⁹¹ a.g.k., para. 66.

⁴⁹² a.g.k., para. 67.

⁴⁹³ Söz konusu hususlar/şartlar hakkında İnceoğlu tarafından Dört N iki K şeklinde formüle edilen sorular ortaya konulmuştur. Bu sorular Ne söylenmiştir?, Ne tür tehlikeler vardır?, Nerede ve nasıl söylenmiştir?, Ne kadar alenilemiştir?, Kime yöneltilmiştir?, Kim tarafından söylenmiştir? şeklinde sıralanabilir. Yukarıda belirtilen unsurlar ve AİHM kararlarında siyasi alanda çoğulculukla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, “İHAM Kararlarında Çoğulculuk”, s. 83-107.

⁴⁹⁴ İnceoğlu, “İHAM Kararlarında Çoğulculuk”, s. 87-88; Özdek, s. 247; Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 452-453; Şiddete teşvik eden ifadelerin koruma görmediği yönünde

özgürlüğünün koruma alanı dışında kalan diğer ifade türleri ise nefret söylemi içeren ve tarihsel gerçekleri inkâr eden ifadelerdir. Başka bir deyişle, belirli bir gruba yönelik olarak düşmanlık ve hoşgörüsüzlük içeren ifadeler AİHS'nin koruma altına aldığı çoğulcu demokratik toplum düzeninde koruma görmemektedir.⁴⁹⁵

İfade ve kitle iletişim özgürlüğü bakımından önem taşıyan bir başka husus ise, ifadenin ne kadar alenileştiğidir. Edebi nitelik taşıyan bir kitap veya tirajı düşük bir dergi aracılığıyla ifade açıklandığı zaman, bu husus da AİHM tarafından dikkate alınmaktadır. Burada Mahkeme tarafından dikkate alınan husus, ifadenin etki alanının sınırlı olmasıdır. AİHM, Karataş-Türkiye, Arslan-Türkiye ve Polat-Türkiye davalarında başvuruçuların görüşlerini kitle medyası aracılığıyla değil, edebi bir eser (şiir kitabı) aracılığıyla açıkladıklarına dikkati çekerek, bu durumun ifadelerin “ulusal güvenlik”, “kamu düzeni” ve “bölgesel bütünlük” üzerindeki potansiyel etkisini büyük ölçüde azalttığını belirtmiştir.⁴⁹⁶ Mahkeme Okçuoğlu-Türkiye davasında ise bu defa başvuruçunun görüşlerini tirajı düşük bir dergi aracılığıyla açıklamış olmasını, ifadelerin olası etkilerini önemli oranda azaltıcı bir unsur olarak karar aşamasında dikkate almıştır.⁴⁹⁷ AİHM ilgili başvurularda, başvuruçuların ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiği yönünde karar verirken, ifadelerin zaman zaman düşmanca bir ton içerdiğini kabul etmiştir. Fakat iletilme araçlarının sınırlı sayıda kitleye ulaşabilecek nitelikte olduğunu da dikkate alarak ilgili başvurular hakkında ihlal yönünde hüküm kurmuştur.

bir başka AİHM kararı için bkz. Sürek v. Turkey (No.1), Başvuru No. 26682/95, 08/07/1999, para. 60, 61 ve 62.

⁴⁹⁵ Inceoğlu, “İHAM Kararlarında Çoğulculuk”, s. 86-87. AİHM, nefret söylemi veya ırkçılık içeren ifadeleri kimi zaman 17. maddeyi doğrudan uygulayarak, kimi zaman ise ifadeye yönelik olarak yapılan müdahaleyi 10. madde çerçevesinde demokratik toplum düzeninde gerekli bularak, ifade özgürlüğünün koruma alanının dışında bırakmaktadır. İfade özgürlüğü söz konusu olduğunda, AİHM'nin 10. ve 17. maddeyi nasıl uyguladığı ve bu iki madde arasındaki ilişki için bkz. Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 449-452.

⁴⁹⁶ Arslan v. Turkey, Başvuru No. 23462/94, 08/07/1999, para. 48; Karataş v. Turkey, Başvuru No. 23168/94, 08/07/1999, para. 52; Polat v. Turkey, Başvuru No. 23500/94, 08/07/1999, para. 47. Söz konusu başvuruların hepsinde başvuruçuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. İlgili kararların ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Beydoğan, s. 225-229, 258-263 ve 267-282.

⁴⁹⁷ Özdek, s. 247; Okçuoğlu v. Turkey, Başvuru No. 24246/94, 08/07/1999, para. 48.

Mahkeme tarafından ifade özgürlüğü ile ilgili başvurular hakkında karar verilirken göz önüne alınan bir diğer unsur ise ifadenin kime yöneldiğidir.⁴⁹⁸ AİHM ifadenin yöneldiği kişi ya da kurum bakımından, taraf devletlerin sınırlama yetkisinin en geniş olduğu durumdan en dar olduğu duruma şu şekilde bir sıralama yapmaktadır: (1) yargı organına yönelik eleştiriler, (2) sıradan kişilere yönelik eleştiriler, (3) memurlara/kamu görevlilerine yönelik eleştiriler, (4) politikacılara ve uygulanan politikalarda sorumluluk üstlenen üst düzey bürokratlara yönelik eleştiriler, (5) devlete, hükümete ve yargısal işlev görmeyen diğer devlet kurumlarına yönelik eleştiriler.⁴⁹⁹

AİHM ifade özgürlüğü ile ilgili olarak önüne gelen başvuruları değerlendirirken, ifadenin kim tarafından söylendiği unsurunu da göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme, ifadenin sahibi unsuru söz konusu olduğunda siyasetçiler⁵⁰⁰ ve gazetecilerin⁵⁰¹ ifade özgürlüklerine yapılan müdahaleleri daha katı bir değerlendirmeye tabi tutmaktadır. AİHM, bu kişilerin kamuoyunun aydınlatılması ve bilgilendirilmesi konularındaki rollerine dikkat çekerek, ilgili kişiler tarafından dile getirilen sert veya abartılı bazı ifadelerin doğal karşılanması gerektiğini vurgulamaktadır.⁵⁰²

AİHM özellikle basın mensupları/gazeteciler söz konusu olduğunda, gazeteciler hakkında verilen hapis cezasının ancak çok istisnai durumlarda –nefret söylemi veya şiddete teşvik eden bir ifade neticesinde diğer kişiler temel hak ve özgürlüklerinin bir zarara uğraması gibi- Sözleşmenin ifade özgürlüğü için sağladığı koruma ile uyum içerisinde olabileceğini belirtmektedir.⁵⁰³ Aynı şekilde basın özgürlüğü çerçevesinde gazeteciler aleyhine verilen yüksek miktarda

⁴⁹⁸ İnceoğlu, “İHAM Kararlarında Çoğulculuk”, s. 96.

⁴⁹⁹ Uygun, “İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, s. 47.

⁵⁰⁰ Bu yöndeki bir AİHM kararı için bkz. Pakdemirli v. Turkey, Başvuru No. 35839/97, 22/02/2005, para. 33. Kararın Türkçe çevirisine AİHM’nin karar arama motoru olan HUDOC’dan erişilebilir.

⁵⁰¹ Bu yöndeki bir AİHM kararı için bkz. Lingens v. Austria, ilgili kararın başvuru numarası ve karar tarihi daha önceki atıflarda belirtildiği için burada tekrar edilmeyecektir.

⁵⁰² Uygun, “İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, s. 148.

⁵⁰³ Harris/O’Boyle/Warbrick, s. 466; Bu yöndeki bir AİHM kararı için bkz. Cumpana and Mazare v. Romania, para. 115. AİHM’ne göre ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın hapis cezası niteliğinde olması halinde, bu sınırlama özellikle gazeteciler üzerinde caydırıcı bir etkiye yol açacaktır.

tazminatlar da, gazetecilerin mesleğini gereği gibi yerine getirmesi üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olacaktır.⁵⁰⁴ Mahkeme, gazeteciler aleyhine verilen hapis cezalarını ve aşırı miktarda tazminat miktarlarını, demokratik toplumda gerekli olma ölçütünün unsurlarından olan orantılılık ilkesine aykırı bularak, bu gibi durumlarda gazetecilerin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini hüküm altına almaktadır.

⁵⁰⁴ Bu yöndeki AİHM kararı için bkz. Tolstoy Miloslavsky v. UK, Başvuru No. 18139/91, 13/07/1995, para. 49-50; Erbil Tuşalp v. Turkey, Başvuru No. 32131/08; 41617/08, 21/02/2012, para. 50.

V. 1982 Anayasası'nda İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğü

AİHS'nden farklı olarak 1982 Anayasası'nda, ifade ve basın özgürlüğü ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Diğer kitle iletişim araçları olan radyo ve televizyonla ilgili hem Anayasanın ifade özgürlüğünü güvence altına alan 26. maddesinde, hem de “Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, radyo ve televizyon kuruluşları ve kamuyla ilişkili haber ajansları” kenar başlıklı 133. maddesinde düzenlemeler yer almaktadır. Bu bölümde ilk olarak, ifade özgürlüğünün kapsam ve unsurlarını belirleyen ilgili Anayasa maddeleri ele alınacaktır. Yazılı basın dışındaki diğer kitle iletişim araçları olan radyo, televizyon ve interneti etkileyen düzenlemeler de ifade özgürlüğü başlığı altında incelenecektir. Daha sonra ise, basın özgürlüğünün kapsamı ve unsurları, söz konusu özgürlüğü düzenleyen ilgili Anayasa maddeleri değerlendirilerek ortaya konulacaktır.

Hem ifade hem de basın özgürlüğünün kapsam ve unsurları ortaya konulduktan sonra, söz konusu özgürlüklere getirilen sınırlamaların, ulusal hukuk alanında Anayasal düzeyde maddi/somut olay üzerinden denetlenebilmesi imkânını sağlayan ve 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği çerçevesinde 82 Anayasası'nda yerini alan bireysel başvuru hakkı ile ilgili kısaca bilgi verilecektir.

Bireysel başvuru hakkı ile ilgili açıklamalardan sonra, ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin 82 Anayasası'ndaki norm alanının belirlenebilmesi adına, Anayasanın ifade ve basın özgürlüğünü düzenleyen maddelerinde yer verdiği ve söz konusu özgürlüklerin sınırlanması amacıyla kullanılacak sınırlama nedenleri incelenecektir. Ayrıca sınırlamanın sınırını belirleyen ölçütleri düzenleyen AY m. 13'ün, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını düzenleyen AY m. 14'ün ve olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen AY m. 15'in, ifade ve kitle iletişim özgürlükleri üzerindeki etkileri, artı ve eksi yönleriyle ele alınacaktır.

Bölüm boyunca ele alınan konu başlıkları altında, Anayasa Mahkemesi'nin incelenen konuyu yakından ilgilendiren ve gerek yaptığı norm denetimi, gerekse bireysel başvuru neticesinde verdiği kararlar da incelenecektir. Ayrıca yine bölüm boyunca, 82 Anayasası'nın ifade ve kitle iletişim

özgürlüklerinin kapsam ve sınırlarını belirleyen düzenlemeleri ile Anayasa Mahkemesi kararları, AİHS ve AİHM içtihatlarıyla karşılaştırılarak değerlendirilecektir.

A- İfade Özgürlüğü

AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi, kısa bir metne sahiptir. 82 Anayasası'nda ise ifade özgürlüğünü doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyebilecek çok sayıda kapsamlı düzenleme mevcuttur. Düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü⁵⁰⁵ 82 Anayasası'nda, AİHS'nde olduğu gibi ayrı maddelerde düzenlenmiştir.⁵⁰⁶ Anayasanın 25. maddesi “*düşünce ve kanaat hürriyeti*” başlığı⁵⁰⁷ altında, bir görüşe/kanaate sahip olma özgürlüğünü düzenlemektedir. 25. madde ile kişinin iç dünyasındaki düşüncelerin korunması, dışarıdan gelebilecek baskılara karşı düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması ve bunlardan dolayı suçlanamaması hususları anayasal koruma altına alınmıştır.⁵⁰⁸ Düşünce özgürlüğüne mutlak ve dokunulmaz bir alan sağlayan ilgili düzenleme doğrultusunda,⁵⁰⁹ AİHS m. 10 ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu biçimde, “*bir görüşe sahip olma*” özgürlüğü 82 Anayasası'nda açıkça güvence altına alınmıştır.

⁵⁰⁵ Düşünce ve ifade özgürlükleri, 61 Anayasası döneminde aynı maddede düzenlenmiş olmalarına rağmen AYM tarafından birbirinden farklı iki özgürlük olarak değerlendirilmiştir. İlgili Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. E. 1963/16, K. 1963/83, K.T. 08/04/1963.

⁵⁰⁶ İlal'e göre, Anayasa koyucu tarafından böyle bir düzenleme yapılarak, düşünceye sahip olmak ile düşünceyi ifade etmek arasında bir ayırım yapılmış olmaktadır. Bkz. İlal, Ersan, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yıgımsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 3, Ankara 1986, s. 64. İlgili husus söz konusu maddelerin Danışma Meclisi'nde görüşülmesi sırasında Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü tarafından şöyle dile getirilmiştir: “...Her ne kadar düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti birbirine bağlı iki hürriyet ise de gerek bunların niteliği gerek korunmaları için öngörülen tedbirler yek diğerinden farklıdır.” Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, s. 273'den aktaran İlal, a.g.m., s. 64.

⁵⁰⁷ Anayasanın 25. maddesindeki düzenleme şöyledir: “Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

⁵⁰⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 173.

⁵⁰⁹ Gözler, AY m. 25'de yer alan düzenlemeyi şu şekilde değerlendirmektedir: “Anayasamız düşünce ve kanaat hürriyetini sınırsız bir şekilde tanımış; bu hürriyetin sınırlandırılması için bir sınırlama sebebi öngörmemiştir. Bu hürriyetin bu haliyle sınırlandırılması mümkün değildir.” Bkz. Gözler, Kemal, “Türk Anayasa Hukuku Dersleri”, Ekin Yay., 16. Baskı, Bursa 2014, s. 149.

İfade özgürlüğünün, AİHS'nin 10. maddesinde güvence altına alınan diğer iki unsuru olan düşünce ve bilgilere ulaşma özgürlüğü ile sahip olduğu düşünceleri ve bilgileri açıklama/yayma özgürlüğü, Anayasanın “*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” kenar başlığını taşıyan 26. maddesinde düzenlenmiştir.⁵¹⁰ Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü şu şekilde tanımlanmıştır: “... ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.”⁵¹¹

AY m. 26/1'deki düzenleme göz önüne alındığında, ifade özgürlüğüne sağlanan koruma alanı, klasik açıklama biçimlerini/tarzlarını aşacak şekilde bütün iletişim yollarını kapsamaktadır.⁵¹² 26. maddenin ilk fıkrasında, ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek yöntem ve araçlar “*söz, yazı, resim veya başka yollar*” şeklinde belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme hem internet gibi yeni iletişim teknolojileri aracılığıyla bilgi ve düşüncelerin açıklanmasını

⁵¹⁰ Anayasa m. 26'daki düzenleme şöyledir: “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*”

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

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

⁵¹¹ AYM (Bireysel Başvuru – Birinci Bölüm), Başvuru No. 2013/2602, K.T. 23/01/2014, para. 40. AYM'ne yapılan bireysel başvurularda, AİHM'den farklı olarak başvuru/karar, başvuru/kararın ismi ile yayınlanmamaktadır/anılmamaktadır. Çalışma kapsamında da, AYM'nin bireysel başvuru kararlarına atıf yapılırken, ilgili davanın başvuru numarası ve karar tarihi belirtilecektir.

⁵¹² Can, Osman, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Ne Değişti?”, Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti içinde (Ed. Bekir Berat Özipek), LDT Yayınları, Ankara, 2003, s. 373.

veya yayılmasını hem de kamuoyunun bu yollarla bilgi ve düşüncelere ulaşma özgürlüğünü güvence altına almaktadır.⁵¹³

Anayasa Mahkemesi de, internet özgürlüğüne getirilen sınırlamanın, başvuru kararında, kitle iletişim araçlarının AY m. 26/1’de ifade özgürlüğüne sağlanan koruma kapsamında olduğunu şu şekilde belirtmiştir: “ ...Anayasanın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar “söz, yazı, resim veya başka yollar” olarak ifade edilmiş ve başka yollar” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir. ...Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. ...İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir.”⁵¹⁴

Anayasanın 26. maddesinin ilk fıkrası, düşünce ve bilgilere ulaşma ile düşünce ve bilgileri açıklama/yayma özgürlüklerinin kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın kullanılabilmelerini de güvence altına almaktadır. Anayasa m. 26/1 ayrıca, bilgi ve düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğünün hem bireysel hem de toplu olarak kullanılabilmesini belirtmektedir. Böylece ifade özgürlüğünün koruma alanına, kolektif olarak yapılan düşünce açıklamaları da girmektedir.⁵¹⁵ İfade özgürlüğünün birey ve toplum açısından önemi, AİHM içtihatlarına paralel biçimde, AYM tarafından şu şekilde belirtilmektedir: “İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve

⁵¹³ Can, a.g.m., s. 384.

⁵¹⁴ AYM (Bireysel Başvuru – İkinci Bölüm), Başvuru No. 2014/3986, K.T. 02/04/2014, para. 36, 37 ve 39.

⁵¹⁵ Can, s. 374.

siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.”⁵¹⁶

AY m. 26/1’de, radyo ve televizyon özgürlüğü ile ilgili olarak AİHS m. 10’daki düzenlemeye benzer bir düzenleme yer almaktadır. Böylece 82 Anayasası’na göre de görsel ve işitsel iletişim araçları bakımından izin sistemi benimsenmiştir.⁵¹⁷ 82 Anayasası’nda görsel-işitsel iletişim özgürlüğü bakımından Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen süreçte yaşanan en önemli gelişme, Anayasanın 133. maddesinde⁵¹⁸ 1993 yılında gerçekleştirilen⁵¹⁹ anayasa değişikliği ile radyo-tv yayıncılığındaki devlet tekelinin kaldırılarak özel radyo-tv’lere yayın izni verilmesidir.⁵²⁰

Devlet tekelinin kaldırılması dışında, ifade ve kitle iletişim özgürlüğü bağlamında, Anayasanın 133. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen

⁵¹⁶ AYM (Bireysel Başvuru – İkinci Bölüm), Başvuru No. 2013/2602, K.T. 23/01/2014, para. 41.

⁵¹⁷ Tanör, “Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu”, s. 87; Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, s. 509. Anayasanın 26. maddesinin ilk fıkrasının üçüncü cümlesinde konuyla ilgili şu düzenleme yer almaktadır: “*Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*”

⁵¹⁸ Anayasanın “*Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, radyo ve televizyon kuruluşları ve kamuyla ilişkili haber ajansları*” kenar başlığını taşıyan 133. maddesindeki düzenlemenin son hali şu şekildedir: “*Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.*

(Ek fıkra: 21/6/2005-5370/1 md.) Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir.

Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır.”

⁵¹⁹ 3913 sayılı ve 08/07/1993 kabul tarihli kanun (R.G. 10/07/1993-Sa. 21633).

⁵²⁰ Aynı değişiklikte devlet radyo-tv yayıncılığında özerklik ilkesi de yeniden kabul edilmiştir. Bkz. Tanör, “Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu”, s. 88; 1993 yılındaki anayasa değişikliğine kadar Türkiye’de radyo-televizyon alanında normatif olarak devlet tekeli bulunmaktaydı. Fakat uygulamada, özellikle 1990’lı yılların başında, yasal olarak mümkün olmasa da, fiilen özel radyo-televizyon istasyonlarının sayısının arttığı görülmüştür. Ortaya çıkan bu fiili durum, medyada çoğulculuk bakımından olumlu bir etki yaratmakla birlikte, aynı zamanda radyo-televizyon alanındaki yayınlarda ciddi anlamda sorumsuzluklara ve başıbozukluklara yol açmaktaydı. Bkz. Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, s. 516; Tanör, “Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu”, s. 87.

düzenlemenin de ele alınması gerekmektedir. 2005 yılında yapılan değişiklikle⁵²¹ maddeye eklenen ikinci fıkra, ifade ve kitle iletişim özgürlüğünü olumsuz yönde etkileyecek bir içeriğe sahiptir. İlgili fıkrada, radyo-tv faaliyetlerini düzenleme ve denetleme yetkilerine sahip olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na (RTÜK) üye seçimi konusunda, mecliste çoğunluğu elinde bulunduran parti veya partilerin lehine bir düzenleme yer almaktadır. RTÜK üyelerinin, meclisteki parti gruplarının milletvekili sayısı oranına göre belirleneceğini öngören AY m. 133/2 iktidarı elinde bulunduran siyasi iradenin, ilgili kurul üzerinde ifade ve kitle iletişim özgürlüklerini sınırlayıcı yönde bir yetkiye sahip olabilmesinin önünü açmaktadır.⁵²²

Anayasa Mahkemesi de önüne gelen bir iptal davasında, radyo-televizyon alanında ifade özgürlüğünü sınırlayıcı bir karara imza atmıştır. İptal başvurusu, 6112 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında” Kanun’un çeşitli maddelerinin Anayasaya aykırılığı hakkındadır. İlgili kanunun, radyo-televizyon alanında ifade özgürlüğünün kullanılmasını sınırlayan 7. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan düzenleme şu şekildedir: *“Ancak, milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda, Başbakan veya görevlendireceği bakan geçici yayın yasağı getirebilir.”* Anayasa Mahkemesi, düzenlemede yer alan *“milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı haller”* ve *“kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar”* ibarelerinin içerik ve kapsamının kanun koyucu tarafından önceden belirlenebilmesinin mümkün olmadığını belirterek, maddede belirtilen durumların hızlı ve seri karar almayı gerektirdiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda geçici yayın yasağı getirme yetkisinin RTÜK yerine Başbakan veya görevlendireceği bir bakana verilmesini kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında gören Anayasa

⁵²¹ 5370 sayılı ve 21/06/2005 kabul tarihli kanun (R.G. 23/06/2005-Sa. 25854).

⁵²² Gedik’e göre, *“2005 yılında getirilen ek ikinci fıkra hükmü ile özerkliği de zedeleyecek bir düzenlemeye yer verilmiştir. ...Radyo ve televizyon işletmelerinin kendileri üzerinde önemli tasarruflarda bulunabilecek bir organın üyelerinin tespitinde söz haklarının bulunmaması doğru değildir.”* Bkz. Gedik, Ömer, “Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü, Seçkin yay., Birinci Baskı, Ankara 2008, s. 93.

Mahkemesi, söz konusu düzenlemeyi Anayasaya uygun bulmuştur.⁵²³ Böylece AYM, yürütme organının, “milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı haller” ve “kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar” gibi oldukça soyut iki sebebe dayanarak geçici yayın yasağı koyabilmesinin önünü açmıştır.

AİHM içtihatlarına göre, haber çabuk eskiyen bir mal niteliğindedir.⁵²⁴ Ayrıca ifade özgürlüğüne sınırlama getiren bir kanuni düzenlemenin, keyfi uygulamalara yol açmayacak, öngörülebilir nitelikte bir düzenleme olması gerekmektedir.⁵²⁵ AYM’nin, Anayasaya uygun bulunduğu söz konusu düzenlemede belirtilen sınırlama sebepleri soyut kavramlardır. Bunun yanı sıra ilgili düzenlemede, geçici yayın yasağının süresi hakkında herhangi bir ifadeye de yer verilmemektedir. Yürütme organına, yani iktidara, sınırları bu kadar belirsiz bir yetki tanınması, radyo-televizyon alanında ifade özgürlüğünün sınırlanmasında sansür niteliğinde uygulamalara yol açma riski taşımaktadır.

AY m. 26/1’deki düzenleme, AİHS’nin 10. maddesindeki düzenlemeye nazaran bazı farklılıklar da içermektedir. AİHS’nde ifade özgürlüğünün kullanılmasında başvurulabilecek yöntemler veya araçlar açıkça belirtilmemektedir. 82 Anayasası ise, ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek yöntemleri ve araçları “*söz, yazı, resim veya başka yollar*” şeklinde düzenleyerek, AİHM’nin ifade özgürlüğüyle ilgili içtihatlarında benimsediği ilkelere uygun anayasal bir dayanak sağlamaktadır.⁵²⁶ Yukarıda belirtilen farklılık dışında ayrıca Anayasanın 26. maddesinde, Sözleşmede yer verilen “*ulusal sınırlar söz konusu olmaksızın*” ifadesi yer almamaktadır. Bir diğer farklılık ise, Sözleşmede radyo ve televizyon alanında “*işletme izni*” ifadesine yer verilirken, Anayasada radyo-televizyon yayıncılığının “*izin*

⁵²³ E. 2011/44, K. 2012/99, K.T. 21/06/2012. Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi sadece Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirmiştir. AYM’nin söz konusu kararda, ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddeyi ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını belirleyen 13. maddeyi göz önüne almadan bir sonuca varması, kararın eleştiriye açık bir diğer yönüdür.

⁵²⁴ İlgili AİHM kararı için Bkz. Sunday Times v. The United Kingdom, Başvuru No. 6538/74, 26/04/1979.

⁵²⁵ İlgili AİHM kararı için Bkz. Yıldırım v. Turkey, Başvuru No. 3111/10, 18/12/2012.

⁵²⁶ Karan, s. 367.

sistemine bağlanma”sı terimi kullanılmaktadır. Fakat söz konusu farklılıklar uygulamada AİHS’ne aykırı işlem ya da düzenlemeler yapılmasına neden olacak nitelikte değildirler. Bu farklılıkların amaçsal bir yorumla Sözleşme standartlarına uygun yorumlanması mümkündür.⁵²⁷

İfade özgürlüğü açısından üzerinde durulması gereken bir diğer husus, AY m. 26’daki düzenlemenin bilgi edinme hakkını içerip içermediğidir. Bilgi edinme hakkı, gerek AİHS’nin 10. maddesinde gerekse AİHM içtihatlarında ifade özgürlüğü kapsamında görülmemektedir. 82 Anayasası’nın ifade özgürlüğü ile ilgili maddesinde de, bilgi edinme hakkına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrası, AY m. 74’e göre *“herkes, bilgi edinme... hakkına sahiptir”*. İlgili maddenin son fıkrası uyarınca, bilgi edinme hakkının kullanılma biçimi kanunla düzenlenir. Anayasada, kişi hak ve ödevleri kısmı yerine siyasi hak ve ödevler kısmında düzenlenen bilgi edinme hakkına yönelik herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Bilgi edinme hakkı hususunda, AİHM içtihatlarında son yıllarda ortaya çıkan eğilim farklılığı göz önüne alındığında, özellikle basın ve STK’ların kamu yararını yakından ilgilendiren meseleler hakkında bilgiye ulaşma özgürlükleri, ileriki yıllarda ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir. Ancak bu yönde istikrarlı bir AİHM içtihadı oluşana kadar, Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvurularda bilgi edinme hakkı, yine AİHM içtihatlarına uygun olarak, Anayasanın özel hayata saygı hakkını düzenleyen ilgili maddeleri çerçevesinde ele alınabilir.⁵²⁸

B- Basın Özgürlüğü

1982 Anayasası, AİHS’nden farklı olarak basın özgürlüğü ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Anayasanın 28 ile 32. maddeleri arasında yer alan bu düzenlemeler, basın özgürlüğüne ek güvenceler sağlamanın yanı sıra, basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında kullanılabilecek bir takım sınırlama sebepleri

⁵²⁷ Karan, s. 368.

⁵²⁸ Karan, s. 369.

de öngörmektedirler.⁵²⁹ Kitle iletişim özgürlüğünün unsurları, Anayasanın ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesi ile basın özgürlüğünü düzenleyen ilgili maddeleri göz önüne alınarak saptanabilir.

Kaboğlu'na göre basın özgürlüğü, basın girişimlerini kurma, basma ve yayma özgürlükleri ile okuyucu için tercihihine göre haber, bilgi ve düşünceleri alma özgürlüğünü içermektedir.⁵³⁰ Basın özgürlüğünün süjesi herkestir. Yazar, yayıncı ve basımcı haber ve bilgi verme özgürlüklerini, okuyucular ise haber ve bilgileri alma özgürlüklerini, basın özgürlüğü sayesinde gerçekleştirirler.⁵³¹ Basın özgürlüğünün kapsamı ve önemi, AYM tarafından şu şekilde belirtilmiştir: *“Basın özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. ... Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir. Basın özgürlüğü bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğü iken diğer yönüyle de halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıyla yakından ilgilidir. Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının*

⁵²⁹ Basın ve yayımla ilgili hükümler” üst başlığı altında basın özgürlüğü ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. AY m. 28’de sansür yasağı, m. 29’da süreli ve süresiz yayın hakkı, m. 30’da basın araçlarının korunması, m. 31’de basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı ve m. 32’de düzeltme ve cevap hakkı düzenlenmektedir.

⁵³⁰ Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, s. 502; Özek, yaratma hakkının da basın özgürlüğü kapsamında olduğunu belirtmektedir. Özek’e göre, yaratma hakkının söz konusu olabilmesi için yaratılan şeyin bilimsel bir değer taşıması veya sanatsal bir değerinin bulunması gerekmektedir. Yaratma hakkıyla ilgili olarak Özek’in de altını çizdiği şu hususu belirtmek gerekir: *“Yaratma hakkı, aslında bilim ve sanat özgürlüğü çerçevesinde gerçekleştirilen bir işlemdir. Sadece yaratılan eserin basın yoluyla dış dünyaya iletiildiği durumlarda “basın özgürlüğü” veya “basın yoluyla düşüncenin açıklanması” söz konusu olabilir. Bkz. Özek, Çetin, “Türk Basın Hukuku” İÜFM, İstanbul 1978, s. 36-37.*

⁵³¹ Gören, Zafer, “Anayasa Hukuku”, Yetkin yay., Ankara 2011, s. 467; Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, s. 502. Basın özgürlüğünün bu iki yönlü özelliği AYM tarafından şu şekilde belirtilmiştir: *“Basın özgürlüğü yalnız bu alanda çalışanlar için değil, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür.”* E. 1997/19, K. 1997/66, K.T. 23/10/1997; AYM bir başka kararında ise basın özgürlüğünü şu şekilde tanımlamaktadır: *“Basın özgürlüğü, haber alma, düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, eleştirme ve bunlara ilişkin yayın ve dağıtım haklarını kapsar.”* E. 1996/70, K. 1997/53, K.T. 05/06/1997.

*işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür.*⁵³²

Basın özgürlüğü kapsamında değinilmesi gereken bir diğer husus ise basın kavramının içeriğidir. Basın kavramı, yayına elverişli ve buna özgü basılı ürünlerin hepsini kapsar. Bu doğrultuda, sadece periyodik/sürekli eserler (gazeteler, dergiler) değil, bir defa için basılan süresiz eserler de (kitaplar, el ilanları, duvar afişleri, pankartlar) basın kavramının kapsamı dâhilindedir.⁵³³ 82 Anayasası, basın kavramını dar anlamıyla kullanmıştır. Böylece basını, diğer kitle iletişim araçlarından ayıran 82 Anayasasının bu niteliği, kendisini 26. maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde de göstermektedir. “...*radio, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine...*” bağlanabileceğini belirten ilgili cümle, söz konusu iletişim araçlarının basın özgürlüğü kapsamında değil, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü çerçevesinde ele alınması gerektiğini işaret etmektedir.⁵³⁴ Basın özgürlüğü kapsamında yer alan unsurlar ise aşağıda tek tek ele alınacaktır.

1. Sansür Yasağı

Basın özgürlüğü, bilginin elde edilmesinden, haber ve düşüncelerin yayınlanmasına kadar geçen süreci kapsar. Başka bir deyişle, basın faaliyeti ile bağlantılı tüm işlemleri korur.⁵³⁵ Basın özgürlüğünün etkin bir biçimde sağlanabilmesi için AY m. 28/1 çok önemli bir düzenleme içermektedir.⁵³⁶ Sansür yasağına anayasal bir dayanak sağlayan ilgili düzenleme doğrultusunda, kamuoyunun bilgilendirme hakkını, özgür bilgi dolaşımını engelleyen yönetsel, yasal, yargısal her türlü eylem ve işlemin sansür olarak kabul edilmesi

⁵³² AYM Bireysel Başvuru Kararı – Birinci Bölüm, Başvuru No. 2013/2602, K.T. 23/01/2014, para. 45-46.

⁵³³ Gören, a.g.e., s. 467.

⁵³⁴ Salihpaşaoğlu, Yaşar, “Türkiye’de Basın Özgürlüğü”, Seçkin yay., Birinci Baskı, Ankara 2007, s. 92.

⁵³⁵ Gören, s. 467.

⁵³⁶ AY m. 28/1: “*Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.*”

gerekmektedir.⁵³⁷ AY m. 28/1’de, basımevi kurmanın izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağı da düzenlenmektedir. Matbaa serbestisinin basın özgürlüğünün temel unsurlarından biri olduğu madde gerekçesinde de belirtilmiştir.⁵³⁸ İlgili düzenleme, basın alanında birbirinden farklı görüşlere yer veren çoğulcu bir yapının kurulabilmesi adına önemli bir anayasal güvence sağlamaktadır.⁵³⁹

2. Süreli ve Süresiz Yayın Hakkı

Anayasanın 29. maddesinin ilk fıkrası, süreli ve süresiz yayınların da önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağını düzenlemektedir. Birinci fıkradaki düzenleme, basın özgürlüğünün sağlanması açısından önemli bir anayasal güvence sağlamaktadır. Zira süreli ve süresiz yayınların mali teminat yatırma şartına bağlanması, hem basın özgürlüğünün gereksiz şekilde sınırlanması, hem de mali imkânları daha geniş olan kişilerle daha dar olan kişiler arasında bir ayrıma yol açması nedeniyle çoğulcu demokrasi anlayışı ile bağdaşmaz.⁵⁴⁰

İlgili maddenin ikinci fıkrası ise, süreli yayın çıkarılabilmesi için bildirim usulünü öngörmektedir.⁵⁴¹ Süresiz yayınlar bakımından ise böyle bir usul düzenlenmemiştir.⁵⁴² Aynı maddenin 3. fıkrasına göre, süreli yayınların basım ve

⁵³⁷ Özek, Çetin, “Kitlesele İletişim Özgürlükleri”, İnsan Hakları içinde, YKY, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 165.

⁵³⁸ Akad Mehmet; Dinçkol Abdullah, “1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Der Yay., İstanbul 2007, s. 196.

⁵³⁹ Gören, s. 468. Fakat AY m. 28’nin diğer fıkraları göz önüne alındığında, ilgili maddenin pek çok sınırlayıcı ve yasaklayıcı düzenlemeler içerdiği de görülmektedir. 28. maddenin sınırlayıcı düzenlemeler içeren ilgili fıkraları aşağıda, “Basın Özgürlüğüne İlişkin Sınırlama Nedenleri” başlığı altında incelenecektir.

⁵⁴⁰ Salihpaşaoğlu, s. 98.

⁵⁴¹ AY m. 29/2: “Süreli yayın çıkarabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili mercie verilmesi yeterlidir. Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci, yayının durdurulması için mahkemeye başvurur.”

⁵⁴² Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında “izin”, “bildirim” ve “serbestlik” olmak üzere başlıca üç usul bulunmaktadır. İzin usulünde ilgili hak veya özgürlüğün kullanılması için idari makamdan önceden izin almak gerekmektedir. Bildirim usulünde önceden izin almaya gerek yoktur; sadece ilgili hak ya da özgürlüğün kullanılacağı idari makama bildirilir. Düzeltici sistem de denilen serbestlik usulünde ise, hak veya özgürlüğün kullanılması için önceden izin almaya veya bildirimde bulunmaya gerek yoktur. 82 Anayasası’na göre süreli yayın yapma hakkı bildirim

yayın şartları, mali kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esaslar kanunla düzenlenir. Söz konusu kanunun, haber, düşünce ve kanaatlerin yayınlanmasını önleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, mali ve teknik şartlar koyması yasaktır. Maddenin 4. fıkrasında da, süreli yayınların, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından, eşitlik ilkesine göre yararlanacağı düzenlenmektedir.

3. Basın Araçlarının Korunması ve Basın Dışı Kitle Haberleşme

Araçlarından Yararlanma Hakkı

AY m. 30, basın özgürlüğünün etkin bir biçimde sağlanabilmesi adına bir başka önemli düzenleme içermektedir. İlgili maddeye göre, *“Kanuna uygun olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti oldukları gerekçesiyle zapt veya müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.”*⁵⁴³

AY m. 30’daki düzenlemenin, basın özgürlüğünün korunması ve sağlanmasında önemli bir ek güvence sağladığı söylenebilir.

AY m. 31’de ise kişilerin ve siyasi partilerin kamu tüzel kişilerin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı düzenlenmektedir (AY m. 31/1). Maddenin ikinci fıkrasında, belirtilen sınırlama sebepleri⁵⁴⁴ dışında, ilk fıkrada güvence altına alınan yararlanmanın şartlarını ve usullerini düzenleyen kanunun, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamayacağı belirtilmektedir (AY m. 31/2).

usulüne, süresiz yayın yapma hakkı serbestlik usulüne, radyo-tv yayıncılığı ise izin usulüne tabidir. Bkz. Gözler, “Türk Anayasa Hukuku Dersleri”, s. 137-138.

⁵⁴³ 2004 yılında yapılan anayasa değişikliği öncesinde madde metninde basımevi ve eklentilerinin suç aleti olarak, *“Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”*, *“Cumhuriyetin temel ilkeleri”* ve *“milli güvenlik”* aleyhinde işlenmiş bir suçtan mahkum olma durumlarında, zapt ve müsadere edilebileceği ve işletilmekten alıkonabileceği düzenlenmekteydi. Maddenin 2004 değişikliği öncesindeki metni için Bkz. Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Anayasa Hukukunun Temel Metinleri”, Beta Yay., 9. Baskı, Eylül 2013, s. 144, dpn. 16.

⁵⁴⁴ AY m. 31/2’de yer verilen sınırlama sebepleri şunlardır: milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması.

4. Düzeltme ve Cevap Hakkı

AY m. 32’de düzenlenen düzeltme ve cevap hakkı, basın özgürlüğü üzerinde iki yönlü bir etkiye sahiptir. Maddenin ilk fıkrasında düzeltme ve cevap hakkının sadece belirli durumlarda tanınacağı ve kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Söz konusu hak, “*ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması*” hallerinde tanınır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, düzeltme ve cevabın yayınlanması hususunda taraflar arasında ihtilaf olması durumunda, yayınlanmanın gerekli olup olmadığı hakkında, hâkim tarafından müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.

32. maddedeki düzenleme yukarıda de belirtildiği üzere, düzeltme ve cevap hakkının ancak belirli durumlarda kullanılabilmesini öngörmektedir. Böylece bir yandan kamuoyunun bilgi ve düşüncelere ulaşmasında kilit bir öneme sahip olan basın özgürlüğü güvence altına alınırken, diğer yandan gerçek dışı ya da kişilerin şeref ve haysiyetlerini ihlal eden yayınların yapılmasının önlenmesi hedeflenmektedir.⁵⁴⁵

5. Pozitif Yükümlülükler ve Ek Güvenceler

Basın özgürlüğü bağlamında üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise bu özgürlüklerin gereği gibi kullanılabilmesi adına devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerdir. Pozitif yükümlülükler kapsamında devlet, koruma yükümlülüğünün yanında, hak ve özgürlüklerin kullanılması için gerekli koşulları sağlama yükümlülüğü altındadır. Bu doğrultuda devlet, temel hak ve özgürlüklerin tam olarak etkili bir biçimde kullanılabilmesi adına gerekli yasal, mali, yargısal ve idari önlemleri almakla yükümlüdür.⁵⁴⁶ 1982 Anayasası’nın genel sistematığı göz önüne alındığında, Anayasanın temel hak ve özgürlüklere, devlet otoritesi karşısında daha zayıf bir konum tanıdığı görülmektedir. Bir başka

⁵⁴⁵ Gedik, a.g.e., s. 90.

⁵⁴⁶ Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, s. 71.

deyişle 82 Anayasası, özgürlük-otorite dengesinde tercihini otoriteden yana kullanmıştır.⁵⁴⁷ Anayasadaki hak ve özgürlük anlayışı, ödev ve sorumluluk anlayışıyla sıkıca dengelenmiştir.⁵⁴⁸ 82 Anayasası'nda, devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerle ilgili düzenlemeler de yukarıda belirtilen anlayış çerçevesinde kaleme alınmıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasında devletin üzerine düşen pozitif yükümlülükler, 61 Anayasası'ndan⁵⁴⁹ farklı olarak 1982 Anayasası'nda "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddesinde⁵⁵⁰ düzenlenmiştir. Her iki düzenleme incelendiğinde, 82 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasında devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerin, ilgili hak ve özgürlüklerin gereği olmaktan çıkarılıp devletin görevleri arasında sayıldığı görülmektedir. Ayrıca hak ve özgürlüklerin sağlanması görevi, Türk Milletinin bağımsızlığı ve bütünlüğünün, ülkenin bölünmezliğinin ve Cumhuriyetin korunması amaçlarından sonra sayılmıştır. Düzenleme içerik olarak da farklılıklar içermektedir. 61 Anayasası'nda "*bütün engelleri kaldırır*", "*gerekli şartları hazırlar*" şeklinde belirten kesin ifadelerin yerini, 82 Anayasası'nda "*engelleri*

⁵⁴⁷ Özbudun, s. 108. Tanör'e göre 82 Anayasasının siyasal felsefesi, "*temel hak ve özgürlüklerin serbestliğinin değil, sınırlılığının esas olduğunu apaçık ortaya koymaktadır.*" Bu doğrultuda birey ve sivil toplumun devlete tabi tutulması amaçlanmaktadır. Bkz. Tanör, Bülent, "İki Anayasa 1961-1982", Beta yay., 3. Basım, İstanbul 1994, s. 133-134.

⁵⁴⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, Anayasanın "*Temel hak ve hürriyetlerinin niteliği*" kenar başlıklı 12. maddesindeki düzenlemenin bu durumu açıkça ortaya koyduğunu belirtmektedir. Bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 133; AY m. 12'deki düzenleme şöyledir: "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*"

⁵⁴⁹ 1961 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sağlanması ve korunmasında devletin üzerine düşen pozitif yükümlülükler, ilgili Anayasanın "*Temel hakların niteliği ve korunması*" kenar başlıklı 10. maddesinin ikinci fıkrasında şöyle düzenlenmiştir: "*Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için bütün şartları hazırlar.*"

⁵⁵⁰ Söz konusu düzenleme şu şekildedir: "*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*"

*kaldırmaya (...) gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” gibi daha çekingen ifadeler almıştır.*⁵⁵¹

Temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasında, devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerle ilgili genel düzenleme içeren AY m. 5’in yanı sıra, basın özgürlüğü bağlamında AY m. 28/2 de, basın özgürlüğünün etkin olarak sağlanmasında devletin üzerine düşen pozitif yükümlülükler düştüğünü belirtmektedir. İlgili düzenlemeye göre: “*Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.*”⁵⁵² Bu düzenleme göz önüne alındığında, devletin basın özgürlüğü bağlamında aktif bir tutum takınarak bu özgürlüğün kullanılmasının önündeki engelleri kaldırması gerekmektedir. İktisadi ve teknolojik gelişmelere paralel olarak basın özgürlüğü açısından devlet yardımlarının önemini kaybettiği günümüzde, basın özgürlüğünün sağlanması adına devlete düşen en önemli görev, bu alanda tekelleşmeyi önlemektir.⁵⁵³ Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, devletin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu AİHM kararlarında da hüküm altına alınmıştır.⁵⁵⁴

Basın özgürlüğü ile ilgili düzenlemeler içeren ve yukarıda ele alınan AY maddeleri, basın özgürlüğünün korunması ve sağlanması adına bazı ek güvencelere de yer vermektedirler. AY m. 28/1’de düzenlenen sansür yasağı, aynı maddenin 4. ve 6. fıkralarında dağıtımın önlenmesi ve toplatma kararları için öngörülen hâkim teminatı, m. 29/1’de yer alan süreli ve süresiz yayınların önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağı düzenlemesi, aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, kanunun haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayınlanmasını engelleyici veya zorlaştıracı siyasal, ekonomik, mali ve

⁵⁵¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 136.

⁵⁵² Basın özgürlüğünün sağlanmasında, devletin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu hususu, AYM tarafından şu şekilde belirtilmiştir: “*Basın, geniş haber alma ve iletişim sistemleri, ileri baskı teknikleri, yaygın ve hızlı dağıtım ağı ile büyük bir alanda ve bütünlük içinde faaliyet göstermektedir. Böyle bir faaliyet ise, önemli bir ekonomik ve malî kaynak ihtiyacını yaratmaktadır. Bu sektöre girebilmenin kolaylaştırılması ve rekabet ortamının yaratılması, basın özgürlüğünü sağlamanın temel koşullarındandır.*” E. 1997/19, K. 1997/66, K.T. 23/10/1997.

⁵⁵³ Salihpaşaoğlu, s. 108.

⁵⁵⁴ İlgili AİHM kararları için Bkz. Özgür Gündem v. Turkey, Başvuru No. 23144/93, 16/03/2000, para. 43; Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy, Başvuru No. 38433/09 (Büyük Daire), 07/06/2012, para. 134.

teknik şartlar koyamayacağı düzenlemesi, m. 30'daki kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentilerinin, hiçbir koşulda suç aleti oldukları gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemeyecekleri düzenlemesi ve m. 32'de yer verilen düzeltme ve cevap hakkının ancak belirli durumlarda tanınabileceği düzenlemesi, basın özgürlüğünün korunması ve sağlanması adına Anayasada öngörülen ek güvencelerdir.

Basın ve ifade özgürlüğü için Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sınırlama sebeplerini incelemeye başlamadan önce, söz konusu sınırlama sebeplerine dayanılarak ifade ve kitle iletişim özgürlüklerine getirilen sınırlamaların, Anayasal düzeyde maddi/somut olay üzerinden denetlenmesi imkanını sağlayan ve 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 82 Anayasası'na giren bireysel başvuru hakkı ile ilgili kısaca bilgi vermek yerinde olacaktır.

C- İfade ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Korunmasında Bireysel Başvuru Hakkının Rolü

Anayasa Şikâyeti olarak da adlandırılan bireysel başvuru hakkı, bir temel hak ya da özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını ileri süren her bireyin, Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesine olanak sağlar.⁵⁵⁵ Bireysel başvuru kavramını şu şekilde tanımlamak da mümkündür: *“Kamu gücüne karşı temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan, diğer olağan kanun yollarının tüketilmesinden sonra son hukuki çare olarak başvurulabilen, konusu ve tarafları ilk mahkemedeki yargılamadan tamamen farklı, anayasal yargı koluna tabi, kendine özgü, ikincil nitelikte bir dava türü.”*⁵⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı, 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 1982 Anayasası'na girmiştir.⁵⁵⁷ AY m.

⁵⁵⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 522.

⁵⁵⁶ Özbey, Özcan, “Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 71.

⁵⁵⁷ 82 Anayasası'nda 2010 yılında yapılan değişiklikler sonrasında bireysel başvurunun şartları ile ilgili düzenlemeler, Anayasanın 148. maddesinin 3 ile 5'inci fıkraları ve 30 Mart 2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun (R.G. 03/04/2011 – Sa. 27894) ilgili hükümlerinde (m. 45-51) yer almaktadır.

148/3'e göre: “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.” Böylece Anayasa koyucu, AYM’ne yapılacak bireysel başvuruların kapsamını AİHS ile sınırlı tutmuştur.⁵⁵⁸ İfade ve kitle iletişim özgürlükleri, AİHS’nde düzenlenen hak ve özgürlükler kapsamında oldukları için kişiler, bu hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla AYM’ne bireysel başvuruda bulunma imkânına sahiptirler.

Bireysel başvurunun, AYM tarafından kabul edilebilmesi için kabul edilebilirlik şartlarını taşıması gerekmektedir. Bu kabul edilebilirlik şartları şöyle sıralanabilir: Kişi bakımından, gerçek kişilerin yanı sıra özel hukuk tüzel kişileri de yalnız tüzel kişiliğe ait hak ve özgürlüklerle ilgili olarak bireysel başvuru yapma imkânına sahiptirler. Kamu tüzel kişilerinin ise bireysel başvuru yapma imkânı bulunmamaktadır (6216 sayılı Kanun m. 46/2).⁵⁵⁹ Bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiaları açısından geçerli bir yoldur; bu nedenle kamu gücü-birey ilişkilerinde ortaya çıkan ihlaller kapsamında bu yola başvurulabilir.⁵⁶⁰

Bu noktada önem taşıyan husus, AİHM içtihatlarında kabul edilen ve ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde ile ilgili başvurularda da uygulanan dolaylı yatay etki kavramıdır. Dolaylı yatay etki uygulamasında, devletin, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini üçüncü kişilere karşı koruma pozitif yükümlülüğünü ihlalden doğan sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir.⁵⁶¹ Kamu gücünün ihmalinden doğan ve ifade ile kitle iletişim özgürlüklerinin ihlaline yol açan ihmal biçimleri de, söz konusu dolaylı yatay etki ve pozitif yükümlülükler

⁵⁵⁸ Doğru, Osman, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi”, Legal Yay., Birinci Baskı, İstanbul 2013, s. 1-2.

⁵⁵⁹ Özbey, a.g.e., s. 267.

⁵⁶⁰ Ancak 6216 Sayılı Kanun m. 45/3’e göre, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamaz. Ayrıca Anayasa Mahkemesi kararları ve Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁵⁶¹ Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, s. 63.

çerçevesinde bireysel başvuru kapsamında ileri sürülebilir.⁵⁶² Başvurunun kabul edilebilmesi için bulunması gereken bir diğer şart, başvuran kişinin mağdurluk statüsüne sahip olmasıdır. Yani kamu gücünün ihlale yol açtığı ileri sürülen müdahalesi (işlem, eylem ya da ihmal) nedeniyle, başvuranın kişisel ve güncel bir hakkının doğrudan etkilenmesi gerekmektedir (6216 sayılı Kanun m. 46/1).⁵⁶³

Başvurucu bir bireysel başvuru yapmadan önce, yürürlükteki hukukta öngörülen başvuru yollarını tüketmiş olmalıdır. Başka bir deyişle, kamu gücü tarafından gerçekleştirilen ve ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve/veya yargısal başvuru yollarının hepsinin bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekmektedir (6216 sayılı Kanun m. 45/2).⁵⁶⁴ Anayasa Mahkemesi de, idari ve yargısal başvuru yollarının (olağan kanun yollarının) başvuru tarafından bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilip tüketilmediğini incelerken, kanunun aradığı niteliklerde bir başvuru yolunun olup olmadığı, mevcut başvuru yollarının belirli bir ihlal iddiasının giderilmesinde etkili olup olmadığı, başvuru yolunun mevcut başvuru yollarını tüketmek için elinden geleni yapıp yapmadığı hususlarını resen göz önünde bulundurmaktadır.⁵⁶⁵

Nitekim AYM, internet alanında ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin korunması ve etkin olarak sağlanması bakımından büyük önem taşıyan bireysel başvuruları⁵⁶⁶ değerlendirirken, başvuru yolunun bireysel başvuru yapmadan önce tüketilmesi gereken kanun yollarının, ileri sürülen ihlalin ve olumsuz sonuçlarının giderilmesi açısından etkili ve ulaşılabilir bir koruma sağlamadığı gerekçesiyle,

⁵⁶² Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Etki”, s. 68-70. Kamu gücünün ihmal biçimleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, Tolga, “Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme”, XII Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2013, s. 363-383.

⁵⁶³ Bireysel başvuruda, başvuranın hukuki yararının bulunması şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbey, s. 267-281.

⁵⁶⁴ Doğru, “Bireysel Başvuru Rehberi”, s. 102.

⁵⁶⁵ Doğru, “Bireysel Başvuru Rehberi”, s. 105.

⁵⁶⁶ AYM’nin internet alanında ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini değerlendirdiği kararlardan ilki, TİB tarafından, Twitter.com internet sitesine erişimin tamamen engellenmesi işlemi hakkındadır (AYM Bireysel Başvuru – İkinci Bölüm, Başvuru No. 2014/3986, K.T. 01/04/2014). İkinci ise, yine TİB tarafından youtube.com internet sitesinin tamamına yönelik olarak uygulanan erişimin engellenmesi işlemi hakkındadır. (AYM Bireysel Başvuru – Genel Kurul, Başvuru No. 2014/4705, K.T. 29/05/2014).

söz konusu kanun yollarının tüketilmelerinin gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin şu değerlendirmesi, bireysel başvuru yolunun etkin olarak işleyebilmesi adına büyük önem taşımaktadır: “... *Başvuruculardan Youtube LCC tarafından idari yargıda yürütmeyi durdurma talepli olarak açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen kararın gereğinin bugüne kadar yerine getirilmemesi ve siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi sözkonusu başvuru yolunun etkili olmadığını göstermektedir. Ayrıca yürütmenin durdurulması kararının uygulanması sonunda sitenin tümüyle erişime açılması, işin niteliği gereği kapatılan sitenin kullanıcıları olduğu anlaşılan diğer başvuru sahipleri açısından da sonuç doğuracağından, her bireysel kullanıcının yeniden yargı yollarına başvurmasının beklenmesi bireysel başvuru usulündeki başvuru yollarının tüketilmesi prensibinin amaçları ile uyumlu değildir. Bu durumda söz konusu başvuru yolunun temel hak ihlalinin ortadan kaldırılması bakımından tüketilmesi gerekli etkili bir yol olmadığı sonucuna varılmıştır.*”⁵⁶⁷

Kabul edilebilirlik şartları kapsamında değerlendirilen bir diğer unsur ise süre ile ilgilidir. Başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren 30 günlük süre içerisinde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmalıdır (6216 sayılı Kanun m. 47/5).⁵⁶⁸ Ayrıca bireysel başvuru hakkı 23/09/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine kullanılabilir. Bu tarihten önce kesinleşen işlem veya kararlar aleyhine bireysel başvuru yoluna gidilemez.⁵⁶⁹

AYM, kabul edilebilirliğine dair karar verdiği bir başvurunun esası hakkında bir temel hak veya özgürlüğün ihlal edildiği ya da edilmediği yönünde iki tür karar almaktadır. Kamu işleminde veya eyleminde ihlal bulunmadığı şeklinde karar verilirse bu karar, işlemin veya eylemin Anayasaya uygunluğunun

⁵⁶⁷ AYM (Bireysel Başvuru), Başvuru No. 2014/4705, K.T. 29/05/2014, para. 40. Mahkemenin benzer yöndeki bir başka değerlendirmesi için bkz. Başvuru No. 2014/3986, K.T. 01/04/2014, para. 24 ve 26.

⁵⁶⁸ 6216 sayılı Kanun m. 47/5'e göre, “*haklı bir mazereti nedeniyle süresi içerisinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler.*” Bireysel başvuru süresi ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Doğru, “Bireysel Başvuru Rehberi”, s. 105-107.

⁵⁶⁹ Doğru, “Bireysel Başvuru Rehberi”, s. 108.

tespiti anlamına geldiğinden, kişilerin mevcut durumu üzerinde herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir.⁵⁷⁰

Ancak AYM bir temel hak veya özgürlüğün ihlal edildiği yönünde karar verirse, Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenleri de hüküm altına alması gerekmektedir. Bu doğrultuda AYM, öncelikle bu ihlalin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasına gerek olup olmadığına karar verir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoksa başvuru lehine uygun bir tazminata hükmedebilir. Ancak tazminat miktarı tespitinin daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi halinde Mahkeme, bu konuyu kendi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu da gösterebilir. Yeniden yargılama yapılması hukuki bir gereklilik ise ihlali ve sonuçları ortadan kaldırmak için Anayasa Mahkemesi ilgili dosyayı derece mahkemesine gönderir. Derece mahkemesi, ihlal kararında tespit edilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yeniden yargılama yapar ve mümkünse dosya üzerinden ivedilikle karar verir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi kararında, gerekli gördüğü takdirde, ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırılabileceği hususunda yapılması gerekenleri belirtir.⁵⁷¹

D- İfade ve Kitle İletişim Özgürlüklerinin Sınırlanması

1982 Anayasası'nda hem ifade özgürlüğünü hem de basın özgürlüğünü düzenleyen maddelerde, ilgili özgürlüklerin hangi nedenlerle sınırlandırılacağı belirtilmiştir. İfade özgürlüğü için Anayasada öngörülen sınırlama nedenleri 26. maddenin ikinci fıkrasında sayılırken, basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasanın 26. ve 27. maddelerinde belirtilen sınırlama nedenlerinin uygulanacağı belirtilmektedir (AY m. 28/3). Ayrıca 28. maddenin dördüncü vd. fıkralarında da basın özgürlüğünün sınırlanmasında başvurulabilecek çok sayıda sınırlama sebebine yer verilmiştir.

⁵⁷⁰ Ekinci Hüseyin, Sağlam Musa, 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Avrupa Konseyi Yay., Ankara 2012, s. 35.

⁵⁷¹ Ekinci/Sağlam, a.g.e., s. 35-36.

1. İfade Özgürlüğüne İlişkin Sınırlama Nedenleri

1982 Anayasası'nda mutlak/sınırsız bir hak olarak düzenlenmeyen ifade özgürlüğü, AY m. 26/2'de öngörülen nedenlerle sınırlamalara tabi tutulabilir. AY m. 13'ün, 82 Anayasası'ndaki tüm temel hak ve özgürlükler için genel sınırlama sebepleri öngören yapısı, 2001 Anayasa değişiklikleri ile ortadan kaldırılmıştır.⁵⁷² 26. maddede ifade özgürlüğü için öngörülen sınırlama nedenlerinin sayısı ve kapsamı da, 13. maddenin yapısı ve içeriğinde yapılan değişikliklere paralel olarak arttırılmıştır.⁵⁷³ AY m. 26/2'de milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut yasanın öngördüğü meslek sınırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi şeklinde ifade özgürlüğünün sınırlanmasında başvurulabilecek on iki tane sınırlama sebebine yer verilmiştir.⁵⁷⁴ AY m. 26'da yer verilen sınırlama sebepleri ile AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen ve ifade özgürlüğünün sınırlanmasında başvurulabilecek sınırlama sebepleri⁵⁷⁵ karşılaştırıldığında, sınırlama sebepleri arasında hem nitelik hem de nicelik açısından bazı farklılıkların bulunduğu söylenebilir.

AY m. 26/2'de düzenlenen sınırlama sebepleri arasında, AİHS m. 10'da yer verilen genel ahlak veya sağlığın korunması sebebine yer verilmemiştir. Bu doğrultuda normlar hiyerarşisi bağlamında, ifade özgürlüğüne sınırlama getiren

⁵⁷² 03/10/2001 tarihli 4709 sayılı yasa (R.G. 17/11/2001, Sa. 24556 mükerrer); Özbudun, s. 112.

⁵⁷³ Karan, s. 375; Gözler bu durumu eleştirmektedir. Gözler'e göre, 2001 Anayasa değişikliğiyle ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. madde bakımından sınırlama sebepleri hafifletilmemekte, tersine ağırlaştırılmaktadır. Bkz. Gözler, Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", AYD, C. 19, Ankara 2002, s. 342.

⁵⁷⁴ İlkiz, Fikret, "İfade Özgürlüğü ve Yeni Basın Yasası", İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye içinde, İletişim Yay., 1. Baskı, İstanbul 2007, s. 210-211.

⁵⁷⁵ AİHS m. 10/2'de düzenlenen sınırlama sebepleri şunlardır: ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti, düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın korunması, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ve yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi.

yasal düzenlemelerde de, genel ahlak veya sağlık sebebine yer verilmemesi gerekmektedir. AYM geçmişte bu iki kavramı kamu düzeni ve kamu yararı kavramları kapsamında değerlendirerek, ilgili kavramlarının kapsamını bir anlamda genişletmiştir.⁵⁷⁶ İfade özgürlüğünün sınırlanmasında en tartışmalı sınırlama sebebi olarak kabul edilen ahlakın korunması amacı söz konusu olduğunda, AİHM bu konuda bir Avrupa Konsensüsünün olmadığını belirterek, taraf devletlere tanınan takdir payının alanını genişletmektedir.⁵⁷⁷ Bunun yanı sıra, AİHM'nin ahlaki konulara ilişkin ortaya koyduğu çelişkili ve büyük ölçüde ifade özgürlüğünü sınırlandırıcı içtihatları göz önüne alındığında, AY m. 26/2'de sınırlama sebebi olarak ahlakın korunması meşru amacına yer verilmemesi, ifade özgürlüğü hakkına daha fazla kullanım alanı sağlanması açısından olumlu bir durum yaratmaktadır.⁵⁷⁸

AY m. 26/2'deki düzenleme ile AİHS m. 10/2'deki düzenleme karşılaştırıldığında, AİHS'nde yer almayan ve ifade özgürlüğünün AİHS standartlarına uygun olmayan bir biçimde sınırlanmasına yol açabilecek sınırlama sebebi, "*cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması*"dır.⁵⁷⁹ İlgili sınırlama sebebi, toplum düzeninde yarattığı etki, şiddete teşvik edip etmediği, nefret söylemi oluşturup oluşturmadığı vb. AİHM içtihatlarında ortaya konulan ilkeler göz önüne alınmadan, sadece ifade özgürlüğünü daraltıcı bir yorumla ifadenin içeriğine yönelik olarak uygulanırsa, AİHS ile uyumda sıkıntıya yol açma riskini taşımaktadır.⁵⁸⁰

İfade özgürlüğünün sınırlanmasında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, AY m. 26/3'de yer alan düzenlemedir. İlgili düzenlemeye göre: "*haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.*" AİHS'nin 10. maddesinde de, ifade özgürlüğünün kullanılmasının *formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara*

⁵⁷⁶ Karan, s. 375.

⁵⁷⁷ Arai-Takahashi, s. 102.

⁵⁷⁸ Karan, s. 375.

⁵⁷⁹ Can, s. 408-409.

⁵⁸⁰ Gökçe, Birsen, "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Sosyal, Ekonomik ve Siyasal Yönden Değerlendirilmesi", AYD, C. 19, Ankara 2002, s. 547; Salihpaşaoğlu, s. 109.

bağlanabileceği düzenlenmektedir. Fakat tüm bu müdahalelerin AİHS m. 10/2’de öngörülen sınırlama şartlarına uygun olması gerektiği, AİHM kararlarında hüküm altına alınmıştır. AY m. 26/3 ise, düzenleyici hükümleri ifade özgürlüğü açısından bir sınırlama olarak görmemektedir.⁵⁸¹ Bu durum uygulamada, AY m. 26/2’de belirtilen sınırlama sebepleri dışında, düzenleyici işlemlerle ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesine yol açma tehlikesi taşımaktadır. Fakat AYM 2007 tarihli bir kararında, o zaman yürürlükte olan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “...ödeme yapılincaya kadar yayının durdurulmasına karar verilir. Yukarıdaki fıkra da belirtilen tarihlerden itibaren iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir” şeklindeki düzenlemenin, Anayasanın 26. maddesinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne yapılmış açık bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi şu gerekçeye dayanarak söz konusu düzenlemeyi AY m. 26’ya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir: “Böyle bir sınırlamanın her şeyden önce Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa itiraz konusu kural Anayasa’nın 26. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır.”⁵⁸² Böylece, düzenleyici bir işlemle AY m. 26’da belirtilen sınırlama sebeplerine dayanmadan ifade özgürlüğüne getirilecek bir sınırlamanın Anayasaya uygun olmayacağı, AYM tarafından da hüküm altına alınmıştır. AYM bu kararla ayrıca, m. 26/2’de belirtilen sınırlama sebeplerinin sınırlı sayıda olduğunu ve geniş bir biçimde yorumlanamayacağını da ortaya koymuştur.⁵⁸³

İfade özgürlüğünü düzenleyen AY m. 26 ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği kapsamında, maddenin eski halinin üçüncü fıkrasında yer alan dil yasağının kaldırılmış

⁵⁸¹ Doğru, Osman, “Anayasa ile Karşılaştırılmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü”, XII Levha Yay., İstanbul 2010, s. 60.

⁵⁸² E. 2003/40, K. 2007/96, K.T. 12/12/2007.

⁵⁸³ Karan, s. 375-376.

olmasıdır.⁵⁸⁴ İfadenin şiddeti teşvik edip etmediği, nefret söylemi içerip içermediği veya toplum düzeninde yarattığı etki göz önüne alınmadan, sadece belirli bir dilde ifade edildiği için sınırlanması doğal olarak çoğulcu demokrasi anlayışı ile bağdaşmamaktaydı. Bu bakımından söz konusu yasağın kaldırılması ifade özgürlüğü adına önemli bir gelişmedir.

AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinde, ifade özgürlüğü kapsamında görüş/kanaat sahibi olma özgürlüğü de güvence altına alınmaktadır. 1982 Anayasası'nda bu hak AY m. 25'de düzenlenmektedir. Düşünce özgürlüğüne yönelik olarak AY m. 25'de herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemektedir.⁵⁸⁵ Kişinin iç âlemindeki düşüncelerin korunması, kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması ve bunlardan ötürü suçlanamaması hususlarını güvence altına alan düşünce özgürlüğü, Anayasal anlamda mutlak bir dokunulmazlığa,⁵⁸⁶ olağanüstü hallerde dahi müdahale edilemeyecek sert bir çekirdek alana sahiptir.⁵⁸⁷ Düşünce özgürlüğü ile ilgili bu düzenleme, AİHS standartları ve AİHM içtihatlarıyla uyum içerisindedir.

2. Basın Özgürlüğüne İlişkin Sınırlama Nedenleri

1982 Anayasası'nda ifade özgürlüğünden ayrı olarak m. 28 ile 32 arasında düzenlenen basın özgürlüğüne yönelik çok sayıda sınırlama nedeni öngörülmüştür. AY m. 28/3'te basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasanın 26. ve 27. maddelerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasanın 28. maddesinin dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkralarında da basın özgürlüğünü geniş bir biçimde sınırlamaya elverişli düzenlemelere yer

⁵⁸⁴ Fıkranın yürürlükten kaldırılan metni şöyleydi: “Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz. Bu yasağa aykırı yazılı veya basılı kağıtlar, plaklar, ses ve görüntü bantları ile diğer anlatım araç ve gereçleri usulüne göre verilmiş hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan mercinin emriyle toplattırılır. Toplatma kararını veren mercii bu kararını, yirmi dört saat içinde yetkili hakime bildirir. Hakim bu uygulamayı üç gün içinde karara bağlar.” Bkz. Yüzbaşıoğlu, “Anayasa Hukukunun Temel Metinleri”, s. 141, dpn. 14.

⁵⁸⁵ Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, s. 353-354.

⁵⁸⁶ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 173.

⁵⁸⁷ Gözler, “Türk Anayasa Hukuku Dersleri”, s. 136.

verilmektedir. Aşağıda bu sınırlamaların basın özgürlüğü üzerindeki etkileri AİHS ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Basın özgürlüğü, AY m. 26'da düzenlenen sınırlama sebeplerinin yanında,⁵⁸⁸ bilim ve sanat özgürlüğünü düzenleyen 27. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen sebeplerle de sınırlanabilecektir. İlgili fıkraya göre bilim ve sanatı yayma hakkı, Anayasanın 1., 2. ve 3. maddelerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamayacaktır. Bu düzenleme, Anayasal anlamda soyut bir yasak getirmektedir. Bu doğrultuda basın özgürlüğü de, devletin şeklini, cumhuriyetin niteliklerini, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, devletin dilini, bayrağını, milli marşını ve başkentini değiştirmeyi sağlamak amacıyla kullanılamayacaktır.⁵⁸⁹ Soyut yasak getiren AY m. 27/2, basın özgürlüğü açısından sansür niteliğinde sınırlamalara yol açma tehlikesi taşımaktadır. AY m. 27/2, yasama organı tarafından somutlaştırılmadan doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir.⁵⁹⁰ Ulusal mevzuatta ve uygulamada, basın ve daha geniş kapsamda ifade özgürlüğünün AİHS standartlarına uygun olarak güvence altına alınabilmesi için, yasama organının AY m. 27/2'yi somutlaştırırken, AY m. 13'deki güvence ölçütlerinin yanında, AİHM içtihatlarında ortaya konulan ilkeleri de dikkate alması gerekmektedir.

Basın özgürlüğünün sınırlanmasında başvurulabilecek Anayasanın 27. maddesinin üçüncü fıkrası⁵⁹¹ da, basın özgürlüğü açısından ön kısıtlamalara neden olabilecek bir düzenleme içermektedir.⁵⁹² Bir yayının, Anayasada belirtilen sınırlama sebepleri ile sınırlamanın sınırını oluşturan güvence ölçütlerinden

⁵⁸⁸ AY m. 26'da belirtilen ve ifade özgürlüğünün sınırlanmasında kullanılacak sınırlama nedenlerinin AİHS'nde belirtilen sınırlama nedenleri ile karşılaştırılması, "İfade Özgürlüğüne İlişkin Sınırlama Nedenleri" başlığı altında incelendiği için bu bölümde tekrar edilmeyecektir.

⁵⁸⁹ Karan, s. 376.

⁵⁹⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 137-138.

⁵⁹¹ AY m. 27/3: "Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir."

⁵⁹² Yabancı bir yayının ülke sınırları içerisinde satış ve dağıtımının yasaklanmasının, -yayının içeriği şiddeti teşvik etmiyor veya nefret söylemi oluşturmuyorsa- ifade/basın özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirildiği örnek AİHM kararı için bkz. Ekin Association v. France, Başvuru No. 39288/98, 17/0/2001.

bağımsız olarak,⁵⁹³ sadece yabancı bir yayın olması nedeniyle dağıtımının ve ülkeye girişinin engellenmesi, ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin açık bir ihlalinin oluşturacaktır. İçerik temelli bir kısıtlamaya imkân veren Anayasanın 27. maddesinin üçüncü fıkrası, düşünce suçu kavramına anayasal bir dayanak sağlar niteliktedir.⁵⁹⁴ Bu yönüyle ilgili düzenleme, AİHS standartları ve AİHM içtihatlarıyla açık bir tezat oluşturmaktadır.

Basın özgürlüğü, AY m. 26 ve 27’de belirtilen sınırlama nedenlerinin yanı sıra, basının sansür edilemeyeceği ek güvencesini getiren AY m. 28’de öngörülen sınırlama sebeplerine dayanılarak da sınırlandırılabilir. 28. maddenin dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkraları, basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında kullanılacak çok sayıda sınırlama sebebi içermektedirler.⁵⁹⁵ Maddenin belirtilen fıkraları aşağıda sırasıyla incelenerek, ilgili fıkralarda yer verilen sınırlama sebeplerinin basın özgürlüğü üzerindeki etkileri ele alınacaktır.

AY m. 28/4’de, *“Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastırınlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verener, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar.”* düzenlemesi yer almaktadır. Kullanılan kavramların bazıları geniş bir yoruma izin verir nitelikte gözükmektedir. Ancak fıkrada belirtilen sınırlama sebepleri, Anayasanın 13. maddesindeki güvence ölçütleri ve AİHM’nin içtihatları göz önüne alınarak yorumlanırsa, basın özgürlüğüne daha geniş bir kullanım alanı sağlanabilir.⁵⁹⁶

⁵⁹³ 1982 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklere getirilecek “sınırlamaların sınırı” belirleyen ölçütler, aşağıda “güvence ölçütleri” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁵⁹⁴ Daha önceki anayasalarda böyle bir düzenleme bulunmamaktaydı. 1982 Anayasası döneminde ilk defa kendisine Anayasada yer bulan bu düzenlemenin amacı Tanör/Yüzbaşıoğlu’na göre, bakanlar kuruluna ve hatta belli durumlarda İçişleri Bakanına bu tür yayınlar üzerinde yasaklama yetkisi veren 5680 sayılı eski Basın Kanunu m. 31 hükmünün anayasal güvence altına alınmasıdır. Bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 177.

⁵⁹⁵ Kaboğlu’na göre, AY m. 28/1’de basın özgürlüğünün sağlanması bakımından önemli bir güvence olan sansür yasağına yer veren 82 Anayasası, devletin, basın ve haber alma özgürlüklerini sağlayacak önlemleri almasını öngördükten sonra (AY m. 28/2), basın özgürlüğünü hep sınırlayıcı ve yasaklayıcı düzenlemelere yer vermektedir. 28. madde doğrudan ya da gönderme yoluyla basın özgürlüğü için çok yönlü ve aşamalı, önceden ve sonradan uygulanabilen “girift” bir sınırlama ve yasaklama ağı örmektedir. Bkz. Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, s. 504.

⁵⁹⁶ Karan, s. 377.

Anayasanın 28. maddesinin dördüncü fıkrasının devamında, yargıcın, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin, tedbir yoluyla dağıtımını önleyebileceği düzenlenmektedir. Dağıtımın önlenmesinin nedenleri fıkra da açıkça belirtilmemiştir. Aynı fıkranın birinci cümlesinde sayılan nedenlere dayanılarak dağıtımın önlenebileceği söylenebilir. Tedbir yolu ile dağıtımın önlenmesi, uygulamada basın özgürlüğü üzerinde ön kısıtlama/sansür niteliğinde sınırlamalara yol açma riski taşımaktadır.⁵⁹⁷ AİHM içtihatlarına aykırı⁵⁹⁸ uygulamaların yapılabilmesine olanak sağlayan söz konusu fıkranın, basın özgürlüğünü tehdit eden bir düzenleme içerdiği söylenebilir.⁵⁹⁹

AY m. 28/5’de hâkimin, yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için kanun ile belirtilen sınırlar içinde olaylar hakkında yayın yasağı koyabileceği düzenlenmektedir. Fıkra da belirtilen yayın yasağı, her somut olayın kendine has koşulları dikkate alınmadan ve belirli bir zaman dilimiyle sınırlı olmaksızın, kategorik yasaklar getiren bir biçimde uygulanırsa, basın özgürlüğü üzerinde AİHS standartlarına uygun olmayan sınırlamalara yol açabilir.⁶⁰⁰ 28. maddenin altıncı,⁶⁰¹ yedinci⁶⁰² ve sekizinci⁶⁰³ fıkralarında sırasıyla, süreli veya

⁵⁹⁷ İlgili fıkranın basın özgürlüğü üzerinde ön kısıtlama/sansür niteliğinde sınırlama yol açma riski taşımasının nedeni, basın yoluyla işlenen suçların yayım ile vücut bulacağı genel kuralına bir istisna getirmesidir. Basın yoluyla işlenen bir suçun genel ve soyut unsurunu basılmış eser oluşturur. Bkz. Özek, “Türk Basın Hukuku”, s. 529.

⁵⁹⁸ Türkiye’deki Pontuslu Rumların tarihine, kültürüne, etnografik ve dil yapılarına ilişkin bir araştırma kitabı hakkında, bölücülük propagandası yaptığı gerekçesiyle toplatma kararı verilmiştir. İlgili toplatma kararı nedeniyle kitabın dağıtımını 19 ay boyunca yapılamamıştır. AİHM, basın özgürlüğüne getirilen bu sınırlamayı değerlendirirken, kitabın içeriğinin kamuyu ilgilendiren bir konu hakkında olduğunu belirterek, AİHS m. 10/2 uyarınca getirilebilecek sınırlamaların ilgili husus dikkate alınarak dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda kitap hakkında uygulanan tedbirin, demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ve sosyal bir ihtiyaca cevap vermediğini belirten AİHM, söz konusu tedbirin ifade/basın özgürlüğünü ihlal ettiğini kayıt altına almıştır. İlgili karar için bkz. Asan v. Turkey, Başvuru No. 28582/02, 27/11/2007. (Söz konusu kararın Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılan özet Türkçe çevirisinden yararlanılmıştır. İlgili çeviriye AİHM’nin resmi karar arama motoru olan HUDOC aracılığıyla ulaşılabilir).

⁵⁹⁹ Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, s. 506.

⁶⁰⁰ AİHM’nin bu yöndeki bir kararı için bkz. Cumhuriyet Vakfı and Others v. Turkey, Başvuru No. 28255/07, 08/10/2013, para. 62-64.

⁶⁰¹ AY m. 28/6: “kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hakim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hakime bildirir; hakim bu kararı kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır.”

süresiz yayınların belirli durumlarda yargıç veya yetkili merciin emriyle toplatılabileceği, zapt ve müsaderesine karar verilebileceği ve süreli yayınların mahkeme kararı ile geçici olarak kapatılabileceği düzenlenmektedir. İlgili fıkralarda öngörülen sınırlamalar, yayının içerikten bağımsız olarak tamamına ve henüz yayımlanmamış sayılarına yönelik olarak uygulanabilmektedir. Böyle uygulamalar, AİHM'nin basın özgürlüğüne getirilen bir sınırlamanın AİHS'ne uygun olup olmadığını değerlendirirken dikkate aldığı orantılılık ilkesine aykırılıklar oluşturmaktadır.⁶⁰⁴ İlgili fıkralarda yer alan düzenlemelerin bu açıdan, basın özgürlüğü üzerinde AİHS standartlarına uygun olmayan sınırlamalara yol açma tehlikesi bulunmaktadır.

AYM, bir yayın hakkında verilen toplatma kararının, Anayasada güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerini ihlal edip etmediğini, önüne gelen bir bireysel başvuru⁶⁰⁵ çerçevesinde değerlendirirken, yayın durdurma uygulamalarına imkân sağlayan kanun maddesinin Anayasaya aykırı olup olmadığını ise, soyut norm denetimi yaptığı bir kararda incelemiştir.⁶⁰⁶ AYM, bireysel başvuru çerçevesinde yaptığı incelemede, ifade ve basın özgürlüğünün korunması ve etkin olarak sağlanması adına pozitif bir karar verirken, soyut norm denetimi yaptığı kararında, basın özgürlüğü bakımından AİHS standartları ve AİHM içtihatlarına uygun olmayan bir sonuca ulaşmıştır.

⁶⁰² AY m. 28/7: “Süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır.”

⁶⁰³ AY m. 28/8: “Türkiye’de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır.”

⁶⁰⁴ Karan, s. 377. Konuyla ilgili örnek AİHM kararları için bkz. Ürper and others v. Turkey, Başvuru No. 14506/07; 14747/07; 15022/07; 15737/07; 47245/07; 50371/07; 50372/07; 54637/07, 20/10/2009, para. 43-44-45; Saygılı and Bilgiç v. Turkey, Başvuru No. 33667/05, 20/05/2010; Turgay and Others v. Turkey, Başvuru No. 8306/08-8340/08-8366/08, K.T. 15/06/2010.

⁶⁰⁵ AYM Bireysel Başvuru – Genel Kurul, Başvuru No. 2013/409, K.T. 25/06/2014. Anayasa Mahkemesinin ilgili bireysel başvuru hakkındaki kararı, kamuoyunda “Öcalan Kararı” olarak bilinmektedir.

⁶⁰⁶ AYM tarafından soyut norm denetimi yoluyla Anayasaya aykırı olup olmadığı incelenen kanun hükmü ise, AİHM önünde Türkiye aleyhine ifade özgürlüğünün ihlali yönünde kararlar verilmesine yol açan ve yapısal olarak AİHS standartlarına uygun olmadığı karar altına alınan 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 6. maddesinin beşinci fıkrasıdır. İlgili AYM kararı için bkz. E. 2006/121, K. 2009/90, K.T. 16/06/2009. Söz konusu kanun maddesinin yapısal olarak AİHS ile uyumlu olmadığı yönündeki AİHM kararı için bkz. Ürper and Others v. Turkey, Başvuru No. 14506/07-14747/07-15022/07-15737/07-36137/07-47245/07-50371/07-54637/07, 20/10/2009.

AYM önüne gelen bireysel başvurunun konusunu, Abdullah Öcalan tarafından yazılan “Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kıskaçında Kürtleri Savunma)” isimli kitap hakkında, PKK terör örgütünün açıklamasını içerdiği ve propagandasını yaptığı gerekçesiyle verilen toplatma kararı oluşturmaktadır. AYM kitap hakkında yapılan işlemlerin,⁶⁰⁷ başvurucunun, sırasıyla AY m. 26 ve 28’de güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğünü ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Anayasa Mahkemesi bu karara ulaşırken şu hususları dikkate almıştır: (1) kitabın içeriğinin şiddeti teşvik etmemesi, (2) kamusal meseleler hakkında toplumun farklı kaynaklardan bilgi alma hakkının bulunması, (3) görüşlerin iletildiği aracın, diğer kitle iletişim araçlarına kıyasla daha dar bir kesime hitap eden nitelikte olması ve (4) yargılama sürecinin sonlanması beklenmeden, toplatılan kitap nüshalarının bir kısmının imha edilmesi.⁶⁰⁸ Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında bir kimsenin sadece kişiliği-kimliği nedeniyle ifade özgürlüğünün kapsamı dışında bırakılmayacağını da belirtmiştir.⁶⁰⁹ AYM, başvuru hakkındaki değerlendirmesini yaparken konu ile ilgili AİHM içtihatlarına da atıf yaparak, ifade ve basın özgürlüğünün, ulusal hukuk alanında da etkin bir şekilde sağlanabilmesi adına yerinde bir karar vermiştir.

Buna karşılık AİHS standartlarına aykırı, sansür/ön kısıtlama niteliğinde sınırlamalara yasal dayanak teşkil eden Terörle Mücadele Kanunu (TMK) m.6/5,⁶¹⁰ dönemin Cumhurbaşkanı tarafından açılan iptal davası kapsamında AYM tarafından gerçekleştirilen soyut norm denetimi sonucu Anayasaya uygun

⁶⁰⁷ İlgili kitaba koruma tedbiri olarak el konulması, toplatılması ve kitap nüshalarının bir kısmının imha edilmesi. El koyma kararına dayanak teşkil eden kanun maddesi 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 25. maddesinin ikinci fıkrasıdır.

⁶⁰⁸ AYM Bireysel Başvuru, Başvuru No. 2013/409, K.T. 25/06/2014, para. 105-112.

⁶⁰⁹ a.g.k., para. 101.

⁶¹⁰ *TMK m. 6/5: “Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak on beş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmi dört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırk sekiz saat içinde onaylamazsa durdurma kararı hükümsüz sayılır”* İlgili düzenleme 02/07/2012 kabul tarihli 6352 sayılı yasanın 105. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. (R.G. 05/07/2012-Sa. 28344).

bulunmuştur.⁶¹¹ AYM'nin bu kararı, yukarıda incelenen bireysel başvuru kararının aksine, ifade ve basın özgürlüğünün korunması ve etkin olarak sağlanması hususlarında özgürlük aleyhine daraltıcı bir etkiye sebep olmuştur.

3. Güvence Ölçütleri

1982 Anayasasının 13. maddesi, 2001 Anayasa değişikliğine kadar Anayasada düzenlenen tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli olan genel sınırlama sebepleri içermekteydi.⁶¹² 2001 değişikliği sonrası 13. madde, genel sınırlama maddesi olmaktan çıkarak genel güvence maddesine dönüşmüştür.⁶¹³ Anayasadaki hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanabileceğini ve sınırlamanın sınırını belirleyen 13. madde, 2001 değişikliği sonrası şu şekilde bir düzenleme içermektedir: *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*⁶¹⁴ 13. maddede yapılan bu değişiklik, hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından sınırlanmasında artık kademeli sistem öngörülmektedir. İfade

⁶¹¹ AYM ilgili düzenlemeyi şu gerekçelerle Anayasaya uygun bulmuştur: *“İptal konusu fıkrada belirtilen fiiller, diğer yasalarda da suç olarak düzenlenmiş fiillerdir. Bu fiillerin basın yayın yoluyla işlenmesi, iptali istenen kuralda belirtilen koruma tedbirinin uygulanması için yeterli olmayıp, bu eylemlerin bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde yapılmış olması da gerekmektedir. Bu nedenle iptal konusu kuraldaki tedbirin, basın yayın araçlarının bilinçli olarak terör faaliyetinde kullanılmasını engellemek ve bu kuruluşların sorumluluk bilinciyle hareket etmelerini sağlamak amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü korumakla görevli olan yasakoyucu böyle bir durum karşısında gerekli önlemleri almak zorundadır. İptal konusu kural da böyle bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. ...Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 28. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”* E. 2006/121, K. 2009/90, K.T. 16/06/2009.

⁶¹² Sağlam, Mehmet, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, AYD, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 19, Ankara 2002, s. 245.

⁶¹³ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 23.

⁶¹⁴ Arslan 2001 yılında Anayasa değişikliğinin madde üzerindeki etkilerini “gelenler” ve “gidenler” şeklinde iki gruba ayırarak incelemiştir. Arslan'a göre genel sınırlama nedenleri maddeden “giderken”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını belirleyen hakların özü, laik Cumhuriyetin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri/ölçütleri “gelenler” arasındadır. Bkz. Arslan, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, AYD, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 19, Ankara 2002, s. 141.

ve basın özgürlükleri açısından Anayasada nitelikli yasa kaydı olarak adlandırılacak sınırlama sistemi düzenlenmiştir.⁶¹⁵ Nitelikli yasa kaydı gereğince ifade ve basın özgürlükleri, sadece Anayasada belirtilen sebeplerle ve 13. maddedeki güvence ölçütlerine uygun olarak sınırlanabilirler.

İfade ve basın özgürlüklerinin de kapsamı dâhilinde olduğu temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, AY m. 13'ün güvence ölçütleri olarak kayıt altına aldığı ölçütler şu şekilde sıralanabilir: (1) sınırlamanın hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede yer alan sebeplere bağlı olarak yapılması; (2) sadece yasayla sınırlama; (3) Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk; (4) hak veya özgürlüğün özüne dokunma yasağı; (5) demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma; (6) ölçülülük ilkesine uygunluk; (7) laik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk.⁶¹⁶ İlgili ölçütler aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır.⁶¹⁷

a) Yasayla Sınırlama

AY m. 13'de "*Temel hak ve hürriyetler, ...ancak kanunla sınırlanabilir.*" ifadesi⁶¹⁸ yer almaktadır. Kanunla düzenleme ilkesini belirten bu ifade, AİHS'nde de yer almaktadır. Yasa terimi, Türk Anayasa Hukuku'nda daha çok şekli anlamda kullanılmaktadır; yani yasa yapma yetkisi demokratik ve temsili bir organ olan yasama organına aittir.⁶¹⁹ Bu anlayış, yürütme işlemleriyle hak ve

⁶¹⁵ Kademeli sistem basit yasa kaydı, nitelikli yasa kaydı ve yasa kaydı öngörülmemen haklar biçiminde kademelenen bir sistemi belirtmektedir. Basit yasa kaydında, ilgili hak ve/veya özgürlüğün sadece yasa ile sınırlanabileceği/düzenlenebileceği öngörülmektedir. Nitelikli yasa kaydında ise ilgili hak ve özgürlük için öngörülen sınırlama sebepleri Anayasada açıkça belirtilmektedir. Nitelikli yasa kaydı öngörülmüş hak veya özgürlükler sadece Anayasada belirtilen sebeplerle sınırlanabilirler. Yasa kaydı öngörülmemen haklar ise, ilke olarak sınırlamaya elverişli değildirler. Bu hakların sınırlanması için yasa koyucuya herhangi bir yetki verilmemiştir. Bkz. İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri...", s. 23-24; kademeli sistem kapsamında yer alan yukarıdaki ayrımlar için bkz. Sağlam, Fazıl, "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü", AÜSBF yay., Ankara 1982, s. 99-108.

⁶¹⁶ İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri...", s. 23-24; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 147.

⁶¹⁷ İfade ve basın özgürlüklerini düzenleyen maddelerde belirtilen sınırlama sebepleri çalışma kapsamında daha önce incelendiği için bu bölümde tekrar edilmeyecektir.

⁶¹⁸ "ancak" kelimesi 2001 değişikliği ile metne eklenmiştir.

⁶¹⁹ Teziç, Erdoğan, "Anayasa Hukuku", Beta yay., 14. bas., İstanbul 2012, s. 17.

özgürlüklerin sınırlanmaması şeklinde önemli bir güvence sağlamaktadır.⁶²⁰ Böylece sınırlamanın, seçilmiş bir organ tarafından müzakereci bir yöntemle yapılarak, hak ve özgürlüklerin keyfi biçimde muhalefeti dikkate almadan kısıtlanmasının önüne geçilmesi planlanmaktadır.⁶²¹

Anayasa Mahkemesi (AYM), 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarda, yasayla sınırlama ilkesinin bir güvence oluşturabilmesi adına yasalarda yer verilen sınırlama hükümlerinin Anayasadakilere oranla daha kesin ve somut olmaları gerektiğini belirtmiştir.⁶²² Yasama organının keyfi müdahaleleri önleyecek biçimde, öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu, 61 Anayasası döneminde olduğu gibi 82 Anayasası döneminde de AYM tarafından verilen pek çok kararda hüküm altına alınmıştır.⁶²³ AYM, 13. maddede öngörülen yasayla sınırlama ilkesini değerlendirdiği bir kararında, AİHM içtihatlarına uygun olarak sınırlama getiren yasanın sadece şeklen var olmasını yeterli görmemiş; yasanın niteliğini de değerlendirmesinde dikkate almıştır. AYM'ne göre: *“Bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı sınırlama getirilmiş olur. İçeriğinin belirlenmesi yönetimin görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemez... Bu çelişki Anayasanın 13. md'sine açık aykırılıktır.”*⁶²⁴

AYM, youtube.com internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkin TİB işleminin, ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini incelediği bireysel başvuru kararında da, yasayla sınırlama ölçütünü AİHM içtihatlarına uygun olarak şu şekilde değerlendirmiştir: *“Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin*

⁶²⁰ Sabuncu'ya göre, “yasayla sınırlama ilkesinden anlaşılması gereken en önemli nokta, yürütme organı ve idarenin, belli bir yasanın Anayasaya uygun olarak getirdiği sınırlamaları somutlaştırma dışında, düzenleyici işlemlerle (tüzük, yönetmelik vb.) yeni bir sınırlama getiremeyeceğidir.” Bkz. Sabuncu, Yavuz, “Anayasaya Giriş”, İmaj Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2012, s. 60.

⁶²¹ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 29.

⁶²² Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 149.

⁶²³ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 31; örnek AYM kararları için bkz. aynı eser, s. 31, dpn. 33-34.

⁶²⁴ E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988.

davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır.”⁶²⁵

İnternet alanında ifade özgürlüğünün güvence altına alınması ve etkin olarak sağlanması adına büyük önem taşıyan iki bireysel başvuru kararında, “yasayla sınırlama” ölçütünün Anayasa Mahkemesi tarafından somut/maddi olaya nasıl uygulandığını mercek altına almak, hem ilgili güvence ölçütünün içeriğinin, hem de Anayasa Mahkemesi’nin internet özgürlüğüne verdiği önemin daha iyi anlaşılabilmesi adına yerinde olacaktır.

Kamuoyunda “Twitter Kararı” olarak bilinen bireysel başvurunun⁶²⁶ konusunu, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından twitter.com adresine yönelik uygulanan erişimin tamamen engellenmesi işlemi oluşturmaktadır. TİB çeşitli ilk derece mahkemesi kararlarına dayanarak, sosyal medya platformu olan Twitter’dan ihlale neden oldukları ilk derece mahkemeleri tarafından kararlaştırılan içeriklerin çıkarılmasını talep etmiştir. Söz konusu içerikler Twitter tarafından kaldırılmayınca, twitter.com adresine erişim TİB tarafından tamamen engellenmiş; ulaşımı engellenen twitter.com adresine kullanıcıların DNS ayarlarını değiştirerek girdiğinin tespit edilmesi üzerine TİB, Google DNS adreslerine erişimi de engellemiştir. AYM ilgili başvuruyu incelerken ilk önce internetin demokratik düzenin sağlanmasında oynadığı rolün önemini şu şekilde belirtmiştir: “*İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceleri açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.*”⁶²⁷

⁶²⁵ AYM (Bireysel Başvuru), Başvuru No. 2014/4705, K.T. 29/05/2014, para. 56.

⁶²⁶ AYM (Bireysel Başvuru), Başvuru No. 2014/3986, K.T. 02/04/2014.

⁶²⁷ a.g.k., para. 39.

Anayasa Mahkemesi, TİB'in dayanak gösterdiği ilk derece mahkemeleri kararlarının sadece belli URL adreslerine (içerik temelli) erişimin engellenmesine yönelik olduğunu, derece mahkemelerinin twitter.com adresinin tamamen engellenmesine yönelik bir karar almadıklarının altını çizmiştir.⁶²⁸ TİB'nin erişimin engellenmesine ilişkin işleminin, ilgili mevzuata göre kural olarak bir yargı kararına dayanması gerektiğini ifade eden Anayasa Mahkemesi, "yasayla sınırlama" ölçütünü somut olaya şu şekilde uygulamıştır: "*...olayda erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.*"⁶²⁹ Anayasa Mahkemesi, twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale oluşturan erişimin engellenmesi işleminin, hukuki dayanağının olmaması nedeniyle başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini karar altına almıştır.⁶³⁰

Kamuoyunda "Youtube Kararı" olarak bilinen ve internet özgürlüğü bakımından büyük önem taşıyan bir başka bireysel başvurunun⁶³¹ konusunu ise, bu sefer youtube.com adresine erişimin tamamen engellenmesi oluşturmaktadır. Bireysel başvuru aşamasına kadar geçen süreç incelendiğinde, ilk derece mahkemesinin youtube.com internet sitesinde yayınlanan 15 adet linke erişimin engellenmesine dair kararının bulunduğu, sitenin tamamına yönelik erişimin engellenmesi kararının bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca TİB tarafından

⁶²⁸ a.g.k., para. 46.

⁶²⁹ a.g.k., para. 48.

⁶³⁰ a.g.k., para. 49.

⁶³¹ AYM (Bireysel Başvuru), Başvuru No. 2014/4705, K.T. 29/05/2014.

uygulanan erişimin engellenmesi işlemi hakkında, Ankara 4. İdare Mahkemesi tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararı da bulunmaktadır.⁶³²

Anayasa Mahkemesi, TİB tarafından youtube.com adresine yönelik uygulanan erişimin engellenmesi işleminin, başvuruçuların ifade özgürlüklerini ihlal edip etmediğini denetlerken, yine “yasayla öngörülme” ölçütünü somut olaya uygulamıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, TİB’na erişimin engellenmesi yetkisi veren düzenleme, hangi sınırlama araçları kullanılarak (alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe erişimin engellenmesi vb. yöntemler) erişimin engelleneceği hususunda tam bir açıklık taşımamaktadır. Mahkeme bu nedenle idareye verilen yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğunu tespit etmiştir.⁶³³ Anayasa Mahkemesi bu hususu göz önüne alarak, youtube.com internet sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağının bulunmadığını, bu nedenle başvuruçular açısından öngörülebilir nitelikte olmadığını belirtmiş; TİB tarafından gerçekleştirilen erişimin engellenmesi işleminin, başvuruçuların AY m. 26’da güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini kararlaştırmıştır.⁶³⁴

Yukarıda ele alınan iki bireysel başvuru kararında, “yasayla öngörülme/sınırlama” ölçütü, Anayasa Mahkemesi tarafından AİHM içtihatlarına uygun olarak, yasanın maddi boyutu dikkate alınarak değerlendirilmiştir. İnternet alanında ifade özgürlüğünün sınırlanmasında, kamu otoritelerine geniş yetkiler tanıyan ulusal mevzuat, ifade özgürlüğünü kullanan kişiler bakımından öngörülebilir nitelikte düzenlemeler içermediği gerekçesiyle, AYM tarafından yasayla öngörülme/sınırlama” ölçütüne aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi söz konusu bireysel başvuru kararlarında, hem yasayla sınırlama ölçütünü AİHM içtihatlarına uygun şekilde yorumlayarak, hem de internet özgürlüğünün modern demokrasilerde oynağı rolün önemine dikkat çekerek, özgürlükçü bir bakış açısıyla kararlarını oluşturmuştur. Anayasa Mahkemesi “twitter kararında”, internet sitesinin tamamına yönelik uygulanan erişimin engellenmesi işleminin,

⁶³² Bireysel başvuru aşamasına kadar meydana gelen olay ve olgular hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. a.g.k., para. 6-19.

⁶³³ a.g.k., para. 63.

⁶³⁴ a.g.k., para. 64.

siteden faydalanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüklerine orantısız bir müdahale oluşturduğunun da altını çizmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin dikkat çektiği bu nokta, uygulamada ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin etkin olarak sağlanabilmesi bakımından çok önemlidir. Toparlamak gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda ele alınan bireysel başvuru kararları, hem yasayla sınırlama ölçütünün hem de internet özgürlüğünün, AİHS standartlarına ve AİHM içtihatlarında ortaya konulan ilkelere uygun biçimde ulusal hukuk alanında hayata geçirilmesi yönünden yerinde kararlardır.

b) Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk

AY m. 13'de temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını oluşturan bir diğer ölçüt, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk şeklinde düzenlenmiştir.⁶³⁵ “Anayasanın sözü” ifadesinden Anayasa metnindeki somut hükümler ve ek güvenceler anlaşılır. İfade ve kitle iletişim özgürlükleri bağlamında bu nitelikteki Anayasal hükümlere, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamama, bunlar sebebiyle kınanamama ve suçlanamama (m. 25/2), basının sansür edilemeyeceği (m. 28/1) ve bu özgürlüğün izne bağlanamayacağı (m. 28/1, 29/1) örnek olarak gösterilebilir.⁶³⁶ Fakat Anayasa metninin, ifade ve kitle iletişim özgürlüğü de dâhil olmak üzere pek çok hak ve özgürlüğü sınırlayıcı düzenlemeler içerdiği de açıktır.

Yapılacak sınırlamanın Anayasanın ruhuna da aykırı olamayacağı düzenlemesi ise soyut bir düzenlemedir. “*Anayasanın ruhu*” ifadesinin nesnel bir biçimde tanımlanabilmesi mümkün değildir.⁶³⁷ Bu ifadeyle Anayasanın özüne uygun bir sınırlama yapılmasının arandığı söylenebilir. 1982 Anayasasının sınırlama-özgürlük dengesinde sınırlamaya ağırlık verdiği, Anayasa metnindeki

⁶³⁵ 13. maddenin, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden önceki halinde de Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütü yer almaktaydı. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Uygun, Oktay, “1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”, Kazancı Yay., İstanbul 1992, s. 142-161.

⁶³⁶ Uygun, “1982 Anayasası’nda...”, s. 142.

⁶³⁷ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 150.

düzenlemeler incelendiğinde açıkça ortaya çıkmaktadır.⁶³⁸ Bu bakımdan Anayasanın ruhuna uygun olarak yapılacak sınırlamanın, özgürlükçü bir nitelik taşıyama tehlikesi bulunmaktadır. Anayasanın ruhuna uygunluk ölçütü, Anayasada açık bir hükmün bulunmadığı durumlarda, bazı kuralların maddenin düzenleniş amacından ve diğer maddelerle olan ilişkisinden hareket edilerek belirlenmesine olanak sağlar. Böylece, Anayasa maddelerinde yer verilen güvence ve sınırlamalar arasında denge kurularak, Anayasanın bütünlüğü ilkesi sağlanmış olur.⁶³⁹ Anayasanın sözüne uygunluk ölçütü de özgürlükçü bir yorumla, Anayasada yer verilen somut ve ek güvenceler söz konusu olduğunda –ifade ve basın özgürlüğü açısından m. 25/2, 28/1, 28/4 ve 6 ile 29/1- kullanılabilir.⁶⁴⁰

c) Öze Dokunma Yasağı

Öze dokunma yasağı 1961 Anayasası döneminde, AYM tarafından yasaların Anayasaya uygunluğu denetlenirken sıkça başvurulmuş bir ölçüttü. AYM, hak veya özgürlüğün kullanılmasını açıkça yasaklayıcı ya da örtülü bir biçimde kullanılmaz hale getirici veya ciddi şekilde güçleştirici, hakkın ya da özgürlüğün amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki sınırlamaları, hakkın özünü ihlal eden sınırlamalar olarak değerlendirmiştir.⁶⁴¹ 1982 Anayasası'nda, 2001 değişikliğine kadar *öze dokunma yasağı* yer almamaktaydı. Fakat AYM öze dokunma yasağını, 13. maddede 2001 Anayasa değişikliği öncesinde de bulunan bir başka güvence ölçütü olan demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma kapsamında değerlendirerek, destek norm olarak kullanılmaktaydı.⁶⁴² AYM, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan başvuru üzerine, o zaman yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 87. maddesinin son tuncesinin, Anayasanın bazı diğer maddelerinin yanında 13. maddesine de aykırı olduğu iddiasını incelerken: “*bir sınırlamanın*

⁶³⁸ Sabuncu, s. 51.

⁶³⁹ Uygun, “1982 Anayasası'nda...”, s. 143-144.

⁶⁴⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 150.

⁶⁴¹ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlüklerin...”, s. 44; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 153; AYM'nin öze dokunma yasağını yukarıdaki biçimde yorumladığı kararı için bkz. E. 1962/208, K. 1963/1, K.T. 04.01.1963

⁶⁴² Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 153.

*demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için hakkın özüne dokunmaması, makul ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gerekir. Başka bir anlatımla temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makul ve adaletli bir denge kurulmalıdır.”*⁶⁴³ şeklinde bir değerlendirme yapmıştır. AYM ilgili kararında öze dokunmama ilkesini, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ölçütünün yanı sıra, ölçülülük ilkesiyle de bir arada kullanmıştır.

AYM hem 61 Anayasası döneminde, hem de 82 Anayasası döneminde öze dokunma yasağı ölçütünü kullanmasına rağmen, bu ölçütün niteliği hakkında iki Anayasa döneminde farklı değerlendirmelerde bulunmuştur. Tanör’e göre, 61 Anayasası döneminde öze dokunma yasağı AYM tarafından daha özgürlükçü bir yaklaşımla *“Temel hak ve özgürlüklerin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran”* veya temel hak ve özgürlükleri *“örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu”, “ciddi surette güçleştirici”, “amacına ulaşmasını önleyici”, “etkisini ortadan kaldırıcı”* vb. biçimlerde değerlendirilirken; 82 Anayasası döneminde ise, hak ve özgürlüğü *“tümüyle kullanılmaz hale getiren”, “belirli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıran”* sınırlamalar şeklinde tanımlanmıştır.⁶⁴⁴ AYM’nin bu yaklaşımı, hak ve özgürlükler bakımından 61 Anayasası dönemine göre daha sınırlayıcıdır.

2001 tarihli Anayasa değişikliği ile Türk Anayasa Hukuku’nda yeniden pozitif bir hukuki dayanağa kavuşan öze dokunma yasağı ilkesi, AYM’nin daha yeni tarihli kararlarında da yine demokratik toplum düzeni ölçütü ile beraber kullanılmaktadır. Bu yönde bir AYM kararına örnek olarak 2008 tarihli şu karar verilebilir: *“Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılmazlar.”*⁶⁴⁵ AYM, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruyu değerlendirirken, öze dokunma yasağını, 61

⁶⁴³ E. 1999/1, K. 1999/33, K.T. 20.07.1999.

⁶⁴⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 153; 61 ve 82 Anayasaları dönemlerinde öze dokunma yasağı ile ilgili kararlar için bkz. Uygun, “1982 Anayasası’nda...”, s. 188-189; Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku”, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1993, s. 315-316.

⁶⁴⁵ E. 2006/142, K. 2008/148, K.T. 24.09.2008.

Anayasası döneminde kullandığı tanımlara dönüş yaparak, şu şekilde tarif etmiştir: *“Müdahalenin haklı sebeplere dayanarak, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sırasında hakların özüne dokunulmaması ve ölçülü olunması gerekmektedir. Hakkın amacına uygun şekilde kullanımını son derece zorlaştıran, ciddi şekilde güçleştiren, örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyan ve etkisini ortadan kaldıran sınırlamalar öze dokunur niteliktedir.”*⁶⁴⁶

d) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan bir diğer ölçüt olan demokratik toplum düzeninin gereklere ölçütü, AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinde de yer almaktadır. 1961 Anayasası'nda yer almayan bu ölçüte, 82 Anayasası'nda yer verilmiştir.⁶⁴⁷ Aynı ölçüt BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde de bulunmaktadır. 2001 Anayasa değişikliği öncesinde ilgili ölçüt Anayasada şu şekilde yer almaktaydı: *“Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmaz.”*

1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmalarının denetiminde, bir güvence ölçütü olarak yer verilen demokratik toplum düzeni kavramı ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken husus, bu kavramın hangi demokrasi anlayışı göz önüne alınarak Anayasada düzenlendiği ve AYM tarafından verilen kararlarda hangi demokrasi anlayışına atıf yapılarak kullanıldığıdır.⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ AYM (Bireysel Başvuru), Başvuru No. 2013/2602, K.T. 23/01/2014, para. 51; Öze dokunma yasağının benzer şekilde değerlendirildiği bir başka AYM kararı için bkz. E. 2006/121, K. 2009/90, K.T. 18/06/2009.

⁶⁴⁷ 13. maddenin, 2001 değişikliğinden önceki halinde 61 Anayasası'ndan farklı olarak “hakkın özü” kavramına yer verilmemişti. Onun yerine “demokratik toplum düzeninin gereklere” ölçütü madde metninde yer almaktaydı. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun gerekçesinde bu değişikliğin nedeni şöyle belirtilmektedir: *“...Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği “öze dokunmama” kıstasından daha belirgin, uygulaması daha kolay olan bir kıstastır. Esasen uluslararası sözleşme veya bildiriler de bu kıstası kabul etmişlerdir.”* Bkz. Akad/Dinçkol, s. 141.

⁶⁴⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu'na göre, *“Anayasa Komisyonunun tavrı bu konuda belirgin ve tutarlı değildi. Madde metninin gerekçesinde, “genellikle kabul gören demokratik rejim” ifadesiyle evrensel standartlar benimsenmiş gibiydi. Komisyon sözcüsü ise (F. Gölcüklü), Danışma Meclisi Genel Kurulunda, “Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir” diyecekti.*

Demokratik toplum düzeni kavramı, AYM tarafından ilk başlarda dar bir biçimde yorumlanmıştır. AYM'nin 1986 tarihli bir kararında demokratik toplum düzeni şu şekilde tanımlanmıştır: "... *Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.*"⁶⁴⁹ Söz konusu kararında AYM, demokratik toplum düzeni kavramını, 1982 Anayasası'nda belirlenen sınırlar çerçevesinde ele almıştır. AYM'nin bu yaklaşımı, 1982 Anayasası'ndaki demokrasi anlayışının çoğulcu olmaması nedeniyle, hak ve özgürlüklerin kullanım alanını daraltıcı bir yaklaşım olmuştur.⁶⁵⁰ Fakat daha sonra AYM başka bazı kararlarında klasik demokrasiler ile katılımcılık ve çoğulculuğa atıf yaparak, demokratik toplum düzeni kavramıyla ilgili olarak daha özgürlükçü yorumlarda bulunmuştur.⁶⁵¹

Demokratik toplum düzeni ölçütü, AYM tarafından bugüne kadar yapılan norm denetimleri bağlamında, tek başına sıkça başvurulmuş bir ölçüt olarak kullanılmamıştır. 2001 Anayasa değişiklikleri ile 13. maddeye, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında göz önüne alınması gereken ölçütler olarak ölçülülük ve öze dokunma yasağı ilkeleri de eklenmiştir. AYM, 2001 yılından sonra verdiği kararlarda da demokratik toplum düzeni ölçütünü tek başına değil, ölçülülük ve öze dokunma yasağı ilkeleriyle beraber ele almıştır.⁶⁵² AYM, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü hakkında en detaylı

...*Danışma Meclisinden sonra, Başlangıç bölümüne son şeklini veren Milli Güvenlik Konseyi, "bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni" kavramlarını seçmekle, demokrasi tanımını da adeta "millileştirmiş" oldu.*" Bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 151

⁶⁴⁹ E. 1985/21, K. 1986/23, K.T. 06.10.1986.

⁶⁵⁰ Bulut, Nihat, "4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet Açısından Değerlendirilmesi", AÜEHFD, C. V, Sa. 1-4, Erzincan 2001, s. 49.

⁶⁵¹ Özbudun, s. 117. Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeni ölçütünü daha özgürlükçü bir yaklaşımla ele aldığı kararları için bkz. İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri...", s. 37. dpn. 84, 85 ve 86.

⁶⁵² İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri...", s. 37. AYM tarafından her üç ölçütün bir arada kullanıldığı bir karar için bkz. E. 2006/142, K. 2008/148, K.T. 24/09/2008.

değerlendirmeyi, bir gazeteci tarafından yapılan bireysel başvuruyu incelerken şu şekilde yapmıştır: “... Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle ifade hürriyeti üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. Nitekim AİHM de demokratik toplumda gerekli olmayı, “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” şeklinde somutlaştırmaktadır. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir. Aynı şekilde zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı araştırılırken de soyut bir değerlendirme yapılmayıp, ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.”⁶⁵³

AYM yukarıda belirtilen bireysel başvuru kararında, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü yine tek başına kullanmamış; öze dokunma yasağı ilkesiyle beraber ele almıştır. Bunun yanı sıra AYM demokratik toplum düzeni kavramından neyin anlaşılması gerektiğini açıklarken, doğrudan AİHM içtihatlarına atıf yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, ifade/kitle iletişim özgürlüğüne getirilen sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne uygun olup olmadığını denetlerken, ifade edenin sıfatı, ifadenin yöneldiği kişi/grup, ifadenin içeriği gibi unsurların da göz önüne alınması gerektiğinin altını çizerek, AİHS standartlarına uygun, evrensel, çoğulcu bir demokratik toplum düzeni tanımını yapmıştır.

⁶⁵³ AYM (Bireysel Başvuru), Başvuru No. 2013/2602, K.T. 23/01/2014, para. 48.

e) Laik Cumhuriyetin Gerekleri

Laik Cumhuriyetin gerekleri ölçütü, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği kapsamında AY m. 13’de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir güvence ölçütü olarak yerini almıştır.⁶⁵⁴ AİHS’nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi ile diğer uluslararası Sözleşmeler veya belgelerin ifade özgürlüğünü düzenleyen maddelerinde böyle bir ölçüt bulunmamaktadır. İlgili ölçüt, AİHS’nde ve 82 Anayasası’nda yer verilen demokratik toplum düzeni ölçütüyle birlikte ele alınarak insan hakları ve demokratik toplum perspektifleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanabilir.⁶⁵⁵ AİHM laikliği, demokratik toplumun destekleyici bir unsuru olarak görmektedir. Çoğulculuğun sağlanması ve farklı inanışlara sahip bireylerin bir arada barışçıl bir biçimde varlıklarını sürdürebilmeleri için devletin inançlar karşısında tarafsız olma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶⁵⁶ Bu bağlamda çoğunluk inancının, azınlıkta kalan kişiler üzerinde baskı oluşturabileceği durumlarda laiklik, AİHM tarafından çoğulculuğu koruyan bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Laik cumhuriyetin gerekleri ölçütü, devletin laiklikle ilgili politika ve uygulamalarının eleştirilmesi noktasında ifade özgürlüğünü sınırlayıcı bir biçimde yorumlanmamalıdır. Böyle eleştiriler, şiddete teşvik etmedikleri ya da nefret söylemi oluşturmadıkları sürece ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidirler.⁶⁵⁷

f) Ölçülülük

Ölçülülük ilkesinin temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir biçimde düzenlenmesi fikri yatmaktadır.⁶⁵⁸ 2001 yılında yapılan Anayasa

⁶⁵⁴ Arslan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması...”, s. 141.

⁶⁵⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 152.

⁶⁵⁶ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 46.

⁶⁵⁷ Bu yönde bir AİHM kararı için bkz. Gündüz v. Turkey, Başvuru No. 35071/97, 04/12/2003, para. 51.

⁶⁵⁸ Yüksel, Metin, “Ölçülülük İlkesi”, Seçkin Yay., Birinci Baskı, Ankara 2002, s. 19; İnceoğlu’na göre, “Ölçülülük hak ve özgürlükleri sınırlama rejimi bakımından Anayasa Hukukunun temel ölçütlerinden biridir. Bu konuda açık bir düzenleme olmasa dahi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak da kabul edilmektedir.” Bkz. İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 38.

değişikliğine kadar, ölçülülük ilkesine 82 Anayasası'nda açıkça yer verilmemişti. Fakat Anayasada 2001 değişikliği öncesinde de, ölçülülük ilkesine dolaylı olarak atıf yapan düzenlemeler yer almaktaydı. Buna örnek olarak AY m. 13/2'de yer alan ve sınırlamaların, “*öngörülükleri amaç dışında kullanılmayacağını*” belirten düzenleme verilebilir.⁶⁵⁹ Bunun yanı sıra olağanüstü yönetim hallerinde temel hak ve özgürlüklerin nasıl durdurulabileceğini düzenleyen AY'nın 15. maddesinin ilk fıkrasında, hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulmasına ancak “*durumun gerektirdiği ölçüde*” izin verilebileceği düzenlenmektedir. Olağanüstü yönetim hallerinde dahi hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında (durdurulmasında) aranan ölçülülük ilkesinin, olağan hallerde *a fortiori* geçerli olduğu kabul edilmekteydi.⁶⁶⁰

82 Anayasası'nın hazırlık aşamasında, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde de ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar mevcuttur. Komisyon gerekçesinde, 13. maddenin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme ile öngörülen amaçlar veya nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra hak ve özgürlükler meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, bunlara getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacın zorunlu ya da gerekli kıldığından fazla olamayacağı, başka bir deyişle, amaç ile sınırlama arasındaki orantının her halde korunacağı belirtilmiştir.⁶⁶¹ AYM de ölçülülük ilkesini, 61 Anayasası döneminden beri, adını açıkça zikretmemekle birlikte kararlarında bir ölçüt olarak uygulamıştır.⁶⁶² Örneğin 1986 yılında verdiği bir kararda AYM, “*özgürlükler ancak istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir*” dedikten sonra, bu sınırlamaların “*makul bir amaca yönelik*” olup olmadığını ölçülülük ilkesine başvurarak değerlendirmeye tabi tutmuştur.⁶⁶³

⁶⁵⁹ İlgili düzenleme, 13. maddenin 2001 değişikliğinden önceki metninde yer almaktaydı. 13. maddenin, 2001 değişikliği öncesindeki ve sonrasındaki metinleri için bkz. Yüzbaşıoğlu, “Anayasa Hukukunun Temel Metinleri”, s. 133-134 ve dnp. 3.

⁶⁶⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 154.

⁶⁶¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 154.

⁶⁶² Bulut, a.g.m., s. 60-61.

⁶⁶³ E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986 (AYMKD sayı 22, s. 366 ve 387).

2001 Anayasa değişikliği ile AY m. 13’de bir güvence ölçütü olarak düzenlenen ölçülülük ilkesinin üç alt unsurunun olduğu kabul edilmektedir. Bu unsurlar elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır.⁶⁶⁴ İlk alt unsur olan elverişlilik unsuru, alınan tedbirin, bir başka deyişle hak ve özgürlüğe getirilen sınırlama biçiminin, ulaşılmak istenen amaç için uygun olmasını ifade eder. Alınan tedbir ya da kullanılan araç, ulaşılmak istenen hedefe yaklaştırıyorsa tedbir/araç elverişli, buna karşılık kullanılan araç ya da alınan tedbir amaca ulaşmayı zorlaştırıyor veya amaca erişme bakımından hiçbir etki göstermiyorsa, araç/tedbir yani hak ve özgürlüğe getirilen sınırlama elverişsizdir.⁶⁶⁵ Ölçülülük ilkesinin ikinci alt unsuru olan gereklilik ise, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek adına seçilen aracın (hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama veya müdahalenin), aynı amaca ulaşmak için kullanılabilir diğer araçlarla karşılaştırıldığında, bireylere ve kamuya en az zarar verecek/özgürlükleri en az sınırlayacak araç olmasını ifade eder.⁶⁶⁶ Yapılan müdahaleye oranla, daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı amaca ulaşılmasının mümkün olduğu durumlarda, kullanılan araç gereksizdir. Ölçülülük ilkesinin üçüncü alt unsuru olan orantılılık unsurunda ise, hak ve özgürlüğe getirilen sınırlama yani kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında ölçülü bir orantının bulunması aranmaktadır.⁶⁶⁷ Bu son alt unsur, aracın amaçla ölçsüz bir oran içinde olup olmadığını test ederek, hak veya özgürlüğe getirilen sınırlamanın ilgililer bakımından katlanılabilir olup olmadığını ortaya koyar.

AYM, ölçülülük ilkesinin alt unsurlarından elverişlilik ve gerekliliğe kararlarında daha az yer verirken, daha çok orantılılık alt unsurunu kullanmayı tercih etmiştir. Orantılılık unsuru AYM tarafından *“araç ile amaç arasındaki mantıki bağ”*, *“adaletli ve kabul edilebilir denge”*, *“makul ve kabul edilebilir ölçüt”*, *“amaç ve sınırlama arasındaki büyük ölçsüzlük”*, *“sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil denge”*,

⁶⁶⁴ Gözler, “Türk Anayasa Hukuku Dersleri”, s. 132.

⁶⁶⁵ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 39; Metin, a.g.e., s. 26.

⁶⁶⁶ Metin, s. 30.

⁶⁶⁷ Metin, s. 36; orantılılık unsuru ile ilgili olarak yapılan diğer tanımlar için bkz. aynı eser, s. 36. Ölçülülük ilkesinin alt unsurları hakkında daha geniş bilgi için bkz. Metin, s. 26-39; Sağlam, “Temel Hakların Sınırlanması ve Özü”, s. 113-117.

“amaçla araç arasındaki makul ölçü”, “yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasındaki hakkaniyete uygun denge” gibi ifadelerle tanımlanmaktadır.⁶⁶⁸

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bir bireysel başvuru kapsamında, gazetecinin ifade/basın özgürlüğüne getirilen sınırlamaların ihlal oluşturup oluşturmadığını denetlerken de, ölçülülük ilkesine başvurmuştur.⁶⁶⁹ Bireysel başvuruyu yapan gazeteci, yerel bir gazetede çalışmaktadır. Başvurucu aleyhine, yerel gazetede yazdığı iki köşe yazısı nedeniyle iki ayrı ceza davası açılmıştır. Bu iki dava dosyası ilk derece mahkemesi tarafından birleştirilerek, başvurucu aleyhine yazdığı ilk köşe yazısı nedeniyle kamu görevlisine hakaret suçundan 7.080 TL adli para cezasına, yazdığı ikinci köşe yazısı nedeniyle de iftira suçundan 10 ay hapis ve kamu görevlisine hakaret suçundan 7.080 TL adli para cezasına hükmedilmiştir. İlk derece mahkemesi, başvurucu hakkında verilen hükümlerin açıklanmasının geri bırakılmasına da karar vermiştir.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 42; Anayasa Mahkemesinin orantılılık alt unsurunu tanımladığı kararları için bkz. İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri...”, s. 42, dpn. 111, 112, 113, 114, 115; AYM’nin ölçülülük ilkesinin tüm alt unsurlarını bir arada kullandığı bir karar için bkz. E. 2007/4, K. 2007/81, K.T. 18/10/2007.

⁶⁶⁹ Söz konusu bireysel başvuru kararının bazı paragraflarına, çalışma kapsamında yukarıda, incelenen konularla ilgisi oranında metin içinde veya dipnotlarda yer verilmiştir. Ancak ifade ve basın özgürlüğü bakımından önemli bir karar olan ilgili bireysel başvuru kararının daha iyi anlaşılabilmesi için, “ölçülülük” başlığı altında, dava konusunun kısa bir özeti ve ölçülülük ilkesinin AYM tarafından nasıl kullanıldığını da içeren bir değerlendirilmesi yapılacaktır. Kararın künyesi için Bkz. AYM (Bireysel Başvuru – Birinci Bölüm), Başvuru No. 2013/2602, K.T. 23/01/2014.

⁶⁷⁰ Başvurucunun kamu görevlilerini (ağırlıklı olarak emniyet amirlerini) eleştirdiği köşe yazılarından ilkinin başlığı “*Ucuz Olmaktır*”. Başvurucu, söz konusu köşe yazısına bir fıkra ile başlamıştır. Fıkroda komutan ile köy ağası arasında başlık parasıyla ilgili bir diyalog geçmektedir. Komutanın, köy ağasının vereceği başlık parasını çok bulması üzerine köy ağasının komutana “*Oğlum belli zaten senin ucuz kadından olduğun*” diyerek çok önemli bir ders verdiğini belirten başvurucu, yazısının devamında: “*Bu fıkroda yaşananların benzerini günümüzde çok farklı alanlarda ve farklı şekillerde yaşıyoruz. Kamusal yetkisini kullanarak motosikletine (son üç rakamı aynı olan) özel plaka takan kurum amirlerini, en üst makama yalakalık olsun diye yalancı şahitlik yapan kamu görevlilerini, halkın iradesi ile geldikleri makamları kendilerine çıkar temin etme ve daha da yükselme yeri görüp kaynakları çarçur edercesine kullanan siyasetçileri, makam ve mevkiileriyle kendini adam sananları, halkın varlığını yok sayıp zenginlik askeri, güçlünün uşağı gibi davrananları ve çok daha fazlasını “Ucuzlar” sınıfına koyabiliriz*” şeklinde ifadelerle yer vermiştir. Başvurucunun yine kamu görevlilerini eleştirdiği ikinci köşe yazısının başlığı ise “*Motosikletli zibidiler*”dir. Başvurucu bu yazısında, trafik kurallarına aykırı şekilde motosiklet kullanırken polisler yakalanan, ancak daha sonra araya bir siyasi partinin ilçe başkanı ile bir şirket yöneticisinin girmesi neticesinde hakkında herhangi bir işlem yapılmayan siyasi parti delegesinin oğlunun başından geçen bu olaydan yola çıkarak, siyasetçiler ile emniyet mensupları arasındaki ilişkileri ve emniyet mensuplarının halka yönelik diğer uygulamalarını eleştirmektedir. Bkz. a.g.k. para. 7-19.

AYM esasa ilişkin değerlendirmesinde ilk olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunu ele almıştır. Mahkemeye göre, “...hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla sonuçlanan ceza davalarında kişiler bir ceza tehdidi altında kaldığından bu kararlar mahkumiyet olarak değerlendirilmeler bile ifade ve basın hürriyetine müdahale olarak kabul edileceği açıktır.”⁶⁷¹ Başvurucuya yazdığı iki ayrı yazı nedeniyle iki farklı ceza verildiğini belirten AYM, başvurucunun ifade/basın özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğine, her iki köşe yazısını ayrı ayrı değerlendirerek karar vereceğini belirtmiştir.

AYM, “Ucuz olmak” başlıklı yazıyı ve bu yazı nedeniyle başvurucuya verilen cezayı değerlendirirken, ölçülülük ilkesini⁶⁷² şu şekilde uygulamıştır: “...müdahalenin ölçülülüğü değerlendirilirken dikkate alınması gereken başka bir husus da uygulanan yaptırımın ağırlığıdır. Söz konusu olayda başvurucuya adı geçen yazının hakaret suçunu oluşturduğu gerekçesiyle 7.080 TL adli para cezasının verildiği ve hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı görülmektedir. ...”Ucuz olmak” başlıklı yazının içeriği ve amacı, hedef alınan kişinin kimliği ve konumu, yazının bağlamı, uygulanan yaptırımın ağırlığı gibi hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu söylenemez.”⁶⁷³ Mahkemenin bu sonuca varmasında, başvurucu aleyhine hapis cezası verilmemesi unsurunun yanı sıra söz konusu köşe yazısının içeriği de büyük rol oynamaktadır. Nitekim bu durum AYM tarafından şu şekilde belirtilmektedir: “Makale bir bütün olarak değerlendirildiğinde bazı kamu görevlilerinin yetkilerini kullanma biçimine yönelik eleştiri amacı taşıdığı görülmektedir. Başvurucu söz konusu yazıda bu eleştirilerini “ucuz olmak” kavramı üzerinden kurgulamıştır. Bu kavramın kişileri değersizleştirme amacıyla kullanıldığı açıktır. Ayrıca yazının başında anlatılan hikaye ile kavram arasında kurulan bağlantı dikkate alındığında, kadının metalaştırılarak para ile satın

⁶⁷¹ a.g.k., para. 65.

⁶⁷² Ölçülülük ilkesinin amacı, somut olaya uygulanmadan önce, AYM tarafından şu şekilde açıklanmıştır: “Sınırlama amacı ile aracı arasında adil bir dengenin gözetilmesi şeklinde tarif edilen ölçülülük ilkesi ile daha az sınırlayıcı ya da daha hafif tedbirlerle sınırlama amacına ulaşılması mümkün olduğu halde hak ve hürriyetleri daha çok sınırlayan, haklardan yararlanacak kişilere daha ağır yükümlülükler getiren düzenlemelerin önlenmesi amaçlanmaktadır.” a.g.k., para. 51.

⁶⁷³ a.g.k., para. 78 ve 80.

alınabileceği ve kadının değerinin parasal karşılığıyla belirlenebileceği yönündeki cinsiyetçi bir söylem üzerinden “ucuzluk” mefhumunun temellendirildiği görülmektedir.”⁶⁷⁴

AYM, “Motosikletli zibidiler” başlıklı yazıyı incelerken, ölçülülük ilkesini, başvurucuya verilen 10 ay hapis cezasını dikkate alarak şu şekilde uygulamıştır: “...Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları mahkumiyet hükmü niteliğinde olmasalar da beş yıl içinde kasıtlı bir suç işlenmesi hâlinde öngörülen cezaların aynen uygulanması söz konusudur. Hapis cezası tehdidinin gazetecileri kamusal meseleleri tartışmaktan caydırıcı bir rol oynayacağı ve otosansüre neden olabileceği göz önünde tutularak ertelenen cezaların miktarı ve maruz kalınan ceza tehdidinin ağırlığı dikkate alındığında ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez. Bu çerçevede müdahalenin amacının şikayetçinin şeref ve itibarının korunması olduğu kabul edilse bile şikayetçinin bu hakkı ile başvurucunun bir gazeteci olarak ifade ve basın özgürlüğü arasında adil bir dengenin kurulduğu sonucuna ulaşamaz.”⁶⁷⁵

Anayasa Mahkemesi, yukarıda incelenen bireysel başvuru kararında ölçülülük ilkesini, ifadenin içeriği, uygulanan yaptırımın ağırlığı, ifadenin kamusal bir mesele hakkında olup olmadığı, değer yargısı içerip içermediği, ifadenin muhatabı gibi çeşitli unsurları göz önüne alarak yaptığı detaylı bir inceleme çerçevesinde somut olaya uygulamıştır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, AİHM içtihatlarına uygun biçimde, hapis cezası niteliğindeki yaptırımların –hükmün açıklanması geri bırakılsa bile- ifade/kitle iletişim

⁶⁷⁴ a.g.k., para. 72.

⁶⁷⁵ a.g.k., para. 87; Anayasa Mahkemesinin bu sonuca varmasında, başvurucu aleyhine verilen hapis cezasının yanı sıra, ilgili makalenin içeriği ve niteliği de önemli rol oynamaktadır. Mahkeme tarafından bu husus şu şekilde belirtilmiştir: “Makalede genel olarak siyaset, özel sektör ve emniyet kurumları hakkında değer yargısı taşıyan eleştirel bir yaklaşım sergilendiği, eleştirilerin kamuoyunu ilgilendiren ve genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlama amacı taşıdığı, şiddet çağrısı veya nefret söylemi içermediği, yazıda yer alan siyasetçilerin, emniyet yetkililerinin ve özel şirket sahiplerinin kim olduklarının açıkça belirtilmediği, yazıda geçen “motosikletli zibidiler” ifadesi ile emniyet müdürünün mü yoksa yazının başında ifade edilen bir partinin motosikletli oğlu gibilerinin mi kastedildiği konusunun açık bırakıldığı anlaşılmaktadır. Yazıda doğrudan bir kişi hedef alınmadığı için... başvurucuya uygulanan yaptırımın şikayetçinin manevi bütünlüğünün korunması amacıyla uygulandığı ve ifade ve basın özgürlüğüne yönelik bu müdahalenin haklı ve demokratik toplumda gerekli olduğu söylenemez.” a.g.k., para. 86.

özgürlüğü üzerinde oto sansüre yol açacak ölçüsüz sonuçlarının olacağını altını çizmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, ifade-kitle iletişim özgürlüklerinin AİHS standartlarına uygun olarak güvence altına alınması ve çoğulcu demokratik toplum düzeninin sağlanması bakımından yerinde bir karardır.

4. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı

1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı 14. maddede düzenlenmiştir. 2001 Anayasa değişikliği öncesinde 14. madde,⁶⁷⁶ 13. maddede öngörülen genel sınırlama nedenleri ve temel hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerde öngörülen özel sınırlama nedenlerine ek olarak, adeta bir “*üçüncü emniyet kayışı*” biçiminde, temel hak ve özgürlüklere yönelik “*genel bir yasaklama ve yaptırım hükmü*” niteliği taşımaktaydı.⁶⁷⁷

1961 Anayasası'nın ilk halinde böyle bir hüküm bulunmamaktaydı. 1971 Anayasa değişiklikleri ile 61 Anayasası'na bu nitelikte bir hüküm eklenmiş oldu (m. 11/3 ve 4). Hem 1971 Anayasa değişikliği ile getirilen düzenlemede hem de 1982 Anayasası'nın 14. maddesinde, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağına yer verilirken AİHS m. 17 örnek olarak gösterilmiştir.⁶⁷⁸ Fakat 2001 Anayasa değişikliği öncesi 14. maddedeki düzenleme, hak ve özgürlüklerin nesnel sınırlarının belirlenmesinin ötesinde, bunların kullanım alanını daraltıcı, genel ve soyut nitelikte yasaklama getiren bir içeriğe sahipti.⁶⁷⁹ 14. maddenin 2001

⁶⁷⁶ 2001 değişikliği öncesinde 14. madde şöyle bir düzenleme içeriyordu: “*Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar*

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir

Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz”

⁶⁷⁷ Tanör, “İki Anayasa 1961-1982”, s. 135; Yokuş, s. 159.

⁶⁷⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 145.

⁶⁷⁹ Yokuş, s. 159; AİHS m. 17'de yalnız kişilere değil, devletlere de temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanmama –Sözleşmede öngörülen amaçlar dışında sınırlamama, hak ve özgürlükleri yok

değişikliği öncesindeki eski haline getirilen eleştirilerin temelinde, maddenin eyleme dönüşmeyen teşvik/tahrik gibi durumlar yönünden de sınırlamalara dayanak oluşturabilecek şekilde düzenlenmesi ile madde metninde çok sayıda soyut kavrama yer verilmiş olması yatmaktadır.⁶⁸⁰ Ayrıca, Anayasanın Başlangıç kısmının beşinci paragrafında yer verilen “*Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği...*” düzenlemesi de, düşünce açıklamalarının sınırlanmasında, yasama organına sınırları oldukça geniş ve hatta belirsiz bir yetki vermektedir.⁶⁸¹

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, 82 Anayasası’nın 14. maddesi, AİHS m. 17’den ayrılmaktaydı. AİHS m. 17’de faaliyet ve hareketler yani eylemler kapsamında hakkın kötüye kullanılmasının gerçekleşebileceği belirtilirken, AY m. 14, eylemler yanında sadece düşünce açıklamalarının hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebileceği düzenlemelere sahipti. 1982 Anayasası’nın genel yapısına uygun olarak, özellikle 2001 değişikliği öncesinde 14. madde, özgürlükçü ve demokratik düzenin korunması amacıyla çok, Devletin korunmasını hedeflemekteydi. Bu doğrultuda, 82 Anayasası’nın ideolojisi dışında kalan her türlü düşünce ve ifade, Anayasal koruma kapsamının dışında bırakılarak adeta yasaklı hale getirilmişti.⁶⁸²

2001 yılında yapılan değişiklik ile AY m. 14, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı bağlamında, uluslararası hukuk alanında kabul edilen standartlara daha uygun bir düzenlemeye sahip olmuştur.⁶⁸³ 14. maddenin yeni

etmeme- yükümlülüğü getirilmiştir. 2001 değişikliği öncesinde 82 Anayasası’ndaki düzenlemede ise devlet için böyle bir yükümlülük bulunmamaktaydı. Bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 145.

⁶⁸⁰ Sağlam, Mehmet, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri...”, s. 248-249.

⁶⁸¹ Bulut, s. 52.

⁶⁸² Yokuş, s. 164-165.

⁶⁸³ Özbudun, s. 120; AY m. 14’deki düzenlemenin 2001 değişikliği sonrası son hali şu şekildedir: “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

halinde, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması olarak tanımlanan durumların sayısı azaltılmıştır. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler hakkın kötüye kullanılması olarak belirtilmiştir (AY m. 14/1).⁶⁸⁴ 14. maddenin eski metninin sahip olduğu ve düşünce özgürlüğü ile barışçıl faaliyetlerin bile yasaklanmasına olanak sağlayan muğlaklık, yeni metinde göreceli olarak iyileştirilerek fiili, yani eylemli bir hale getirilmiştir.⁶⁸⁵ 14. maddenin her üç fıkrasında da “*faaliyetler*” sözcüğüne yer verilerek, düşünce ve ifadenin sadece içeriği sebebiyle yasaklanmasını önleyebilecek bir düzenleme yapılmıştır.⁶⁸⁶ 2001 Anayasa değişikliği ile madde metninde sağlanan diğer önemli pozitif gelişme ise artık devlet için de bir takım yükümlülükler getirilmiş olmasıdır. Devlet de artık Anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlükleri, Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırmama, bir başka deyişle, hak ve özgürlükleri yok etmeme yükümlülüğü altındadır. Böylece 82 Anayasası’nda yetkinin kötüye kullanılmaması bağlamında, devletin uyması gereken yetki saptırma yasağı düzenlenmiştir.⁶⁸⁷

2001 değişiklikleri sonrasında AY m. 14’ün yeni hali, AİHS m. 17 ile karşılaştırıldığında, iki düzenleme arasında halen bazı farklılıkların bulunduğu göze çarpmaktadır. AY m. 14/1’de kötüye kullanma hali olarak, AİHS’nde yer almayan “*Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı... amaçlayan faaliyetler*” düzenlemesine yer verilmektedir. Madde metninde “eylemler” kelimesi yerine “faaliyetler” kelimesinin tercih edilmesinin, ifade ve

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

⁶⁸⁴ 2001 değişikliği sonrası AY m. 14’de öngörülen kötüye kullanma halleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yokuş, s. 167-173.

⁶⁸⁵ 14. maddenin yeni metninde faaliyet vurgusu şu ifadelerle sınırlı tutulmuştur: bozmak, ortadan kaldırmayı amaçlamak ve yok etmek. Bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 146.

⁶⁸⁶ 2001 Anayasa değişiklikleri kapsamında, 82 Anayasası’nın Başlangıç kısmının beşinci fıkrasında yer alan “*düşünce ve mülahaza*” ifadesi yerine de “*faaliyet*” kelimesi getirilerek, düşünce ve ifade özgürlüğü açısından göreceli bir iyileştirme yapılmıştır. Can’a göre, anayasa koyucunun, değişiklik teklifinin ilk halinde yer alan “eylem” sözcüğünü “faaliyet” sözcüğü ile değiştirmesi bir geri adımdır “*ve anayasa koyucunun objektif amacını değil de tarihi yorumla elde edilecek sübjektif amacı baz alınır, ikinci yaklaşımın Türk jürisprüdansında, özellikle Türk anayasa jürisprüdansında pek kabul edilmeyeceğini belirtmek gerekir.*” Bkz. Can, s. 411.

⁶⁸⁷ Boyar, “Hakkın ve Yetkinin...”, s. 90-91.

kitle iletişim özgürlüklerinin sınırlanması hususunda bir belirsizliğe yol açabileceği de belirtilmiştir.⁶⁸⁸ “Faaliyetler” ibaresi uygulamada, ifade özgürlüğünün “söz, yazı, resim” gibi yollarla açıklanmasını da kapsadığı şeklinde yorumlanırsa, 14. maddenin ifade özgürlüğünün sınırlanmasında başvurulabilecek başka bir hüküm haline gelmesi mümkündür.⁶⁸⁹ Başlangıç kısmının beşinci paragrafında yer alan düzenleme de,⁶⁹⁰ ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin AIHS standartlarına aykırı biçimde sınırlanmalarına yol açabilecek soyut anayasal yasaklar içermektedir.⁶⁹¹ Hem 14. madde hem de Anayasanın başlangıç kısmının beşinci fıkrası soyut bir içeriğe sahiptir. İdare veya yargı organları tarafından doğrudan uygulanması mümkün olmayan söz konusu Anayasal yasakların, yasama organı tarafından yapılacak düzenlemelerle somutlaştırılması gerekmektedir.⁶⁹² İlgili anayasal yasaklar yasayla somutlaştırılırken, AY m. 13’de düzenlenen güvence ölçütlerinden demokratik toplumda gerekli olma, ölçülülük ve öze dokunma yasağı ilkelerine uygun olarak yapılacak düzenlemeler, AIHS ile de uyum içerisinde olacaktır.⁶⁹³

⁶⁸⁸ Konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Can, s. 411-412.

⁶⁸⁹ Karan, s. 373.

⁶⁹⁰ “Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının Devlet ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” (AY Başlangıç/5).

⁶⁹¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 137.

⁶⁹² Boyar’a göre, “Anayasanın 14. maddesinin ikinci fıkrası, Sözleşmenin 17. maddesiyle tam bir uyum içerisinde. Anayasanın 14. maddesinin 1. fıkrasının ise ilk etapta Sözleşmenin 17. maddesini aşan nitelikte yasaklar içerdiği düşünülebilir. Ancak Anayasanın 14/1. maddesini Sözleşmeye uygun yorumlamak mümkündür. Bu noktada, Anayasanın 14. maddesinin 1. fıkrasında sayılan yasak alanın, yasalarla somutlaştırılması ve Sözleşmeye uygun yorumlanması özel bir önem taşımaktadır.” Bkz. Boyar, “Hakkın ve Yetkinin...”, s. 96.

⁶⁹³ Karan, s. 374.

5. Olağanüstü Yönetim Usullerinde Hak ve Özgürlüklerin Kullanımının Durdurulması

İstisnai bir hukuk rejiminin yürürlüğe konduğu olağanüstü yönetim usullerinde, temel hak ve özgürlüklere sağlanan güvenceler ile getirilen sınırlamaların kapsamı ve sınırları değişmektedir.⁶⁹⁴

Olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen AY m. 15, savaş ve seferberlik halinin de olağanüstü yönetim usulleri kapsamında olduğunu belirtmektedir. Olağanüstü yönetim usullerinde, olağan dönemlerde uygulanan hukukun yeterli olmadığı kabul edilerek, anayasa ve yasalar, olağanüstü yönetim usulüne geçilmesine sebep olan durumun ortadan kaldırılması için bazı olağanüstü yetkileri kamu otoritelerine tanırlar. Bir başka deyişle, yasama ve yasa geriler; yürütme ve yürütme işlemleri ön plana çıkar.⁶⁹⁵ 1982 Anayasası'na göre olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin durdurulması zaman, konu ve mekân bakımından sınırlıdır.⁶⁹⁶ Anayasaya göre olağanüstü haller ve sıkıyönetim altı ayı geçmemek üzere ilan edilebilir ve bu süre de (savaş hali hariç) dört ayı geçmemek üzere uzatılabilir. Ayrıca olağanüstü yönetim ilanında olağanüstü hal sebeplerinin açıkça sayılması gerekmekte ve bu dönem kanun hükmünde kararnameleri (KHK) ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilmektedir. Olağanüstü yönetim usulleri yurdun bir veya birden fazla bölgesinde ya da tamamında yürürlüğe konulabilmektedir (AY m. 119-122).⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Boyar, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde...", s. 97. 1982 Anayasası'na göre olağanüstü yönetim usullerinde iki ana tür bulunmaktadır: Olağanüstü haller ve sıkıyönetim. Olağanüstü haller de ikiye ayrılır: Tabii afet ve ağır ekonomik bunalım ya da şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle olağanüstü hal ilanı (AY m. 119-121). Bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 157. Çalışma kapsamında sadece olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen Anayasanın 15. maddesi ele alınacak; ilgili maddedeki düzenlemenin ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin sınırlanması üzerindeki etkisi incelenerek, AİHS'nde yer alan düzenleme ile karşılaştırması yapılacaktır.

⁶⁹⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 157.

⁶⁹⁶ Özsoy, Şule, "Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri Üzerine Bazı Düşünceler", Erdoğan Teziç'e Armağan içinde, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No. 5, İstanbul 2006, s. 462.

⁶⁹⁷ Boyar, "Olağanüstü Yönetim Usullerinde...", s. 106.

Olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının nasıl durdurulabileceğini düzenleyen AY m. 15⁶⁹⁸, temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulabilmesi için bazı şartlar öngörmektedir. Bunlar: (1) Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerden birinin mevcut olması, (2) Uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi, (3) Ölçülülük ilkesine uyulması ve (4) Çekirdek alana dokunma yasağıdır.⁶⁹⁹ Maddenin ikinci fıkrasında olağanüstü yönetim usullerinde dahi dokunulamayacak temel hak ve özgürlükler arasında düşünce özgürlüğüne de yer verilmiştir. AY m. 15/2'ye göre, olağanüstü yönetim usullerinde dahi “kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz.” Böylece 82 Anayasası'nda düşünce özgürlüğüne dokunulmaz/çekirdek bir alan oluşturulduğu söylenebilir. Olağanüstü yönetim usullerinde dahi müdahale edilemeyeceği kabul edilen düşünce özgürlüğü bakımından bu durum, olağan dönemlerde *a fortiori* geçerli kabul edilmektedir.⁷⁰⁰

AY m. 15/1'e göre, olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması veya söz konusu hak ve özgürlükler hakkında Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi için uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi gerekir.⁷⁰¹ Bu doğrultuda Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki yükümlülüklerine aykırı bir düzenleme, olağanüstü yönetim usullerinde dahi yapılamayacaktır. AIHS'nin yanı sıra, Türkiye'nin taraf olduğu ve olağanüstü yönetim usullerinde daha fazla hak ve özgürlüğe dokunulamaz haklar kategorisinde yer veren BM MSHS ve uluslararası hukukun genel ilkeleri de,

⁶⁹⁸ AY m. 15'deki düzenleme şöyledir: “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

(Değişik: 7/5/2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”.

⁶⁹⁹ Gözler, “Türk Anayasa Hukuku Dersleri”, s. 135-136; Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, s. 121.

⁷⁰⁰ Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, s. 122.

⁷⁰¹ Gözler, “Türk Anayasa Hukuku Dersleri”, s. 136; Sabuncu, s. 70.

uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle uygun hareket etme kapsamında, olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklere yönelik düzenlemeler yapılırken dikkate alınmalıdır.⁷⁰²

İfade ve kitle iletişim özgürlükleri bakımından büyük önem taşıyan bir diğer şart ise ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesidir. Anayasa m. 15/1’de “*durumun gerektirdiği ölçüde*” şeklinde ifade edilen ölçülülük ilkesi gereğince, olağanüstü durumlarda devlet tarafından alınacak kayıtlayıcı ve durdurucu önlemler, meşru amaç veya amaçların gerçekleşmesi için elverişli ve zorunlu olmalıdır. Ayrıca hedeflenen amaç ile kullanılan araç arasında dengesizlik ve orantısızlık bulunmamalıdır.⁷⁰³

82 Anayasası’nda ifade ve kitle iletişim özgürlüklerine olağanüstü yönetim usullerinde getirilebilecek sınırlamalar açısından, AİHS ile karşılaştırıldığında problem yaratacak en önemli husus, olağanüstü hal KHK’lerinin anayasa yargısı denetiminin dışında bırakılmış olmasıdır.⁷⁰⁴ AİHM, olağanüstü dönemlerde askıya alma rejimini yürürlüğe koyan devletlerin takdir yetkilerinin genişlediğini kabul etmekle beraber, bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığını ve askıya alma rejiminin ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanılması gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁰⁵

AİHM, Çetin ve Diğerleri-Türkiye davasında⁷⁰⁶ olağanüstü hal bölge valisinin OHAL bölgesinde *Ülkede Gündem* gazetesinin dağıtılmasını yasaklayan kararını, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde kapsamında incelemiştir. AİHM verdiği kararda, basın demokratik toplumlarda oynadığı role ve bölge halkının kanaat sahibi olabilmesi adına değişik kaynaklardan bilgi ve haber alma haklarının bulunduğu dikkat çektikten sonra, gazete hakkında uygulanan yayın ve dağıtım yasağı kararının çok uzun bir süre devam etmesi, söz konusu yasağın *Ülkede Gündem* gazetesinin devamı niteliğinde kabul edilen diğer gazetelere yönelik olarak uygulanması ve OHAL Bölge Valisi işlemlerinin yargı denetimi

⁷⁰² Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde...”, s. 105.

⁷⁰³ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 160.

⁷⁰⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 160-161.

⁷⁰⁵ Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde...”, s. 108. AİHM’nin ilgili kararları için bkz. Boyar, “Olağanüstü Yönetim Usullerinde...”, s. 108-109.

⁷⁰⁶ Çetin and Others v. Turkey, Başvuru No. 40153/98 ve 40160/98, 13/02/2013.

dışında olması unsurlarını göz önünde bulundurarak,⁷⁰⁷ ilgili yayın ve dağıtım yasağı kararının demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı ve başvurucuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁰⁸ Bu bağlamda anayasal yargı denetimi dışında tutulan olağanüstü hal KHK'leri, ifade ve kitle iletişim özgürlüğünün güvence altına alınması açısından AIHS standartlarına aykırı bir durum yaratmaktadır.

⁷⁰⁷ a.g.k. para. 32. AIHM ilgili paragrafta AYM'nin olağanüstü KHK'lerin hukuki statüsünü belirleyen önemli bir kararındaki şu bölüme atıf yapmıştır: "... *Olağanüstü hal bir keyfîlik ve denetimsizlik yönetimi değildir. Olağanüstü yönetimlerde yetkili makamların yaptıkları bireysel ve düzenleyici işlemlerin idari yargı denetimine bağlı olması gerektiğinden kuşku duyulamaz. Özgürlükçü demokratik düzeni benimsemiş ülkelerde bunun tersi düşünülemez. Ancak, bu madde ...biçim ve öz yönlerinden Anayasa'ya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmayacağı öngörülen KHK kuralı niteliğindedir. Bu nedenle, bu maddeye yönelik iptal isteminin yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir.*" AYM E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10/01/1991. Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü KHK'lerin hukuki statülerini belirleyen kararları ile ilgili daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Özsoy, a.g.m., s. 461-473.

⁷⁰⁸ a.g.k., para. 64, 65 ve 66.

VI. Sonuç

İfade özgürlüğü, tarih boyunca her zaman sınırlamalara tabi tutulmuştur. Siyasi iktidarlar, muhaliflerinin veya toplumu oluşturan bireylerin, kendileri tarafından çizilen sınırlar içerisinde itirazlarını dile getirmelerine izin vermişlerdir. Bu doğrultuda belirlenen sınırların dışına çıkarak düşüncelerini açıklayan kişi veya kişi toplulukları, genellikle “suçlu” ya da mevcut düzen için “zararlı” ilan edilmişlerdir. Düşünce suçu kavramı, hukuk alanında bulunmaması gereken bir kavramdır. Çünkü bir düşünce, tek başına herhangi bir kişinin sahip olduğu hak ya da özgürlüğü ihlal edemez. Ancak bir eylem ya da düşüncenin ifade ediliş biçimi bir ihlale veya menfaat çatışmasına yol açabilir.

Bu noktada, ifade özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının nasıl belirleneceği konusu önem kazanmaktadır. İfade özgürlüğünü gerekçelendiren üç ana tez incelendiğinde ilgili tezlerin, hakikatin keşfine, demokrasinin işleyişine ve bireysel özerkliğin sağlanmasına olan katkıları nedeniyle ifade özgürlüğünün güvence altına alınmasını destekledikleri görülmektedir. Fakat söz konusu tezler, ifade özgürlüğüne mutlak bir koruma sağlayamamaktadır. Buna karşılık militan demokrasi anlayışı, ifade özgürlüğü üzerinde tehlikeli sınırlamalara yol açma riskini taşımaktadır. “Özgürlük düşmanlarına özgürlüğü yok etme özgürlüğü tanınmaz” anlayışı, özellikle II. Dünya Savaşı’ndan sonra uluslararası ve ulusal pozitif hukuk alanında, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı adı altında yerini almıştır. Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, sadece bireylere değil, devlete de hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması, başka bir deyişle, hak ve özgürlüklerin ilgili hukuk metinlerinde öngörülen amaçlar dışında sınırlanmaması yükümlülüğü getirmektedir. Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, ifadenin muhatabı üzerinde ya da toplum düzeninde yol açtığı somut zararlar/etkiler göz önüne alınarak uygulanırsa, ifade özgürlüğünün özünü zedeleyecek sınırlamalara tabi tutulmasının önüne geçilebilir.

Kitle iletişim özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir alt dalı konumundadır. Kitle iletişim araçları vasıtasıyla kullanılan bu özgürlük, kamuoyunun farklı düşünce ve bilgilere ulaşmasında önemli bir rol üstlenmektedir. Günümüzde, kitle

iletişim özgürlüğü alanında yaşanan tekelleşme olgusu, bu özgürlük üzerinde negatif bir etki yaratmaktadır. Medya olarak da adlandırılan basın, radyo ve televizyon alanlarında yaşanan holdingleşme süreci, kitle iletişim özgürlüğünün özünü zedeleyici sonuçlara yol açmaktadır.

Söz konusu holdingleşme sürecine paralel olarak kitle iletişim araçlarını ve bu doğrultuda kitle iletişim özgürlüğünü olumsuz yönde etkileyen en tehlikeli tekelleşme türü, çapraz tekelleşmedir. Medya alanı dışında da yatırımları olan iş adamları, medya araçlarının mülkiyetine sahip olarak, bu kitle iletişim araçlarını kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaktadırlar. Ya da siyasi iktidarlar, medya patronlarına, medya alanı dışındaki yatırımları aracılığıyla baskı uygulayarak, kitle iletişim araçları vasıtasıyla verilen haber ve bilgilerin, gerçeği yansıtmayan bir şekilde sunulmasını sağlamaktadırlar. Medya alanında editoryal bağımsızlığı, haber ve bilgilerin nesnel bir şekilde aktarılmasını olumsuz yönde etkileyen tekelleşmenin önlenmesi, kitle iletişim özgürlüğünün etkin bir şekilde sağlanabilmesi adına büyük önem taşımaktadır. Ancak tam bu noktada şu hususun altını çizmek gerekir. Medya alanında yaşanan tekelleşme olgusunun önüne geçilse dahi, kitle iletişim araçları vasıtasıyla aktarılan bilginin ya da haberin, haberi veya bilgiyi aktaran kişinin ya da kuruluşun benimsediği görüşleri yansıtması muhtemeldir. Başka bir deyişle, gerçeğin her zaman egemen güçlerin çıkarları doğrultusunda tahrif edilme olasılığı mevcuttur. Bu sorun medya açısından ontolojik bir sorundur. Medyanın, siyasi iktidarlar tarafından propaganda yapma amacıyla kullanıldığı da göz önüne alındığında, kitle iletişim özgürlüğünün uygulamada gerçekten sağlanıp sağlanamayacağı, üzerine uzun süre düşünülmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

AİHS'nin ifade özgürlüğünü güvence altına alan 10. maddesi, söz konusu özgürlüğün kamu makamlarının müdahalesi ve ulusal sınırlar söz konusu olmaksızın, görüşe sahip olma, haber ve bilgilere ulaşma ile bunları açıklama/yayma özgürlüklerini bünyesinde barındırdığını düzenlemektedir. Kitle iletişim araçları ve bu araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilen kitle iletişim özgürlüğünün, AİHS m. 10 tarafından ifade özgürlüğüne sağlanan koruma kapsamında olduğu AİHM içtihatlarında hüküm altına alınmıştır.

Kitle iletişim özgürlüğünün bir alt dalı olan basın özgürlüğüne, Mahkeme büyük önem vermektedir. Demokratik toplum düzeninin sağlanmasında, basının oynadığı “kamunun bekçi köpeği olma” rolünün önemine dikkat çeken AİHM, basın özgürlüğüne getirilen ve ön kısıtlama/sansür niteliği taşıyan sınırlamaları Sözleşmeye aykırı bulmaktadır. Siyasi veya kamu yararını ilgilendiren meselelerle ilgili ifadeler söz konusu olduğunda, basın özgürlüğüne getirilen sınırlamaları daha sıkı bir biçimde denetleyen AİHM, basın adına çok önemli olan eleştiri özgürlüğünün korunması bakımından büyük önem taşıyan şu ilkeyi de kararlarında hüküm altına almıştır: Siyasetçiler ve hükümetler, gelecek eleştirilere karşı daha hoşgörülü olmalıdırlar. Siyasetçiler ve özellikle hükümet söz konusu olduğunda, basının sahip olduğu eleştiri özgürlüğünün kapsamı genişlemektedir. Mahkeme tarafından ortaya konulan ve basın özgürlüğünün korunmasında olumlu etki yaratan bir diğer ilke ise, taraf devletlerin değer yargıları ile olgular arasında bir ayırım yapmaları gerektiği ilkesidir. AİHM’ne göre değer yargısı içeren bir ifade söz konusu olduğunda, ifade sahibinden söz konusu değer yargısını ispat etmesi talep edilmemelidir. Böyle bir talep, ifade özgürlüğünün unsurlarından olan “görüşe sahip olma” özgürlüğünün ihlaline yol açar. Ancak değer yargıları içeren bir ifade söz konusu olduğunda, basın da tamamen sınırsız değildir. Söz konusu değer yargısı belli bir olguya dayanmalı, ayrıca basın mensupları görevlerini yerine getirirken meslek etiğine uygun ve iyi niyetle hareket etmelidirler.

Basın özgürlüğünün ve gazetecilerin gelecek baskılardan korunması adına AİHM tarafından ortaya konulan en önemli ilke, ifadenin içeriği şiddeti teşvik etmediği veya hakaret ya da nefret söylemi içermediği sürece, basın mensupları aleyhine verilen hapis cezalarının ve yüksek tazminat miktarlarının Sözleşmeye aykırı yaptırımlar/sınırlamalar olarak kabul edilmesidir. Böyle müdahaleler AİHM tarafından, basın üzerinde caydırıcı etkisi olan ve basının kamuoyunu bilgilendirme görevini yerine getirmesini engelleyici müdahaleler olarak değerlendirilmektedir. İfade özgürlüğü ve onun bir alt görünümü olan kitle iletişim özgürlüğünün etkin olarak sağlanmasında, taraf devletlerin üzerine sadece negatif değil, pozitif yükümlülükler de düştüğü Mahkeme tarafından konuyla ilgili

içtihatlarında hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda taraf devletlerin, basın mensuplarını ve kuruluşlarını üçüncü kişilerden gelecek olası saldırılara karşı koruma yükümlülükleri olduğu gibi, kitle iletişim özgürlüğünün etkin olarak sağlanabilmesi için gerekli yasal ve idari düzenlemeleri de yapmaları gerekmektedir.

Yazılı basın dışındaki diğer kitle iletişim araçları olan radyo, televizyon ve internet alanlarında da, AİHM'nin basın özgürlüğü için ortaya koyduğu ilkeler geçerlidir. Bunun dışında radyo-televizyon alanında ifade özgürlüğünün kullanılmasını yakından ilgilendiren ve Sözleşmenin 10. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen izin rejimi, AİHM tarafından ilk başlarda kitle iletişim özgürlüğünü sınırlayıcı biçimde yorumlanmıştır. Ancak Mahkeme, daha sonra bu konudaki tutumunu değiştirmiş ve taraf devletlerin sadece AİHS m. 10/1-3'e dayanarak radyo-televizyon özgürlüğüne sınırlama getiremeyeceklerini, taraf devletlerce getirilen sınırlamaların, Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen sınırlama ölçütlerinden "yasayla öngörülme" ve "demokratik toplum düzeninde gerekli olma" ölçütlerine uygun olması gerektiğini ifade etmiştir.

Görece yeni bir kitle iletişim aracı olan internet ve internet özgürlüğü hakkında da AİHM'nin önemli kararları bulunmaktadır. Mahkemenin bu kararlarında ortaya koyduğu en önemli ilke, teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında ifade özgürlüğünün kullanılmasında önemli bir işleve sahip olan internet alanı ile ilgili taraf devletlerce yapılacak yasal düzenlemelerin, AİHS m. 10/2'de belirtilen yasayla sınırlama ölçütüne uygun olması gerektiğidir. Yani internet özgürlüğüne, kamu otoritelerinin keyfi sınırlamalar getirecek müdahalelerinin önüne geçen ve kamu otoritelerince getirilen sınırlamaların hukuki açıdan etkili bir şekilde denetlenebilmesini sağlayan yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

AİHM içtihatları incelendiğinde, ifade ve kitle iletişim özgürlükleri üzerinde olumsuz etki yaratan kararların bulunduğu da görülmektedir. Dini değerlerin ve/veya ahlakın korunması amacıyla ifade/kitle iletişim özgürlüğüne getirilen sınırlamalar değerlendirilirken, Mahkeme tarafından genellikle

çoğunlukçu bir anlayış benimsenmektedir. AİHM, kutsal değerlerin korunması menfaati ile ifade özgürlüğü menfaatinin çatıştığı durumlarda, tercihini genellikle kutsal değerlerin korunmasından yana kullanmaktadır. Söz konusu husus, ifade/kitle iletişim özgürlüğü üzerinde negatif bir etki yaratmaktadır. Kutsal değerlerin korunması söz konusu olduğunda, Mahkeme ifade ya da kitle iletişim özgürlüğüne getirilen sınırlamayı incelerken, zaman zaman orantılılık unsurunu somut olaya uygulamadan karar vermektedir. Ayrıca ahlakın ya da dini değerlerin korunması amacıyla ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda taraf devletlerin daha geniş bir takdir payına sahip olduğunu belirten AİHM, söz konusu sebeplerle ifade veya kitle iletişim özgürlüğüne getirilen sınırlamaları, ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin kullanım alanını daraltıcı bir şekilde yorumlayarak kararlarını oluşturmaktadır.

AİHS ile karşılaştırıldığında, ifade ve kitle iletişim özgürlükleri için daha sınırlayıcı düzenlemeler içerdiği görülen 82 Anayasası'nda, Sözleşmeden farklı olarak ifade ve basın özgürlükleri ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Anayasanın ifade özgürlüğü ile ilgili düzenlemeleri büyük oranda AİHS düzenlemeleri ile uyum içerisindedir. Kâğıt üstünde ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda problem oluşturabilecek sınırlama sebepleri de –örnek olarak, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması- uygulamada amaçsal yorum yöntemi sayesinde Sözleşmeye uygun olarak yorumlanabilir.

AİHS ile karşılaştırıldığında asıl problemi, Anayasanın basın özgürlüğünü düzenleyen 28. maddesi oluşturmaktadır. Dağıtımın önlenmesi, toplatma, yayın yasağı ve süreli yayınlar için geçici olarak kapatılma tedbirleri öngören ilgili madde, AİHS ile uyumda sorun oluşturma tehlikesi taşımaktadır. AİHM içtihatlarında açıkça ortaya konulduğu üzere, ifadenin içeriği şiddeti teşvik etmediği veya nefret söylemi oluşturmadığı sürece, basın özgürlüğüne getirilen sınırlamalar Sözleşmeye aykırı olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, bir gazetenin veya yayının tümüne karşı uygulanan ve ilgili gazetenin henüz yayımlanmamış gelecek sayıları için de yayın yasağı getiren uygulamalar, AİHM tarafından yine

Sözleşmeye uygun olmayan ve ifade/basın özgürlüğünü ihlal eden sınırlamalar olarak kabul edilmektedir.

82 Anayasası'nda 2001 yılında gerçekleştirilen değişikliğe kadar tüm temel hak ve özgürlükler için genel sınırlama sebepleri öngören AY m. 13, 2001 değişikliği sonrası tüm temel hak ve özgürlükler için genel güvence teşkil eden bir madde halini almıştır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerde, sınırlamanın sınırını belirleyen AY m. 13'deki güvence ölçütleri, ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin korunması açısından AİHS ile uyum içerisindedir. Söz konusu güvence ölçütleri, ulusal mahkemeler tarafından AİHS ve AİHM içtihatları dikkate alınarak uygulanırsa, ulusal hukuk alanında da ifade ve kitle iletişim özgürlüğüne etkin bir koruma sağlanabilir.

AY m. 14'de yer verilen hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının Sözleşme ile uyumsuzluk yaratan içeriği de, 2001 değişikliğiyle görece olarak iyileştirilmiştir. 2001 değişikliği ile madde metninin her üç fıkrasında da "faaliyetler" ifadesine yer verilerek, düşünce ve ifadenin sadece içeriği sebebiyle yasaklanmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. 2001 Anayasa değişikliği ile madde metninde sağlanan diğer pozitif gelişme ise, artık devlet için de birtakım yükümlülüklerin getirilmiş olmasıdır. Devlet de artık Anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlükleri, Anayasada öngörülenden daha geniş şekilde sınırlamama, başka bir deyişle, hak ve özgürlükleri yok etmeme yükümlülüğü altındadır. Böylece AY m. 14, hem devlet hem birey için kötüye kullanma yasağı öngören AİHS'nin 17. maddesine paralel bir yapıya kavuşmuştur.

Olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen AY m. 15'deki düzenleme içerik olarak AİHS ile uyum içerisindedir. Olağanüstü yönetim usullerinde, ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin durdurulması ya da askıya alınmasında, AİHS düzenlemelerine ve AİHM içtihatlarına aykırılık yaratan husus, OHAL KHK'lerinin yargı denetimi dışında bırakılmış olmasıdır. Söz konusu aykırılığın giderilmesi için Anayasada değişiklik yapılarak, OHAL KHK'lerinin yargı denetimine tabi tutulmalarının sağlanması gerekmektedir.

Normatif açıdan AİHS ile uyumun ve uygulamada AİHM içtihatlarının ulusal mahkemeler tarafından verilen kararlarda göz önüne alınmasının sağlanması adına, 2010 yılında Anayasada gerçekleştirilen değişiklik ile anayasal bir dayanağa kavuşan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı büyük önem taşımaktadır. Bu sayede artık ulusal hukuk alanında da Anayasada yer alan düzenlemeler ile ifade ve kitle iletişim özgürlüklerine getirilen sınırlamalar, maddi/somut olay üzerinden incelenebilecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, ifade ve kitle iletişim özgürlüklerine getirilen sınırlamaları denetlediği bireysel başvuru kararlarında, AİHM içtihatlarına sıklıkla atıf yaparak özgürlükçü bir yaklaşım sergilemiştir. AYM, söz konusu bireysel başvuruları incelerken, AİHM içtihatlarına uygun olarak ifadenin içeriğini, hangi bağlamda söylendiğini, kime karşı söylendiğini, kim tarafından söylendiğini, kamusal bir meseleye ilişkin olup olmadığını ve söz konusu ifade sınırlanırken uygulanan yaptırımın ağırlığını dikkate alarak detaylı değerlendirmeler yapmıştır. Anayasa Mahkemesi yaptığı bu detaylı değerlendirmeler neticesinde, ifade ve kitle iletişim özgürlüğünün kullanım alanını AİHS standartlarına uygun olarak güvence altına alan özgürlükçü kararlara imza atmıştır. İfade ve kitle iletişim özgürlüklerinin etkin olarak sağlanması bakımından oldukça değerli olan kararların önemi, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını bağladığı göz önüne alındığında, bir kat daha artmaktadır. İlk derece ve Anayasa Mahkemesi dışındaki üst derece mahkemeleri, ifade ve kitle iletişim özgürlüğü açısından sınırlayıcı düzenlemeler içeren yasa maddelerini, AYM'nin konu ile ilgili kararlarını göz önüne alarak özgürlükçü bir yaklaşımla yorumlayabilirler.

Yasama organı da, ifade ve kitle iletişim özgürlüğünü ihlal ettiği AYM tarafından karar altına alınan bir düzenlemeyi, eğer söz konusu düzenleme yapısal açıdan ilgili özgürlükler üzerinde sürekli sınırlayıcı bir etki yaratıyorsa, yapacağı yasal değişikliklerle yürürlükten kaldırabilir. İfade ve kitle iletişim özgürlükleri Anayasaya aykırı olarak ihlal edilen gerçek ve tüzel kişiler de, AİHM'ne kadar uzanan ve daha uzun zaman alan süreç içerisine girmeden, AYM'ne yapacağı bireysel başvuru çerçevesinde söz konusu ihlalin giderilmesini sağlayabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin yapılan bireysel başvurular neticesinde yeniden yargılama yapılmasına karar verme olanağına sahip olması da, ifade ve kitle iletişim özgürlüklerinin korunması bakımından büyük önem taşımaktadır. Tabii belirttiğimiz tüm bu hususlar Anayasa Mahkemesi'nin çalışma kapsamında ele alınan bireysel başvuruları karara bağlarken sergilediği özgürlükçü tutumu koruması koşuluyla geçerli olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu, yapılan olumlu değişikliklere rağmen hala paternalist bir yapıya sahip olan 1982 Anayasası'nın, uygulamada daha çoğulcu ve özgürlükçü bir anlayışla ele alınmasını sağlayabilir.