

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Hürriyetinin Sınırlanması*

Metin Kayaçağlayan**

ÖZET

İfade hürriyetinin asıl fonksiyonu, sorgulayıcı ve eleştirel nitelikteki sözlerin korunması bakımından ortaya çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde ifade hürriyeti, genel olarak demokratik toplumun zorunlu dayanaklarından biri ve kişilerin kendilerini geliştirmelerinin önde gelen bir şartı olarak değerlendirilmektedir. İfade hürriyetinin sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız bulunan ya da ilgilenmeye değmez görünen “bilgi” ve “düşünceler” için değil, ayrıca devletin ya da toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve endişe verici bilgi ve düşüncelerin açıklanması bakımından da geçerli olduğuna da işaret edilmek gerekir. Bu hürriyetin kullanılması esnasında da, tıpkı diğer hürriyetlerde olduğu gibi farklı değer ve menfaatlerin karşı karşıya gelmesi söz konusu olabilir. Fakat hürriyetin esas, sınırlamanın istisna olduğuna ilişkin temel hukuk kuralı hatırlandığında, bu denge ve sınırlamanın ifade hürriyetinin aleyhine işleyen ve onu etkisiz hale getiren bir sınırlama olmaması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Demokrasi, İfade Hürriyeti, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

RESTRICTION OF FREEDOM OF EXPRESSION WITHIN THE SCOPE OF THE JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

Freedom of expression is evaluated as one of the essential foundations of democratic society and one of the basic conditions for the development of every man. But it should be added that, “freedom of expression” is not only applicable to “information” or “ideas” that are favorably received or regarded as inoffensive or as a manner of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the state or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. Despite its considerable status in the democratic society, like the other rights and freedoms, some problems arise from the practice of the freedom of expression; thus the freedom of expression is not absolute. In order to find a formula to restrict this freedom, the balance between the interests of the democratic society and of the individuals should intensely be observed, considering the “in dubio pro libertate” criteria.

Keywords: Human Rights, Democracy, Freedom of Expression, Constitution, European Convention on Human Rights

* Bu yazı hakem incelemesinden geçmiştir.

** Avukat, Ankara Barosu. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu (İdare) Hukuku Doktora Öğrencisi.

I - GİRİŞ

Felsefi kökleri çok daha eskilere gitmekle beraber, asıl onyedinci ve onsekizinci yüzyıllar içinde gelişen ve “*insan hakları doktrini*” olarak adlandırılan düşünce akımı, insanların sırf insan olmak sıfatıyla doğuştan bir takım dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez haklara sahip olduğu görüşünü yaymıştır. Devlet iktidarının sınırlanması fikrini tartışmaya açan bu görüş, dayanağını, devletin kendi yarattığı hukuktan önce varolan doğal hukukla bağlı olduğu ve insanların bu hukuktan kaynaklanan doğal haklarına saygı göstermek zorunda olduğu görüşünden almıştır¹. Amerikan Haklar Bildirgesi ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile resmi olarak da açıklanan bu görüş, XVIII. yüzyılın son çeyreğinde “anayasacılık hareketleri” ile güç kazanmıştır.

Bilindiği gibi anayasa, bir siyasal topluluğun temel düzenini ifade eder. Bugünkü anlamıyla anayasanın, yani siyasal ve sosyal yapıya ilişkin temel tercihlerin açık kurallar halinde yazılı bir belgeye aktarılması anlayışının ortaya çıkışı, yeni

sayılabilecek bir döneme rastlar. Söz konusu anlayış, Avrupa’da 18. yüzyılın ikinci yarısında yoğunlaşıp, bütün 19. yüzyıla damgasını vuran ve “*anayasacılık*” olarak adlandırılan hareketlerin ürünüdür. Anayasacılık hareketlerinin temelinde, *iktidar sahiplerinin mutlak gücünü sınırlama çabalarının* yattığı görülür. Bir bakıma, *anayasacılık hareketlerinin tarihi, iktidarı çeşitli yöntemlerle sınırlama arayışlarının tarihidir* denilebilir. İktidar sürecinin işleyişini belli, açık ve kesin kurallara bağlamanın, iktidarın sınırlanmasında zorunlu biçimsel aşama olduğu düşüncesi bu arayışlar içinde gelişmiş, bulunan çözüm de, söz konusu kuralların üstün bağlayıcı güce sahip yazılı bir belgeye geçirilmesi olmuştur. Buna göre anayasa, devletin işleyişini iktidarın sınırlanması amacından hareketle düzenleyen ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile insan haklarına ilişkin güvenceleri içeren yazılı belge anlamına gelmektedir².

İnsan haklarının, devletin iktidarını sınırlayan belgelerle güvence altına alınması, güvencenin mekanıyla ilgili önemli bir sakıncayı bünyesinde barındırmaktadır. Anayasaların sadece yürürlükte olduğu mekanda, bir başka deyişle ulus - devlet mekanında geçerli olması, bireylere bu mekanla sınırlı bir koruma sağlamaktadır.

II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan insani yıkım, insan haklarının bir iç mesele olarak algılanmasının yarattığı sakıncaları gözler önüne serdiğinde, insan haklarının etkili ve gerçek bir güvenceye kavuşturulmasının yolunun, uluslararası bir mutabakat sonucunda ortaya çıkacağı anlaşılmış³ ve uluslararası platformda insan haklarının koruma altına alınması için çalışmalara başlanmıştır.

Bu çalışmalar sonucunda ortaya çıkan metinler, etkisi hukuki bağlayıcılıktan çok moral güçle sınırlı olan belgeler, hukuki bağlayıcılığı bulunan ve hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi amacıyla kurumsal düzenleme öngören metinler ve nihayet koruma sistemi olarak yargısal güvence mekanizması da içeren sözleşmeler⁴ olmak üzere üç grupta incelenebilir. Etkisi, hukuki bağlayıcılıktan çok moral güçle sınırlı olan ve uluslararası

¹ Ayrıntılar için bkz., Münici Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 69 vd., Münici Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, Yenilenmiş İkinci Basım, Ankara, 1991, s. 19 vd., Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s. 1 vd., Anıl Çeçen, İnsan Hakları, 2. Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995, s. 17 vd., Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları, AÜSBF İHM Yay. No. 17, Ankara, 1995, s. 187 vd., J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, The European System for The Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 3-63, Mireille Delmas Marty, Christine Chodkiewicz, The European Convention for The Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions, s. 1-3, Ahmet Mumcu, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 2. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1994, s. 349 vd., İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, İstanbul, 1993, s. 125 vd., Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yay. No: 89, Ankara, 2001, s. 66 vd., Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, I.Ü.Y.N. 3761, Fakülte Yay. No: 702, İstanbul, 1993, s. 1 vd., Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996, s. 12. vd., Mustafa Yılmaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 5 vd., Mesut Gülmez, İnsan Haklarının Uluslararası korunması, TODAİE Yay., Ankara, 1996, s. 1 vd.

² Mithat Sancar, Devlet Akli Kışkırcısında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, Ankara, 2000, s. 133-134.

³ Kapani, İnsan Haklarının ..., s. 99.

⁴ Kaboğlu, a.g.e., s. 117.

zorlayıcı gücü psikolojik çerçevede kalan uluslararası belgelerin en önemli örneği, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'dir⁵. Bu metnin bir genel kurul kararı olması nedeniyle, bağlayıcılığı hukuksal anlamda tartışılrsa da, etik bağlayıcılığı pek çok hukuksal metnin önüne geçerek İnsan Hakları alanındaki en önemli belgelerden biri olarak kabul edilmesine engel olmamıştır⁶. Uluslararası antlaşma, anlaşma, sözleşme, pakt ve protokoller, bunları onaylayan devletler açısından ikinci düzey koruma mekanizması oluşturur. İnsan hak ve özgürlükleri bu düzeyde devletlerin iç hukukunun bir parçası olmadan önce pozitif devletler hukuku alanına girerler. Kurumsallaşmış güvenceler içeren belgelerin en önemli örnekleri, Kişi Özgürlükleri ve Siyasal Haklar Uluslararası Paktı ve İktisadi, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Paktı'dır. Bir antlaşmayla, onun oluşturduğu kurumlarca alınan kararlara saygıyı denetlemek ve ayrıca bunların ihlalini yaptırma tabi tutmak amacıyla ulusal-üstü bir yargı organı kurulduğu zaman, en ileri koruma mekanizmasına ulaşılmış olunur. Uluslararası yargı güvencesini kapsamına alan bu sisteme, "*derinleştirilmiş koruma mekanizması*" adı da verilebilir⁷. İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) derinleştirilmiş koruma mekanizması içeren bir sözleşmedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde koruma altına alınan hakların ihlali iddiasıyla bireylerin ve sözleşmeye taraf devletlerin, yine sözleşmede öngörülen yargı organına başvurarak, ihlalci devleti şikayet etmesine olanak tanınmıştır.

II - AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 10. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE "İFADE HÜRRİYETİ"

A - Genel Olarak

İfade hürriyeti, Batı Demokrasisinin dayandığı önemli temel taşlardan birini oluşturmanın yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde koruma altına alınan pek çok hak ve hürriyetin kullanılmasında için, bir ön koşul kimliği de taşır⁸. Özel-

likle 8, 9 ve 11. maddelerde koruma altına alınan haklar bakımından ifade hürriyeti *olmazsa olmaz* bir nitelik taşımaktadır. Sözleşme sisteminde ifade hürriyeti, genel olarak *demokratik toplumun zorunlu dayanaklarından biri* ve *kişilerin kendilerini geliştirmelerinin önde gelen bir şartı* olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir değerlendirme ile ifade hürriyetinin muhtevasının belirlenmesinde, devlet düzeni ya da hükümet düzeninin gereklerinin değil, demokratik toplum düzeninin esas alınacağı yolunda bir dayanak sağlanmış olmaktadır. Bunun önemi, özellikle bütün fikirlerin eşit derecede görülmesi ve hiç kimsenin siyasal süreçten dışlanmaması hususlarında kendini göstermektedir. Nitekim yapılan denetimlerde de esas olarak, belirtilen amaçların gerçekleştirilmesi doğrultusunda devletin konumu ve ifade hürriyetinin anlamı açıklanmakta ve Avrupa ortak kamu düzeninin bu konudaki genel ilkeleri ortaya konulmaktadır.

Sözleşme sisteminde ifade hürriyeti, bir fikrin sadece dışa vurulması anıyla sınırlı görülme-ye, o fikre ve bilgiye ulaşma fırsatı ve serbestisi ile birlikte düşünülen bir hürriyet konumundadır. Bunun dışında ifade hürriyetinin, ulaşılan fikirler arasında tercih yapma, bunları dışa vurma ya da vurmama serbestisini içerdiği kabul edilmektedir⁹.

B - 10. Madde Çerçevesinde İfade Hürriyeti

Sözleşme'nin 9. maddesinde koruma altına alınan "düşünce" veya "düşünme" (*thought*) özgürlüğü felsefi bütünlüğe sahip bir inanç anlamındadır¹⁰. Buna karşılık 10. maddede ise anlamı ve kapsamı daha geniş olan "kanaat" veya "görüş" (*opinion*), yani bilgilenme sonucu edinilen kişisel kanı, düşünme ve bir değer yargısına varma tarzı, fikir sahibi olma hususu koruma altına alınmaktadır¹¹. Normatif açıdan değerlendirildiğinde Sözleşme

⁵ Kaboğlu, a.g.e., s. 117 vd.

⁶ Kapani, İnsan Haklarının ..., s. 23 vd.

⁷ Kaboğlu, a.g.e., s. 125 vd.

⁸ Donna Gomian, David Harris, Düşünce, İnanç, Vicdan

ve İfade Özgürlüğü, Çev. Orhan Kemal Cengiz, Belge Yayınları, İstanbul, 1998, s. 57, Sunay, a.g.e., s. 8 vd., Ünal, a.g.e., s. 241 vd., Gözübüyük, Gölcüklü, a.g.e., s. 316 vd.

⁹ Reyhan Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2001, s.3-4.

¹⁰ Mah. K., Campbell ve Cossans/ İngiltere, 25.2.1982, A 48, s. 16, par. 36.

¹¹ Lingsen/ Avusturya, 8.7.1986, A 103, s. 28, par. 46.

sisteminde düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyetlerinin iki ayrı maddede düzenlendiği ve fakat uygulamada bu maddelerin birbirleriyle bağlantılı olarak yorumlandıkları görülmektedir. Düşünce, vicdan ve din hürriyetlerinin düzenlendiği 9. maddenin ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların genellikle din hürriyeti üzerinde yoğunlaştığı görülmekle birlikte, din, inanç ya da düşünceler açıklandığında bu açıklamalar ifade hürriyetinin genel olarak düzenlendiği 10. madde çerçevesinde değerlendirilmektedir¹². İki hürriyet arasında gözetilen bu sıkı bağlantı, Sözleşme organlarının kararlarında bilgiye ulaşma serbestisinin ön plana çıkmasına yol açmıştır. Sözü edilen hükümler arasındaki anlam, kapsam ve içerik farkını belirgin bir çizgiyle ayırmanın güçlüğü kabul edilmelidir. Sorun, bireysel yaşamın ve fikri yaşamın başka yönlerinin söz konusu olduğu 8 ve 11. maddeler düzeyinde ele alındığında durum daha da belirsizleşmektedir. 8, 9 ve 11. maddelerde öngörülen kanaat ve inançların 10. madde bağlamında da geçerli olduğu açıksa da, bu maddenin diğerlerine nispetle *lex generalis* bir nitelik taşıdığı göz önünde tutulmalıdır¹³.

Bazı örneklerde, Strasbourg organları söz konusu meselenin daha spesifik maddelerin kapsamına girdiği gerekçesiyle, 10. maddenin uygulanamaz olduğu sonucuna ulaşmıştır. Örneğin, Komisyon, seçimlerde oy kullanma hakkının, 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesinin kapsamına girmesi nedeniyle, 10. madde çerçevesinde değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. 10. maddenin yanı sıra 8 ya da 11. maddenin de söz konusu olduğu durumlarda, Komisyon ve Mahkeme *lex specialis* nitelikte olduğu için diğer maddelere başvurulması gerektiği görüşündedir. Örneğin, hükümetin mahkumların yazışmalarını kontrol etmesi ve sansürlemesinin konu edildiği, Silver ve diğerleri davasında¹⁴, Mahkeme, ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddenin değil, haberleşmeye saygıyı düzenleyen 8. maddenin uygulanabilir olduğuna, homoseksüel ilişkinin konu edildiği bir başka

başvuruda da, Komisyon, ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddenin değil, özel hayata saygıyı düzenleyen 8. maddenin uygulanmasının isabetli olacağına karar vermiştir.

Bu madde ile ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Komisyonu tarafından zengin bir içtihat geliştirilmiştir¹⁵. Mahkeme ifade hürriyetini, “*demokratik toplumların ilerlemesi ve her bireyin gelişimi için gerekli temel koşullardan biri*” olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte, ifade hürriyeti Sözleşme’de *mutlak* bir biçimde düzenlenmemiştir. Devletler, 10. maddenin 2. fıkrasında öngörülen koşullara uymak kaydı ile, ifade özgürlüğüne (görüş, bilgi ve düşüncelerin hangi araçla açıklandığına bakılmaksızın) meşru bir biçimde müdahale edebilirler.

İkinci paragrafta öngörülen koşulları taşııyorsa, ifade özgürlüğünü sınırlayan bir müdahale, Sözleşme’nin ihlali sonucunu doğuracaktır. Ayrıca ikinci paragrafta anılan meşru nedenlerden birine dayanan müdahalenin kanun tarafından öngörülmesi ve demokratik bir toplum için zorunlu olması da gerekmektedir.

Sözleşme’nin 10. maddesinin yapısı ve maddenin ikinci paragrafında yer alan meşru sınırlama ölçütleri, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın ilgili hükümlerine nispetle radikal farklılıklar taşır¹⁶. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan Yüksek Mahkemesi gibi, bir yanda “özgür ifade” kavramı çerçevesinde ifade hürriyetinin mutlak bir biçimde korunması, diğer yanda da “özgür ifade” ile çatışan menfaatler arasında denge kurma seçenekleri arasında tercih yapmak zorunda kalmamıştır¹⁷. *Avrupa İnsan*

¹² Sunay, a.g.e., s. 285-286.

¹³ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 317, Div. K. Ezelin/ Fransa, 26.4.1991, A 202, s. 20, par. 35.

¹⁴ Mah. K., Silver ve diğerleri/ Fransa, 25.3.1983, s. 41, par. 106-107.

¹⁵ Bkz., RYSSDAL, Rolv, The Case-law of the European Court of Human Rights on the freedom of expression guaranteed under the European Convention on Human Rights, 10. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı’nda sunulan rapor, Budapeşte, 6-10 Mayıs 1996, VOORHOOF, Dirk, Critical perspectives on the scope and interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights, Mass media files No. 10, Council of Europe Publications, Strasbourg, 1995, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hakkındaki 6. Uluslararası Kollokyumun tutanakları (Seville, 1985), Directorate of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 1988.

¹⁶ RYSSDAL, a.g.e., s. 3 vd.

¹⁷ RYSSDAL, a.g.e., s.4.

Hakları Mahkemesi'ni ilgilendiren temel konu, ifade hürriyetinin sınırlanmasına yönelik müdahalenin 10. maddenin birinci fıkrasını ihlal edip etmediğini tespit etmekten çok, bu müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasında öngörülen meşrulaştırıcı nedenlerden birine dayanıp dayanmadığıdır.

1. İfade Hürriyetinin Kapsamı

İfade hürriyetinin düzenlendiği 10/ 1. maddeye göre, “Herkes ifade ve açıklama hakkına sahiptir. Bu hak, kanaat hürriyetini, kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak veya vermek serbestisini içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir”.

a) İfade Hürriyetinin Konu Bakımından Kapsamı

Komisyon ve Mahkeme kararlarında, hangi tür ifadelerin 10. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ile ilgili olarak, *ifade* teriminin, türü ne olursa olsun, sosyal, siyasal, hukuki her türlü görüşün açıklanmasını kapsadığı belirtilmektedir. Bu konuda daha somut hususlara işaret eden kararlar da bulunmaktadır. Mahkeme sanatsal ifadenin ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartıştığı Müller kararında “10. madde(nin), bilgi ve düşünceleri alıp verme özgürlüğünün içinde belirgin bir şekilde var olan kültürün, siyasal ve toplumsal bilgi edinmenin ve türlü düşüncenin kamusal değiş tokuşuna katılma imkanı sunan, sanatsal ifade hürriyetini de içer(diğ)ine”¹⁸, Barthold¹⁹ kararında da, ticari nitelik taşıyan fikir açıklamalarının da 10. madde kapsamında değerlendirileceğine karar vermiştir. Birinci fıkranın son cümlesinden de anlaşılacağı üzere, düşüncüyü açıklamakta kullanılan ve açıklamanın aldığı farklı şekiller hükümün kapsamı içinde değerlendirilmektedir.

İfade hürriyetinin *içeriğine* ilişkin en kapsamlı açıklama Mahkeme'nin Handyside kararında yapılmıştır. Bu kararda Mahkeme, ifade hürriyetinin demokratik toplumun temel dayanaklarından

birini oluşturduğunu belirttikten sonra, bu hürriyetin sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız bulunan ya da ilgilenmeye değmez görünen “bilgi” ve “düşünceler” için değil, ayrıca ***devletin ya da toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve endişe verici bilgi ve düşüncelerin açıklanması*** bakımından da geçerli olduğuna işaret etmiştir. Mahkeme'ye göre ifade hürriyetinin bu tarz yorumu, “***demokratik toplumun***” olmazsa olmaz unsurlarından olan; ***çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin*** gerekleridir.”²⁰ Mahkeme daha sonraki tarihli Lingens kararında, siyasal tartışma özgürlüğünün, demokratik toplum kavramının öz unsurunu oluşturduğuna dikkat çekmiştir.²¹

b) İfade Hürriyetinin, Kullanılan İfade Aracı Bakımından Kapsamı

Sözleşme hukukunda, ifade hürriyetinin muhtevası gibi, ifade vasıtaları da serbest kamuoyunun oluşumuna imkan verecek genişlikte ele alınmaktadır. Nitekim Komisyon ve Mahkeme, açıklanan düşüncenin yalnız muhtevasının değil, ifade yol ve şeklinin de herhangi bir fark gözetilmeksizin 10. madde koruması altında olduğunu belirtmektedirler.

“... Ne Mahkeme, ne de ulusal mahkemeler hangi haber tekniğinin gazeteciler tarafından kabul edilmesi gerektiği konusunda kendi görüşlerini, basın görüşlerine ikame ede(mezler). Bu bağlamda, 10. madde bilgi ve düşüncelerin sadece içeriğini değil, fakat onların aktarılma biçimlerini de koruma altına alır.”²²

İfadenin şekli sözlü, yazılı ya da artistik nitelikte olurken, ifade etmede kullanılan araçlar, sözlü ya da yazılı basın, radyo, televizyon, sokak gösterileri, toplantı, dernek ve sendikalar olabilmektedir. Sözleşme sisteminde basın ve radyo-televizyon aracılığıyla ifade hürriyetinin kullanılması 10/ 1. madde kapsamında ele alınırken, örgütlenme hürriyeti ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Öte yandan 8. maddedeki haberleşmenin korunması

¹⁸ Mah. K., Müller ve Diğerleri/ İsviçre, 24.5.1988, A no. 133, s.19, par.27.

¹⁹ Mah. K., Barthold/ Almanya, 25.5.1985, A no.90, par.42, s.20 -21.

²⁰ Mah. K., Handyside/ İngiltere, 7.12.1976, A no.24, par.49, s.23.

²¹ Mah. K., Lingens/ Avusturya, 8.7. 1986, A no.103, par.42, s.26.

²² Mah. K., Jersild/ Danimarka, 13 Eylül 1994, A no.298, s.23, par. 31.

ile 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesindeki yasama organının serbest seçimi de, ifade hürriyetinin diğer kullanım çeşitleri arasında yer almaktadır. Bu maddeler arasındaki bağlantı açık olmakla birlikte, 10. madde yukarıda da işaret edildiği gibi, diğerlerine nazaran *lex generalis* niteliktedir. *Lex specialis* niteliğinde olan diğer maddelerde korunan hürriyetlerle ilgili somut bir ihlal iddiasında bulunulduğunda, dava ilgili madde hükmü çerçevesinde görülmekte, münhasıran ifade hürriyetinin söz konusu olduğu durumlarda uyuşmazlığın çözümü, doğrudan doğruya 10. madde çerçevesinde ele alınmaktadır²³.

ba) Kullanılan Dil

Düşünceyi ifade etmenin en önemli aracı olması nedeniyle, kullanılan dil ile ifade hürriyeti arasında kuvvetli bir bağ bulunmaktadır; bu yönüyle dil, ifade hürriyetinin ayrılmaz bir parçası, onun tamamlayıcı bölümüdür. Sözleşme hukukunda, dil ile ifade hürriyeti arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Komisyon'a göre 10. maddedeki fikirlerin serbestçe açıklanması hakkı, yönetimle ilgili işlerde tercih edilen herhangi bir dilin kullanılması hakkını kapsamamaktadır. Dolayısıyla resmi işler dışındaki etkinliklerde kullanılan dil ifade hürriyeti korumasına alınırken, devletin herhangi bir organı ile karşılıklı ilişkilerde kişiler, tercih ettikleri herhangi bir dili kullanma serbestisine sahip bulunmamaktadırlar.²⁴

bb) Basın ve Radyo-Televizyon

Günümüzde bireysel ifade özgürlüğü yerini büyük ölçüde kitle iletişim özgürlüğüne bırakmıştır. Bu nedenledir ki, 10. madde bağlamında en önemli ve nazik sorunlar geniş anlamda basın ve basın özgürlüğü düzeyinde ortaya çıkmaktadır²⁵. İfade hürriyetinin en etkili ve önemli aracı olan basının temel fonksiyonu bilgi ve düşünceleri yaymak olduğundan, denetim organları, devletin sınırlandırmaya çalıştığı bir yayını, "kamu yararı"

açısından değerlendirmeye tabi tutarak; basının yararı ile kamunun bilgi alma hakkını sınırlandırmadaki yararı arasında bir denge kurmaktadır. Mahkeme, basın özgürlüğünün önemine işaret ettiği Lingens kararında, basın hürriyetinin halka, siyasi liderlerin düşünce ve tutumlarını tanıtmak ve bunlarla ilgili olarak fikir vermek konusundaki en iyi araçlardan birini sağladığını belirtmiştir²⁶.

Basın hürriyetinin varlığından söz edilebilmesi için, yurttaşların haber alma, yorum, eleştiri ve yayınlama haklarına sahip olmaları gerekmektedir. Vatandaşların haber alma hakkının, yayın mensupları yönünden karşılığını habere ulaşmak ve onu elde etmek hakkı oluşturmaktadır. Habere ulaşmak hakkı kısaca haber, fikir ve bilgilerin serbestçe toplanabilmesi anlamına gelmektedir.

Yorum ve eleştiri hakkı, basın hürriyetinin varlığı için bir diğer serbestlik alanını işgal etmektedir. Yorum ve eleştiri, bir konuya ilişkin inançların, değer yargılarının ifade edilmesi anlamına gelmektedir. Yorum ve eleştirilerle her şeyden önce demokratik sürecin işleyişi için gerekli olan serbest siyasal tartışma ve siyasi iktidarın denetimi gerçekleşmiş olmaktadır. Basın hürriyeti bakımından varlığı zorunlu olan diğer bir hürriyet alanını, elde edilen haberin, bilginin, yapılan yorumun ya da eleştirinin herhangi bir ön kontrole tabi tutulmadan yayınlanabilmesi oluşturmaktadır²⁷.

Mahkeme basın hürriyetini değerlendirdiği bir kararında,

"... Basın hürriyeti, siyasi liderler hakkında öne sürülen düşüncelerin kamuoyunda şekillenmesini sağlayan en önemli araçlardan birisidir. Siyasi tartışma özgürlüğü, Sözleşme'nin öncelikle koruduğu hakların başında gelmektedir

Hoş görülebilir eleştirinin sınırları bir politikacı için, sade bir vatandaşa oranla daha geniştir. Sade vatandaşın farklı olarak, politikacı kendisini, isteyerek ve kaçınılmaz olarak her söz ve eylemin hem gazeteciler hem de geniş halk kesimleri tarafından yakından takip edildiği bir konuma yerleştirir ... 10. maddenin 2. paragrafında başkalarının

²³ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 318, Sunay, a.g.e., s. 42-43.

²⁴ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 318, Kom. K., Habitants de Leeuw St. Pierre/ Belçika, 15.7.1965, No. 2333/ 64, s. 339, Sunay, a.g.e., s. 45.

²⁵ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 322.

²⁶ Lingens/ Avusturya, 8.7. 1986, A No.103, s.26, par.42.

²⁷ Sunay, a.g.e., s. 146-163, Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 318.

şöhreti ... koruma altına alınmıştır ve bu koruma politikacıları da kapsamına alır ... fakat politikacıların söz konusu olduğu durumlarda, bu tür bir korumanın gerekleri, siyasi meselelerde açık tartışmanın sağlayacağı yararlar dengelenmek zorunda²⁸” olunduğuna işaret etmiştir.

Bu kararla Mahkeme, basının demokratik toplumdaki önemini ifade etmenin yanında, ifade hürriyetinin kapsamını belirlerken yatay ilişkilerle (eşitlerarası ilişkiler), dikey ilişkiler arasında bir ayırım olduğuna işaret edip, yönetenlerin, sıradan yurttaşlara nispetle daha sert bir biçimde eleştirilebileceklerine hükmederken, ifade hürriyetinin bir anlamda “muhalafet özgürlüğü” olduğuna ilişkin yaklaşıma işlerlik kazandırmıştır.

İspanyol Senatörü olan Bay Castells, Bask bölgesindeki faili meçhul cinayetlerle ilgili makalesinde, bu cinayetlerin arkasında hükümetin olduğunu ileri sürmüş, makalede kullandığı ifadeler nedeniyle “hükümetin manevi şahsiyetine hakaret ettiği” gerekçesiyle mahkum edilmiştir. Mahkeme, Bay Castells’in görüşlerini senato kürsüsünden değil, kendi seçtiği bir dergide yaptığını, istemesi halinde kürsüde yapacağı konuşma ile hükümeti hiçbir yaptırıma uğramaksızın eleştirmesi mümkünken bu yolu tercih etmemesi nedeniyle, hükümeti eleştirme hakkını kaybettiğinin kabulünün mümkün olmadığını belirttikten sonra, ***hükümete yönelen eleştirilerin kabul edilebilirlik sınırının, özel kişilere, hatta bir politikacıya yapılan eleştiriye nispetle daha geniş olduğuna işaret ederek başvuruyu kabul etmiştir***²⁹.

Siyasal eleştiri ve tartışmada “maddi olaylar” ile “değer yargıları”nı birbirinden ayırmak gerekir. Değer yargılarının doğruluğunu kanıtlamak mümkün değildir. Değer yargısı söz konusu olduğunda, bunun ispatlanmasının zorunlu kılması 10. maddeye aykırıdır.

10. maddenin 1. fıkrasının üçüncü cümlesi, devletlerin radyo-tv işletmelerini izin rejimine tabi tutmasına olanak tanımaktadır. İzin rejimi konusunda, Komisyon ve Mahkeme, özel radyo ve televizyon istasyonlarının, ilgili devletin mevzuatı

nedeniyle kurulamamasını Sözleşme’ye aykırı bulmuştur³⁰. İletişim alanında gerçekleştirilen teknik gelişmeler fikir ve haber alıp verme sorununa yeni boyutlar kazandırmıştır. Mahkeme’ye göre, ülkede hertzien dalgalarla yayın yapma izninin iptali ve yayının yasaklanması halinde 10. maddenin 1. fıkrasının üçüncü cümlesi uygulanacaktır. Radyo-tv işletmelerinde izin rejiminin gerekçesi devletlerin bu faaliyeti kamu makamlarının tekelinde tutma arzusu ve bilhassa teknik ve pratik endişeler, özellikle uluslararası normlara riayeti sağlama endişesidir. Bununla beraber, söz konusu cümlenin konu, amaç ve kapsamı saptanırken maddenin bütününe, özellikle 2. fıkra da öngörülen ölçütlerin göz önünde bulundurulması gerekir.

2. İfade Hürriyetinin Unsurları

Yukarıda da işaret edildiği gibi, Sözleşme sisteminde ifade hürriyeti bir fikrin sadece dışa vurulması anıyla sınırlı görülme, o fikre ve bilgiye ulaşma fırsatı ve serbestisi ile birlikte düşünülen bir hürriyet konumundadır. Bunun dışında ifade hürriyetinin, ulaşılan fikirler arasında tercih yapma, bunları dışa vurma ya da vurmama serbestisini içerdiği kabul edilmektedir.

a) Haber ve Bilgi Alma Hürriyeti

İfade hürriyetinden söz edilebilmesi için ilk şart, haber, fikir ve bilgilerin araştırılması, elde edilmesi ve serbestçe öğrenilmesidir; haber, fikir ve bilgiler ifade hürriyetinin hammaddesini oluşturur. Sözleşme’nin 10. maddesinde, ifade hürriyetinin resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestisini de kapsadığı belirtilerek bu temel şarta işaret edilmiştir. Sözleşme’de, haber alma ve vermenin ülke sınırları söz konusu olmaksızın geçerli olacağı öngörülmektedir. Böylece, söz konusu hakkın kapsamı genişlemiş ve uluslararası bir boyut kazanmıştır. Haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme hakkı her şeyden önce insanın bilmek ve öğrenmek ihtiyacını karşılamaktadır³¹. Mahkeme, haber ve fikir alma hakkının, her şeyden önce, du-

²⁸ Mah. K., Lingens/ Avusturya, 8.7. 1986, A No.103, par. 42, s.26.

²⁹ Mah. K., Castells/ İspanya, 23.4.1992, A no. 314, s. 26, par. 76.

³⁰ Mah. K., Groppera Radio AG ve diğerleri/ İngiltere, 28.3.1990, A no. 173, s. 22-29, par. 53-74.

³¹ Sunay, a.g.e., s. 49, Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 316 vd.

yurulmak istenen bilgi ve düşüncelerin üçüncü kişiler tarafından alınmasının hükümet tarafından engellenmesini yasakladığını açıkça belirtmiştir³². Yukarıda da değinildiği gibi, Mahkeme 10. madde hükmünün sadece belli nitelikteki bir grup haber ve bilgi, düşünce ya da ifade şekline inhisar ettirilemeyeceği görüşündedir³³. Fakat Sözleşme'nin bu konuda her alanı kapsayacak genişlikte bir koruma sağlamadığının belirtilmesi gerekir. Komisyon 10. maddede koruma altına alınan, bilgi edinme hakkının, sadece herkesi ilgilendiren konularda genel kaynaklara ulaşmayı güvence altına aldığını, buna karşılık kişisel konulardaki bilgilere yönelik genel ulaşılabilirliğin söz konusu olmadığı görüşündedir³⁴. Mahkeme ise aynı yönde bilgi alma hakkının sınırı ile ilgili kararlarında, 10. madde hükmünün ilgiliye kendi durumu hakkında bilgi içeren kayıtlara ulaşma hakkını vermediğini ve hükümetin de bunları bildirmekle yükümlü tutulamayacağını belirtmiştir³⁵. Haber alma hakkı karşısında kendisine ayrıcalık tanınan idareden bilgi edinme konusunun "idarede açıklık" kavramıyla yakın ilişkisi bulunmaktadır³⁶. Genel bir ifadeyle idarenin açıklığı, tek yanlı karar alma sürecinde kapalılığın kaldırılması ve idari işlemlerin saydam bir biçimde yürütülmesidir³⁷. Bu çerçevede örneğin dosyaların görülebilmesi, idareden her türlü bilgi ve belge alınması açıklık kapsamına giren unsurlar olup, açıklığın sağlanmasında bilgi ve belgelere ulaşma hakkının varlığı temel bir işlev görmektedir.

b) Kanaat Hürriyeti

Kanaat hürriyeti, felsefi, dini, siyasi, ekonomik vs. hangi alanda olursa olsun bireyin edindiği bilgiler arasından doğru olduğuna inandığı görüşleri seçebilmesi ve tercih edebilmesi anlamına gelir³⁸. Seçme işlevi, kişinin farklı seçeneklerle

kendi isteği arasında bir bağ kurması ile gerçekleşir, bu işlev niteliği itibarıyla, zihin içinde gerçekleşen bir olaydır³⁹. Fakat asıl önemi, dış dünyayı ilgilendiren boyutu ile ortaya çıkmaktadır; çünkü kanaat hürriyeti, kişinin fikir ve kanaatlerinden dolayı kaygı duymamasını ve bunları açıklamaya zorlanmamasını gerekli kılmaktadır. Bu anlamda kişi, herhangi bir fikre ya da tercihe sahip olmanın sonuçlarına karşı açıklama öncesinde korunmuş olmaktadır⁴⁰.

Kanaat hürriyeti, "açıklamaya zorlanmama" güvencesinden dolayı konuşmama hürriyeti olarak da nitelendirilmektedir. Konuşmama hürriyeti, kişinin inandığı şeyleri açıklamama ya da inanmadığı şeyleri söylememe hakkını kapsamaktadır. Ayrıca şahitlik imtiyaz ve muafiyetlerinde olduğu gibi, kişinin bildiği bir şeyi söylemekten kaçınabilmesi de konuşmama hürriyetinin görünümleri arasında yer almaktadır⁴¹.

Sözü edilen haklar kişiyi, kamu makamları önünde inandığı veya inanmadığı düşünce, kanaat ve dini inançları itiraf etmeye zorlamasına karşı korumaktadırlar. Dolayısıyla bu hakların ihlali devletin tarafsızlığı ilkesinin zedelenmesi anlamına gelecektir; çünkü fikir ve inançların öğrenilmesi çabaları, bireylerin kanaatlerine göre işlem yapılmasıyla sonuçlanabilir. Herhangi bir inanca sahip olmak, düşmanlık görmek ya da baskıya uğramakla sonuçlandığı takdirde, seçme ve tercih yapmayı ifade eden kanaat hürriyeti gerçek anlamını yitirecek ve artık devletin tarafsızlığından söz edilemeyecektir⁴². Kanaat hürriyeti Sözleşme'nin 10. maddesi ile koruma altına alınmıştır.

c) Fikir ve Kanaatlerin Açıklanması Hürriyeti

ca) Genel Olarak

İfade hürriyetinin en etkin ve dolayısıyla en önemli kesimi düşünceyi açıklama hürriyetidir. Devlet ile bireyi karşı karşıya getiren aşama budur⁴³. Hafızogulları, nesnelleşmemiş, bir başka

³² Mah. K., 26.3.1987, A. 116, s. 29, par. 74.

³³ Mah. K., Autronic/ İsviçre, 22.5.1990, A. 178, s. 23, par. 47.

³⁴ Kom. K., Leander/ İsveç, 9248/ 81, 26.3.1987, par. 72-74.

³⁵ Mah. K., Autronic/ İsviçre, 22.5.1990, A. 178, s. 23, par. 47.

³⁶ Sunay, a.g.e., s. 51.

³⁷ Sait Güran, Yönetimde Açıklık, IHID, Sarıca'ya Armağan, İstanbul, 1982, s. 1-3.

³⁸ Erdoğan Teziç, Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlen-

me Özgürlüğü, Anayasa Yargısı, C. 7, Ankara, 1990, s. 33.

³⁹ Necati Öner, İnsan Hürriyeti, 4. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara 1995, s. 91.

⁴⁰ İbrahim Kaboğlu, Düşünce Özgürlüğü, s. 47.

⁴¹ Sunay, a.g.e., s. 58.

⁴² Sunay, a.g.e., s. 58.

⁴³ Sami Selçuk, Düşün Özgürlüğü, Düşünce Özgürlüğü

deyişle, ifade edilmemiş hiçbir düşünce, kanaat veya inancın ceza yasağının konusu olamayacağını belirtmiştir⁴⁴; görüldüğü gibi ceza yasağının konusu ifade edilmiş olan düşüncedir. Kişinin edindiği bilgiler arasında yapmış olduğu tercihleri dış dünyaya yansıtabilmesi hürriyeti olarak tanımlanabilecek olan ifade hürriyeti⁴⁵, bir kararın/ tercihin zihin dışındaki uygulamasıdır. Bu faaliyet sözle, yazıyla ya da başka araçlarla tek başına ya da toplu olarak yapılabilecektir. Sözleşme ifade hürriyetini bu boyutuyla koruma altına almıştır. Yukarıda da işaret edildiği gibi, Mahkeme kararlarında, fikirlerin açıklanması olanağı, kişilerin ve toplumun ilerlemesinin temel koşulu olarak değerlendirilmektedir. Düşünceyi açıklama hürriyetinin kısıtlanması haber ve fikir akışını durdurarak toplumun statik bir yapıya dönüşmesine neden olur⁴⁶, ki bu her şeyden önce insan doğasına aykırıdır. İstek ve ihtiyaçların tek tip olmaması gibi, fikir ve inançlar da tek tip değildirler. Ayrıca sosyal çevrede yaşayan insanın, istek ve ihtiyaçlarına kendi fikir ve inançları doğrultusunda çözüm araması en doğal hakkıdır. Bu doğal hakkın sınırlanması, memnuniyetsizliklerin artmasına ve toplumsal kargaşa yaşanmasına neden olacaktır⁴⁷.

cb) Mahkeme Kararlarında Fikir ve Kanaatlerin Açıklanması

Mahkeme'nin Gerger kararında da işaret ettiği gibi⁴⁸, ifade hürriyeti demokratik toplumun temel kurumlarından birisidir ve demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendisini geliştirmesi için temel koşullardan birini oluşturur. 10. maddenin 2. paragrafı dikkatle incelendiğinde; ifade hürriyetinin sadece lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen “bilgi” ve “düşünceler” için değil, aleyhte olan, şoke eden, rahatsız eden “bilgi” ve “düşünceler” için de uygulanacağı görülür. Bunlar de-

mokratik toplumun olmazsa olmaz unsurlarından olan, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir. 10. maddede öngörüldüğü gibi ifade hürriyetinin çeşitli istisnaları vardır, ama bununla birlikte bu istisnalar dar bir biçimde yorumlanmalı ve sınırlama nedeni ikna edici bir biçimde ortaya konulmalıdır. 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan “gerekli” sıfatı “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın” varlığını ifade eder. Sözleşme Devletler böyle bir ihtiyacın varlığını değerlendirme konusunda takdir marjına sahiptirler, ama bu karar bağımsız bir mahkeme tarafından verilse bile, denetime tabidir. Mahkeme bundan dolayı, 10. maddede güvence altına alınan ifade hürriyetine yönelik sınırlamaların bu hürriyetle bağdaşp bağdaşmayacağı ile ilgili nihai kararı verme yetkisi ile donatılmıştır. Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken; müdahalede bulunulan açıklamanın, içeriğini ve bunun hangi bağlamda yapıldığını da içerecek şekilde, olayın bütününe göz önünde bulundurur. Mahkeme özellikle, müdahalenin güdülen amaçlarla orantılı ve ulusal makamlarca gösterilen nedenlerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığına bakar. Mahkeme böylelikle; ulusal makamların 10. maddede öngörülen ilkelere uygun hareket edip etmediklerini değerlendirmektedir.

Mahkeme, düşünceyi açıklama hürriyetinin kullanılmasında, Taraf Devletlerin içinde bulundukları koşulları değerlendirmekte ve her somut olayın kendi özelliklerini göz önünde bulundurarak karar vermektedir. Örneğin, Zana/ Türkiye⁴⁹ davasında Mahkeme,

“Türkiye'nin güneydoğusundaki hassas güvenlik koşullarını ve yetkililerin daha fazla şiddet doğurabilecek eylemlere karşı alarında olmalarını göz önünde bulundurularak, başvurucuya karşı alınan tedbirlerin, Hükümet tarafından belirtildiği gibi; ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü ve kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarına yöneldiği söylenebilir. Bu özellikle ayrılıkçı hareketin şiddete dayalı yöntemlere başvurduğu Türkiye'nin güneydoğusundaki durumun özel koşulları hesaba katıldığında kesinlikle doğrudur.”

44 içinde, HFSAY : 3, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 303.

44 Zeki Hafızogulları, Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 74.

45 Sunay, a.g.e., s. 63.

46 Mah. K., Handyside/ İngiltere, 7.12.1976, A 24, s. 23, par. 49.

47 Sunay, a.g.e., s. 65.

48 Mah. K., Gerger/ Türkiye, 8.7.1999, 24919/ 94, s. 15 vd., par. 46.

49 Mah. K., Zana/ Türkiye, 25.11.1997, Reports 1997 – VII, s. 2539, par.10.

diyerek, ifade hürriyetinin somut koşullardan bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği konusundaki görüşünü ortaya koymuştur.

10. maddenin 2. fıkrasında öngörülen “*ödev ve sorumluluklar*”, denetim organlarına göre, kişilerin “hukuk dışı siyasal şiddete” göz yummadıklarını belirtmek için, hassas siyasal konularda görüşlerini kamuya açıklama olanağını tanıdığı için önemlidir. İfade hürriyetinin, güç sorunların analizinin, mesela durumun tarihsel nedenlerinin ortaya konması ya da muhtemel çözüm önerilerinin açıklanması gibi yollarla, açık bir tartışmaya tabi olmasını sağlayacağına kuşku yoktur.

Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, kamu yararını ilgilendiren siyasal konuşma ve tartışmalarla ilgili sınırlamaların dar kapsamlı olduğunu belirtmektedir⁵⁰. Bunun ötesinde, Hükümete yönelik eleştirilerin kabul edilebilirlik sınırı sıradan bir yurttaş ve hatta bir politikacıya oranla daha geniştir. Demokratik bir toplumda Hükümetlerin faaliyet ya da ihmalleri sadece yasama ve yargı denetimine değil, sıkı bir kamuoyu denetimine de tabi olmalıdır. Bununla beraber, ilgili Devlet yetkilileri, kamu düzeninin koruyucuları olarak, cezai olanlar da dahil olmak üzere gerekli tedbirleri alabilirler⁵¹. Son olarak, açıklamaların bireyler, kamu görevlileri ya da toplumun bir kesimi aleyhine şiddeti tahrik edici bir nitelik taşıdığı durumlarda, Devlet yetkilileri ifade hürriyetine yapılacak müdahale konusunda daha geniş bir takdir marjına sahiptirler⁵².

Mahkeme, önüne gelen davalarda, özellikle terörün önlenmesi ile ilgili olanlarda, somut olayın koşullarını değerlendirmeye almaktadır⁵³. Gerger kararında kullanılan karşıoyda, Mahkeme içtihadında, siyasal ifadeye tanınan geniş korumaya daha uygun olan yaklaşımın, kullanılan sözcüklerin ortalığı kızıştıran niteliği üzerinde daha az durup, ifadenin dile getirildiği bağlamın değişik unsurları üzerinde daha çok odaklanmak olması

gerektiğine işaret edilmiş ve asıl sorgulanması gerekenin, kullanılan dilin şiddeti tahrik etmeye ve özendirmeye yönelik olup olmadığının ve somut bir riskin bulunup bulunmadığının araştırılması olduğu belirtilmiştir. Bu soruların yanıtları sırasıyla her davanın somut koşullarında genel bağlamı oluşturan birçok farklı katmanın ölçülü bir değerlendirmesini gerektirir. Bu nedenle, rahatsız eden metnin yazarının toplumda etkili bir pozisyonda olup olmadığı, kabul edilmeyen ifadenin etkisini artırması muhtemel olan önemli bir gazete ya da başka bir yayın aracı ile yapılan yayın sonrasında önem kazanıp kazanmadığı, kullanılan sözcüklerin şiddetin eşiğinde olup olmadığı sorgulanmalıdır. Ancak rahatsız edici sözlerin hangi bağlamda kullanıldığına ilişkin dikkatli bir inceleme yapılarak, sarsıcı ve rahatsız edici bir dille, demokratik bir toplumda hoşgörüyü karşılanma hakkını kaybeden bir dil arasında anlamlı bir ayırım yapılabilir. Ulusal makamların şiddet kullanmayı cesaretlendirenleri cezalandırması, yalnızca bu tahrikin “açık ve yakın tehlike” oluşturmada demokratik bir toplumda haklı olarak kabul edilebilecektir. Güç kullanmaya çağrı entelektüel bir uğraşın sonucu, soyut, güncel ve yakın şiddetten, zaman ve mekân olarak uzaksa, temel bir hak olan ifade özgürlüğü geçerli olacaktır.

Yargıç Oliver Wendell Holmes’un işaret ettiği gibi, “tıksındığımız ve ölüm yüklü olduğuna inandığımız düşünceleri engellemeye yönelik girişimler karşısında, bu düşüncelerin hukukla açıkça çelişmeleri ve hukukun zorlayıcı amaçlarını tehdit etmeleri nedeniyle, ülkenin kurtarılması için derhal engellenmeleri gerekmedikçe sürekli uyanık ol(unmalıdır).⁵⁴”

İfade özgürlüğüne ilişkin güvence, bir devletin, pek yakın bir hukuka aykırılığı tahrik etmeye ya da buna neden olmaya yönelik değilse ve böyle bir eyleme tahrik etmesi ya da neden olması muhtemel değilse güç kullanılmasının savunulmasını yasaklamasına ya da buna engel olmasına izin vermez⁵⁵. Bu bir yakınlık ve derece sorundur⁵⁶.

⁵⁰ Mah. K., Wingrove/ İngiltere, 25.11.1996, *Reports* 1996-V, s. 1957, par. 58.

⁵¹ Mah. K., Incal/ Türkiye, 9.6.1998, *Reports*, 1998 – IV, s. 1567, par. 54.

⁵² Mah. K., Gerger/ Türkiye, 8.7.1999, 24919/ 94, s. 18 vd., par. 48.

⁵³ Mah. K., Incal/ Türkiye, 9.6.1998, *Reports*, 1998 – IV, s. 1568, par. 58

⁵⁴ Yargıç Oliver Wendell Holmes, Abrahams/ Birleşik Devletler kararı içinde, 250 U.S. 616 (1919), s. 630.

⁵⁵ Brandenburg / Ohio, 395 U.S. 444 (1969), 447.

⁵⁶ Schenck / Birleşik Devletler, 294 U.S. 47 (1919), 52.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını haklı kılan açık ve mevcut bir tehlikenin varlığını desteklemek için ya derhal yakın ciddi şiddet eyleminin umulduğunun veya savunulduğunun ya da başvurunun geçmişteki tavırlarının kendisinin şiddeti savunmasının derhal feci eyleme neden olabileceğine inanmak için gerekçe oluşturduğunun gösterilmesi gerekir⁵⁷.

Zararlı anlayışların etkisi tam bir tartışma imkânı olmadan ortaya çıkacak kadar yakın olmadıkça, ifadeden kaynaklanan hiçbir tehlike açık ve yakın sayılamaz. Yalanı ve yanlış tartışma yoluyla ortaya koymak, kötüyü eğitim süreciyle engellemek için zaman oldukça, uygulanması gereken çare daha çok konuşmadır, sessizliği hakim kılmak değil⁵⁸.

Bu noktada, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından ifade hürriyetinin sınırlandırılması ile ilgili olarak geliştirilen açık ve mevcut tehlike ölçütünün önemli sakıncalar içerdiğine işaret edilmek gerekir. İfade hürriyeti, toplum tarafından benimsenen, kabul edilen görüşlerin ifadesinden çok, toplum tarafından reddedilen, benimsenmeyen ve hatta Handyside kararında Mahkeme'nin işaret ettiği gibi, toplumu rahatsız ve şoke eden görüşlerin ifadesine imkan sağlamaktadır; bu bağlamda demokratik toplumun en önemli unsurlarından birini oluşturan ifade hürriyeti, yukarıda da işaret edildiği gibi bir tür muhalefet hürriyetidir. Bu nedenle, ifade hürriyetine sıcak zamanlarda daha çok ihtiyaç duyulur. Oysa açık ve mevcut tehlike ölçütü, ifade hürriyetinin sıcak zamanlarda sınırlandırılmasına olanak sağlayarak, ifade hürriyetinin demokratik toplumlardaki rolünü kısırlaştırmaktadır.

3. İfade Hürriyetinin Sınırlanması

Hürriyetlerin sınırsız olmadıkları, otorite - hürriyet dengesinin sağlanması zorunluluğundan dolayı genel kabul görmekle birlikte, hürriyetler arasında ayrı bir yeri olan ifade hürriyeti için bu ilkenin geçerli olup olmadığı hususunda iki farklı görüş savunulmaktadır. Bunlardan biri, ifade

hürriyetinin ayrıcalıklı konumundan ötürü sınırlandırmayacağı olurken, ikincisi her hürriyet gibi ifade hürriyetinin de sınırlı olduğu görüşüdür. İfade hürriyetinin kişi ve toplum için taşıdığı önem ve sahip olduğu ayrıcalıklı konum inkar edilmemekle birlikte, bu hürriyetin kullanılması esnasında da tıpkı diğer hürriyetlerde olduğu gibi farklı değer ve menfaatlerin karşı karşıya gelmesi söz konusu olabilir. Bunun çözümü menfaatlardan birinin diğerini ortadan kaldırması değil, her ikisinin birlikte yaşamasının temin edilmesidir. Birlikte yaşama, karşılıklı sınırlama ve dengeyi gerektirir. Fakat hürriyetin esas, sınırlamanın istisna olduğuna ilişkin temel hukuk kuralı hatırlandığında, bu denge ve sınırlamanın ifade hürriyetinin aleyhine işleyen ve onu etkisiz hale getiren bir sınırlama olmaması gerekmektedir. İfade hürriyeti, ancak zorunlu olduğunda ve istisnai olarak sınırlandırılmalıdır. Bunun anlamı devletin sınırlama yetkisini, kişi ve toplum hayatı açısından önemli fakat sınırlı sayıdaki menfaatin ihlal edilmesi halinde kullanabilmesi anlamına gelmektedir⁵⁹. Şüphesiz bu hallerde dahi getirilecek sınırlamalar belirli bir anlayışa veya doktrine göre değil demokratik rejim anlayışına göre yapılmalıdır.

Sözleşmeye Taraf Devletler, 10. madde ile koruma altına alınan "*ifade hürriyetini*", sadece bu maddenin 2. paragrafına göre değil, Sözleşme'nin diğer maddelerine dayanarak da kısıtlayabilirler. Örneğin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde uyarınca, basın mensuplarının bir duruşmayı izlemelerinin engellenmesi 10. maddenin işleyişine müdahale teşkil edebilir. İngiltere'ye karşı yapılan ortak bir başvuruda, kamuyu ilgilendiren temel olaylarla ilgili mahkeme kararlarını geniş bir şekilde vermeyi amaçlayan "*Mahkeme Haberleri*" isimli bir televizyon programını hazırlayıp yayınlayanlar, duruşmaların istedikleri şekilde yayımlanmasını yasaklayan mahkeme kararının, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğini öne sürmüş, Komisyon başvuruyu kabul edilemez bulmakla birlikte, hem 10 hem de 6. maddeye atıfta bulunduğu kararında;

⁵⁷ Whitney / California , 274 U.S. 357 (1927), 376.

⁵⁸ D. Brandeis, Whitney / California kararı, 274 U.S. 357 (1927), 377.

⁵⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 320, Ünal, a.g.e., s. 245, Sunay, a.g.e., s. 74.

“... Hakimin yasaklama için açıkladığı sebepler; bu yasaklamanın, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi, özellikle de (bireylerin) adil yargılanma hakkı için gerekli görüldüğünü ortaya koymaktadır. Komisyon, bu amaçların 10. maddenin 2. paragrafında öngörülen “yargılama organının otorite ve tarafsızlığının korunmasına” karşılık geldiğinin göz önünde (bulundurulacağına)⁶⁰ işaret etmiştir.

Komisyon bu kararında ayrıca, mahkemelere duyulan itimadın sürdürülmesi araçlarından biri olarak, davaların kamuya duyurulmasının, Sözleşme’nin 6. maddesinde garanti altına alınan adil yargılanma hakkının demokratik toplumda işgal ettiği yer nedeniyle sınırlanabileceğini hatırlatmıştır. Komisyon; hükümetin getirdiği kısıtlamaların “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığına karar verirken iki maddenin kısıtlayıcı hükümleri arasında bir ayırım yoluna gitmezken şu görüşü savunmuştur;

“...Somut bir müeyyide ifade hürriyetini kısıtlıyor ya da ortadan kaldırıyorsa, bu müeyyidenin meşruiyetinin, 10. madde yerine, yaşama hakkını, kişi güvenliği ve özgürlüğünü ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen; 2, 3 ve 4. maddelerde aranması Sözleşme’nin ruhuna aykırıdır.⁶¹”

Sözleşme’nin 17. maddesinin, Sözleşme’de koruma altına alınan hak ve hürriyetlerden birinin tahribini amaçlayan bir eylemde bulunulmasını ve/veya Sözleşme’de öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlandırmasını yasaklayan hükmü, devletlerin, ifade hürriyetine getirecekleri sınırlamaya meşru bir neden oluştururken, aynı zamanda bu hakka yönelik sınırlamanın sınırını da çizmektedir.

Bu tartışma bağlamında dikkat çekmeye değer bir başka husus da; Sözleşmeciler devletlere, yabancıların siyasi faaliyetlerine sınırlama getirmeye açıkça izin veren Sözleşme’nin 16. maddesidir. Fransız Hükümeti bu maddeyi, nükleer deneye karşı düzenlenen barışçıl ve yasal bir gösteride konuşma yapan, Avrupa Parlamentosu’nun Alman üyesi Dorothe Piermont’a karşı uygulamış; Bayan Piermont, bir Avrupa Topluluğu vatandaşı ve Av-

rupa Parlamentosu üyesi olarak, kendisine 16. maddedeki kısıtlamaların uygulanamayacağı görüşünü ileri sürerek; Mahkeme’ye başvurmuş, Mahkeme, deniz aşırı ülkelerde yaşayan Fransız vatandaşlarının Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy kullanıyor olmaları nedeniyle, başvurunun Avrupa Birliği üyesi olma sıfatının, 16. maddenin başvurucaya uygulanmasını engelleyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Sözleşme’nin “özel hayatın ve aile hayatının korunması”nı düzenleyen 8, düşünce, din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 9, ifade hürriyetini düzenleyen 10 ve dernek kurma ve toplantı hürriyetini düzenleyen 11. maddeleri benzer bir yapıyı paylaşırlar. Anılan maddelerin tümünün ilk paragrafında, koruma altına alınan hakların bir listesi sunulmuş, ikinci paragrafta da devletlerin bu hakları sınırlamak için başvuracakları meşru nedenler sıralanmıştır.

a) Genel Sınırlama Nedenleri

Yukarıda sözleşmeye ilişkin açıklamaların yapıldığı kısımda işaret edildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde özel sınırlama nedenlerinin yanında, Sözleşme’nin 15, 17 ve 18. maddelerinde, sırasıyla hakların askıya alınması, hakların kötüye kullanılması yasağı ve hakları sınırlamanın sınırı ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler çekirdek haklar dışında, tüm haklar, bu arada ifade hürriyeti için de geçerlidir.

15. madde taraf devletlere, ifade hürriyetine istisna getirme veya askıya alma hakkını tanımaktadır. Amaç, kişi menfaati ile genel yararın tartışılması, devlete, üstün ve önemli kamusal görevini yerine getirirken muhtaç olduğu makul yetki, güç ve hareket olanağının sağlanmasıdır. Devletin ifade hürriyetini, 15. madde çerçevesinde askıya alabilmesi için esasa ve şekle ilişkin bir takım koşulları yerine getirmesi gerekmektedir. Bunun için, her şeyden önce, olağanüstü bir durumun varlığı şarttır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ilgili devletin sahip olduğu yetki sınırsız değildir. Kriz döneminin gerektirdiği “gerçek ihtiyaç” ölçüsünün aşıp aşılmadığını denetleyen Mahkeme, yukarıda da işaret edildiği gibi, “ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike” kavramının, halkın tamamını etkileyen ve devleti oluşturan topluluğun düzenli yaşamı için bir tehdit teş-

⁶⁰ Kom. K., Clive Pontig/ İngiltere, 9.3.1987, 11553/ 85, s. 136, par. 143.

⁶¹ Kom. K., De Becker/ Belçika, 8.1.1960, s. 125, par. 262.

kil eden istisnai ve pek yakın bir kriz veya tehlike anlamına gelmesi gerektiğini ve tehdit ve tehlikenin ağır, yakın ve ciddi niteliğinin, normal zamanlarda, normal yoldan getirilen sınırlama ve düzenlemeleri etkisiz kıldığı için 15. madde hükmünün getirildiğini belirtmiştir⁶². Ayrıca 15. maddenin zımni bir gereği de, ifade hürriyetini sınırlamak için alınan önlemlerin, devamlı bir denetime tabi tutulması ve gerektiğinde, bunlarda uygun değişikliklerin yapılmasıdır⁶³. Nihayet, 15. madde uyarınca alınan önlemlerin, uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülöklere ters düşmemesi de gerekmektedir.

17. maddede, Sözleşme'de koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasaklanmış ve taraf devletlerin Sözleşme'de koruma altına alınan hakları sınırlarken, Sözleşme'nin izin verdiği sınırları aşmaması hükme bağlanmıştır. Kötüye kullanma yasağına ilişkin kuralın amacı, hak ve özgürlüklerin, demokratik toplumun özgürce işlemesi yoluyla korunmasıdır. 17. madde bireylerin Sözleşme'de koruma altına tüm haklardan (örn. 2,3,5,6. maddeler) değil, onların hak ve özgürlükleri yok etmeye elverişli faaliyetlerine izin veren maddelerden, örneğin ifade hürriyetinden, yararlanmalarını engelleme amacına yönelmiştir⁶⁴. Dolayısıyla, bireyler hak ve özgürlüklerin, demokratik toplumun özgürce işlemesi yoluyla korunmasına engel olacak biçimde ifade hürriyetinden yararlanmaya kalktıklarında, Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca, taraf devletler kötüye kullanma yasağının sağladığı imkanlardan hareketle, bu hürriyeti meşru bir biçimde sınırlandırabilecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin hiçbir hükmü, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin, Sözleşme'de öngöröldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara tabi tutulmasını mümkün kılacak bir biçimde yorumlanamaz. Böylece, özellikle Sözleşmeciler devletlere tanınan sınırlama yetkisinin sınırlılığına işaret olunmaktadır.

b) Özel Sınırlama Nedenleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca taraf devletlerin, Sözleşme'nin 10. maddesinde koruma

altına alınan ifade hürriyetine yönelik müdahalelerinin meşru sayılabilmesi için, ilk olarak müdahalenin bir yasada öngörölmüş olması; ikinci olarak müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçlardan birini gerçekleştirmeye yönelmiş olması ve nihayet demokratik bir toplumda zorunlu olması gerekir.

ba) Kanunla Sınırlama Kuralı

İfade hürriyetine, taraf devletlerden birinin müdahalesinin meşru sayılmasının ön koşulu, söz konusu müdahalenin yasada öngörölmüş olmasıdır. Sözleşme'nin 10. maddesinde kanunilik ilkesine ayrıntılı bir biçimde yer verilmemiştir. Bu kavramın içeriği içtihatlarla doldurulmuştur. Komisyon'un kararlarında, kanun kavramının maddi anlamını kullanılarak, genel, soyut ve kişisel olmayan kuralları içeren işlemlerle bir hürriyetin sınırlandırabileceğini belirtilmektedir. Bu saptamaya uygun olarak Komisyon, yasamadan alınan açık yetkiye dayanarak yürütmenin düzenleyici işlemleri ile gerçekleştirilen sınırlamaların Sözleşmeye uygun olduğuna karar vermiştir⁶⁵. Mahkeme kararlarında⁶⁶ da, kanunla öngörölme koşulunun çerçevesi çizilmiştir; buna göre kanun hükmünün ilgililerce ulaşılabilir olması ve gereğinde bir hukukçu yardımıyla anlaşılabilir (sonuçları öngörülebilir) olması durumunda, müdahale bir kanun tarafından öngörölmüş sayılacaktır⁶⁷. Ulaşılabilir olma, kişinin uygulanacak hukuk kuralı konusunda yeterli bilgiye kolayca sahip olabilmesi ve o kuralı kolayca anlayabilmesidir. Bir metnin kolayca anlaşılabilirliği, açık ve kesin olmasıyla mümkündür. Öngörülebilir olma ise, o hukuk kuralının uygulanmasından doğacak sonuçların önceden bilinebilir olmasıdır⁶⁸. Nihayet, Mahkeme Sunday Times kararında, kanun kavramının hem yazılı hukuku, hem de yazılı olmayan örf ve adet hukukunu kapsadığına işaret etmiştir⁶⁹.

⁶² Mah. K., Lawless/ İrlanda, 1.6.1961, A. 3, s. 56, par. 28.

⁶³ Mah. K., İrlanda / İngiltere, 18.1.1978, A. 25, s. 78-79.

⁶⁴ Mah. K., Lawless/ İrlanda, 1.6.1961, A. 3, s. 45, par. 6-7.

⁶⁵ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 320, Ünal, a.g.e., s. 245, Sunay, a.g.e., s. 74.

⁶⁶ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 320, Ünal, a.g.e., s. 245.

⁶⁷ Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 320, Ünal, a.g.e., s. 245.

⁶⁸ Sunay, a.g.e., s. 125.

⁶⁹ Mah. K., Sunday Times/ İngiltere, 26.4.1979, A no. 30, s. 29, par. 44.

bb) Meşru Amaç Şartı

Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafında ifade hürriyetinin meşru biçimde sınırlandırılmasına ilişkin nedenler, 3 başlık altında incelenebilir. Bunlar, kamu yararını korumak amacı ile öngörülen sınırlamalar, kişi haklarını korumak amacı ile öngörülen sınırlamalar ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacı ile öngörülen sınırlamalardır.

Tanör, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen meşru sınırlama nedenlerinin, ifade hürriyetine sağlanan güvenceyi, Sözleşme'ye taraf devletlerin ulusal hukuklarına nazaran geriye çektiği görüşündedir. Tanör'e göre, bu formülasyon ortaya korkutucu bir manzara çıkarmıştır. Taraf devletlerin her birinin anayasalarında bulunan sınırlama nedenleri toplanmış üst üste konulmuş ve 10. maddeye eklenmiş ve bir tür *oberjespanyol* (kırkambar) yaratılmıştır; Tanör'e göre bunun nedeni, devletleri sözleşmeyi imzalamaya ikna etmektir⁷⁰.

Bu nedenlere dayanılarak ifade hürriyetinin sınırlandırılabilmesi için, müdahalenin kanunla öngörülmüş olması ve "demokratik bir toplumda" zorunlu olması gerekmektedir. Mahkeme, 10. madde ile ilgili kararlarında, müdahalenin Avrupa denetimi bağlamında gerekli olup olmadığının sınanmasının önemini vurgulamaktadır.

Sözleşme hukukunda sınırlama sebepleri, anlam ve kapsam yönünden olduğu kadar, sınırlı sayıda olmaları nedeniyle de tüketici bir özelliğe sahiptir. Dolayısıyla, başka bir sınırlama nedenine dayanılarak ifade hürriyeti sınırlandırmayacaktır. Üye devletlerin kendi sınırlama nedenlerini ve ölçülerini oluşturmakta bir ölçüde serbest oldukları açıktır. Sınırlamanın sınırı konusunda ortaya çıkan ve takdir marjı olarak adlandırılan ilkenin hukuki temeli, hürriyetlerin korunmasında Sözleşme kurumlarının ikincil ve tamamlayıcı niteliğine dayanmaktadır. Fakat yukarıda da yeri geldikçe işaret edildiği gibi, takdir marjı sınırsız olmayıp, Sözleşme ölçülerinin aşılmaması her somut olayda denetime tabi tutulmaktadır.

⁷⁰ Bülent Tanör, Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü'ne İlişkin Hukuk Politikaları, Düşünce Özgürlüğü içinde, a.g.e., s. 265.

Mahkeme denetimi, ifade hürriyetine yönelik müdahalelerin, 10. maddenin 2. fıkrasında öngörülen meşru sınırlama nedenlerine uygun olup olmadığından çok, söz konusu müdahalenin demokratik bir toplum bakımından gerekli olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır.

bc) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama

Demokratik toplum düzeni ilkesi Sözleşme'de bazı hakların sınırlandırılmasına sınır çizen bir ilke olarak kullanılmıştır. Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında öngörülen meşru nedenlere dayanılarak bu hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, sınırlamanın demokratik bir toplumda "gerekli" olması koşuluna bağlanmıştır.

Komisyon ve Mahkeme kararlarında demokratik toplum düzeni öğeleri ortaya konmuştur. Bu ilkenin hangi öğelerden oluştuğu konusu ele alınmadan önce, Komisyon ve Mahkemenin demokratik toplum düzeni kavramını yorumlarken demokrasi anlayışında ortak bir standart bulma çabası içinde olduğunun belirtilmesi gerekir. Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukukları, Avrupa genelindeki sosyal, siyasal ve hukuki gelişmeler Sözleşme organlarınca göz önüne alınmakta ve bu yöntemle insan hakları ve demokrasi anlayışında bir Avrupa standardı oluşturulmaktadır⁷¹.

Mahkeme, Marcks⁷² kararında, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerdeki gelişmenin, evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasındaki haklar yönünden ayırım yapmama yönünde olduğunu vurgulayarak, bu konuda Belçika mevzuatındaki eşitsizlik yaratan ilkelerin mantıklı ve objektif bir gerekçesinin bulunmadığını belirtmiştir.

Demokratik toplum düzeni konusunda ortak bir standart belirlenirken, esnek bir tutum izlenmekte ve Sözleşme'ye taraf devletlerin içinde bulundukları somut koşullar dikkate alınmaktadır. Nitekim Delcourt kararında, Sözleşme'ye aykırılığı ileri sürülen düzenlemenin ortak Avrupa standardını yansıtmadığı tespit edilmekle birlikte,

⁷¹ Batum, a.g.e., s. 221 vd.

⁷² Mah. K., Marcks/ Belçika, 13.6.1979, A 31, s. 25, par. 58.

Belçika'nın özel koşulları göz önünde bulundurularak, Sözleşme'nin ihlal edilmemiş olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Görüldüğü gibi, Mahkeme ve Komisyon ülkelerin kendi özelliklerini de göz önünde bulundurarak, genel ve ortak bir standart bulmaya çalışmaktadır⁷³.

i) Demokratik Toplumda Gerekli Olma

Mahkeme'ye göre, "gerekli" sıfatı, "vazgeçilemez" kelimesi ile eş anlamlı değildir. Bu terim, örneğin 2. maddenin 2. fıkrası ile 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan "mutlak surette gerekli", "kesinlikle gerekli" ya da 15. maddenin 1. fıkrasındaki "durumun zorunlu olarak icap ettirdiği ölçüde" deyimlerinin taşıdığı kesinlik ve yoğunluğu içermemektedir. Bununla birlikte, bu terim, "kabul edilebilir", "normal", "yararlı", "makul", "elverişli" kavramlarının esnekliğine de sahip değildir. Mahkeme içtihadında, "gerekli" sözcüğü, "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç" ifade etmektedir⁷⁴. Mahkeme'ye göre, söz konusu zorlayıcı toplumsal ihtiyacın tayin ve takdiri ilke olarak öncelikle, ülke gerçekleriyle dolaysız ve devamlı temasta olan ulusal mercilere aittir, ancak yukarıda işaret edildiği gibi, bu tayin ve takdir hakkı üzerinde Mahkeme'nin denetim yetkisi sürmektedir. Bir başka deyişle, "müdahalenin gerekliliği" konusunda, devletler Mahkeme'nin denetimine tabi olan bir "takdir marjı"na sahiptirler. Bu marjın kapsamı, somut olayda müdahaleye konu olan hak ve özgürlüğe ve güdülen meşru amaca göre değişmektedir. Mahkeme'nin titizlikle göz önünde bulundurduğu unsur, hak ve özgürlüğü sınırlayıcı önlemin, güdülen amaçla oranlı olmasıdır. Bir hakkı sınırlamaya yönelen müdahale aracının amaçla oranlı sayılabilmesi içinse, kullanılan müdahale aracının, yöneldiği amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli ve ölçülü olması gerekmektedir⁷⁵.

Gereklilik denetiminde zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığı araştırılırken soyut bir değerlendirmeye yapılmayıp, çeşitli unsurlar göz önünde bu-

lundurulmaktadır. Bu unsurlara örnek olarak, sınırlama amacı ile aracı arasındaki makul denge, sınırlamanın hangi şartlar altında yapıldığı ve sınırlama konusu yapılan hakkın niteliği gösterilebilir. Devletler gereklilik şartının belirlenmesinde, takdir marjına sahip olsalar da, bu yetki denetime tabidir. 10. madde ile koruma altına alınan hak ve hürriyetlerin kullanılması ile ilgili bir müdahale söz konusu olduğunda, bu denetim, anılan hak ve hürriyetlerin demokratik toplum bakımından sahip olduğu özel önem nedeniyle, ayrıntılı bir biçimde yapılmakta ve müdahalenin gerekliliğinin inandırıcı bir biçimde ortaya konulması beklenmektedir⁷⁶.

ii) Demokratik Toplum Düzeninin Unsurları

Bu noktada demokratik toplum düzeninin öğelerinin ortaya konulması gerekmektedir. Mahkeme, yukarıda da anılan Handyside kararında, demokratik toplumun en önemli öğelerinin çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık olduğunu belirtmiştir.

Çoğulculuk, kurumsal ve özellikle ideolojik planda bir çoğulculuktur. Kurumsal çoğulculuk, demokratik bir devlet yapısında yasama, yürütme ve yargı organlarının ayrılığını gerektirir. Özellikle yargı organının, kuruluş ve yetkileri bakımından diğer organlardan farklı bir temele oturması kurumsal çoğulculuğun en önemli yönüdür. Bunun dışında, merkezi yönetimden farklı, özerk yönetim ilkelerine bağlı yerel yönetimlerin bulunması da kurumsal çoğulculuğun diğer yönünü oluşturmaktadır⁷⁷.

İdeolojik çoğulculuk, geniş anlamıyla, hak ve hürriyetlerin varlığı ve ifade hürriyetinin sağlanması ile gerçekleşir. Bu kavram özel olarak, siyasal partilerin çokluğunu ifade eder. Mahkeme, Handyside kararında ifade hürriyetinin demokratik toplumun temel dayanaklarından birini oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme, demokratik toplum düzenini, azınlık - çoğunluk karşılığında yorumladığı, Young, James ve Webster kararında⁷⁸, demokrasinin, çoğunluğun görüşünün sü-

⁷³ Batum, a.g.e., s. 224.

⁷⁴ Mah. K., Handyside, İngiltere, 7.11.1976, A 24, s. 22, par. 48, Sunday Times/ İngiltere, 26.4.1979, A 30, s. 35, par. 59, Barthold/ Almanya, 25.3.1985, A 90, s. 25, par. 55.

⁷⁵ Mah. K., Mialhe/ Fransa, 25.2.1993, A 256, par. 55.

⁷⁶ Mah. K., Glasenapp/ Almanya, 11.5.1984, A 104, s. 49, par. 110.

⁷⁷ Batum, a.g.e., s. 229 -230.

⁷⁸ Mah. K., Young, James ve Webster/ İngiltere, Seri A no: 44, s. 23, paragraf 57.

rekli üstün olmasından ibaret olmadığını, bunun tersine, azınlıklara da hak tanınması ve üstün durumda olan tarafın bu üstünlüğünü kötüye kullanmasına engel olunması yönünden bir denge- nin gözetilmesini gerekli kıldığını belirtmiştir.

Mahkeme, demokratik toplum düzeninin örgütlenme özgürlüğü ile ilişkisi konusunda birbirine zıt kararlar almıştır. Mahkeme, Alman Komünist Partisi kararında, bu partinin *muhtemel faaliyet- lerini* göz önünde bulundurup, başvurunun yapıldığı tarihteki faaliyetlerinin yalnızca anayasal yollarla iktidarı ele geçirmeye yönelik olsa ve bu durum kanıtlanmış olsa da, bunun anılan parti- nin *geleneksel* hedeflerinden vazgeçtiği anlamına gelmeyeceğini belirterek, bu partinin kapatılma- sının demokratik toplumun gereklerine aykırı ol- madığına karar vermiştir. Alman Komünist Parti- si kararı, bu yanıyla değerlendirildiğinde, ifade ve örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasında mev- cut ve yakın bir tehlikenin varlığı değil, ileride doğabilecek muhtemel tehlike durumunun esas alındığı görülecektir. Bu yaklaşımın, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin geliştirmiş olduğu “açık ve mevcut tehlike” ile “zararlı eğilim” ölçütlerin- den ikincisine daha yakın olduğu açıktır.

Oysa Mahkeme, Türkiye Birleşik Komünist Parti- si kararında daha farklı bir tutum sergilemiştir. Bu kararında Mahkeme, örgütlenme özgürlüğünü koruma altına alan 11. maddenin, özerk anlamı- na ve özel uygulama alanına karşın, 10. madde 1- şığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve düşüncenin korunması ve bunu açıklama özgür- lüğünün 11. maddede öngörülen toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün önemli unsurlarından biri olduğuna işaret edip⁷⁹, siyasal partilerin de- mokrasinin layıkıyla işleminde ve çoğulculu- ğun korunmasındaki önemli rolüne vurgu yapı-arak, bu hükmün öncelikle uygulanacağı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre, ifade hürriyeti yalnızca inandırıcı ve zorlayıcı sebeplerle kısıtla- nabileceğinden, 10. maddede öngörülen istisna- lar, siyasal partiler söz konusu olduğunda dar bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle taraf

devletler, 10. maddenin 2. fıkrasında öngörülen zorunluluğun varlığının tespiti konusunda; hem yasalar hem de bu yasaların uygulanması için alı- nan kararlar üzerinde sıkı bir Avrupa denetimi olan, sınırlı bir takdir marjına sahiptirler.

Mahkeme, Alman Komünist Partisi kararında kul- landığı “zararlı eğilim” ölçütünü terk ederek, TBKP'nin faaliyetlerine başlayamadan kapatıldı- ğını ve kapatma kararının partinin tüzük ve programı temelinde alındığını belirtmiştir. Mah- keme, bir partinin kendisine verdiği adın, ilke o- larak, diğer ilgili ve yeterli koşullar olmaksızın, tek başına, kapatılma gibi radikal bir tedbiri hak- lı göstermeyeceğini, TBKP'nin “komünist” adını seçerek, Türk toplumu veya devleti için gerçek bir tehlike oluşturan bir politikayı benimsemiş olduğunu gösteren somut kanıtlar olmaksızın, sadece ismin partinin kapatılması için yeterli se- bep olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmiş- tir.

TBKP'nin kapatılmasının ikinci nedeni, bu parti- nin ayrımcılığı ve Türk ulusunun bölünmesini teş- vik etmeyi hedeflemesidir. Mahkeme, TBKP'nin tüzüğünde, Kürt “halkı” ve “ulusu” ile Kürt “yurt- taşlarına” gönderme yapılmasına karşın, Kürtler bir “azınlık” olarak nitelendirilmediği gibi, onlara farklı muamele yapılması ya da haklar tanınmasını ya da geri kalan Türk nüfusundan ayrılması hak- kından söz edilmediğini belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre, demokrasinin temel özellikle- rinden birisi bir ülkenin karşılaştığı sorunları, taciz edici olsalar da, şiddete başvurmaksızın, diya- logla çözmesidir. Demokrasi ifade özgürlüğü ile beslenir. Bu bağlamda, bir siyasal grubun bir dev- letin bir kısım halkının kaderini aleni olarak tar- tışmak istemesi ve tüm ilgilileri tatmin edecek çözümler bulmayı hedeflemesi nedeni ile endişe duyulmamalıdır. Ancak bir siyasal partinin, prog- ramında alenen açıklananlardan farklı hedef ve niyetlerinin varolma olasılığı dışlanamaz. Bundan emin olmak için, bu programın içeriği ile, sahibi- nin eylemleri ve tutumlarını karşılaştırmak gere- kir. Bu olayda TBKP'nin programının herhangi bir somut eylemi tarafından yalanlanması olanağı yoktur, zira kurulur kurulmaz kapatılmış ve TBKP programını uygulama zamanı bile bulamamıştır. Böylece sadece ifade özgürlüğünün kullanılma-

⁷⁹ Bkz. diğerleri yanında, 13 Ağustos 1981 tarihli Young, James ve Webster/ Birleşik Krallık Davası kararı, Seri A no: 44, s. 23, pa- ragraf 57, 26 Eylül 1995 tarihli Vogt/ Almanya kararı, Seri A no:323, s. 30, prg. 64).

sından kaynaklanan bir davranış cezalandırılmış olmaktadır.

Mahkeme'ye göre, TBKP tüzük ve programı, TBKP'nin, Sözleşme'nin tanıdığı hak ve özgürlükleri tahrip etmeyi hedefleyen bir faaliyete girişmek veya bir eylem yapmak için Sözleşme'den yararlanacağı sonucuna varmaya hiçbir şekilde izin vermediğinden, 17. maddenin uygulanması na da yer yoktur⁸⁰.

Tüm bunlar karşısında, Mahkeme, daha faaliyetlerine bile başlamadan önce verilen ve yöneticileri için siyasal sorumluluk alma yasağı getiren; TBKP'nin derhal ve nihai olarak kapatılması gibi radikal bir tedbirin, hedeflenen amaca göre oranlı olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

Demokratik toplumun diğer unsurlarından olan hoşgörü kavramı konusunda da Mahkeme'nin çeşitli alanları ilgilendiren kararları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hürriyetlerin sınırlandırılmasında "genel ahlak" sebebinin kullanılıp kullanılmayacağı ve bu konudaki ölçü sorunudur. Mahkeme Handyside kararında, ahlaki değerlerin korunması amacıyla hürriyetlerin sınırlandırılabilirliği ve bu gibi değerlerin korunmasında devletlerin takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde siyasal alan ve sistemi ilgilendiren ve siyasal sistemi eleştirici ve sorgulayıcı türdeki görüşler karşısında da Mahkeme, hoşgörü kavramı çerçevesinde, serbest fikri tartışma ile demokrasi arasındaki bağlantıyı ele alarak, resmi görüşe ve statükoya aykırı olan görüşlerin de ifade hürriyeti çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu belirtilenlerin dışında hukukun üstünlüğü, ölçülülük ilkesi ve kamu yararı ile bireysel hakların korunması hususları da esas itibarıyla demokratik toplum kavramı içerisinde değerlendirilmekte ve diğer unsurlarla birlikte, devlet yetkilerinin maddi içeriğinin belirlenmesinde hukuki bir çerçeve oluşturulmaktadır⁸¹.

III - SONUÇ

Siyasal sistemin demokratikleştirilmesi çerçevesinde sürdürülen herhangi bir tartışmayı, ifade

hürriyeti sorunundan bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. İfade hürriyetinin asıl fonksiyonu, sorgulayıcı ve eleştirel nitelikteki sözlerin korunması bakımından ortaya çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, derinleştirilmiş koruma mekanizması içeren ve koruma altına alınan hakların ihlali iddiasıyla bireylerin ve sözleşmeye taraf devletlerin, yine sözleşmede öngörülen yargı organına başvurarak, ihlalcı devleti şikayet etmesine olanak tanıyan bir sözleşmedir. Sözleşme sisteminde ifade hürriyeti, genel olarak demokratik toplumun zorunlu dayanaklarından biri ve kişilerin kendilerini geliştirmelerinin önde gelen bir şartı olarak değerlendirilmektedir. İfade hürriyetinin demokratik toplumun temel dayanaklarından birini oluşturduğunu belirttikten sonra, bu hürriyetin sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız bulunan ya da ilgilenmeye değmez görünen "bilgi" ve "düşünceler" için değil, ayrıca devletin ya da toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve endişe verici bilgi ve düşüncelerin açıklanması bakımından da geçerli olduğuna da işaret edilmek gerekir. İfade hürriyetinin bu tarz yorumu, "demokratik toplumun" olmazsa olmaz unsurlarından olan, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikriliğin gerekleridir.

İfade hürriyetinin kişi ve toplum için taşıdığı önem ve sahip olduğu ayrıcalıklı konum inkar edilmemekle birlikte, bu hürriyetin kullanılması esnasında da, tıpkı diğer hürriyetlerde olduğu gibi farklı değer ve menfaatlerin karşı karşıya gelmesi söz konusu olabilir. Fakat hürriyetin esas, sınırlamanın istisna olduğuna ilişkin temel hukuk kuralı hatırlandığında, bu denge ve sınırlamanın ifade hürriyetinin aleyhine işleyen ve onu etkisiz hale getiren bir sınırlama olmaması gerekmektedir.

Kaynakça

Ahmet MUMCU; İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Savaş Yayınları, Ankara, 1994.

Anıl ÇEÇEN; İnsan Hakları, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995.

Bülent TANÖR; İki Anayasa (1961-1982), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1991.

Bülent TANÖR; Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu,

⁸⁰ Mah. K., Lawless/İrlanda, 1.7.1961, A 3, s. 45-46, par. 7.

⁸¹ Sunay, a.g.e., s. 110, Uygun, a.g.e., s. 181-183.

- Hukuki Boyutlar, 1. Cilt, 2. Baskı, BDS Yayınları, 1991.
- Bülent TANÖR;** Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü’ne İlişkin Hukuk Politikaları, Düşünce Özgürlüğü içinde, HFSAY : 3, Afa Yayınları, İstanbul, 1998.
- D. Neil MACCORMICK;** ‘Rechtsstaat’ and Rule of Law, The Rule of Law içinde, Konrad Adenauer Stiftung, 1997.
- Dirk VOORHOOF;** Critical perspectives on the scope and interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights, Mass media files No. 10, Council of Europe Publications, Strasbourg, 1995, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hakkındaki 6. Uluslararası Kollokyumun tutanakları (Seville, 1985), Directorate of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 1988.
- Erdoğan TEZİÇ;** Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü, Anayasa Yargısı, C. 7, Ankara, 1990.
- Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Şeref GÖZÜBÜYÜK;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 1996, Ankara.
- Heinrich SIEDENTOPH;** The Principle of the Rule of Law, The Rule of Law in Public Administration: The German Approach içinde, Forschungsinstitut für Öffentliche Vervattung, 2. Baskı, 1993.
- İbrahim KABOĞLU;** Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları Bilim Dizisi, İstanbul, 1994.
- J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD;** The European System for The Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993
- Jack DONNELLY;** İnsan Hakları, Türkçesi: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- Mireille Delmas MARTY, Christine CHODKIEWICZ;** The European Convention for The Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992.
- Mithat SANCAR;** Devlet Akli Kısıncısında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, Ankara, 2000.
- Mustafa YILDIZ;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- Münci KAPANİ;** İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınları, Ankara.
- Münci KAPANİ;** Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Necati ÖNER;** İnsan Hürriyeti, 4. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara 1995.
- Oktay UYGUN;** 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- Osman DOĞRU (Editör);** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları I-II-III, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.
- Reyhan SUNAY;** İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2001.
- Rolv RYSSDAL;** The Case-law of the European Court of Human Rights on the freedom of expression guaranteed under the European Convention on Human Rights, 10. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı’nda sunulan rapor, Budapeşte, 6-10 Mayıs 1996,
- Sait GÜRAN;** Yönetimde Açıklık, İHİD, Sarıca’ya Armağan, İstanbul, 1982.
- Sami SELÇUK;** Düşün Özgürlüğü, Düşünce Özgürlüğü içinde, HFSAY : 3, Afa Yayınları, İstanbul, 1998.
- Süheyl BATUM;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi VE Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜ Yay. No: 3761, HF Yay. No: 702, İstanbul, 1993.
- Süheyl BATUM;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.
- Şeref ÜNAL;** Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Tahsin Bekir BALTA;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye, Türkiye’de İnsan Hakları, Ankara, 1970.
- Tekin AKILLIOĞLU;** İnsan Hakları I, AÜSBF İHM Yay. No: 17, Ankara, 1995.
- Yılmaz ALİEFENDİOĞLU;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Yargısı Dergisi içinde, s. 10, Ankara, 1993.
- Yılmaz ALİEFENDİOĞLU;** Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Zeki HAFIZOĞULLARI;** Laiklik, İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayıncılık, Ankara, 1997.
- Hacettepe Üniversitesi Dış Politika Enstitüsü;** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Dergisi, Ankara, 1998-2000.