

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

**İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA
DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Elif ÖZALP**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ**

ANKARA - 2012

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
ANAYASA HUKUKU BİLİM DALI**

**İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA
DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Elif ÖZALP**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ**

ANKARA - 2012

ONAY

Elif Özalp tarafından hazırlanan "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Düşünce Özgürlüğü" başlıklı bu çalışma 22.02.2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalı Anayasa Hukuku Bilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Nohut Doğan
..... (Başkan)

..... (Üye)

Yrd. Doç. Dr. Mümin Çakır
..... (Üye)

ÖNSÖZ

“Sürekli anayasa hazırlamaları, sürekli anti-demokratik yasa taramaları, bazılarını kaldırma, günün gereksinimlerini karşılamak üzere yenilerini koyma... Ne zaman iki adım ileri gitsek bir adım geriliyoruz.”¹ Öğretide bu şekilde eleştirilen Türk Hukuku’nda insan hakları düzenlemelerinin her zaman için güncelliğini korumuş olan konularından birisi de düşünce özgürlüğüdür. Kuşkusuzdur ki, düşünce özgürlüğü bu özellikli konumunu –çoğunlukla- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında belirtilen ihlal hükümleriyle edinmiştir. Bu sebeple, hazırlanan çalışma ile Türkiye’nin taraf olduğu düşünce özgürlüğünün ihlali davalarında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin ortaya koyduğu içtihadın araştırılması ve Türk hukuku açısından âdeta tarihi bir önem arz eden bu konuyla ilgili belli başlı yaklaşımların ortaya konması amaçlanmıştır.

Sözü edilen türde bir amaçla hazırlanan çalışmada, kolayca tahmin edilebileceği üzere inceleme için gerek duyulan kaynaklara ulaşmada herhangi bir sıkıntı yaşanmamıştır. Nitekim düşünce özgürlüğüne ilişkin genel eser, monografik eser, bilimsel makaleler ve yargısal içtihatlar oldukça kapsamlı bir başvuru kaynağı yaratmaktadır. Hatta böylesi geniş bir tablo içerisinde değinilmesi gerekli hususların içeriğe dâhil edilmemiş olabileceği de düşünülmekte ve bu husus çalışmada karşılaşılan bir nevi zorluk olarak okuyucunun takdirine bırakılmaktadır.

Son olarak yalnızca mevcut çalışmada değil, hukukun her alanında akademik bilgileri ve hukukçu kimliğinin irdelleyen ve çözüm üreten yaklaşım tarzını yansıtmaları nedeniyle tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ ve Prof. Dr. Hasan TUNÇ’a teşekkürlerimi sunmak isterim.

Ankara, 2012

Elif Özalp

¹ İlhan Lütem, “İnsan Hakları Konusu: Avrupa Karşısında Türkiye”, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos, 1998, Yıl 4, İnsan Hakları Özel Sayı 22, s.1344.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL AÇIDAN DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

1.1. ÖZGÜRLÜK SINIFLANDIRMALARI	2
1.2. SINIFLANDIRMALAR İÇERİSİNDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ	5
1.3. BİLİMSEL ÖĞRETİDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ	7
1.4. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	12

İKİNCİ BÖLÜM

DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YARGISAL YAKLAŞIMLAR

2.1. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ	16
2.1.1. Düşünce Özgürlüğünün Kamu Düzeni Gereği Sınırlandırılması	16
2.1.2. Düşünce Suçu Kavramı	18
2.1.3. Düşünce Özgürlüğü Kapsamında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Dernek Kurma Özgürlüğü	19
2.1.4. Mevcut İdeolojik Düzene Karşıt Düşünceler	22
2.1.5. Siyasi Otoriteyi Eleştiri Özgürlüğü	28
2.1.6. Siyasi Partilerin Kapatılması ve Düşünce Özgürlüğü	30
2.1.7. Basın Özgürlüğü ve Düşünce Özgürlüğü	37
2.1.8. Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Düşünce Özgürlüğü	41
2.1.9. Hakaret, İftira, Sövme, Niteliğindeki İfadeler ile Düşünce Özgürlüğü Arasındaki Ayrım	44

2.2. İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA

DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ 45

2.2.1. Kabul Edilebilirlik Sorunu 45

2.2.2. İHAM Tarafından Gözetilen Ölçütler 47

2.2.2.1. Kanunla öngörülmüş olma ölçütü 47

2.2.2.2. Meşru amaç ölçütü 48

2.2.2.3. Demokratik bir toplumda zorunlu kabul edilebilecek gereklilik ölçütü 52

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNDE İHAM YAKLAŞIMI

3.1. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA SOMUT VE AÇIK TEHLİKE ŞARTI 54

3.2. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK ÖLÇÜTÜ 56

3.3. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNDE KULLANILAN İFADELERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE GÖZETİLECEK ÖLÇÜTLER..... 58

3.4. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ İLE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ ARASINDAKİ SINIRLAR 59

3.5. DEVLETİN DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALEDE ZORUNLU TOPLUMSAL İHTİYACI BELİRLEMEDE TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI VE ORANTILILIK İLKESİ 61

3.6. ŞİDDET, SİLAHLI MÜCADELE, AYAKLANMAYA ÇAĞRI NİTELİĞİNDE İFADELER 65

3.7. SİYASAL ELEŞTİRİLER 67

3.8. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA ETNİK KÖKEN YA DA SOSYAL SINIFA DAYALI AYRIMCILIK İDDİALARI . 75

SONUÇ84

KAYNAKÇA88

ÖZET94

ABSTRACT95

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AÜB	: Ankara Üniversitesi Basımevi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
E.	:Esas
GÜB	: Gazi Üniversitesi Basımevi
İHAM	:İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ²
İHAS	:İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	:Sayfa
TCK	:Türk Ceza Kanunu

² Mevcut çalışmada Mahkeme'nin, İngilizce aslına ve sözcük anlamına uygun olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi olarak adlandırılması yolu tercih edilmiştir. Benzer şekilde Sözleşme de, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi olarak adlandırılmış fakat doğrudan atıf yapılan eserlerin özgün anlatımını değiştirmemek adına ilgili eserde kullanılan kısaltmalar herhangi bir değişikliğe uğratılmadan aynen kullanılmıştır.

GİRİŞ

Çalışmanın ilk bölümünde, özgürlük kavramı ve sınıflandırmaları ele alınmış, bu sınıflandırma içerisinde düşünce özgürlüğünün yeri belirlenmekle beraber düşünce özgürlüğüne ilişkin eserlerde gözlemlenen kavramsal tartışmalara netlik kazandırmak adına; düşünce özgürlüğü ve düşünceyi açıklama özgürlüğü kavramlarına ilişkin öğretide ortaya konan görüşler irdelenmiştir. Ayrıca, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin mevcut düzenlemeleri karşısında, düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün ne şekilde değerlendirildiği aktarılmak istenmiştir. Sonuç olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası ile öngörülen hükümlerin yanında, öğretide yapılan bazı tanım ve açıklamaların değerlendirilmesi ile düşünce özgürlüğü kavramının içeriğinden ne anlaşılması gerektiği ortaya konmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde, düşünce özgürlüğüne ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda, yargısal yaklaşımlar ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarına da ilgili bölümde yer verilmesi ihtiyacı duyulmuş, Mahkeme'nin düşünce özgürlüğüne yönelik yaklaşımı yansıtılmak istenmiştir. Son olarak, üçüncü bölümde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi yargılaması çerçevesinde düşünce özgürlüğü, Mahkeme'nin özellikle Türkiye'nin taraf olduğu kararlarında geliştirmiş olduğu ölçütler göz önünde bulundurularak irdelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL AÇIDAN DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

1.1. ÖZGÜRLÜK SINIFLANDIRMALARI

Özgürlüğün -insanlığın varoluşundan beri, süreç içerisinde kavrama yönelik algı ve yaklaşımlar değişmiş olsa da- dün ve bugün kaybetmediği önemini yarın da kaybetmeyeceği açıktır. Peki özgürlük ne demektir? Haklar ve özgürlükler ilişkisi nasıl değerlendirilmelidir? Özgürlük hukuk kurallarıyla kısıtlanabilir ise yine yalnızca hukuk kurallarıyla bireyi “özgür” kılmak mümkün olur mu?

Hak kavramının hukuken korunan, kendisine değer atfedilen irade ve menfaat olarak nitelendirildiği tanım kadar genel kabul gören bir tanımı, özgürlük açısından ortaya koymak kolay değildir. Akıllıoğlu; özgürlüğün, hukuk öncesi düzenlenmemiş serbestliği, başka bir deyişle kanunun yasaklamadığı herşeyi ifade eden genellikle soyut, ucu açık tanımları içerdiğini, hukuk düzeninin yasaklamadığı davranış biçimlerinin dolaylı olarak özgürlük sayılacağını dile getirmektedir.³ Ancak Akıllıoğlu’na göre; özgürlüğün bu şekilde tanımlanan yönü geniş anlamda özgürlüğü kapsarken, dar anlamda özgürlük ise İHAS’ın özgürlük ve güvenlik hakkı madde başlıklı 5. Maddesi ile T.C. Anayasası’nın kişi hürriyeti ve güvenliği madde başlıklı 19. Maddesi uyarınca yakalama ve tutuklama haliyle kısıtlanabilir bir özgürlüğü açıklamaktadır. Dolayısıyla yakalanmış veya tutuklanmış bir insan özgür insan olmayacaktır. Yakalanma ve tutuklanma halinin özgürlüğü ortadan kaldırdığı açıktır ancak dar anlamda bir özgürlük için bile olsa bu tanımın yetersiz olduğu da düşünülebilir.

³ Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, İmaj Yayınevi, Ankara 2010.

Göze ise özgürlüğü, Montesquieu'nun görüşleri ışığında; yasaların izin verdiği şeyleri yapabilmek, yasakladıkları şeyleri de yapmamak olarak tanımlamakta, bireylerin yasaların yasakladığı bir şeyi yapmaları halinde ise özgürlüğün mevcudiyetinden söz edilemeyeceğini savunmaktadır.⁴ Bu halde, yasalarca yasak kılınan bir şeyin yapılması durumunda, uygulanması olası bir yaptırım dolayısıyla özgürlüğün yok olacağının kabul edildiği düşünülecek olursa, bireylerin hangi özgürlüklerinin yasa koyucunun iradesine bağlı tutulacağı hangilerinin tutulamayacağı da irdelenmelidir. Örneğin düşünce dünyası yasalarla çerçeve çizilebilecek bir alan sayılabilecek midir? Tanilli; düşünceleri yararlı ya da zararlı, ılımlı ya da aşırı, “**meşru**” ya da “**meşru olmayan**” düşünce şeklinde bir ayrıma tabi tutmanın yanlış olduğunu, düşüncelerin öncelikle içerik bakımından özgür olduğunu, özgürce açıklanmaları ve özgürce örgütlenmeleri gerektiğini belirtmiştir.⁵ Gerçekten de, salt düşünce ele alındığında; günümüzde kabul gören hukuk devleti anlayışı çerçevesinde, yasaların yasakladığı bir düşüncenin söz konusu olamayacağından bahisle, düşünce özgürlüğünün de, hukuk kurallarının varlığı bir yana, insanın yaratılışı gereği ayrıksı bir şekilde ele alınması ve korunması gerektiği anlaşılabacaktır.

Özgürlüğün tanımında kendini bu şekilde gösteren çok seslilik, temel hak ve özgürlüklerin sınıflandırılmasına ilişkin temel anayasal kuramlarda karşılık bulmamaktadır. Gerçekten de; Georg Jellinek'in temel hak ve özgürlükleri üçlü bir ayrıma tabi tuttuğu, kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak haklarını negatif statü hakları, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkanını tanıyan hakları pozitif statü hakları ve kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan hakları ise aktif statü hakları olarak kategorize ettiği sınıflandırma öğretide kabul görmektedir.⁶ Bu sınıflandırma neticesinde ise, temel hak ve özgürlükler bakımından negatif statü haklarının, pozitif statü hakları ile aktif statü haklarına nazaran daha ayrıcalıklı bir konumda olduğu söylenebilecektir; zira negatif statü hakları devlet hiçbir faal eyleme geçmese dahi bireyin kendi varoluşundan

⁴ Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Basım, İstanbul, 2007, s.187.

⁵ Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, Cem Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 40.

⁶ Kemal Gözler, Temel Haklar ve Hürriyetler, <http://www.anayasa.gen.tr/temelhaklar.htm> (Erişim Tarihi: 10.02.2012)

dolayı ona sunulmuş olan özgürlükleri içermektedir. Gerçekten de, kişinin dokunulmazlığı ve maddi manevi bütünlüğü, kişi hürriyeti ve güvenliği, din ve vicdan hürriyeti, düşünce ve kanaat hürriyeti gibi negatif statü hakları aslında öz itibarıyla bireylerin varoluşuyla ilgili sayılmakta, devletin pozitif bir katkısı veya negatif anlamda müdahalesi olmadan bu özgürlüklerin varlığının sürdürülebilir olduğu kabul edilmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınıflandırılmasında gözlemlenen, negatif statü haklarının barındırdığı ayrıcalıklı özellik, özgürlüklerin sınırlandırılması ve durdurulması konularında da kendisini göstermektedir. Nitekim, 1982 Anayasası'nın 13. Maddesi uyarınca; temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlandırmalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulacak genel esasları belirleyen bu maddesinin, genel bir sınırlama nedeni arz etmediği; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin nedenlerin her hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede ayrıca belirtileceği, belirtilmemişse sınırlandırmanın mümkün olmayacağı, ayrıca sınırlandırma yapılacaksa bu sınırlandırmanın 13. Maddede belirtilen şekillere uymak şartıyla gerçekleştirilebileceği bilinmektedir. Negatif statü hakları arasında yer alan düşünce ve kanaat özgürlüğünün sınırlandırılması ise anayasada buna ilişkin bir hüküm mevcut bulunmadığından söz konusu olamayacaktır.⁷

Anayasa'nın 15. Maddesi doğrultusunda; 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. Ancak savaş hukukuna

⁷Ancak düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün; 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 sınırlanabileceği öngörülmüştür. Düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile düşünce ve kanaat özgürlüğü arasında sınırlandırılma yönünden yapılan bu ayrımın nedenine, bir sonraki bölümde yer verildiğinden burada ayrıca değerlendirme yapılmayacaktır.

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. İşte bu düzenleme ile temel hak ve özgürlüklerin durdurulması kapsamı dışında bırakılan, yaşam hakkı, kişinin maddî ve manevî varlığı, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğü gibi özgürlükler öğretide sert çekirdek haklar olarak tanımlanmıştır. Yani her biri birer negatif statü hak ve özgürlüğü sınıflandırmasına dahil olan bu özgürlükler her ne suretle olursa olsun, herhangi bir istisnaya tabi tutulmaksızın durdurulma kapsamının dışında tutulacaktır. Aslında bu düzenleme yine bu hakların özünün bir gereğidir denilebilir. Nitekim, sayılan bu özgürlüklerin kullanılması bir kez dahi durdurulsa yeniden bu özgürlüklere kavuşmak mümkün olmayacaktır. Örnek olarak, yaşam hakkının kullanılmasının durdurulması ve 15. Maddede öngörülen olağanüstü durumlar bittikten sonra bu özgürlüğün bireye yeniden tanınması mümkün olabilecek midir? İşte bu ayrık hali Gönül, temel hak ve özgürlüklerin sınıflandırılmasının kendi içerisinde bir hiyerarşisi olduğu şeklinde açıklamaktadır.⁸

1.2. SINIFLANDIRMALAR İÇERİSİNDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

1982 Anayasası'nın temel haklar ve ödevleri düzenleyen ikinci kısmının ikinci bölümünde, kişinin hakları ve ödevleri, üçüncü bölümünde sosyal haklar ve ödevler, dördüncü bölümünde ise siyasi haklar ve ödevlerin düzenlenmesinin, anayasa koyucunun bilinçli bir ayrımı sonucu ortaya konduğu açıktır. Nitekim, Georg Jellinek'in bilimsel öğretide kabul gören sınıflandırması doğrultusunda; kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve

⁸ Erol Cansel, Mustafa Gönül, Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990) Türk Raporu, 2.Cilt**, Ankara, AYM Yayınları No:17, 1990, s.20.

dokunulamayacak haklarını ifade eden negatif statü hakları 1982 Anayasası'nda kişinin hakları ve ödevlerini, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkanını tanıyan pozitif statü hakları sosyal haklar ve ödevlerini, kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan aktif statü hakları ise siyasi haklarını karşılamaktadır. İşte bu üçleme içerisinde düşünce özgürlüğü, negatif statü hakları kapsamında değerlendirilmektedir.

Can da, düşünce özgürlüğünün; öncelikle insanın doğumla kazandığı, devlet öncesi bir özgürlük olduğunu söylemiş ve insanın kişiliğini geliştirebilmesi açısından vazgeçilmez nitelikte olduğunu, devlete karşı bir koruma sağladığını, devletle birlikte ortaya çıkmadığından devlet tarafından bireylere tanınan bir özgürlük olmadığını, uluslararası sözleşmelerde yer almasının da açıklayıcı bir niteliğe haiz olduğunu, asla siyasal iktidar lehine bir taviz olarak algılanmaması gerektiğini vurgulamıştır.⁹ Yani düşünce özgürlüğü, henüz devlet örgütlenmesi doğrultusunda konulan kurallar mevcut değilken varlığını kazandığından ve devletin herhangi bir şekilde harekete geçmesine gerek olmadan zaten halihazırda bireyin sahip olduğu bir özgürlük olduğundan, yine birey bu özgürlüğü kazanabilmek adına devletinden vatandaş olarak bir talepte bulunmakla mükellef tutulamayacaktır.

Haklar kategorisinde böylesine ayrıcalıklı bir konuma sahip olan düşünce özgürlüğünü tanımlamak da, hakkın özü, kavramın içerik itibarıyla derinliği ve genişliği gereği pek kolay değildir. Aydın da, benzer şekilde, düşünce özgürlüğünü tanımlamanın güçlüğüne değinmiş, bu doğrultuda, günümüzde demokratik toplumların *özgürlükler sorununu*, içinde başka temel hakları barındıran düşünce özgürlüğü ile ilişkilendirmiştir. Aydın'a göre; bugünün özgürlükler sorunu, halkları birbirine karşı ya da halkın bir kısmını diğer kısmına karşı kin ve düşmanlığa tahrik, ırkçılık, yabancı düşmanlığı, din, felsefi inanç, cinsiyet ya da cinsel seçim düşmanlığı gibi fiillerdir, bu fiillerin propagandasının cezalandırılması ise düşünce özgürlüğü bakımından

⁹ Osman Can, 'Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?', Liberal Düşünce, Sayı 24, 2001, s.13.

önemli sorunları ortaya koymaktadır.¹⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin düşünce özgürlüğüyle ilgili olarak verdiği kararlardan yola çıkarak, düşünce özgürlüğünün kişinin kendini gerçekleştirme için zorunlu olduğunu söyleyen Aydın, kişinin başkalarını ikna etme amacıyla serbestçe düşüncesini ifade etmesinin, kendini ifade etmesi, özgürlüğünü geliştirmesi ve kendi gücünü ve yeteneklerini geliştirmesi ile kendi kaderini ilgilendiren konularda karar vermesinin yani *kendini gerçekleştirme*nin düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğini belirtmektedir.¹¹ Kişinin kendini gerçekleştirme ile kastedilenin, bireyin iç dünyasında oluşturduğu algılama, kanaat ve yorumlarını dış dünyaya aktarışı ile ilgili olduğu, bu nedenle de düşünce özgürlüğünün bir sonucu olarak bireyin düşüncelerinin oluşmasında ve olgunlaşmasında sahip olduğu etkinliğe, bu düşüncelerin çeşitli yollarla hayata geçirilmesinde de sahip kılınması gerekeceği söylenebilecektir.

1.3. BİLİMSEL ÖĞRETİDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

Öncelikle, pozitif hukuk doğrultusunda düşünce özgürlüğüne ilişkin kurallara yer vermek gerekirse; İHAS'ın 9. maddesi uyarınca, herkes düşünce, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. 1982 Anayasası ise düşünceden kaynaklanan özgürlüklerin korunması için iki farklı madde öngörmüştür. 25. maddeye göre; 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. 26. maddede de; 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

¹⁰ Öykü Didem Aydın, **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I Amerika Birleşik Devletleri Örneği**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

Aydın'a göre, İHAS ve bazı Batı Avrupa ülkelerinin geliştirmiş olduğu uygulamalar doğrultusunda bugün düşünce özgürlüğü, *insan onuru* kavramı ile dengelenmek suretiyle en ileri düzeyde Avrupa hukukunda koruma bulurken, ABD hukukunda, düşünce özgürlüğü ancak "tehlikesiz ve iyi zamanlarda" koruma bulmasıyla- yaygın kanının aksine- tam anlamıyla hak ettiği koruma düzeyine erişememektedir.

¹¹ Öykü Didem Aydın, **age**, s.57.

da vermek serbestliğini de kapsar denilmektedir. Bu normlar kavramsal olarak dikkate alındığında, düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü arasındaki ilişki göze çarpacaktır. Başka bir anlatımla, düşünce özgürlüğü ile kastedilen aynı zamanda düşünceyi açıklama özgürlüğü müdür yoksa düşünceyi açıklama özgürlüğü, düşünce özgürlüğünden farklı bir temel hak mıdır sorusu yanıtlanmalıdır.

Aslında bu soru en basit haliyle hukukun inceleme alanı ile de alakalıdır. Zira bilindiği gibi, insan düşüncesi başlı başına hukukun düzenleme alanına girmez, giremez. Düşünce özgürlüğü hukuk düzenince tanınmasa dahi bireylerin düşünce alanına hukukun müdahalesi fiili bir imkânsızlıkla karşılaşacaktır. O halde, düşünce özgürlüğünden anlaşılması gereken düşünceyi açıklama özgürlüğü olmalıdır. Yani, düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü kavramları birbirinden farklı da olsa aynı da olsa, hukuk düzenince korunan özgürlükler açısından fiili bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle de, hazırlanan bu çalışmada düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü arasında herhangi bir fark gözetilmeyecektir.

Öte yandan bu husus öğretilerde farklı şekillerde ele alınmaktadır. İlgili görüşlerin bir kısmı yukarıda belirtilen kanıya karşı çıkarken, bazı eserlerde de sözü edilen hususa değinilmediği ve hatta bunun da ötesinde –herhangi bir açıklamaya yer verilmeden- düşünce özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğü ve ifade özgürlüğü kavramlarının birbirinin yerine kullanıldığı gözlemlenmiştir. Örneğin, Bıçak “Düşünce ve düşündüklerini ifade etme özgürlüğü, demokratik süreçte önemli bir yer tutmaktadır. Yeni ve daha iyi fikirlerin ortaya çıkmasının zeminini ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Birbirinden farklı çeşitli fikirlerin olması ve bunların tartışılması bireylere farklı düşünceler arasında seçim yapma olanağı sunmaktadır. İfade özgürlüğünün varlığı halinde ancak kişiler, kendi düşüncelerinin doğru veya yanlış olduğunu test edebilirler.” demektedir.¹²

¹² Vahit Bıçak, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s.19.

Buna karşılık, düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü arasında ayırım yapan görüşler de mevcuttur. Bu doğrultuda bir görüşe göre, düşünce özgürlüğünün ifade özgürlüğünden daha dar bir anlam taşıdığı kabul edilmekle, düşünce özgürlüğünün de düşünceyi açıklama özgürlüğü olarak yorumlanması yanlış olacaktır. Nitekim, düşünce özgürlüğü içsel bir işlem, düşünceyi açıklama özgürlüğü ise bu içsel işlemin dışa aktarılmasıdır.¹³

Öte yandan, 1982 Anayasası'nın düşünce ve kanaat hürriyeti başlıklı 25.maddesi ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesi de iki özgürlüğün birbirinden farklı kavramlar olduğunu gösteren emareler olarak kabul edilmiştir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Zira belirtildiği gibi düşünce özgürlüğü içsel bir kavramdır. Dışa yansımamış bir eylemi koruyamayacak veya cezalandıramayacak olan hukukun bu eylemin dışarıya yansımış halini koruması veya cezalandırması ise pratikte birbirinden farklı iki eylemin ortaya çıkmasına neden olmamalıdır. Bunun yanında, 1982 Anayasası'nın söz konusu iki kavramı ayrı maddelerde düzenlemesi de düşünceyi açıklama özgürlüğünü düşünce özgürlüğünden tamamen farklı bir özgürlük haline getirmemelidir. Nitekim anayasa koyucunun her iki maddede de aslında aynı kavramları ele aldığı görülmektedir. Düşünce özgürlüğünün öngörüldüğü 25. maddede, her ne sebeple olursa olsun kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, düşünce ve kanaatleri nedeniyle kınanamaz ve suçlanamaz denilmektedir. Düşünce özgürlüğü bir şekilde dış dünyaya yansıtılmalıdır ki, hukuk düzeni bu özgürlüğü korusun veya kısıtlasın veya bu özgürlükten doğan eylemleri haksız yere de olsa cezalandırsın. Yani uygulamada, düşünce özgürlüğünün korunması veya kısıtlanması için açıklanması gerekecektir. Bu halde de, düşünce özgürlüğü düşünceyi açıklama özgürlüğünden bağımsızdır ve pozitif hukukta farklı anlamlar dâhilinde düzenlenmiştir demek doğru olmayacaktır. Ancak, düşünce özgürlüğünün hukuk felsefesi açısından düşünceyi açıklama

¹³ Osman Can, **agm**, s.90.

özgürlüğünden daha geniş bir kavram olduğu, içinde düşünceyi açıklama özgürlüğünü de barındırdığı düşünülmektedir.¹⁴

Öte yandan burada, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü'nün düşünce özgürlüğü ile düşünceleri açıklama özgürlüğünün birbirinden farklı özgürlükler olduğu için Anayasa'da ayrı ayrı düzenlendiğini ifade eden açıklamalarına da değinmek gerekecektir: "Komisyon sizlere sunduğu Anayasa tasarısında, düşünce ve kanaat hürriyeti ile bu düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini ayrı maddelerde ele almıştır. Bunun sebebi şudur: 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... Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti düşünce ve kanaat hürriyetinin bir uzantısı niteliğindedir; ama ondan farklıdır. Sahip olunan düşünce sebebiyle suçlanamama, kınanamama yahut kişinin düşüncesinin öğrenilmesi sebebiyle onun zorlanmaması farklıdır, düşünceyi yaydığı zaman kullandığı hürriyet farklıdır." ¹⁵

Benzer şekilde, 1982 Anayasası'nın düşünce ve kanaat hürriyeti başlıklı 25.maddesinin gerekçesinde de; düşünce ve kanaat hürriyetinin düşünceyi açıklama hürriyetinden ayrıldığı söylenmiş, bu iki hürriyetin her ne kadar birbiriyle bağlantılı olsa da, nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklı olduğu belirtilmiştir.¹⁶

Düşüncenin herhangi bir dışa vurumu olmadan korunamayacağı görüşüne karşı olan Tanör'e göre de, henüz açıklanmamış ve belki de açıklanmak istenmeyen düşünceler de hukukun ilgisini çekmektedir; çünkü bunun aksi bir sanı pozitif hukuka göre gerçeğe uygun düşmeyecektir:

¹⁴ Can; Ridder'den alıntılarda bulunduğu makalesinde, düşüncenin gözlem, muhakeme, kanaat, yargı gibi olguları kapsadığını, bu bağlamda da düşünceyi açıklama özgürlüğünün tüm bunların insan iradesiyle ortaya konmuş subjektif bir değerlendirmesi olduğunu ve kişiliğe bağlı, devredilmez, vazgeçilmez temel bir hakkı oluşturduğunu ifade etmektedir.

Bknz. Osman Can, agm, s.92, 93.

¹⁵ Burhan Kuzu, "Anayasamızda Düşünce ve Düşünceleri Açıklama Hürriyeti", Yeni Türkiye Özel Sayı 22, Cilt 4, 1998, s.788.

¹⁶ Abdullah Dinçkol, Mehmet Akad, 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları -Madde Gerekçeleri, Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları- İstanbul, Der Yayınları, 2007, s.190.

“Gerçekten de hukuk belgeleri, Hak Bildirileri olsun, Anayasalar olsun, sadece düşünceleri serbestçe edinebilme ve dışa vurabilme hürriyetinden değil, aynı zamanda kişilerin düşüncelerinden ötürü kınanamayacaklarından, bunları açıklamak zorunda bırakılamayacaklarından da söz eder, bu da gösterir ki, düşünce ve kanaatler kişinin iç aleminde kaldığı sürece dahi, hukukun bu konuda söyleyeceği bir söz vardır.”¹⁷

Ancak yine belirtmek gerekir ki; her ne kadar düşünceyi açıklama özgürlüğü düşünce özgürlüğünün kendi içerisinde barındırdığı özgürlüklerden sadece bir tanesi gibi kabul edilse – ve öyle olsa bile- somut olarak düşünce özgürlüğünün tek başına korunması mümkün olmayacaktır. Zira Tanör’ün¹⁸ de belirttiği gibi, kişiler iç alemlerinde kalan düşüncelerinden ötürü kınanamaz, yani bir şekilde ortaya konmuş bir düşünce olmalıdır ki bireyler bundan dolayı kınanamasınlar veya kınanabilsinler.

Benzer şekilde, Kaboğlu da, “Düşünce kişinin içsel yaşamının en gizli alanından kaynaklanır. Bu özelliğiyle düşünce, hukukun düzenleme alanına girmez; çünkü hukuk, amacı gereği sadece dışa vurulan davranışlarla ilgilenir. Aslında bireyin içsel alanına ilişkin espri özgürlüğünü beyan etmeye gerek de duyulmaz. Çünkü ne düzenlenebilir ne de sınırlanabilir, bireyin tinsel dünyası, resmi makamların ve üçüncü kişilerin saldırı alanı dışında kalır.” demektedir.¹⁹

Server Tanilli ise, düşünce özgürlüğünün düşünceleri serbestçe açıklayabilme özgürlüğü olduğunu; bu özgürlüğü, düşünme özgürlüğü ve açıklama özgürlüğü şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutarak birincisinin sınırsız,

¹⁷ Bülent Tanör: **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası –Doktora Tezi-**, İstanbul, Öncü Kitabevi Yayınları, 1969, s.14.

¹⁸ Tanör’e göre düşünce özgürlüğü üç kademeyi içermektedir: Birincisi, düşüncenin oluşum öncesi safhası, ikincisi oluşmuş fakat o anlık açığa vurulmamış kanaatlerin söz konusu olduğu saf düşünce safhası ve nihayet üçüncüsü de düşünce ve kanaatleri her türlü yoldan, gerek eylem olarak, gerekse anlatma, açıklama, yayma, savunma suretiyle dışa vurma safhası.

Bknz. Bülent Tanör: **age**, s.15. Ancak bu kademelendirmenin de düşüncenin ancak dışa vurulduğu takdirde hukukun inceleme alanına gireceğini gösterdiği düşünülmektedir.

¹⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu: ‘**Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü**’, Yeni Türkiye, Özel Sayı 4, 1995, s.1507.

ikincisinin sınırlanabilir olduğunu savunmanın ise düşünce özgürlüğü yoktur söyleminin dolambaçlı bir ifadesi olduğunu iddia etmektedir.²⁰

Sonuç olarak, düşünce özgürlüğünün kullanılması hiçbir şekilde kısıtlanamayacak veya durdurulamayacak olduğundan, sınırlamaya tabi tutulabilecek olanın ancak düşüncenin açıklanması özgürlüğü olduğundan bahisle²¹, düşünce özgürlüğünün daha geniş bir hak olduğu söylenebilirse de, mevcut çalışmada, düşünce özgürlüğü ile anlatılmak istenen düşünceyi açıklama özgürlüğüdür ve akademik inceleme kapsamında bu iki kavram arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

1.4. İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'NDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İHAS'ın 9.maddesi uyarınca herkes düşünce özgürlüğüne sahiptir. Sözleşme'nin 10. maddesi ise, herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir hükmü ile ifade özgürlüğünü öngörmüştür. Mevcut çalışma, düşünce özgürlüğüne ilişkin olsa da; sözü edilen maddeler göz önüne alındığında, 9. maddede düzenlenen düşünce özgürlüğünü, 10. maddede yer alan ifade özgürlüğü ile arasında bulunan doğal bağlantıyı yadsıyarak irdelenmek mümkün görünmemektedir. Bu kapsamda, öncelikle bu iki özgürlüğün bizatihi lafzından kaynaklanan farktan söz etmek gerekecektir. Öğretide, düşünceyi açıklama özgürlüğünü, ifade özgürlüğünün barındırdığı özgürlükler içerisinde değerlendiren görüşler vardır. Can, "İfade özgürlüğü, düşüncelerin açıklanmasının yanında, ifadeye konu olabilecek tüm unsurların dışsal dünyaya aktarımına ilişkin geniş nitelikli bir özgürlüktür. Haber aktarımı, duygusal nitelikli açıklamalar, dinsel kanaatlerin açıklanması bu

²⁰ Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, Say Yayıncılık, İstanbul, 1990.

²¹ "Herhangi bir özgürlüğün bazı sınırlamalara tabi olması ile düşünce özgürlüğünün kayıtlanmasının toplum hayatındaki olumsuz etki ve sonuçları aynı kapsam ve nitelikte olamaz. Düşünce özgürlüğü, bütün insan hakları içinde, insanın bedeni üzerindeki hakkından sonra, genellikle, en büyük öneme sahip olanıdır."

Muammer Aksoy, "**Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü**", Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 256, 1970, s.126.

kapsamda değerlendirilmelidir.” demektedir.²² Öte yandan, düşünce özgürlüğünün kendi içerisinde birtakım özgürlükler barındırdığını, ifade özgürlüğünün de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini düşünen yazarlar vardır. Beydoğan konuyla ilgili olarak şunları vurgulamaktadır: “İfade hürriyetinin, düşünce hürriyetinin dinamik bir uzantısı olduğu söylenebilir. Düşünme hürriyetinde herhangi bir sınırdan bahsetmek söz konusu olamaz. Kısıtlanan, düşüncenin açıklanan kısmıdır. İfade hürriyetinin olabilmesi için ilk olarak bu hürriyetin faaliyete geçmesine sebep olacak bir düşüncenin insanda hasıl olması gerekir.”²³

Yukarıda değinilen farklı yaklaşımlar arasında bir değerlendirme yapmak gerekecek ise, öncelikle bu değerlendirmenin Türk anayasa yargısı ve İHAM içtihatları açısından kimi özellikler arz edeceği söylenmelidir. İHAS düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğünü birbirinden ayrı maddelerde düzenlemektedir; fakat bu durum karşısında dahi, İHAM kararlarında ifade özgürlüğünün, düşünce özgürlüğünün bir uzantısı veya içeriği olarak değerlendirilmediği söylenemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, 10. madde ile kastedilenin, içerik olarak daha geniş bir alanı kapsasa da, düşünceyi açıklama özgürlüğünden başka bir şey olmadığı düşünülmektedir. Yani düşünceyi açıklama özgürlüğü, kişinin ifade yollarından biriye de, burada her iki kavram aynı anlamda kullanılacaktır.

Çalışmada bir önceki başlıkta yer verilen düşünce özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü arasındaki ilişki hakkındaki açıklamalar burada tekrar edilmeden değinilmek istenen bir başka husus İHAM içtihatlarında, 10. maddenin daha genel bir nitelik taşımasıdır. Başka bir deyişle, İHAM, düşünce özgürlüğüyle ilgili davalarda çoğunlukla 10. maddeyi esas alan bir yargılama yapmaktadır. Kuşkusuz bu durum, daha önce de bahsedildiği gibi düşüncenin açıklandığı andan itibaren hukukun ilgi alanına girmesiyle ilgilidir. Nitekim Gölcüklü ve Gözübüyük konuyu benzer şekilde açıklamışlardır: “AİHS’nin 9.maddesindeki düşünce hürriyetinden anlaşılan,

²² Osman Can, *agm*, s.90.

²³ Ayhan T. Beydoğan, *Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti*, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s.23.

felsefi öğreti bütünlüğüne sahip inançtır. İfade hürriyeti ise, bilgilenme sonucu elde edilen kişisel kanaat, düşünme ve değer yargısına ulaşma anlamındadır. Sözleşmenin 8,9,11inci maddeleri göz önüne alındığında bu maddeler daha öznel (lex specialis) ve 10. madde ise daha genel (lex generalis) anlam taşımaktadır. İfade bağlamında bir hürriyet söz konusu olduğunda sorunun çözümü diğer maddelerde değil, doğrudan 10. madde kapsamında ele alınmalıdır. Örnek olarak Mahkeme, Siantoloji Kilisesi tarafından yapılan ticari maksatlı reklâmların yasaklanmasının 9.madde kapsamı dışında kaldığını belirtmiş, ifade hürriyeti anlamında ve 10. madde içeriğinde değerlendirmiştir.”²⁴

Aynı doğrultuda, Ünal da, şunları aktarmaktadır: “ Kişinin düşüncesi, vicdani kanaati ve dini inancını keskin çizgileriyle birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bunlar kişinin kalbi ve beyninde şekillendiği ve açığa vurulmadığı için, Komisyon tarafından iç alanda (forum internum) cereyan eden olgular olarak nitelendirilmiştir. Düşünce ve inançlar açığa vurulduğu takdirde, bunlar Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim Komisyon ve Divan, genelde bu iki maddeyi birlikte ele almaktadır.”²⁵

Öte yandan 1982 Anayasası düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü ayrı maddelerde koruma altına alsa da, ayrıca ifade özgürlüğü başlığı ile ayrı bir temel haktan bahsetmemiştir. Şüphesiz bu durum Anayasa’nın ifade özgürlüğünü tanımadığı anlamına gelmeyecektir. Nitekim gerek düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, gerekse bilim ve sanat özgürlüğü, süreli ve süresiz yayın özgürlüğü ve dernek kurma özgürlüğü hep bireylerin düşüncelerini dış dünyaya yansıtma ve ifade etmelerinin bir aracı olarak nitelendirilebilecektir. Anayasa Mahkemesi de

²⁴ Ayhan T. Beydoğan, **Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s.18 içinde Feyyaz Gölcüklü, Şeref A. Gözübüyük: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 2.Bası, Ankara, Turhan, 1996, s.317.

²⁵ Şeref Ünal, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi –Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu-**, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:69, 1995, s.206-207.

konuyla ilgili olarak “Anayasamız düşünce ve kanaat özgürlüğüne ilişkin genel kuralı 20inci maddesinde belirtmiş, düşünce ve kanaatlerini belli başlı açıklama ve yayma şekil ve yollarını da sonraki maddelerinde düzenlemiştir. Nitekim Anayasa’nın bilim ve sanat hürriyetinden bahseden 21inci, basın ve yayımla ilgili hükümleri belirten 22-27inci, toplantı ve gösteri yürüyüşü ve dernek kurma haklarını gösteren 28inci ve 29uncu maddeleri, düşünce ve inançları bu maddelerde belirten şekil ve yollarla açıklamaya ve yaymaya ilişkin hükümleri ve sınırları göstermektedir.”²⁶ ifadesini kullanmaktadır. Kaboğlu da “Düşünce özgürlüğü, insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı, sendika vb.) çeşitli yollarla (söz, basın, resim, sinema, tiyatro, vb) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.” demektedir. ²⁷ Böylece, lafzî olarak ifade özgürlüğünü içermeyen Anayasa’da ifade özgürlüğü kavramının içeriğine yer veren pek çok madde olduğu görülmektedir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında; düşünce özgürlüğü düşünceyi açıklama özgürlüğü olarak ele alındığından, ifade özgürlüğü de düşünceyi açıklama özgürlüğünden farklı bir temel hak olarak kabul edilmediğinden, İHAM yargılaması kapsamında bu üç kavramın hepsi mevcut çalışmanın konusunu teşkil eder kabul edilmiştir. Gerçekten de, İHAM yargılamasında 9. ve 10. maddenin bir arada düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü koruduğunu, ancak daha çok 10. madde kapsamında bir değerlendirme yapıldığını söylemek mümkündür. Bu anlamda, yürütülen çalışmada, 9. ve 10. maddelerin ihlali davaları –düşünce özgürlüğüne ilişkin olduğu müddetçe- bir ayırım gözetilmeden irdelenmiştir.

²⁶ 26.09.1965, E.1963/173, K.1965/40, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 4, Ankara, AÜB, 1992, s.324.

²⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, **agm**, s.1507.

İKİNCİ BÖLÜM

DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YARGISAL YAKLAŞIMLAR

2.1. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

2.1.1. Düşünce Özgürlüğünün Kamu Düzeni Gereği Sınırlandırılması

1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun kimi maddelerinin Anayasa'nın 25. ve 26. maddesine aykırı olduğu iddiası ile açılan bir davada; mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler hakkında küçükler açısından muzır olduğu yönünde, Başbakanlık bünyesinde oluşturulan yetkili kurulun karar vereceği yönündeki yasal düzenlemenin düşünce özgürlüğünü ihlal ettiği savunulmuştur. Düşünce özgürlüğünün ihlali iddiasında özetle; eserler aracılığı ile yayınlanan düşüncenin 'muzır damgası'ndan kurtulabilmesi için kurul üyeleri ve siyasi iktidarın görüşleri ve politikaları doğrultusunda olması zorunluluğu bulunmaktadır denmiştir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi sözü edilen iddiaları yerinde görmemiş ve ilgili düzenlemenin düşünce ve kanaat hürriyetiyle doğrudan ilgisinin bulunmadığı sonucuna varmıştır.²⁸ Burada Mahkeme'nin kamu düzeni kavramı üzerinde durarak, ilgili eserlerin küçükler açısından zararlı olup olmadığının değerlendirilmesinin önemine öncelik verdiği düşünülmektedir. Öte yandan Tanör ise; düşüncelerin zararlı sayılarak yasaklanmasının, onların bireyler açısından daha çekici bulunur hale geldiği görüşlerinden bahsetmekte ve bu halde yasaklanan esere ulaşmak için daha fazla bir gayrete, başka bir deyişle de hukuk dışı yollara başvurulacağından söz etmektedir.²⁹

²⁸ 11.02.1987, E.1986/12, K.1987/4, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 23, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1989, s.47-110.

²⁹ TANÖR, a.g.e., s.51.

765 sayılı TCK'nın 536. maddesi, 2248 sayılı Kanun ile "Her kim, belediyeler, köy ihtiyar kurulları veya yasalarla yetkili kılınmış diğer makamlarca önceden ayrılmış ya da oturulan yerler dışında o yerin en büyük mülkiye amirine yapılacak bir başvuru üzerine ayrılan yerlere, izin almaksızın veya verilen izne aykırı biçimde, basılı olan veya olmayan, elle yapılmış veya yazılmış her türlü resim, yazı ve işaretler veya bunları içeren kâğıt, pano, pankart, bant ya da benzerlerini asar veya yapıştırırsa veya izne dayalı olsa bile bu yerleri boyar veya bu yerlere yazı yazar, resim ya da işaret yaparsa, eylem başka bir suç oluştursa bile ayrıca... yıla kadar hafif hapis cezasına... çarptırılır." şeklinde değiştirilmiştir ve bu değişikliğin Anayasa'nın düşünce özgürlüğüne ilişkin hükmüne aykırı olduğu savunulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise, düşünce ve kanaatleri açıklama ve yayma özgürlüğünün Anayasa tarafından etkin biçimde korunduğunu ancak bu özgürlüğün kullanılmasının kimi hallerde duvarların, caddelerin kirlenmesine ve *giderek şiddet olaylarına* yol açtığı gerçeğinin de göz önüne alınması gerektiğini, bu nedenle de bu özgürlüğün sınırlanmasının ve caydırıcı nitelikteki ceza yaptırımlarına bağlanmasının, özgürlüğün özünü zedeler nitelikte görülemeyeceğini söylemiştir: "Kaldı ki, salt hukuk açısından, kişinin kendi düşünce ve kanaatlerini kamuya ait yollara, üçüncü kişilere ait yapılara yazmak ya da bunları içeren kâğıt, pano ve benzerlerini asmak biçiminde bir hakka esasen sahip bulunmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Kişilerin, düşünce ve kanaat özgürlüklerini hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir. Anayasa'nın 11. maddesi, hakların kötüye kullanılmasına izin vermediği gibi, buna aykırı davranışlara ilişkin ceza yaptırımlarının yasada gösterileceğini belirtmektedir."³⁰ Gerçekten de, kişilerin düşünce özgürlüğünü korumakla yükümlü hukuk düzeni, aynı zamanda toplumun geneline açık alanların temizliği ve düzenini de korumakla ve bu iki özgürlük arasında bir denge kurmakla yükümlüdür. Bireylerin düşüncelerini; sözle, resimle veya yazıyla ifade edebilmeleri elbette ki düşünce özgürlüğünün bir gereğidir

³⁰ 15.01.1981, E.1980/68, K.1981/3, , AYM Kararlar Dergisi, Sayı 19, Ankara, AÜB, 1992, s.10.

ancak bu özgürlüğün belli bir *alanda*, toplumun geri kalanını rahatsız etmeden kullanılması da doğal karşılanmalıdır.

2.1.2. Düşünce Suçu Kavramı

Nazilli Sulh Ceza Mahkemesi'nin itiraz yoluna başvurusu sonucu iptali istenen TCK'nın 526. maddesi uyarınca; salahi yetli makamlar tarafından, adli muameleler dolayısıyla yahut amme emniyeti veya amme intizamı veya umumi hıfzısıhha mülahazasıyla kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilen bir emre itaat etmeyen veya bu yolda alınmış bir tedbire riayet eylemeyen kimse, fiil ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde,....kadar hafif hapis ve....kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır. Somut olayda da, ilköğretim okulunda yapılan aramada 26 öğrencinin okul dolabında komünizm ile ilgili yasaklanmış kitaplar bulunmuş ve bu öğrenciler hakkında TCK'nın 526. maddesine göre kamu davası açılmıştır. Yapılan yargılama neticesinde, yerel mahkeme tarafından beraat kararı verilmiştir ancak kararın Cumhuriyet Savcısı'nca temyizi neticesinde, Yargıtay 2. Dairesi bozmaya hükmetmiştir. Yerel mahkeme, bozma ilamında belirtilen hususlar çerçevesinde gerekli işlemleri yaparken aynı zamanda iddianamede uygulanması talep edilen TCK'nın 526. maddesinin anayasanın düşünce özgürlüğüne aykırı olup olmadığının tespiti için itiraz yoluna başvurmuştur. Ne var ki Yüksek Mahkeme itirazın reddine karar vermiştir: "TCK'nın 526. maddesinin Anayasa'nın düşünce hürriyetine ilişkin 20. maddesiyle bir ilişkisi yoktur. Bir suçtan mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan eşya ile kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması, satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşyanın zor alımı Ceza Kanunu gereğince dir. Kanunsuz veya gayrimeşru yollardan elde edilen

veya bu yolda kullanılan bir mal veya hakkın kanunun ve Anayasa'nın himayesinde olduğu kabul edilemez.”³¹

Öte yandan Küçük, çoğulcu demokrasilerin bütün görüşlere açık olduğunu belirtip ancak bu şekilde aşırı uçların rejim dışına kayarak güçlenmesinin önlenebileceği görüşünü savunmuştur.³² Küçük'e göre, belli bir dünya görüşünü içeren düşüncelerin yazılmasının, yayınlanmasının, başkalarına aktarılmasının, aşılmasının yasaklanmasının *düşünce suçu* kavramının oluşmasına neden olacağı açıktır. Çoğulcu demokrasilerde ise, düşünceler öz itibarıyla mutlak bir hürriyete sahip olduğundan ve hiçbir şekilde kısıtlanamayacağından, düşünce suçu oluşturacak kısıtlamalar – yasal olsa dahi- kabul edilemeyecektir.

2.1.3. Düşünce Özgürlüğü Kapsamında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı ve Dernek Kurma Özgürlüğü

1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun 35. maddesinde yer alan “Dernek yöneticileri derneği temsilen dernek amaçlarına uymayan toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılamaz veya beyanda bulunamazlar ve dernek mensuplarını da bu yolda harekete teşvik edemezler.” şeklindeki hükmün Anayasa'nın - düşünce özgürlüğü dışındaki- kimi hükümlerine aykırılığının ileri sürüldüğü bir iptal davasında öne sürülen bir karşı oy görüşü de dikkate değer gözükmektedir: “İlk bakışta masum gibi gözükken bu kural ciddi bir incelemeye tabi tutulduğunda anayasal hakları esaslı şekilde sınırlayan ve bir bakıma özgürlüğü temelinden zedeleyen bir nitelik göstermektedir. Dernek kurmak kişi için düşünce ve kanaatini açıklamanın bir aracıdır. Bu nedenle dernek kurmanın ve onun çalışmalarının sınırlandırılması aynı zamanda düşünce ve inanç özgürlüğünün de sınırlandırılması anlamını taşır. Özellikle Dernekler

³¹ 07.06.1973, E.1973/12, K.1973/24, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 11, Ankara, AÜB, 1991, s.273, 274.

³² Adnan Küçük, *Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar (Tarihi Gelişim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, Bazı Ülkeler, Teorik Çerçeve, 1982 Anayasası ve Türk Anayasa Mahkemesi İçtihatları)*, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2005, s.143.

Kanunu'nun 75. maddesinde yer alan mesleki kuruluşlar, özel kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde bu kanunun 35,...42nci maddelerine ve bunlarla ilgili müeyyidelere tabidir hükmü birlikte göz önüne alınınca düşünce ve inanç özgürlüğünün sınırlandırılması yalnız Dernekler Kanunu çerçevesi içinde de kalmamış sendikaları da aynı şekilde sınırlandırarak onları toplumsal sorunlara seyirci kalacak ve böylece görevlerini yerine getiremeyecek bir duruma getirmiştir. Oysa Anayasa'nın 20. maddesi 'Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir veya yayabilir' ilkesini kesin hatlarıyla belirtmiştir. Tüzel kişiler de aynı ilke kapsamı içinde olduğu halde onların bu haktan yoksun bırakılmasını Anayasa açısından haklı gösterecek bir neden de yoktur ve dava konusu kural bu nedenlerle Anayasa'ya aykırıdır."³³ Gerçekten de, dernek yöneticilerinin –derneğin amaçlarına uymaması gerekçesi öne sürülerek- belli beyanlarda bulunması ve gösterilere katılmalarının yasaklanmasının düşünce özgürlüğüne aykırı olduğu kanısına varılabilir. Nitekim, yöneticilerin derneğin menfaatlerine aykırı hareket ederek bir zarara neden oldukları takdirde yasal sorumluluk altında olacakları kesindir; ancak en baştan yöneticilerin düşüncelerini ve eylemlerini kısıtlar nitelikte bir kural koymanın düşünce özgürlüğüyle bağdaştırılması güç görünmektedir. İHAM'ın konuyla ilgili yaklaşımından örnek verilecek olur ise, Mahkeme'nin her zaman olduğu gibi somut olayın özelliklerini nazara aldığı söylenmelidir. İHAM, derneğin düzenlediği gösteri yürüyüşüne katılan bir grup askerin sürgün edilmesini yazdıkları yazıyla eleştiren diğer askerlerin davranışlarını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemiş, askeri disiplinin gevşetilmesini gerekçe gösteren savunmacı devleti haklı görmüştür. Öyle ki, Engel ve Diğerleri- Hollanda adlı bu davada³⁴; Hollanda ordusunda görevli başvuruçular askeri disipline aykırı

³³ 18.12.1973, 19.12.1973, 20.12.1973, E.1973/3, K.1973/37, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 11, Ankara, AÜB, 1991, s.349.

³⁴ Engel ve Diğerleri- Hollanda, 8 Haziran 1976, Başvuru No:5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=engel%20%7C%20others%20%7C%20netherlands&sessionId=72411602&skin=hudoc-en> Erişim tarihi:30.06.2011

davranışları gerekçe gösterilerek üstleri tarafından cezalandırılmışlardır. Kışlada hazırlanıp yayınlanan bir dergide yazdıkları yazıların askeri disiplini zayıflatır bulunmasıyla ceza alan başvuruçular yazılarında özetle, derginin bağlı olduğu dernek (Mecburi Askerlik Yapanlar Derneği) tarafından düzenlenen bir gösteri yürüyüşüne katılan birkaç askerin bu gerekçeyle sürgüne tabi tutulduklarını iddia etmektedirler. Yazıda kullanılan kimi ifadeler şöyledir: “ Olağan cezalar yanında, ordunun patronlarının elinde askerleri baskı altında tutmak için bir dizi ceza vardır; sürgün bunlardan biridir. Bu tutum, otoritelerini ceza ve korkutma ile kurmaya çalışan bu kişilerin kendilerine başka bir iş aramalarıyla sona erer.”³⁵ İHAM burada, başvuruçuların ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine kanaat getirirken öncelikli olarak, askeri atmosferin dikkate alınması gerektiğini, böylesi bir ortamda disiplini gevşetici davranışların kabul edilebilir olmayacağını ve verilen cezanın düzensizliği önlemek için mecburi olduğunu ve en nihayetinde de ceza ile ifade hürriyetinin ihlal edilmediğini ancak ifade hürriyetinin kötüye kullanılmasının yaptırıma bağlandığını söylemiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 86. maddesinin Anayasa’nın 20. maddesine aykırılık oluşturduğu iddiası ile Türkiye İşçi Partisi tarafından açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, “Baro levhasında yazılı her avukat gerek olağan, gerekse olağanüstü genel kurul toplantılarına katılmakla yükümlüdür. Haklı bir engele dayanmış olmadıkça, bu toplantılara gelmeyen avukatlara baro başkanı tarafından ilk defasında uyarı, tekrerründe... Liradan... Liraya kadar para cezası verilebilir. Ancak para cezası verilebilmesi için, uyarı cezasının tebliğ edildiği yazıda, engeli olmadan genel kurula tekrar katılmama halinde para cezası verileceğinin açıklanmış olması gerekir.” şeklindeki 86. maddeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Burada iptal isteminde bulunan taraf, ilgili madde ile avukatların belirli toplantılara katılmaya zorlandıklarını ve bu zorunluluğun bir yaptırıma bağlandığını ifade etmiştir: “Anayasa’nın 20. maddesi uyarınca düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olan avukat, şu veya bu düşünceyi desteklemek

³⁵ Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlar Cilt I**, Ankara, 2003, s.142-143.

veya reddetmek durumuna düşebileceği bir baro toplantısına gitmeyebilmelidir. Bir meslek kuruluşunun toplantılarına katılmamanın suç sayıldığı yerde kişi hürriyetinin özü zedelenmiş olur. Öte yandan, kanun zoruyla toplantıya avukat götürmek bir meslek kuruluşu olan baronun yönetim ve işleyişini demokratik esaslara aykırı duruma getirir. 1136 sayılı Kanun'un 86. maddesi Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır."³⁶ Ne var ki Yüksek Mahkeme bu iddiaları yerinde görmemiş ve ilgili maddenin yalnızca toplantılara katılma yükümlülüğü getirdiğini ve avukatların düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlayan herhangi bir hükmü içermediğini, bu nedenle de düşünce özgürlüğü ihlaline sebebiyet vermediğini savunmuştur. Anayasa Mahkemesi; 86. maddenin düzenlenmesi ile yasa koyucunun baro genel kurullarının güçlkle toplanmasını göz önüne aldığını ve bu yaklaşımın da böylesi önemli toplantılara katılımı sağlayarak daha isabetli kararlar alınmasını teşvik edeceğini savunmuştur. Mahkeme'ye göre, maddenin içerdiği yaptırım da davacının savunduğu gibi bir meslek kuruluşunun toplantılarına katılmamayı suç haline getirmemekte, yalnızca öngörülen yükümlülüğün birtakım disiplin cezalarına bağlanmasını sağlamaktadır.³⁷ İptali istenen madde nazara alındığında, gerçekten de bir meslek kuruluşunun genel kurul toplantılarına katılmamanın yaptırıma bağlanması doğrudan ifade özgürlüğünü ihlal eder bir düzenleme olarak görünmemektedir. Nitekim, bu düzenleme ile avukatın istediği görüşü beyan etme hakkı elinden alınmamaktadır, fiilen bu hakkını kullanmasının önünde bir engel yaratılmamaktadır.

2.1.4. Mevcut İdeolojik Düzene Karşı Düşünceler

TCK'nın 5844 sayılı kanunla değişik 141/1, 142/1. maddelerinin Anayasa'nın 20.maddesine aykırılık teşkil ettiği iddiası ile Türkiye İşçi Partisi'nce iptali istenmiştir. Bu doğrultudaki 141.maddede; sosyal bir sınıfın

³⁶ 21.01.1971, E.1969/37, K.1971/8, , AYM Kararlar Dergisi, Sayı 9, Ankara, AÜB, 1991, s.209.

³⁷ 21.01.1971, E.1969/37, K.1971/8, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 9, AÜB, 1991, s.230.

diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeye veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmaya veya memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmeye matuf cemiyetleri her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler veya bu hususlarda yol gösterenler... cezalandırılır, denilmektedir. 142. maddede ise; sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak yahut memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmek veya devlet siyasi ve hukuki nizamlarını topyekûn yok etmek için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse... cezalandırılır, hükmü öngörülmüştür.

Anayasa'ya aykırılık iddialarında ise; ilgili maddelerin toplumcu nitelikteki siyasi düşüncelerin ve bu düşünce etrafında örgütlenme özgürlüğünün özünü ortadan kaldırdığı savunulmaktadır. İptal isteminin temelinde yer alan görüşler özetle şöyledir: "Müesses sosyal ve ekonomik temel nizamların dokunulmazlığı ilan edilmekle bu iki madde toplumun ekonomik ve sosyal düzenlerini emek esasına göre yeniden düzenlemek ve değiştirmek için teşkilat kurulmasını ve bu yolda propaganda yapılmasını yasaklamıştır. Böylece, toplumcu dünya görüşüne ve emek haklarının savunulmasına bağlı olan düşünce ve inançların özü ortadan kaldırıldıktan başka, siyasi, felsefi kanaatler arasında da bir ayırım gözetildiği ve istihsal düzeni ile ilgili emekten yana değişmelerin yasaklandığı görülmektedir."³⁸

Yukarıda yer verilen söyleme karşılık olarak Anayasa Mahkemesi, iptali istenen hükümlerin düşünce özgürlüğünün ihlali kapsamında sayılamayacağı görüşüne varmıştır. Mahkeme esas olarak, TCK'nın 141 ve 142. maddeleri neticesinde düşünce özgürlüğünün sınırlandığını fakat bu sınırlamanın Anayasa'nın 11.maddesinde yer alan, temel hak ve hürriyetler, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz,

³⁸ 26.09.1965, E.1963/173, K.1965/40, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 4, Ankara, AÜB, 1992, s.295.

kuralına aykırı olmadığını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme, TCK'nın 141 ve 142. maddelerinin yasakladığı eylemlerin; gerek 11. maddedeki genel sınırlama nedenlerine, gerekse Anayasa'da öngörülmüş basın ve haber alma hürriyeti başlıklı 22. maddedeki ve dernek kurma hakkı başlıklı 29. maddesindeki özel sınırlama nedenlerine aykırı olmadığına hükmetmektedir: "TCK'nın 141 ve 142.nci maddelerinde yasaklanan eylemler, Anayasa'nın özünü teşkil eden insan haklarına, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'ni temelinden yıkarak bu niteliklerle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejime çevirme çabalarından ibarettir. Bu eylemleri yasaklamak suretiyle, düşünce hürriyeti ve dernek kurma hakkı üzerinde yapılan sınırlamaların Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır."³⁹ Burada, devletin mevcut rejimin yıkılarak, başka bir rejim kurulması çabalarını yasaklayan hukuki düzenlemeleri öngörmesinin ne ölçüde hukuk devletiyle bağdaşacağı, ne ölçüde ise düşünce özgürlüğü ile çatışacağı sorunsalı gündeme gelebilecektir. Gerçekten de, bireylerin farklı ideolojileri, görüşleri ve rejimleri benimsemeleri düşünce özgürlüğünün gereğidir. Yine düşünce özgürlüğünün gereği olarak bu görüşlerini dış dünyaya yansıtabilmelidirler denebilecek midir? Devlet, bireylerin kendi düzeniyle çelişen görüşlerinin oluşumuna müdahale edemese dahi yayılmasına müdahale etmekte haklı mıdır? Sancar konuyla ilgili olarak şunları söylemektedir: "Devletin, kendi inandığı ideolojik düzene uygun kurallarla yönetilmesini istemek herkesin en doğal hakkıdır. Kişi bunun propagandasını, telkin ve tavsiyesini her türlü araçlarla yapabilir. Üstelik Anayasal düzenin değişmezliği diye bir kural da yoktur. Hukuk bir organizasyon olarak devleti korur, yoksa belli bir ideolojiyi değil."⁴⁰

AYM kararlarında, mevcut ideolojik düzene karşıt görüşlerin düşünce özgürlüğü bağlamında ele alınması kadar; kamu otoritesi altında çalışanların siyasi ve ideolojik beyanlarda bulunmalarının düşünce özgürlüğü koruması

³⁹ 26.09.1965, E.1963/173, K.1965/40, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 4, Ankara, AÜB, 1992, s.325.

⁴⁰ Sancar, Türklüğü, içinde, İbrahim Şahbaz, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.34.

içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de tartışma konusu yapılmıştır. 399 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”nin tarafsızlık başlığını taşıyan 10.maddesi uyarınca, sözleşmeli personel, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamaz. Görevini yerine getirirken, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamaz, hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda bulunamaz ve bu çeşit eylemlere katılamaz. Ana Muhalefet Partisi tarafından açılan iptal davasında, bu maddenin, Anayasa’nın 25., 26., ve 33. maddelerindeki haklarla ilgili düzenleme getirdiği, bu nedenle de sıkıyönetim ve olağanüstü hal saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez şeklindeki Anayasa’nın 91. maddesine aykırı olduğu söylenmiştir. AYM ise, maddenin sözleşmeli personel hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda bulunamaz ve bu çeşit eylemlere katılamaz şeklindeki ifadelerini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir: “Düşünce özgürlüğünün siyasi ve ideolojik düşünceyi de kapsayacağı şüphesizdir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere ‘ideolojik’ sözcüğünün yalnız siyasi değil, toplumsal içeriği de vardır. Bu sözcük, toplumsal kümelerin davranışına yön veren hukuksal, bilimsel, felsefi, dinsel, moral ve estetik düşünceyi de kapsamaktadır. Konuya bu açıdan bakınca, dernek kurma ya da bir derneğe üye olma hak ve özgürlüğünün ideolojik eylem kapsamında görülmesi olanaklıdır. Çünkü, dernek aynı amaçla bir araya gelen yasal topluluğun adıdır. Aynı ideolojiyi paylaşan kimselerin, bu ideolojiyi savunma amacıyla bir araya gelmesi söz konusu olabilir. Ayrıca düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile dernek kurma ya da derneğe üye olma özgürlüğü arasında yoğun ilgi vardır. Bu nedenlerle, inceleme konusu düzenleme, Anayasa’nın 26. ve 33. maddelerindeki konularla ilgili bulunduğundan KHK ile düzenlenemeyecek konuları kapsamakta ve bu yüzden Anayasa’nın 91. maddesine aykırı

düşmektedir.”⁴¹ Gerçekten de, ilgili düzenleme bireylerin ifade hürriyetine getirilen bir sınırlama niteliği taşıdığından ancak kanunla düzenlenebilecek hususlardandır ve kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırılık teşkil etmektedir.

765 sayılı TCK’nın 5844 sayılı Kanun ile değişik 142. maddesinin Anayasa’nın 20.maddesine aykırılığını ileri süren İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı Askerî Mahkemesi itiraz yoluna başvurmuştur. Somut olayda, sanık hakkında, Türkçeye çevirerek yayımladığı Lenin’in “Emperyalist Savaş Üzerine” adlı kitabıyla komünizm ve milli duyguları yok etme propagandası yürüttüğü ileri sürülerek dava açılmıştır. 142. madde hükmü şu yöndedir: “Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak yahut memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmek veya devlet siyasi ve hukuki nizamlarını topyekün yok etmek için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Anayasa’nın tanıdığı kamu haklarını ırk mülâhazasıyla kısmen veya tamamen kaldırmayı hedef tutan veya milli duyguları yok etmek veya zayıflatmak için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” Sanığın savunmasında ise, demokratik bir hukuk devletinde düşünce özgürlüğünün sınırlanamayacağı belirtilmiş, ayrıca Anayasa’nın 11.maddesinde yer alan genel sınırlama nedeninin düşünce özgürlüğü açısından uygulanabilir olmadığı savunulmuştur. Buna göre, 11. maddenin yalnızca sınırlanabileceği ilgili maddede belirtilen özgürlüklerin sınırlanmasında uygulanabilecek bir kural olduğu söylenmiş ve düşünce özgürlüğünü düzenleyen 20. maddede herhangi bir sınırlamadan bahsedilmediği için bu özgürlüğün 11. madde yoluyla sınırlanmasının da Anayasa’ya aykırı olacağı iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, ilgili hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına kanaat getirmiştir. Yüksek Mahkeme özetle; 1961 Anayasası’nda yer alan 11. maddenin 1971 değişikliği sonrası sahip olduğu niteliği açıklamış ve yapılan

⁴¹ 04.04.1991, E.1990/12, K.1991/7, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 27, Cilt 1, AÜB, Ankara, 1993, s.229-230.

değişiklik neticesinde düşünce özgürlüğü dahil bütün temel hak ve özgürlüklerin 11. maddede belirtilen genel sınırlama nedenleriyle ve kanunla sınırlanabileceğini, ayrıca yine düşünce özgürlüğü dahil hiçbir temel hak ve özgürlüğün kullanılmasında kötüye kullanma yasağının delinemeyeceğini vurgulamaktadır. AYM'ye göre; somut olayda, düşünce özgürlüğünün sınıf ayrımına dayanılarak, nitelikleri Anayasa'da belirtilen cumhuriyeti ortadan kaldırmak kastı ile kullanılması Anayasa'da belirtilen kötüye kullanma yasağının ihlalidir ve düşünce özgürlüğünün de 11. maddede yer alan genel sınırlama nedenleriyle sınırlanması da Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır. AYM ayrıca, propagandayı belli bir amacı gerçekleştirmek ve yandaş kazanmak için, düşüncelerin birden çok kişilerin bilgilerine ulaştırılmasını öngören bir etkilme eylemi ve yöntemi şeklinde tanımladıktan sonra, itiraza konu 142. maddenin bir propaganda halini içerdiğini, dolayısıyla da salt düşünce açıklamalarının yasaklanmadığını, düşünce açıklaması sınırını aşıp propagandaya dönüşen eylemin yasaklandığını vurgulamaktadır.⁴²

AYM burada, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Sözcüsü'nün 20. maddeyle ilgili bir açıklamasını da kararına dayanak göstermektedir: "Sadece 19. maddede değil, 55. maddede de açıkça ifade edilmiştir ki komünizmi men ediyoruz. Esasen bizde komünizm propagandası kanunla cezalandırılmıştır. Bundan sonra da böyle olacaktır. Mesela bir şahıs fikrini bir aile toplantısında, bir dostlar topluluğunda ifade etmişse, fikir hürriyeti çerçevesi içinde kalmış sayılması gerekir. Ama bir fikri açıklama, bu sınırı aşarak propaganda halini alırsa, bir şahıs kapı kapı dolaşarak Anayasa'nın ruhuna ve açık hükümlerine zıt fikirler yayarsa, mesela komünist propagandası yaparsa, bunun 20. maddede ifadesini bulan fikir hürriyetinin şumülüne girmesi bahis konusu olamaz. Zira böyle bir propagandaya müsaade etmek Anayasa'nın 2.maddesinde belirtilen demokratik olma, insan hak ve hürriyetlerine dayanma ve hukuk devleti olma umdeleriyle bağdaşamaz... Laik ve demokratik nizamı yıkmak isteyen Devletin ve milletin ülke

⁴² 27.11.1980, E.1979/31, K.1980/59, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 18, AÜB, 1992, s.370.

bütünlüğünü parçalamak isteyen bir fikrin ifade edilmesi, asla fikir hürriyetine dâhil sayılamaz ve pek tabiidir ki, suç teşkil edecektir.”⁴³ Burada yine, İHAM’ın da göz ettiği ölçütler nazara alınacak olursa; şiddete davet etmeyen düşüncelerin, mevcut rejimle bağdaşır olmasa dahi ileri sürülebilir görülebileceği düşünülebilir. Özellikle somut olayda, komünizm propagandası yapılmasına dayanak teşkil eden eylemde Lenin’in kitabının tercümesinin yapılmasının da belirtilmesi düşünce özgürlüğünün ihlali kapsamında görülmektedir.

2.1.5. Siyasi Otoriteyi Eleştiri Özgürlüğü

Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkındaki 38 sayılı Kanunun 1/A maddesinin, Anayasa’nın 20. maddesine aykırılığı öne sürülmüştür. İlgili hüküm şu yöndedir: “Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybettiği Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile tespit edilen Demokratik Parti iktidarına karşı direnme hakkını kullanarak normal demokratik rejimi bütün teminatıyla kurmak amacıyla Türk milletinin gerçekleştirdiği 27 Mayıs 1960 Devrimini söz, yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle, yersiz, haksız veya gayrimeşru gösterenler veya üstü kapalı da olsa matufiyeti belli olacak şekilde böyle çalışanlar...”

Anayasa Mahkemesi ilgili maddenin düşünce özgürlüğünü ihlal eder nitelikte bir düzenleme içermediğine kanaat getirdiği kararında, bir yandan düşünce özgürlüğünün -kişinin iç dünyasında kaldığı müddetçe- mutlak ve sınırsız olduğunu belirtmiş, bir yandan da toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulmasının da belli sınırlara tabi tutulmasının gerekliliğine dikkat çekmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre, 27 Mayıs devriminin haklılığının halkın gözünde yadsımasına neden olabilecek türde eylemler,

⁴³ 27.11.1980, E.1979/31, K.1980/59, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 18, AÜB, 1992, s.369.

milli huzuru devamlı olarak bozmaya yönelik, bu anlamda da Anayasa'nın koruduğu temel ilkelere zarar verici nitelikte olduğundan sınırlanmalıdır. Mahkeme'nin kararında özetle şu hususlara değinilmiştir: "Düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı içine Anayasa'nın dayandığı insan hakları, milli dayanışma, sosyal adalet, fert ve toplumun huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya ve yok etmeye varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dahil bulunduğunu kabule imkan tasavvur olunamaz. Anayasa'nın 20. maddesine aykırılığı ileri sürülen ilgili madde ile yasaklanmış olan fiiller, 27 Mayıs devriminin meşruluğunu ve haklılığını inkara yol açan ve halk efkarını bu devrimi, yani meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı Türk milletinin direnmesini haksız, yersiz ve gayrimeşru gibi göstermek suretiyle vatandaşları birbiri aleyhine tahrik eden, onlar arasında kin ve düşmanlık duyguları yaratan ve bu duyguları geliştirerek milli huzuru devamlı şekilde ihlal eden ve bu yoldan Anayasa'nın dayandığı temel ilkeleri yok etmeye varacak sonuçlar doğuran bir davranış olmak itibarıyla bu ilkelerle bağdaştırılması mümkün bir hareket olarak kabul edilemez. Bu bakımlardan düşünce ve kanaat özgürlüğünün sınırlanmasında kamu yararı bulunduğu ve bu sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olmadığı açıktır."⁴⁴

Öte yandan, öğretide düşünce ve ifade hürriyetinin yalnızca olumlu söz, eylem veya başka herhangi bir dışa vurumla sınırlanamayacağı, bu dışa vurumun aynı zamanda eleştirel, olumsuz ve polemik yaratıcı özellikler taşıyabileceği de vurgulanmıştır. Bu doğrultuda Beydoğan şunları söylemektedir: "İfade hürriyeti, sadece hoşgörüyle karşılanan, saldırgan ve farklı olmayan zararsız ifadeler için değil, devleti ve toplumun bir bölümünü rahatsız eden, şok eden, onların aleyhinde, aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici türden olan bilgiler ve düşünceler için de geçerlidir."⁴⁵ Benzer şekilde, düşünce özgürlüğünün içinde barındırdığı en temel unsurlardan birinin de *eleştiri özgürlüğü* olduğunu savunan Sancar da, özellikle İHAM'ın bu konudaki tutumuna dikkat çekmektedir. Sancar'a göre İHAM, kamusal

⁴⁴ 08.04.1963, E.1963/17, K.1963/84, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 1, Ankara, AÜB, 1992, s.218,219.

⁴⁵ Ayhan T. Beydoğan, **Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s.20.

amaçlı, siyasi otoriteye yönelik eleştirilerde düşünce özgürlüğünü olabildiğince geniş tutmakta, “kabul edilebilir eleştiri marjı” şeklinde nitelendirilen ölçüt doğrultusunda mümkün mertebe ifade özgürlüğünü kullanan kişi lehine yorum yapmaktadır.⁴⁶

2.1.6. Siyasi Partilerin Kapatılması ve Düşünce Özgürlüğü

Demokratik Barış Hareketi Partisi programının, Anayasa’nın 136⁴⁷ ve Siyasi Partiler Kanunu’nun 89. maddelerine aykırılığı iddiasıyla kapatılması istemiyle açılan davada Yüksek Mahkeme, istemin reddine karar vermiştir. İlgili 89. madde; siyasi partiler, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirmek durumunda olan Diyanet İşleri Başkanlığı’nın, genel idare içinde yer almasına ilişkin Anayasa’nın 136.maddesi hükmüne aykırı amaç gösteremezler, yönündedir. İşte bu şekilde, genel idare içerisinde örgütlenmesi kanunda açıkça belirtilen Diyanet İşleri Başkanlığı’nın davalı parti programında olduğu gibi bir devlet kurumu olmaktan çıkartılması amacının güdülmesi 89. maddeye aykırıdır denmiştir. Anayasa Mahkemesi açılan davanın reddi yönünde hüküm kurduğu kararda şu ifadeleri kullanmaktadır: “Siyasi Partiler Kanunu’nun 89.maddesinde öngörülen parti kapatma nedeni, örgütlenme ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü kullanılamaz duruma getiren bir sınırlama içermektedir. Bu sınırlama Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen ‘temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz’ kuralına açıkça aykırıdır. Anayasa’nın 13.maddesinde, hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılmayacağını öngörülmesi, Avrupa

⁴⁶ Mithat Sancar (konuşmacı) içinde, **İnsan Hakları (Konferanslar) (14 Nisan 2006-26 Aralık 2006)**, Ankara, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006, s.127.

⁴⁷ Anayasa m.136: Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda bütün siyasi görüş ve düşüncelerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.

İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yapılan açık bir yollamadır. Başka bir anlatımla, Sözleşme'ye, 13.madde kapsamında anayasal bir düzenleme kazandırılmıştır. Sözleşme, demokratik devletlerin hak ve özgürlük konusunda ortaklaşa saptadıkları referans normları içermektedir. Bu nedenle 13. madde ile demokratik toplum düzeninin gereklerine yapılan yollama, Sözleşme'nin uygulanmasını zorunlu kılar. Ayrıca, birbiriyle çelişen iki yasa arasında özel-genel ya da önceki-sonraki yasa ayrımları yapılarak Anayasa'ya açıkça aykırı bir yasaya öncelik tanımak Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle de bağdaşmaz. Bu nedenle, Anayasa'nın 13.maddesiyle uyum içinde olan Sözleşme'nin 10. ve 11. maddeleri gereğince şiddete başvurmadan bir düşüncüyü açıklamaktan başka eylemi bulunmayan Demokratik Barış Harekatı Partisi'nin kapatılması için yapılan başvurunun reddi gerekir."⁴⁸

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bugünkü anayasal düzen çerçevesinde, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın anayasal bir kurum olmaktan çıkarılmasının önünde bir engel yoktur. Nitekim, anayasada yasaklanan, ilgili kurumun genel idare örgütlenmesinin dışına çıkarılmasıdır. Yani örneğin, Diyanet İşleri Başkanlığı, ayrı bir kamu tüzel kişiliği verilerek, genel idare çatısı altından çıkartılamaz. Yine Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, laiklik ilkesinin teminatı olmasına aykırı düzenlemeler de yapılamaz. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, bu kurum anayasa metninden çıkartılsa, laikliğin teminatı ortadan kalkmış denemeyecek veya kurumun anayasal olmaktan çıkartılması anayasaya aykırılık oluşturmayacaktır. Anayasa'nın ve Siyasi Partiler Kanunu'nun yasakladığı eylem kurumun genel idare örgütlenmesinden çıkartılmasıdır. Peki bir siyasi partinin bu yönde bir programa sahip olması nedeniyle kapatılması düşünce özgürlüğünün ihlali neticesini doğurur mu? Burada, öncelikle Anayasa'nın 136.maddesinin nazara alınması gerekecektir; zira kısıtlama yasal değil, anayasaldır. O halde, Anayasa'nın mevcut maddesi varlığını sürdürdüğü müddetçe, Siyasi Partiler Kanunu'nun 89.maddesi anayasaya uygundur denilebilir mi? Başka bir deyişle, Anayasa'nın

⁴⁸ 22.05.1997, E.1996/3, K.1997/3, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 36, 2.cilt, Ankara, AÜB, 2001, s.1026,1027.

136.maddesi, düşünce özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurur mu? Anayasa Mahkemesi böylesi bir düzenlemeyi, siyasi parti kapatılması açısından doğru bulmamakta, *düşünceyi açıklama özgürlüğünün de kullanılamaz hale gelmesi* sonucunu doğuracağını söylemektedir.

Refah Partisi'nin laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği iddiasıyla kapatılmasına ilişkin davada, Anayasa Mahkemesi Parti'nin, laik cumhuriyete aykırı eylemleri nedeniyle Anayasa'nın 68. ve 69. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 101 ve 103üncü maddeleri gereğince oyçokluğu ile kapatılmasına karar vermiştir. Burada; ilgili partinin Anayasa ve İHAS ile tanınan düşünce özgürlüğüne dayanan savunmasını, Yüksek Mahkeme demokratik yaşama tehdit niteliğinde değerlendirilen eylemler dolayısıyla kabul etmemiştir: "Demokratik yaşamı tehdit eden, ondan yoksun kalmaya yol açacak eylemlere girişen veya bu tür amaçları taşıyan siyasi partilerin kapatılmaları doğal karşılanmalıdır. Tersine düşünce, başka biçim ve adla gerçekleştirilmesi olanaksız sakıncalı amaçların siyasi parti kimliğiyle gerçekleştirilmesi sonucunu doğurur. Anayasa'nın 26. maddesi, AİHS'nin 10. maddelerinde, herkesin düşünce ve bunları anlatım özgürlüğü bulunduğu kabul edilmekle beraber, Anayasa'nın 13. maddesi ile 26. maddesinde, bu özgürlüklerin kimi durumlarda yasayla sınırlandırılacağı açıklanmıştır. AİHM'nin 17. maddesinde, Sözleşme'nin hiçbir hükmünün, devlet, grup veya kişiye bu maddelerdeki hak veya özgürlüklerden hiçbirini yok etmeyi amaçlayan bir etkinlik veya eylemde bulunmayı haklı kılacak biçimde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Nitekim, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve Divan pek çok kararında, eyleme çağrı niteliğinde demokrasiyi yok etmeyi amaçlayan düşünce beyanını parti kapatma nedeni olarak kabul etmiştir. Amaçlarına ulaşmak için demokrasi ile hak ve özgürlükleri araç olarak kullandıkları kanıtlanan siyasi partilerin, bu eylemleri nedeniyle kapatılmalarında anayasal ve ulusal üstü kurallara aykırılık yoktur."⁴⁹ Öncelikle belirtmek gerekir ki, öğretide; temel hak ve özgürlükler bakımından Anayasa'da yapılan 2001 değişikliklerinin önemi sıklıkla vurgulanmaktadır.

⁴⁹ 16.01.1998, E.1997/1, K.1998/1, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 34, Cilt 2, Ankara, GÜİFB, 1999, s.1051, 1052.

Diğer bir ifadeyle, 4709 sayılı yasa ile getirilen değişikliklerin, genel sınırlama nedenlerini ortadan kaldırması, her bir temel hak için ancak ilgili maddede yer alan özel sınırlama nedeninin kabul edilmesiyle özgürlükler lehine bir durum yaratıldığı kuşkusuzdur. Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması başlıklı 13. Maddesi şöyledir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." Maddenin değişiklikten önceki halinde ise; genel sınırlama nedenlerinin bulunmasının yanında, 2001 değişikliği ile kaldırılan sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılamaması ilkesi mevcuttur. 2001 değişikliği ile ayrıca; temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunma yasağı, ölçülülük ilkesi ve laik cumhuriyetin gereklerine uygunluk şartı öngörülmüştür. 3 Ekim 2001 tarih, 4709 sayılı Kanunla değiştirilen 13. Madde ile ilgili olarak Gözler, her ne kadar Anayasa'da 2001 değişikliği ile genel sınırlama nedenleri kaldırılrsa da, özel sınırlama nedenlerinin de arttırıldığını savunmaktadır. Yazar'a göre; Anayasa'nın değişiklikten önceki halinin 20, 21, 22, 26, 31, 33, 34, 51. Maddelerinde mevcut olmayan milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri bir özel sınırlama sebebi olarak adı geçen maddelere eklenmiştir.⁵⁰ Gözler ayrıca, 2001 değişikliği ile 1961 Anayasası'nda da mevcut olan hakkın özüne dokunma yasağının getirilmesini eleştirmekte, hakkın özünün ne olduğunun, hakkın hangi kısmının sınırlandırabileceğinin muğlâk olduğunun altını çizmektedir. Burada ayrıca, İHAM'ın ve diğer uluslar arası örgütlerin hakkın özü kriterinden ziyade demokratik toplumun gerekleri kriterini kullandığı, 1982 Anayasası'nın ise birbirine alternatif olarak kullanılabilecek olan bu iki ölçüte bir arada yer vererek bir karmaşaya neden olduğu söylenmektedir. Yine Gözler'e göre,

⁵⁰ Kemal Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa'nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, Yıl 2001.

bazen demokratik bir toplumda gerekli olabilecek olan sınırlamalar hakkın özü ölçütünün katı sistemiyle yapılamayacak bu da kimi olumsuzluklara neden olacaktır. Son olarak Gözler, laik cumhuriyetin gereklerine uygunluk şartının da temel ve hürriyetlerin sınırlandırılmasıyla ilgisiz olduğunu savunmuş, bir devletin laik olup olmamasının onun insan haklarına saygılı olup olmamasıyla bağdaştırılmasının olsa olsa kavram karmaşası yaratacağını savunmuştur.

Öte yandan, 2001 değişiklikleriyle ilgili olarak Yokuş; Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak *yasaklama eğilimli* bakışını tümüyle kaldıramasa da, bu değişikliklerin olumlu etkisinin yadsınamayacak düzeyde olduğunu ancak Siyasi Partiler Kanunu'nun yasaklardan arındırılmadığını iddia etmektedir.⁵¹ Burada, 2001 Anayasa değişiklikleri ile siyasi partilerin kapatılmasının zorlaştırılmak istendiği vurgulanmıştır. Nitekim, Anayasa'nın 69. Maddesine göre; Anayasa Mahkemesi, temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre, ilgili siyasi partinin devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir. Ayrıca, bir siyasi partinin temelli kapatılmasına ancak, devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı hareketin, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlamanın; suç işlenmesini teşvik etmenin *odağı* olması halinde karar verilebilir. Yokuş, AYM ve İHAM'ın siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin içtihatlarını değerlendirdiği makalesinde öncelikli olarak AYM'nin; kapatma kararlarında devletin bölünmezliği ve laiklik ilkesine aykırılık hallerinin belirleyici rol oynadığını vurgulamaktadır. Devletin bölünmezliği ile ilgili olarak ise, özetle AYM'nin oldukça geniş bir yorum yöntemi izlediğini, devletin mevcut yapısı ile ilgili her türlü farklı önerinin, görüşün, düşünce bazında kalsa – eyleme dönüşmese dahi- yasak kapsamında değerlendirildiğini söylemektedir. Laiklik ilkesi ile ilgili olarak ise, AYM'nin, orantılılık ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk

⁵¹ Sevtap Yokuş, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilere Yaklaşımı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s.107.

şartını göz ardı edecek denli katı bir yorum izlediğini iddia eden Yokuş, böylece aslında laiklik ilkesine aykırı davranma eğilimi olamayacak partilerin kapatılabildiğini vurgulamıştır.⁵²

Nihayet İHAM'ın konuya ilişkin yaklaşımı, AYM'ye nazaran daha özgürlükçü olarak nitelendirilmiş, siyasi partilerin kapatılması için demokratik düzene aykırı görüş ve düşüncelerin varlığının yetmeyeceği aynı zamanda mevcut veya çok yakın bir tehlike arz etmelerinin zorunlu olduğu söylenmiştir. Gerçekten de, İHAM, ÖZDEP(Özgürlük ve Demokrasi Partisi)- Türkiye kararında⁵³, ÖZDEP'in parti programında Kürt azınlığın kendi kaderini tayin etme hakkından bahsettiğinin tartışmasız olduğunu, ancak bu sözlerin bireyleri Türk devletinden ayrılmaya yöneltmediğini, ancak yalnızca demokratik bir toplumda Kürt vatandaşların istek ve görüşlerini barışçıl yollardan dile getirmelerine olanak verdiğini iddia etmiştir. Son olarak, Yokuş; İHAM'ın siyasi parti kapatma davalarında, kapatmaya karar verilebilmesi için o partinin şiddeti savunduğunu veya terörist ya da diğer yıkıcı faaliyetlere açıkça karıştığını gösteren kanıtların bulunması gerektiğini savunduğunu, buradaki tehlikenin de demokratik toplum kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirttiğini söylemektedir. Yokuş'a göre, tüm bu aktarılanlar çerçevesinde AYM ile İHAM içtihatları arasındaki farklılıkların, Refah Partisi'nin kapatılması davasında son bulduğu söylenemese de, varılan sonuç aynı olmuştur ve AYM'nin üçlü bir sınıfa tabi tutulabilecek kapatma nedenleri, aslında İHAM tarafından da nazara alınmıştır. Buna göre; öncelikle Refah Partisi'nin inanca dayalı çok hukuklu bir sistem kurmayı hedeflemesi, ikinci olarak bu çok hukuklu sistemde Müslüman toplum için şariat rejimini uygulamak istemesi, üçüncü olarak ise parti üyeleri tarafından cihadın bir siyasal metot olarak referans alınması kapatma nedenleri olarak görülmüştür.⁵⁴

⁵² Sevtap Yokuş, **a.g.m.**, s.111.

⁵³ ÖZDEP- Türkiye, Başvuru No:23885/94, 8 Aralık 1999.

Bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ozdep%20%7C%20turkey&sessionid=72955587&skin=hudoc-en> (Erişim Tarihi: 30.06.2011)

⁵⁴ Sevtap Yokuş, **a.g.m.**, s.122.

Aliefendioğlu da, AYM'ye açılan bir siyasi parti kapatma davasında öne sürdüğü karşı oyunu gerekçelendirirken şu ifadeleri kullanmıştır: “Düşünce özgürlüğü, duymak istemediğimizi de dinlemeyi ve karşı düşünceye hoşgörüyü gerektirir. Görüşlerini paylaşmadığımız, söylediklerini beğenmediğimiz ve onaylamadığımız kişilerin bu görüşlerini açıkça bildirebilme özgürlüklerine saygı duyulması ve olanak sağlanması çoğulcu demokrasinin vazgeçilemeyen ögesidir. Demokrasi demek düşünceye saygı, karşı görüşe hoşgörü demektir. Düşünce özgürlüğüyle güdülen amaç, toplumun huzurunu sağlamanın yanında siyasi partiler tarafından temsil edilen çeşitli görüşlerin toplumdaki yansımaları görmek ve en iyi çözüme ulaşmaktır. Demokratik siyasi yaşamın vazgeçilmez unsurunu oluşturan siyasi partiler, sorunlar karşısında çözüm üreterek bu işlevi yerine getirirler. Siyasi partilerin beğensek de beğenmesek de, buldukları çözümleri ya da savundukları görüşleri, topluma açıkça ve çekinmeden sunarak çoğunluğa mal etmeye çalışmaları, çoğunluğu elde ettiklerinde de iktidar olmaları demokrasinin gereğidir. Siyasi partilerin görüşleri aynı zamanda düşünsel ürünleridir. Kaynağını akıldan alan düşünce, yeni görüşlerle beslenerek ya da karşıt görüşlerle çatışarak gelişebilir ya da değişebilir. Bu oluşum ve akış tam bir anlatım özgürlüğü içinde gerçekleşmelidir. Yasaklanan düşünce çekici gelebilir. Yeterince tartışılmadan büyüyüp gelişebilir. Terörist uygulamada bulunmayan, ülkeyi bölmeyi ya da ihtilal yoluyla iktidar olmayı amaçlamayan bir partinin kapatılması, o partinin görüşlerinin yaygınlaşmasına neden olabileceği gibi, ayrıca, ülke içi ve dışı pek çok soruna yol açabilir.”⁵⁵

⁵⁵ 14.07.1993, E.1992/1, K.1993/1, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 29, Cilt 2, Ankara, GÜİFB, 1994, s.1188-1189

Benzer şekilde Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşıoy yazısı, 16.04.1994, E.1993/3, K.1994/2, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 30, Cilt 2, Ankara, AÜB, 1995, s.1217-1227.

2.1.7. Basın Özgürlüğü ve Düşünce Özgürlüğü

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un kimi maddelerini değiştiren 4756 sayılı Kanun'un 2.maddesi hükmü gereğince radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken birtakım yayın ilkeleri belirtilmiştir. Bu yayın ilkelerine ilişkin maddede yer alan (k) ve (v) bendlerinin düşünce özgürlüğüne aykırılığı öne sürülmüştür. İlgili norm şu şekildedir:

4756 sayılı Kanun madde 2:

Radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri şunlardır:

k) Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilan edilmemesi veya suçluymuş gibi gösterilmemesi; kişileri suç işlemeye yönlendirecek **veya korku salacak** yayın yapılmaması

v) Yayınların, karamsarlık, umutsuzluk, kargaşa ve şiddet eğilimlerini körükleyici veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı nitelikte olmaması.

İptal isteminde bulunan taraf, öncelikle düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlarının belirlendiği Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasındaki "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." şeklindeki hükmü vurgulamıştır. İptale konu düzenlemenin ise sözü edilen sınırlamalar içerisinde yer almadığından düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün ihlal edildiği öne sürülmüştür: "İlgili maddede belirtildiği gibi açık, belirgin ve nesnel olmayan ilkelere uyulması zorunluluğu, yayın kuruluşlarında tedirginlik yaratacağından, radyo ve televizyonların doğru ve yansız yayın yapmalarına, yurt ve dünya

gerçeklerinin halka duyurulmasına engel oluşturacaktır. Böylece, toplumun doğru ve yansız haber alma hakkı zedelenmiş olacaktır.”⁵⁶

Anayasa Mahkemesi ise, 4756 sayılı Kanun’un 2.maddesinin (k) ve (v) bentlerinin Anayasa’ya aykırı olmadığına kanaat getirmiştir. Yüksek Mahkeme, özetle Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan sınırlama nedenlerinden kamu düzeni ve kamu güvenliğinin gereği olarak, 4756 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemenin düşünce özgürlüğünü ihlal etmediğini söylemektedir: “Dava konusu kuralla yasaklanan yayınlara izin verilmesi halinde, bunların kamu düzeni ve kamu güvenliği bakımından yaratabileceği ağır sonuçlar gözetildiğinde, yapılan düzenlemenin demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülemez. Öte yandan, dava konusu ibarelerle ilgili uyuşmazlıklarda, yargı yoluna başvurma olanağının bulunmasının, kişilerin yanlış uygulamalardan etkilenmelerini önleyecek yeterli güvenceyi de oluşturduğu da açıktır.”⁵⁷

Öğretide, başlarda yazılı basın esas alınarak oluşturulsa da, zamanla görsel ve işitsel medyada da uygulanan İHAM içtihatlarından burada da söz etmek gerekecektir. Lawson, İHAM yargılamaları neticesinde; İHAS’ın 10. Maddesi kapsamında yalnızca yayınlarda ifade edilen fikir ve bilginin özünün değil aynı zamanda onun nakletme biçiminin de korunduğunu söylemekte, ayrıca İHAM’ın programın hazırlanış tarzını, içeriğini, yayındaki yerini ve programın amacını da değerlendireceğini söylemektedir.⁵⁸ Bu halde, 4756 sayılı düzenleme neticesinde belirlenen yayın ilkelerinin ihlali halinde, bu ilkelerin ihlal edildiğinin somut ve meşru bir amaçla kanıtlanması gerekecektir.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’un 20.maddesinin, Anayasa’nın 26.maddesine aykırı olduğu iddiası ile itiraz yoluna başvurulmuştur. İlgili maddede, günlük gazetelerin Şeker Bayramının ikinci ve üçüncü günleriyle,

⁵⁶ 21.09.2004, E.2002/100, K.2004/109, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 42, Ankara, AYM Yayınları, 2006, s.96.

⁵⁷ 21.09.2004, E.2002/100, K.2004/109, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 42, Ankara, AYM Yayınları, 2006, s.154.

⁵⁸ Rick Lawson, “İfade Hürriyetini Güvenceye Almak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Üç Eğilim”, Liberal Düşünce, Sayı 24, 2001, s.82.

Kurban Bayramının ikinci, üçüncü ve dördüncü günlerinde intişar etmeleri memnudur. Bu günlere mahsus gazete neşri hakkı, her vilayette, gazetecilerin bağlı bulundukları mesleki teşekküllerden basın kartı hamili azası en fazla olanına aittir, denilmektedir. Burada, itiraz yoluna başvuran Karacabey Sulh Ceza Mahkemesi; günlük gazetelerin kendi iradeleri doğrultusunda istedikleri gün yayımdan kaçınabileceklerini ve bu günlerde basın yayın kuruluşlarının gazete çıkarmalarını kabul edebileceklerini ancak bu durumda dahi gazete çıkarma hakkının hiçbir şekilde kısıtlanamayacağını vurgulamaktadır. Mahkeme ayrıca ilgili düzenlemede yer alan yayım yasağının da, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne getirilmiş anayasal sınırlama nedenlerinden hiçbirisine dayandırılmadığına da kanaat getirmiştir. Öte yandan, AYM itiraza konu yasağın; gazete sahipleri yönünden basın özgürlüğü ve süreli yayın hakkı, gazete okuyucusu yönünden haber alma özgürlüğü, gazete yazar ve çizerleri yönünden de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile doğrudan ilişkili olduğunu kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, yasağın niteliği bir sınırlama değil durdurma özelliği arz etmektedir: "Yasağın sona ermesinden sonra gazetelerin yayımlarını sürdürmeleri, belirli günlerde durdurulan kimi hak ve özgürlüklere sınırlama niteliği vermez."⁵⁹ Bu doğrultuda temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması için savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hal gibi Anayasa'nın 25. maddesinde sayılan olağanüstü durumlardan birinin varlığının gerekliliğine işaret eden AYM, somut olayda böylesi bir durumun yokluğu nedeniyle ilgili düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmaktadır. Ancak, söz konusu kararda belirtilen bir karşı oy yazısının gerekçesi de şu yöndedir: "Yasaklamanın düşünce, kanı, yayın ve yayımın kendisine değil, sadece yayım aracına ve şartlarına ilişkin olduğu, bu itibarla Anayasa'nın 26. maddesinde geçen engellemeden söz edilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Buna dayanak olan 26.maddenin son fıkrasında, haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler getirilmesi öngörülmüş ve 26. maddenin gerekçesinde, son fıkrasına yönelik

⁵⁹ 20.01.1993, E.1992/36, K.1993/4, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 29, Cilt 1, Ankara, GÜİFB, 1994, s.220.

buna örnek olarak Basın Kanunu'nun yazılı yayımı düzenleyen hükümlerini gösterebiliriz ifadesi yer almaktadır. Basın topluluğunun büyük çoğunluğunca devamı halen arzulanan geleneklere dayalı, kamu yararına yönelik, Anayasa'da dayanağı olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerden birini engelleyici yönü de bulunmayan, yayımla değil yayım aracıyla ilgili itiraz konusu yasal düzenlemenin, ...Anayasa'nın 15. maddesinde öngörülen durdurma niteliğinde olmadığı açıktır.”⁶⁰

Ne var ki, AYM'nin oyçokluğu ile verdiği kararın yerinde olduğu düşünülmekte, böylesi bir yasağın hakkın kullanılmasının durdurulması niteliğinde olduğu, somut olayda da durdurma nedenlerinden biri mevcut olmadığından ihlal kararının isabetli olduğu sonucuna varılmaktadır.

3517 sayılı “Radyo ve Televizyon Verici İstasyonlarının Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü Tarafından Kurulması ve İşletilmesi ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un, radyo ve televizyon verici istasyonlarının, program linklerinin planlanması, projelendirilmesi, kurulması, yenilenmesi ve işletilmesi görev ve yetkisi Türkiye Cumhuriyeti Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne aittir şeklindeki 1.maddesinin Anayasa'nın 25. ve 26. maddesine aykırı olduğu iddiası ile iptali istenmiştir. AYM ise, ilgili düzenlemenin ne 25. ne de 26. maddeyi ihlal ettiğini düşünmektedir. Buna göre Yüksek Mahkeme, düşüncelerin özgürce oluşması için tek yönlü etkilemelerden, koşullandırmalardan kaçınılması, özellikle radyo ve televizyon gibi etkili iletişim araçlarının bu yolda kullanılmamasının yasalarla düzenlenmesi gerekeceğini vurgulamış; Anayasa'nın 31.maddesiyle kişilere ve siyasal partilere anten hakkı ve yine benzer şekilde Anayasa'nın 133.maddesinde yer alan yayınlarda yansızlık ilkesinin de bu amaçla tanındığını ifade etmiştir: “Siyasal iktidarların buyruğu altındaki PTT yönetimine, incelenen kuralla tanınan yetki, yalnızca verici istasyonların işletilmesi olup kendi adına yayın yapması ya da yapılan yayınlar üzerinde tasarrufta bulunması söz konusu

⁶⁰ 20.01.1993, E.1992/36, K.1993/4, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 29, Cilt 1, Ankara, GÜİFB, 1994, s. 225-226.

değildir. Bakım ya da teknik aksama gibi geçerli olmayan nedenlerle kimi yayınların izlenmesine bir devlet kurumunun engel olabileceği düşünülmemelidir. Bu nedenlerle 3517 sayılı Yasa'nın 1.maddesinin Anayasa'nın 25.maddesiyle çelişen bir yönü görülmemiştir.”⁶¹ Bunun yanında AYM, Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesinde yer alan, bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar şeklindeki hükmün, iptale konu düzenleme ile ilgisi olmadığı sonucuna varmıştır. Başka bir ifadeyle, AYM, 3517 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile, Anayasa'da geçen “resmî makam müdahalesi”nin gerçekleşeceğini düşünmemektedir: “Yasa'nın haber ya da fikir alma ve verme konusunda PTT'nin müdahalesine kapı açması düşünülemez. Özel haberleşmeyi üstlenen bir kuruluşun bu konudaki hizmeti bir müdahale sayılamaz.”⁶² Burada, AYM'nin vardığı kanıya katılmak doğru gözükmemekte, iptale konu düzenleme ile bir resmi makam müdahalesi doğacağı düşünülmemektedir.

2.1.8. Din ve Vicdan Özgürlüğü ile Düşünce Özgürlüğü

3511 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na değişiklik getiren düzenlemede; yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur, dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir hükmü öngörülmüştür. Anayasa'nın 24.maddesine aykırılık gerekçesiyle Cumhurbaşkanı tarafından açılan iptal davasında, Yüksek Mahkeme sözü edilen hükmü anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme'nin gerekçesi ile düşünce özgürlüğü ve din özgürlüğü arasında ilişki kurulmaktadır: “Laiklik, herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat özgürlüğüne saygılı olmasını da gerektirir. İnançların ayrı olmasının doğallığı, demokrasilerde düşünce ve inanç özgürlüğüyle doğrulanır; bu iki tür özgürlük

⁶¹ 18.05.1990, E.1989/9, K.1990/8, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 26, Ankara, AÜB, 2001, s.173.

⁶² 18.05.1990, E.1989/9, K.1990/8, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 26, Ankara, AÜB, 2001, s.173.

birbirini tamamlar, güçlendirir ve birbirinin güvencesidir. Din seçimine, ibadete kimse karışamazken, dinsel simgelerle yaratılacak ayrılıklarla toplumun bu haklardan yoksun kalması tehlikesi doğabilir. Her hakkın kaynağı insan olduğuna göre, eski çağlarda doğaya, yönetenlere, kendi yaptıklarına tapan, bunlardan korkan insanlar, düşünerek kabul ettiği, özgürce seçtiği dinlere inanarak belli bir aşamaya gelmişken bu düzeyi yıkacak eylemleri vicdan ve dinsel inanç özgürlüğüyle bağdaştırmak olanaksızdır.”⁶³

Öte yandan bilindiği gibi Türkiye’de üniversitelerde türbanlı öğrencilerin çeşitli yasal yaptırımlarla karşılaşmaları neticesinde, konu İHAM kararlarına da yansımıştır. Bu kararlardan kuşkusuz en dikkat çekeni Leyla Şahin – Türkiye davasıdır.⁶⁴ İlgili kararda, Sözleşme’nin 9. Maddesinin ihlal edilmediği kanaatine varılmıştır. Ulusoy ise kararı irdelemekte; öncelikle İHAM’ın üniversitelerde türban yasağı konulmasının Türkiye’nin iç hukukuna uygun olup olmadığını denetlemekten kaçınmasının, İHAS ile öngörülen koruma sistemini etkisizleştirdiğini öne sürerek eleştirmektedir. Bunun yanında, Ulusoy’a göre; kararda Türkiye gibi köktendinci İslam tehlikesinin bulunduğu bir ülkede üniversitelerde türban yasağının İHAS’ı ihlal etmeyeceği vurgusunun yapılması da doğru görülmemiş, böylesine bir tutum objektif ve ortak bir içtihatın oluşumuna engel sayılmıştır. Ulusoy ayrıca, İHAM’ın, uyuşmazlığı eğitim öğretim hakkı boyutundan irdelememesini de eksiklik olarak değerlendirmiştir.⁶⁵

765 sayılı TCK’nın, 5435 sayılı Kanun ile değişik 163. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa’nın 20.maddesine aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yoluna başvurulmuş bir davada ilgili düzenleme şu yöndedir: “ Laikliğe aykırı olarak, devletin içtimai veya iktisadi veya siyasi veya hukuki temel

⁶³ 07.03.1989, E.1989/1, K.1989/12, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 25, Ankara, Takav Yayıncılık, 2001, s.153-154

⁶⁴ Leyla Şahin – Türkiye, Başvuru No:44774/98, 29 Haziran 2004, Bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=leyla%20%7C%20%u015Fahin%20%7C%20turkey&sessionId=72967858&skin=hudoc-en> (Erişim Tarihi:30.06.2011)

⁶⁵ Ali Ulusoy, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar”, AÜHFD, Sayı 4, Cilt 53, 2004, s.128,129,130.

nizamlarını, kısmen de olsa dinî esas ve inançlara uydurmak amacıyla veya siyasi menfaat veya şahsi nüfuz temin ve tesis eylemek maksadıyla dini veya dinî hissiyatı veya dince mukaddes tanılan şeyleri alet ederek her ne suretle olursa olsun propaganda yapan veya telkinde bulunan kimse bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.” İtiraz yoluna başvuran İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı Askerî Mahkemesi: “Yalnızca düşüncelerin açıklanmasını, aşılama ve propaganda yapılmasını cezalandırmak düşünce özgürlüğünün özüne dokunduğundan Anayasa’nın 11., 19. ve 20. maddelerine aykırıdır. Düşüncelerin bir bölümünü tehlikeli sayarak yasaklayan bir anlayışın demokrasi ile bağdaştırılması olanağı yoktur. Yasa koyucu toplum üzerinde düşünce sınırlamalarıyla vesayet kuramamalı, zıt düşüncelere hayat hakkı verilerek toplumda gelişme ve ilerleme sağlanmalı, yasaklamaların ilgi uyandırmasının önüne geçilmeli, gizlilik kışkırtılmamalı, düşünceler açıkça tartışılıp yarar ve sakıncalar ortaya konulmalıdır. “Telkin” sözcüğü düşüncelerin cezalandırılmasına yol açabilir. Oysa Anayasa’nın 20.maddesi bu tür eyleme olanak tanımaktadır. Anayasa’nın 19. maddesinin kapsamı, 163.maddenin 4.fıkrasının ilk tümcesiyle ilgili bir kısıtlamayı içerecek biçimde genişletilmemiştir.”⁶⁶ demektedir. Anayasa Mahkemesi ise, itiraza konu düzenlemenin, Anayasa’nın 20. maddesine ve düşünce özgürlüğünü zedeleyerek Anayasa’nın 11. maddesine aykırı olduğu iddialarını yerinde görmemiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre, laikliği koruyup sürdürmek için düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması Anayasa’ya uygundur zira laiklik ilkesinin gözetilmesi bizzat anayasa koyucu tarafından düşünce özgürlüğünün sınırlanması nedenlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Burada Askeri Mahkeme’nin görüşü, AYM’nin yaklaşımına nazaran daha kabul edilebilir görülmektedir; öyle ki özellikle *telkinde* bulunmanın cezalandırılması düşünce özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Henüz eyleme dönüşmemiş, şiddet içermeyen, somut ve açık bir tehlike arz etmeyen bir telkinin dahi hukuk düzenince cezalandırılması halinde bireylerin düşünce

⁶⁶ 03.07.1980, E.1980/19, K.1980/48, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 18, Ankara, AÜB, 1992, s.266.

özgürlüğü Anayasa’da yer alan sınırlama nedenlerine uyulmadan kısıtlanmış olacaktır.

2.1.9. Hakaret, İftira, Sövme, Niteliğindeki İfadeler ile Düşünce Özgürlüğü Arasındaki Ayrım

Türk Ceza Kanunu’nun 268. maddesine, 1490 sayılı Kanun ile yeni bir fıkra eklenmiştir: “Sıfat veya hizmetinden dolayı vaki hakaret ve taarruz, birinci fıkra da gösterilen heyetlerin gıyabında alenen işlenmiş olursa, fiilin mahiyetine göre birinci veya ikinci fıkralarda yazılı olan cezaların yarısı hükmolunur. Bu fıkradaki suçun tekevvünü için 153. maddedeki aleniyet şarttır.” İlgili maddenin somut olayda mevcut davaya uygulanması sırasında, Of Asliye Ceza Mahkemesi, maddenin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yoluna başvurmuştur. Mahkeme’ye göre, ilgili madde ile eleştirme ve düşünme özgürlüğünün kısıtlanması ile kurumlar tabulaştırılacak ve hukuk devleti ilkesi zedeleneyecektir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi itiraza konu maddenin düşünce özgürlüğünü kısıtlar nitelikte olmadığını ancak adli, idari, siyasi veya askerî resmî heyetlere gıyaplarında alenen işlenmiş olan hakaret ve taarruz suçlarını cezalandıran bir düzenleme olduğunu söylemekte ve itirazın reddine hükmetmektedir: “Düşünce ve kanaat özgürlüğü, kimseye, başkasına veya resmî kuruluşlara hakaret ve tecavüz etme hakkını vermez. Düşünce özgürlüğü ile hakaret ve taarruz suçu arasındaki ayrım, açıklamayı gerektirmeyecek ve herkesçe kolaylıkla ayırt edilebilecek kadar belirgindir. Hiçbir hukuk devletinde, düşünce ve kanaati açıklama özgürlüğü öne sürülerek kişilerin veya resmî memur ve kuruluşların vakar ve haysiyetlerine yapılan hakaret ve taarruzlara cevaz verildiği görülmemiştir. Tersine anlayış, düşünce özgürlüğünün niteliği ile bağdaşmayacağı gibi toplum düzenini bozucu, anarşiye yol açıcı bir sonuç doğurur.”⁶⁷ Ne var ki davaya konu olayda davacı; sanığın işlettiği gazinonun müdüriyet odasında arkadaşlarıyla

⁶⁷ 03.06.1976, E.1976/13, K.1976/31, AYM Kararlar Dergisi, Sayı 14, Ankara, AÜB, 1991, s.213-214.

sohbet ederken mahalle yönetim kurulunun idare anlayışını eleştirdiği, yönetim kurulunun aldığı somut bir kararla da yanılığa düştüklerini bunun da ötesinde muhtarlık ve yönetim kurulu kavramlarını küçük düşürdüklerini ve kamusal yetkilerini suistimal ettiklerini öne sürmüş, olayın tek tanığı da olay gecesi alkollü olduğundan dolayı sanığın sözlerini tam olarak hatırlayamadığını ve sanığın yönetim kurulu kararlarını beğenmediğini ve yönetim kuruluna “kızdığını” söylemiştir. Gerçekten de, AYM ve İHAM içtihatları ve hukukun genel ilkeleri doğrultusunda; hakaret, iftira, küçük düşürücü sözlerin, ifadelerin sarfedilmesinin düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilip korunamayacağı açıktır. Bu bağlamda ilgili yasal düzenleme düşünce özgürlüğünün ihlali niteliğindedir denemeyecektir. Öte yandan, somut olayda hakaret eyleminin vuku bulup bulmadığının tespiti ise ayrıca değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

2.2. İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

2.2.1. Kabul Edilebilirlik Sorunu

İHAM kararlarında düşünce özgürlüğüne değinmeden önce, kısaca İHAS'ın 35. Maddesinde düzenlenen kabul edilebilirlik koşullarından söz etmek gerekecektir. İlgili madde uyarınca; Mahkeme'ye ancak uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir. Burada sözü edilen iç hukuk yollarının tüketilmesinden ne anlaşılmalıdır? Zararsız, konuyla ilgili olarak; mümkün, etkili, yeterli ve yasal çarelerin varlığının arandığını belirtmektedir.⁶⁸ Yani başvuru, İHAM'a başvurmadan önce, ilgili iç hukukta öngörülen idari ve

⁶⁸ Emin Zararsız, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirliği: İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Türk Hukuku”, **Yeni Türkiye**, Özel Sayı 22, Cilt 4, 1998, s.1307.

yasal tüm yolları tüketmeli, örneğin Türk hukuku açısından, süresi içinde dava açmalı, davası lehine sonuçlanmazsa temyiz yoluna başvurmalıdır. Burada özel hukuk yargılamasında ve ceza hukuku yargılamasında Yargıtay'ın temyiz mercii olarak tüketilmesi gereken iç hukuk yollarındaki rolü açıktır; ancak Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekecektir. Son yasal düzenlemelerden önce öğretide, Anayasa Mahkemesi tüketilmesi gereken iç hukuk yollarında yasal bir mercii olarak görülmemekteydi; zira bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuru yolu tanınmamış ve öğretide belirtildiği gibi bazı istisnalar dışında Anayasa Mahkemesi bireyleri yargılamakla görevli ve yetkili ilk ve son derece mahkemesi sıfatını taşımamıştı. Zararsız, İHAM'ın; Yağcı ve Sargın davasında bu durumu tartıştığını ve bireylerin Mahkeme'ye doğrudan başvurma hakları olmadığı için Anayasa Mahkemesi'nin tüketilmesi gerekli iç hukuk yolları arasında düşünölemeyeceğine hükmettiğini söylemiştir.⁶⁹ Ne var ki bilindiği gibi, 03.04.2011 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Türk Hukukunda ilk kez bireysel başvuru yolunu tanımıştır. Kanun'un 45 ila 51. maddeleri arasında bireysel başvuru yolu düzenlenmiştir ancak bu maddelerin yürürlük tarihi 23.09.2012 olarak belirlenmiştir. 45. maddeye göre; herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. İhlale neden olduğu ileri sürölen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir. 6216 sayılı Kanundaki bu düzenleme sonrasında, Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvuru yolu kullanılmadan iç hukuk yollarının tüketilmiş sayılmayacağı düşünölebilir.

⁶⁹ Zararsız, **a.g.m.**, s.1311.

2.2.2. İHAM Tarafından Gözetilen Ölçütler

İHAM kararlarında düşünce özgürlüğü ele alınırken, öncelikle Mahkeme'nin içtihatlarıyla oluşturduğu belli ölçütlere değinmek gerekecektir. Bu doğrultuda, Sözleşme ile korunan düşünce özgürlüğüne müdahale halinde Mahkeme'nin; söz konusu müdahalenin kanunla öngörülmüş olmasını, kanunda ve Sözleşme'de öngörülen meşru amaçları içermesini ve nihayet böyle bir müdahalenin demokratik bir toplumda zorunluluk arz etmesini aradığı söylenebilir.

2.2.2.1.Kanunla öngörülmüş olma ölçütü

Bu doğrultuda, öncelikli olarak Mahkeme düşünce özgürlüğünün ihlalini araştırırken somut olayda uygulanan herhangi bir çelişkiye düşülmeyecek denli açık bir kanunun varlığını aramaktadır. Şahbaz bu gerekliliği yasanın ulaşılabilir ve açık olması şeklinde tanımlamakta ve şu sözlerle açıklamaktadır: "Yasanın gerek idari makam ve gerekse yargıca aşırı takdir yetkisi tanıyacak belirsizlikte olmaması ve bireye davranışını yönlendirebilme olanağı verecek biçimde açık ve anlaşılabilir; tüm özgürlüklerde olduğu gibi düşüncenin açıklanmasına sınırlama getirilmesinde de belirgin ve bireylerin davranışlarını ayarlayabilmelerine olanak sağlayacak ölçüde açık düzenlenmesi şarttır. Yeterli açıklıkta, etkileri bakımından öngörülebilir ve ulaşılabilir olmayan yasalar, Sözleşme ile uyumlu sayılmazlar. Özellikle ceza öngören yasaların, Sözleşme'nin 10.maddesinin 2. fıkrasında yer alan yasallık koşuluna ek olarak 7.maddedeki suç ve cezada yasallık ilkesini de gözetmesi gerekir."⁷⁰

⁷⁰ İbrahim Şahbaz, a.g.e., s.57.

2.2.2.2. Meşru amaç ölçütü

Meşru amaç ölçütü esasen Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlamaları göstermektedir. İlgili düzenlemede ifade özgürlüğünün; ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabileceği söylenmektedir. İfade özgürlüğünün sözü edilen bu sınırlamalarının neredeyse hepsinin genel, soyut ve hatta muğlak kavramları işaret ettiği görülmektedir. Gerçekten de, kamu hukukunun esaslı konularından biri olan bu kavramsal tartışma İHAS'ın 10. maddesi ile tekrar gündeme gelmektedir: Kamu düzeni, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, genel ahlak ve sağlık tanımı yapılabilir kavramlar mıdır? İşte böylesi keskin çizgilerle belirlenmesi mümkün olmayan kavramların bir sınırlama nedeni olarak belirlenmesi karşısında İHAM, tıpkı ulusal yargı organları gibi, somut olay bazında değerlendirme yapmaktadır ve esasen ulusal yargı organının bahsedilen bu sınırlama nedenlerinin kavramsal içeriğini belirlemede yetkili olduğunu söylemektedir. Gölcüklü de, bu duruma örnek olarak İHAM'in şu açıklamalarını göstermektedir: "Sözleşmecî devletlerin iç hukukunda, Avrupa'ya has üniform bir 'ahlak' kavramına ulaşmak mümkün değildir. Her devletin kanunu ahlak gerekleri konusunda zaman ve yer içinde değişen farklı bir telakkiye sahiptir...Ulusal makamlar, ülkenin yaşayan gerçekleriyle doğrudan doğruya ve devamlı temasta bulunmaları sayesinde hem söz konusu gereklerin içeriği, hem de bu gereklere cevap teşkil edecek bir kısıtlama yahut müeyyideye olan ihtiyaç bakımından, prensip itibarıyla, uluslararası yargıçtan daha müsait bir durumda bulunmaktadırlar...Zorunluluk kavramının içerdiği kaçınılmaz toplumsal

ihtiyacın gerçekten var olup olmadığını tayin de, öncelikle, gene ulusal makamlara aittir.⁷¹”

10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinden birisi olan toprak bütünlüğünün korunması amacıyla ilgili olarak da Zana/ Türkiye davası örnek gösterilebilecektir. 25 Kasım 1997 tarihinde verilen bu karar ile İnsan Hakları Avrupa Divanı, Türkiye’nin 10. maddeyi ihlal etmediğine kanaat getirmiştir: “Ülke bütünlüğünü tehdit eden bir durumla karşı karşıya bulunan bir Devletin sahip olduğu takdir marjı (değerlendirme alanı), etkileri bireysel düzeyle sınırlı bulunan bir olay karşısında sahip olduğu takdir yetkisinden daha geniştir. Türkiye’nin güneydoğusunda aşırı bir gerginliğin yaşandığı ve terör örgütünün ölümcül saldırılarının aralıksız olarak sürdüğü bir dönemde, Diyarbakır’ın eski Belediye Başkanı’nın ulusal bağımsızlık hareketi olarak nitelendirilerek terör örgütüne destek verdiği basın açıklaması, söz konusu bölgede mevcut ve patlama noktasına gelmiş bulunan durumu daha da ağırlaştırıcı bir nitelik taşımaktadır.”⁷²

Öte yandan Mahkeme, sözü edilen bu sınırlama nedenlerine ilişkin somut olguları gözönüne aldığını belirttiği kararlarda dahi, sınırlamaların *gerekliliğini* yani diğer ölçütler arasında yer alan müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olması ölçütünü mutlaka sorgulamaktadır. Örneğin, Türkiye’nin doğu bölgesinde süregelmekte olan terör sorununun, resmî makamlarca ayıksı bazı önlemlerin alınmasını gerekli kıldığını kabul eden Mahkeme, bu önlemlerin 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen amaçlar arasında kabul edilmesi için müdahalenin meşruluğunun demokratik toplumun gerekleriyle kanıtlanmasını istemektedir. İHAM’ın sözü edilen yaklaşımı ile ilgili olarak Sancar şu örneği vermektedir: “Türkiye’de en çok tepki uyandıran ifadelerden biri, bir dönem...’Kürdistan’ sözcüğünün kullanılması idi. Bunu doğrudan doğruya ülkenin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda olarak yorumlayıp çok sayıda mahkûmiyet kararı verildi.

⁷¹ Feyyaz Gölcüklü, “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990) Türk Raporu, 2.Cilt, Ankara, AYM Yayınları No:17, 1990, s.266.

⁷² İbrahim Ö. Kaboğlu, “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, Yeni Türkiye Özel Sayı 22, 1998, s.1520.

AİHM, bunun tamamen tasvir hakkına dahil olduğunu ve bir olayı, bir coğrafyayı, bir oluşumu, bir gelişimi tasvir ederken bu tür ifadelerin kullanılabileceğini; bunların kullanılmasının tek başına ülkenin bütünlüğü aleyhine bir durum yaratmadığını, yani 10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama nedenlerine girmediğini söylüyor. Şimdi gerçekten Türkiye’de genel yaygın kanıya göre düşünce özgürlüğü kapsamında düşünülmesi zor olan pek çok ifade AİHM tarafından ifade özgürlüğünün kapsamı içinde değerlendiriliyor.⁷³

Meşru amaç ölçütü ile ilgili önemli bulunan hususlardan biri de, sözleşmecı devletlerin sayılan sınırlama nedenlerinin varlığı hususunda belli bir takdir hakkına sahip olduklarının kabul edilmesidir. Ancak Mahkeme, neredeyse tüm kararlarında, bu sınırlamaların istisnai olduklarının unutulmaması gerektiğini vurgulamış ve yaptığı denetimde istisnai olarak uygulanan bu sınırlama nedenlerinde de orantılılık ilkesinin aşılmamış olmasını gözetmiştir. Nitekim Şahbaz da, Sözleşme’de öngörülen sınırlamaya ilişkin meşru nedenlerin sayıca fazla olduğunu fakat üye ülkelere bu sınırlama nedenleriyle ilgili tanınan “takdir marjının”, düşünce özgürlüğünün önemi dolayısıyla sıkı bir denetimden geçtiğini ve sınırlayıcı ve daraltıcı bir yorumlama tekniğinin kullanıldığını anlatmaktadır⁷⁴.

Mowbray de, benzer şekilde Mahkeme’nin, düşünce özgürlüğüne müdahalenin mümkün olduğunca sınırlı bir şekilde uygulanması gerektiğini vurguladığını söylemekte ve bunun aksi halinde “düşünen ama kendini ifade edemeyen, konuşan ama iletişim kuramayan, yaşayan ama varlığını sürdüremeyen sessiz hayvanların oluşturduğu tuhaf bir toplumun” oluşacağını düşünmektedir⁷⁵.

Düşünce özgürlüğünün meşru amaçlarla sınırlandırılmasıyla ilgili olarak söz edilmek istenen son bir husus da açık ve mevcut bir tehlike ölçütüyle ilgilidir. Bu ölçütün ilk kez İHAM yargılamasında değil, Amerikan

⁷³ Mithat Sancar, “Düşünce, Vicdan, Din Özgürlüğü ve İfade Özgürlüğü”, İnsan Hakları Konferansları (14 Nisan 2006-26 Aralık 2006), Ankara, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006, s.128-129.

⁷⁴ İbrahim Şahbaz, *age*, s.61.

⁷⁵ Alastair Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2004, s.419.

hukukunda kullanıldığı bilinmektedir. Arslan da, ilk kez 1919 yılında Yargıç Holmes tarafından dile getirilen bu ölçütün, sözcüklerin açık bir tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığının araştırılmasını gerekli kıldığını söyleyip, açık ve mevcut tehlikenin belirlenmesinin bireyler açısından kolay olduğunu –iftira, küfür, hakaret, onur kırıcı ifadeler örnek verilerek- ancak toplumun çıkarlarının değişkenliği karşısında topluma yönelik bir tehlikenin saptanmasının güç olduğunu vurgulamaktadır: “Açıklık, şüpheye ya da vehimlere yer bırakmayacak şekilde tehlikenin ortada olmasıdır. Tehlikenin mevcudiyeti ise, kullanılan kelimelerin zarar yaratma olasılığının kesine yakın olmasını ifade etmektedir. Burada olasılık kaçınılmazlık derecesinde yüksektir.”⁷⁶ Arslan ayrıca, Katolik bir rahip olan Terminiello’nun, Chicago’da 800 kişilik bir topluluğa yaptığı konuşmada, komünistleri “siyonist Yahudiler” olarak eleştirmesi ve konuşmanın protesto edilerek olaylar çıkmasının neticesinde rahibin mahkûm edilmesini örnek vermekte ve Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin söz konusu mahkûmiyeti Anayasa’ya aykırı bulan şu gerekçelerine dikkat çekmektedir: “Konuşma sıklıkla provakatif ve meydan okuyucudur. O önyargılara ve daha önce oluşmuş kanaatlere saldırabilir ve bir düşüncüyü kabul ettirmek için alışılmadık önemli etkiler doğurabilir. Bu nedenle, sınırsız olmamakla birlikte ifade özgürlüğü, sadece kamusal rahatsızlığın, kızgınlığın ve huzursuzluğun ötesinde ciddi ve somut bir zararın açık ve mevcut tehlikesi gösterilmedikçe sansür edilip cezalandırılmaz.”⁷⁷

Arslan ayrıca, açık ve mevcut tehlike ölçütünün Amerikan Yüksek Mahkemesi’nce, “konuşma” ile “eylem” arasında bir ayrım yapılmasıyla daha farklı ve ileri bir düzeye taşındığını düşünmektedir; zira Mahkeme, bir ifadenin sınırlanabilmesi için, onun aynı zamanda hukuk dışı bir eylemi kışkırtması ya da bu eylemi doğurması gerekir demektir⁷⁸.

Sözü edildiği üzere, öncelikle Amerikan hukukunda kullanılan açık ve mevcut tehlike ölçütünün, İHAM ve ulusal yargı organlarınca da kullanıldığı

⁷⁶ Zühtü Arslan, “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri”, Liberal Düşünce, Sayı 24, Cilt 6, 2001, s.18

⁷⁷ Zühtü Arslan, *agm*, s. 19.

⁷⁸ Zühtü Arslan, *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s.32.

bilinmektedir. Aliefendioğlu da, Danıştay'ın, saklı tutulması gerekmeyen ve açıklanması özel yetkiye bağlı olmayan hizmete ilişkin bilgilerin kamu görevlisi tarafından genel ve nesnel nitelikli eleştiri kapsamında açıklanmasını düşünce özgürlüğü dâhilinde değerlendirdiğini; çünkü açık ve somut bir kışkırtma ya da suça iteleme olmadıkça herkesin düşüncelerini açıklamasının demokratik toplum olmanın başta gelen temel ilkelerinden kabul edildiğini söylemektedir⁷⁹. Nitekim somut olayda da, yeni yıl kutlama kartında, insan hakları, düşünce ve anlatım özgürlüğü, örgütlenme hakkı, ekonomik düzen gibi güncel konularda kişisel düşüncelerini açıklayan hukuk işleri müdürüne verilen disiplin cezası da İHAS'nin 10. maddesine aykırılığı göz önüne alınarak Danıştay tarafından iptal edilmiştir.⁸⁰

2.2.2.3. Demokratik bir toplumda zorunlu kabul edilebilecek gereklilik ölçütü

Kuşkusuzdur ki, her bir temel hak ve özgürlüğe getirilecek yasal sınırlamalarda, sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı önem taşıyacaktır; fakat düşünce özgürlüğünün tarihsel gelişimi adeta demokrasinin gelişimiyle eş zamanlı kabul edilebileceğinden, bir diğer anlatımla bu iki kavramdan birinin yokluğu halinde diğeri varlığını mutlak suretle sürdüremeyeceğinden düşünce özgürlüğünün sınırlanması demokratik bir toplumda zorunlu sayılmalıdır.

İHAM'ın demokratik bir toplumda düşünce özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin görüşleri öğretide çoğunlukla Handyside/ Birleşik Krallık kararı⁸¹ üzerinden açıklanmakta ve bu kararın Mahkeme'nin ifade özgürlüğü içtihadının temellerini oluşturduğu söylenmektedir. Lawson da belirtilen

⁷⁹ Yılmaz Aliefendioğlu, “Bir Temel İnsan Hakkı: Düşünce Özgürlüğü”, Yeni Türkiye, Sayı 22, 1998, s.812.

⁸⁰ Yılmaz Aliefendioğlu, *agm*, s.812.

⁸¹ Bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=handyside&sessionid=59894796&skin=hudoc-en>
07.11.1976, Başvuru No: 5493/72.

kararda öngörüldüğü üzere, İHAM'ın denetim işlevinin demokratik bir toplumu karakterize eden ilkelere azami önem vermesi sonucunu doğurduğunu aktarmaktadır: “İfade hürriyeti, demokratik bir toplumun ve her insanın kişisel gelişiminin temel bir koşuludur. 10. maddenin 2. fıkrasına göre, bu hürriyet sadece hoş karşılanan veya kimseyi gücendirmeyen veya ilgilenmeye değer görülmemeyen değil; aynı zamanda devletin veya toplumun herhangi bir bölümünü gücendiren, şok eden veya rahatsız eden ‘bilgi’ ve ‘fikirlere’ de uygulanabilir. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve geniş görüşlülüğün talepleridir ki onlar olmadan demokratik toplum söz konusu değildir.”⁸²

Düşünce özgürlüğünün sınırlanmasının demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olması ölçütünün İHAM kararlarında bu denli önem arz şüphesiz demokrasi ve düşünce özgürlüğü kavramlarının birbirini tamamlayıcı özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu tamamlayıcılık o denli önem görmektedir ki, İHAM yargılamasında, demokrasinin gelişimini gözetmek adına düşüncelerin ifade edilmesinin bir gerçekliğe dayanması bile aranmamaktadır. Girit de, bu yönde bir Avrupa İnsan Hakları Divanı kararını⁸³ şöyle aktarmaktadır: “Demokrasinin işleyişini sağlayan serbest fikri tartışma ve öne sürülen düşünceler, gerçeklik değerlendirmesinin dışında kalırlar. Çünkü siyasal, toplumsal hayat ve sivil toplum kanaatlerin serbest değişimiyle beslenir, doğru ya da yanlış olarak bilinen fikirlerin çatışması, bireylerin kendilerine özgü kanaat oluşturmaya olanak verir. Felsefi, ideolojik ya da dinsel olsun, denetim dışı kalan bireysel kanaatler ve toplu anlayışlar karşısında devlet ve organları tam bir tarafsızlık gözetmekle yükümlüdürler.”⁸⁴

⁸² Rick Lawson, **a.g.m.**, s.81.

⁸³ Bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=lingens%20%7C%20austria&sessionid=59895723&skin=hudoc-en>

Lingens/ Avusturya, 08.07.1986, Başvuru No: 9815/82.

⁸⁴ Hasan Girit, “**Düşünce ve Anlatım Özgürlüğünün Ulusalüstü Ölçütleri**”, Yeni Türkiye, Sayı 22, 1998, s.860.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNDE İHAM YAKLAŞIMI

3.1. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA SOMUT VE AÇIK TEHLİKE ŞARTI

Başvuran, Keçiören “Halk Evi” Derneği’nin genel sekreteri ve genel kurul üyesi sıfatıyla Dernek tarafından Ankara’da düzenlenen “Hak ve Özgürlükler” konulu toplantıya sunucu olarak katılmıştır. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Başsavcısı, konuşması sırasında sarf ettiği sözler nedeniyle başvuran hakkında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 8/1. maddesi uyarınca bölücü propaganda yapmak suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açmıştır. DGM, başvuranın mahkûmiyetine karar vermiştir. Başvuran, ifade özgürlüğünü ileri sürerek temyiz başvurusunda bulunmuş; sivil bir grubun temsilcisi olmasının kendisini, bütün toplumu ilgilendiren güncel konular üzerinde görüş bildirmeye zorunlu olarak ittiğini ileri sürmüştür. Yargıtay ilk derece mahkemesinin verdiği kararı bozmuştur. DGM, Yargıtay’ın verdiği karara uymuş ve söz konusu toplantı sırasında yapılan bant kayıtlarının bilirkişilerce incelenmesine karar vermiştir ve nihayetinde bilirkişi raporunun sonuçlarını göz önünde bulundurarak, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 8/1 maddesine göre, mahkûmiyet kararı vererek, başvuranı, ... hapis ve... TL para cezasına çarptırmıştır. DGM, başvuranın sarf ettiği sözleri, 3713 sayılı Kanun’un 8/1 maddesiyle bağdaşmayan ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin toprak bütünlüğünü ve halkın bölünmez birliğini ihlal eden bölücü propaganda olarak değerlendirmiştir. Ancak bu ceza, 647 sayılı Kanun’un 6. maddesi hükmü uyarınca ertelenmiştir. Başvuran yeniden temyiz başvurusunda bulunmuştur. Yargıtay, DGM’nin kararını onamıştır.

Başvuran, hakkındaki mahkûmiyet kararının, ifade özgürlüğü ihlalini oluşturduğunu öne sürmektedir. Öte yandan, Türk hükümeti ilgili hakka bir müdahale olduğunu kabul etse de bu müdahalenin Sözleşme ile öngörölmüş haklı sınırlama nedenlerine dayandığını iddia etmektedir.

İHAM, dava konusu mahkûmiyet kararının, Sözleşme'nin 10/1 maddesi ile tanınan ifade özgürlüğü hakkına müdahale oluşturmamasının taraflar arasında ihtilaf konusu olmadığını belirtmekte ve müdahalenin Sözleşme'nin 10/2 maddesinde yer alan toprak bütönlüğünün korunması amacını güttüğünü kabul etmektedir. Buna karşın uyuşmazlık, bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı sorusuna dayanmaktadır. İHAM, özellikle terörle mücadeleyle bağılı zorluklar gibi somut olaydaki özel koşulları göz önünde bulundurmuştur. Dava konusu demeç “hak ve özgürlükler” temalı bir toplantı çerçevesinde yapılmıştır. Başvuran sunucu olarak söz almıştır. Dava konusu beyan, içeriğinin yanı sıra kullanılan terimler bakımından siyasi söylem şeklindedir. Bu söylem, özellikle insan hakları ve özgürlükleri sorununu irdelemiş ve 1980 yılında yapılan askeri darbeyi eleştirmiştir. Ayrıca başvurana göre, Türkiye’de “milliyetçilik ve Kürt mücadelesi sorunu” gibi ulusal bir sorun bulunmaktadır. İHAM, başvuranın siyasi sürece katılarak, toplumu ilgilendiren konular hakkında kendini ifade ettiğini düşünmektedir. Mahkeme’ye göre; “mücadele” ve “çarpmışma” gibi kelimeler kullanılmasının, başvuranın sözlerine sertlik kazandırdığı doğrudur, ancak, hiç kuşku yok ki burada “hak ve özgürlükler için” bir mücadele söz konusudur. Sonuç itibarıyla, “mücadele” ya da “Kürt direnişisi” sözleri, söz konusu mücadelenin bir bileşeni olarak değerlendirilmeli ve bu bağlamda vatandaşlar arasında şiddet kullanmaya, kin ya da düşmanlığa tahrik edici unsur olarak düşünölmemelidir. Başvuranın sözleri, kanlı intikama çağtırmamakta ve kin ve şiddet uyandırmayı amaçlamamaktadır şeklinde bir yaklaşım sergileyen Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğı kanaatine varmıştır. Burada Mahkeme; Türk Hükümeti'nin, terörle mücadeleye bağılı zorlukların haricinde söz konusu durumu farklı bir sonuca ulaştırabilecek ne bir olay ne de bir argüman sunduğuna kanaat

getirmektedir⁸⁵. Yıldız da, İHAM'ın, 10. Maddenin ihlali hallerinde; davalı tarafın haklı sınırlama nedenlerine dayanması durumunda, Mahkeme'nin, olayla ilgili tüm önemli gerekçeleri ve şartları dikkate alarak müdahalenin zorunluluğunu araştırdığını vurgulamaktadır.⁸⁶ Yıldız'a göre Mahkeme, özgürlüğün sınırlandırılması için belirtilen sebeplerin *önemli ve yeterli* olup olmadığını denetlemekte ve bu sebeplerin esasını oluşturan sosyal ve kültürel nedenleri ayrıntılarıyla incelemektedir. Gerçekten de, İHAM kararlarında, düşünce özgürlüğü bağlamında; Kürt sorunu, direnişi, mücadelesi gibi terimlerin kullanılmasının toprak bütünlüğünün korunması sınırlama nedenine dayandırılmasının yeterli bulunmadığı söylenebilecektir. Mahkeme, daha somut ve açık bir tehdidin varlığını aradığını söylemekte, bu tehdidin de davalı devlet tarafından açıkça ortaya konarak kanıtlanmasını beklemektedir.

3.2. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK ÖLÇÜTÜ

Başvuran, Karacadağ Radyosu'nun davetlisi olarak canlı yayında Nevruz (yeni yıl) kutlamaları sırasında tanık olduğu olayları anlatmıştır. Radyo yayını aynı anda televizyon kanalı MED TV tarafından da yayınlanmıştır. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Başsavcısı aynı anda hem radyoda hem televizyonda yapılan yayında sarf ettiği sözlerden dolayı başvurunu Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 312/2. maddesi gereğince "halkı sosyal sınıf, ırk ve bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmekle" suçlamıştır. Başvuran DGM huzurunda suçlamalara itiraz etmiştir. Başvuran, yayında yaptığı konuşmanın gazetecilik görevinin bir parçası olduğunu ve sadece izleyici ve dinleyicilere gerçekten meydana gelen olayları aktardığını ileri sürmüştür. DGM, başvurunu TCK'nın

⁸⁵ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/abdullahaydin.doc>
10.11.2005, Abdullah Aydın /Türkiye Davası, Başvuru no:63739/00.

⁸⁶ Mustafa Yıldız, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999, s.155.

312. maddesi gereğince ...ağır hapis ve ...TL para cezasına çarptırmıştır. Başvuran temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Mesleğinin gazetecilik olduğunu hatırlatarak olayları abartıya kaçmadan tamamen objektif olarak aktarmanın onun görevi olduğunu belirtmiştir. Başvuran izleyici ve dinleyicilerin dünyada olup bitenler hakkında aydınlatılmaları gerektiğini ve gösteriler yasal olmasa da, kamuoyunun kutlamaların yanı sıra yetkililerin aldığı tedbirler hakkında bilgi edinme hakkının bulunduğunu vurgulamıştır. Yargıtay başvuranın yaptığı temyiz başvurusunu reddederek verilen kararı onamıştır. DGM 4454 sayılı Kanun uyarınca, başvuran aleyhinde verilen cezanın infazının ertelenmesi kararı vermiştir.

Başvuran, hakkında verilen mahkûmiyet kararının ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini savunmaktadır. İHAM, dava konusu mahkûmiyet kararının, Sözleşme'nin 10. maddesi ile korunan ifade özgürlüğü hakkına müdahale oluşturmasının taraflar arasında ihtilaf konusu olmadığını belirtmektedir; Türk Hükümeti, müdahalenin, Sözleşme'nin 10.maddesinin 2. fıkrası bakımından milli güvenlik ve toprak bütünlüğünün korunması, düzenin sağlanmasının yanı sıra suçun önlenmesi gibi Sözleşme'de yer alan hukuki sınırlamalara göre gerçekleştirildiğini savunmaktadır. Buna karşın uyuşmazlık, bu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı noktasında doğmaktadır.

Mahkeme yaptığı yargılama neticesine; dava konusu söylemin, olaylara tanıklık etmek ve Nevruz kutlamaları sırasında güvenlik güçlerinin yürüttüğü operasyonların şekli üzerinde eleştiri yapmaktan ibaret olduğunu belirtmiştir. İHAM, sert üsluptaki bazı sözlerin Türk Devleti hakkında negatif bir tablo çizse de, ne şiddet kullanmaya, ne silahlı mücadeleye, ne de ayaklanmaya teşvik eder nitelikte olmadığını ve yargılamada dikkate alınması gereken başlıca unsur olan kin güden bir içerik taşımadığını vurgulamıştır. Bunun yanında, müdahalenin oranıyla ilgili olarak da, verilen cezaların niteliği ve ağırlığının da göz önünde bulundurulması gereken unsurlar olduğunu belirtmiştir. Bu durumda, başvuran hakkında verilen mahkûmiyet kararı hedeflenen amaçlarla orantılı olmayıp, "demokratik toplumda gerekli" değildir.

Dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir⁸⁷. Burada, İHAM'ın, düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasında; özellikle siyasi otoriteye ilişkin eleştirilerin rahatsız edici, sert bir üslup barındırabileceğini fakat şiddete, açıkça kanıtlanan terörist eylemlere yol açmadığı müddetçe de kısıtlanamayacağı şeklinde istikrar kazanan görüşünün yansıtıldığı söylenebilecektir.

3.3. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNDE KULLANILAN İFADELERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE GÖZETİLECEK ÖLÇÜTLER

Turhan da, Piermont/ Fransa davasında⁸⁸ Alman vatandaşı ve Avrupa Parlamentosu üyesi olan Piermont'un, Fransız Polenezya'sında yerel bağımsızlık talep eden ve anti-nükleer çağrı yapan bir yürüyüşe katılması, bu yürüyüşte Fransa'nın nükleer denemelerini kınaması sonrasında uçağa binmek üzereyken ülkeyi terk etmesinin istenmesi ve Polenezya'ya girişinin yasaklanması söz konusudur. İHAM'ın ise, Fransa'nın denizaşırı yerlerinde gergin bir siyasal ortamın mevcut bulunduğunu ve hali hazırda seçimlerin yapılıyor olmasının yapılan sınırlamada bir miktar önem taşıdığını kabul etse de ihlal kararı verdiği belirtilmektedir: "Piermont'un yasal ve barışçı bir gösteride konuştuğu, yaptığı konuşmada şiddete yer vermediği, sürekli barıştan söz ettiği, anti nükleer bir görüşü savunduğu, bu görüşün bir çok siyasi parti tarafından da savunulduğu ve bu nedenlerle bu görüşlerin Polenezya'da demokratik tartışmaya canlılık getireceği vurgulanmıştır."⁸⁹

Öğretide ise, İHAM yargılamasında, ifade hürriyetinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin bir incelemede -aktarılan kararda olduğu gibi- şu

⁸⁷ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/bakir.doc>
25.10.2005, Bakır/Türkiye Davası, Başvuru no:54916/00.

⁸⁸ Bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=piermont%20%7C%20france&sessionid=59895269&skin=hudoc-en>
27.04.1995, Başvuru No: 15773/89.

⁸⁹ Mehmet Turhan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2002, s.134.

hususların dikkate alındığı söylenmektedir: İfadenin veya yayının içeriği, ifadenin veya yayının hazırlanmasında gösterilen özen, açıklamanın yapıldığı ortam (örneğin genel bir gerilim atmosferi veya terörle mücadeleye ilişkin sorunlar), açıklamanın sahibi ve onun toplumdaki konumu, açıklamanın konusu veya hedefi, açıklamanın potansiyel etkisi, yerel mahkemeler tarafından uygulanan hukuki standartlar ve onların olaylara ilişkin takdiri, herhangi bir müeyyidenin orantılılığı ve onun başkaları üzerindeki potansiyel ürpertici etkisi vb⁹⁰...

3.4. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ İLE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ ARASINDAKİ SINIRLAR

İfade özgürlüğüne ilişkin içtihatlarda kuşkusuz basın özgürlüğü de önemli bir yer tutmaktadır. Günümüz koşullarında, gerek siyasiler gerekse kamuoyunca tanınan bireylerin kamusal yaşamları veya özel hayatlarına ilişkin haberler, eleştiriler ne ölçüde ifade hürriyeti kapsamında korunacaktır, ne ölçüde kişinin özel hayatının gizliliği alanına girecektir tartışması süregelmektedir. Burada, İHAM'ın; özellikle siyasilere karşı yapılan eleştirilerde düşünce özgürlüğü alanının mümkün olduğunca geniş tutulmasında kamusal bir menfaat bulunduğu görüşünde olduğu hatırlatılmalıdır. Yargıtay'ın da, uygulamada benzer kararlar verdiği görülmektedir.

Basın özgürlüğüne ilişkin bir başka tartışma konusu da, yargıya intikal etmiş hususlarla ilgili olarak basında yer alan haberlere ilişkindir. Basının artık yargıda çözümlenecek bir hususla ilgili yayın yapmasının doğru olup olmadığı, burada ifade özgürlüğünün korunma kapsamında mı değerlendirileceği hususuna ilişkin olarak da İHAM'ın, basın özgürlüğünü koruyucu bir bakış açısı geliştirmeye çalıştığı söylenmektedir. İngiltere'de; 1959-1962 yılları arasında, anneleri gebelik sırasında uyku ilacı olarak

⁹⁰ Rick Lawson, **agm**, s82-83.

Thalidomide adlı bir ilaç kullandıkları için birçok bebek sakat olarak doğmuş, ilacı İngiltere’de üreten firma aleyhine tazminat davaları açılmıştır. Sunday Times Gazetesi de, 1972 yılında, faciayla ilgili bir yazı dizisi yayınlayacağını açıkladığında, ilacı üreten firma bu yazı dizisinin görülmekte olan davaları etkileyeceğini öne sürmüştür. İngiliz yerel mahkemesi, 1976 yılına kadar sürecek bir yayın yasağı ile ilgili yazı dizisinin yayımını engellemiştir. Nihayet Divan, yasağın düşünce özgürlüğünü ihlal ettiğini bildirdiği kararında; demokratik bir toplumda, uyuşmazlıkların yargı organlarınca tartışılarak çözümlenmesinin, bunların özel yayınlar veya basın gibi başka forumlarda tartışılmasına engel olmayacağını, yargının saygınlığını sağlamak amacıyla basının kısıtlanamayacağını, bilgi ve fikirleri yaymanın basının görevi, öğrenmenin ise kamunun hakkı olduğunu savunmuş ve somut olayda da, ailelerin sorunun nedenleri ve çözümlerini öğrenmeye hakları olduğunu, bu hakkın ancak yargının saygınlığı açısından somut bir tehdidin varlığı halinde ellerinden alınabileceğini, olayda ise böylesi bir tehdidin bulunmadığını belirtmiştir.⁹¹ Bahsedilen karara ilişkin olarak, İHAM’ın; açıkça 10. maddenin metninin dışına çıkarak bir yorum yaptığını ileri süren Yıldız, özetle Mahkeme’nin, yargı ve basının her ikisinin de önemli görevler yaptığını, verilen kararlar birbirlerine karşıt iki müessese arasında tercih yapılmasındansa, yargının menfaati için düşünce özgürlüğü prensibinin esas alındığı kanaatinde olduğunu söylemektedir.⁹²

Prager ve Oberschick davasında da, Mahkeme; eleştirel bir yorumun yayınıyla bir hâkime karşı hakaret suçundan gazeteci ve yayıncının mahkûmiyetinin 10. madde ihlali oluşturmadığına karar vermiştir. Mahkeme özetle, basının bir hukuk devletinde oynadığı önemli işleve rağmen, bazı sınırlamalara uyması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, başvuran tarafından yapılan, hakimin kişisel ve mesleki bütünlüğüne karşı çok sert eleştiriler, iyi niyetten yoksun görülmüş ve basın ahlak kuralları ile bağdaştırılamamıştır. Mahkeme’ye göre; söz konusu olayın özellikleri ve devletlere bırakılan takdir hakkı dikkate alındığında, düşünceyi açıklama özgürlüğüne yapılan böyle bir

⁹¹ Şeref Ünal, **a.g.e.**, s.224.

⁹² Mustafa Yıldız, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999, s.84.

müdahale, başkalarının şöhretinin korunması ve yargı erkinin gücünün sağlanması açısından oransız sayılamaz. Bu durumda, böyle bir müdahale demokratik bir toplumda zorunlu sayılmalıdır.⁹³ Burada hatırlatmak gerekir ki; hakaret, iftira, küfür içeren küçük düşürücü, kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan sözler düşünce özgürlüğünün korumasından yararlandırılmamaktadır.

3.5. DEVLETİN DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALEDE ZORUNLU TOPLUMSAL İHTİYACI BELİRLEMEDE TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI VE ORANTILILIK İLKESİ

Başvuranlar, davaya konu olayların gerçekleştiği tarihte, İstanbul Üniversitesi'nde öğrenci ve İstanbul Üniversite Öğrencileri Koordinasyonu üye idiler. Politikacılar, iş adamları ve basın mensuplarının katıldığı İstanbul Üniversitesi'nin 2002-2003 akademik yılı açılış töreni sırasında başvuranlar sivil polis tarafından güç kullanılarak konferans salonundan çıkarılmış ve üniversiteden yaklaşık 500-600 metre uzaklıkta bulunan Beyazıt polis karakoluna götürülmüşlerdir. Polis memurları tarafından öğlen 12.15'te hazırlanan olay raporuna göre, öğleden önce 11.20 sularında Rektör Alemdaroğlu konuşma yaparken, bazı öğrenciler salonun balkonundan "Üniversiteye özgürlük, soruşturmalara son" ve "Baskı bizi korkutmayacak, buyruk devletin, üniversite bizimdir" şeklinde bağırmaya başlamış ve benzer mesajlar taşıyan afişler ve pankartlar açmışlardır. Ayrıca, başvuranlardan Haşim Özgür Ersoy'un da aralarında bulunduğu çeşitli öğrencilere verilen disiplin cezalarının büyütülmüş nüshalarını sergilemişlerdir. Rektörün güvenlik danışmanının talebi üzerine, polis; öğrencileri, gösterilerinin kanuna aykırı olması, eğitim ve öğretim özgürlüğüne müdahale ederek kamu düzenini ihlal etmeleri ve töreni aksatmaları nedeniyle uyarmıştır.

⁹³ Fransızca'dan çeviren Durmuş Tezcan, **Avrupa'da Düşünce Özgürlüğü –Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesine İlişkin İctihat-**, İzmir, Avrupa Konseyi ve Etki Yayıncılık, 2002, s.13.

Öğrencilerin protestolarına devam etmeleri ve “baskı bizi korkutmayacak” şeklinde bağırımları üzerine polis, üniversitenin özel güvenlik görevlileri ile birlikte olaya müdahale etmiş ve güç kullanarak, başvuranların da aralarında bulunduğu on dokuz öğrenciyi yakalamıştır. Başvuranlar, Beyazıt Polis Karakolu’na götürülmüştür. Öğlen 12.15’te yakalama tutanakları hazırlanmış ancak başvuranlar, imzalamayı reddetmiştir. 14.00’da başvuranlar, Haseki Hastanesi doktoru tarafından muayene edilmiştir. 16.55’te İstanbul Adli Tıp Kurumu doktoru tarafından bir kez daha muayene edilmiştir. Başvuranlar hakkında düzenlenen doktor raporlarında, ilgililerin çeşitli şekillerde yaralandıkları tespit edilmiştir. Aynı gün başvuranlar, İstanbul Cumhuriyet Savcılığı önüne çıkarılmış ve serbest bırakılmıştır. Başvuranlar, on bir buçuk saat polis tarafından gözaltında tutulduklarını iddia etmiş ve üniversite güvenlik görevlileri ve söz konusu tarihte konferans salonunda görevli olan polis memurları aleyhinde İstanbul Cumhuriyet Savcısı’na şikâyetle bulunmuşlardır. Özetle, Rektörün konuşması sırasında, öğrenci arkadaşlarının birinin konuşmak için ayağa kalktığını ve bir sivil polis memuru tarafından engellendiğini ileri sürmüşler, daha sonra başvuranlar da ayağa kalkmış ve polis tarafından dövülerek yakalanmışlardır. Öğrenciler, amaçlarının çarpıtıldığından ve özellikle başlarından darbe alarak dayak yediklerinden bahsetmişlerdir. Dayağın, konferans salonunun dışında da devam ettiğini ileri sürmüşlerdir. Şikâyetlerinde ayrıca güvenlik güçlerinin müdahalesinin, ifade özgürlüklerine müdahale teşkil ettiğini, demokratik olmayan mevcut tedbirleri protesto etme ve açılış töreninde demokratik bir üniversite istediklerini ifade etme haklarının bulunduğunu belirtmişlerdir. Yakalanmaları ve gözaltına alınmalarının, kanuna aykırı olduğunu ve kendilerine karşı orantısız güç kullanılmasının, insanlık dışı ve alçaltıcı muamele teşkil ettiğini belirtmişlerdir.

İstanbul Cumhuriyet savcısı ise verdiği takipsizlik kararında; başvuranların, sloganlar atıp afişler açtıklarında, eğitim özgürlüğünü engelleyip töreni aksatarak kamu düzenini ihlal ettiklerini kaydetmiştir. Polis karakoluna gelmeleri ve yasadışı gösterilerine son vermeleri istendiği halde,

devam etmişlerdir. Sonuç olarak, 19 öğrenci yakalanmış ve güç kullanılarak polis tarafından gözaltına alınmıştır. Davacılarından bazılarının küçük yaralar aldıkları ancak diğerlerinin hiç yaralanmadıkları ve polisin, yakalanmaya direndikleri için güç kullanmak durumunda kaldığı kaydedilmiştir. Başvuranlar, Cumhuriyet Savcısı'nın kararına itiraz etmişlerdir. Savcının, yalnızca polis kayıtlarına dayandığını ve kendileri de dahil olmak üzere kimsenin ifadesini almadığını belirtmişlerdir. Ayrıca, yakalanmaya direndiklerine ilişkin resmi kayda itiraz etmiş ve önceden uyarılmadıklarını belirtmişlerdir. Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi, başvuruların itirazını reddetmiştir.

Başvuranlar, yakalanmaları ve gözaltına alınmalarının kanuna aykırı olduğundan, düşünce, ifade ve toplantı yapma haklarını ihlal ettiğinden şikayetçi olmuştur. Şikayetlerini, Sözleşme'nin 5., 9., 10. ve 11. maddelerine dayandırmışlardır. Türk Hükümeti ise savunmasında; başvuruların protesto eylemlerinin barışçıl olmadığını ileri sürmüştür. Rektör, politikacılar ve iş adamlarının da dahil olduğu büyük bir dinleyici kitlesi önünde konuşma yaparken, başvuruların sloganlar atarak ve afişler açarak töreni aksattıklarını yinelemiştir. Yürürlükteki düzenlemeler gereği başvuruların, eylemlerine son vermeleri ve töreni terk etmeleri için uyarıldıklarını ancak bunu reddetmeleri nedeniyle güç kullanılarak dışarı çıkarılmaları gerektiğini belirtmiştir. Töreni bir kez daha aksatmalarına engel olmak için polis karakoluna götürülmeleri gerekmiştir. Hükümet, töreni düzenleyenlerin toplantı yapma haklarını etkili şekilde kullanmalarını sağlamak amacıyla polisin, bu yönde bir talepte bulunulması üzerine olaya müdahale ettiği kanısındadır. İHAM, bu bilgiler ışığında, başvuruların polis müdahalesinden olumsuz etkilendikleri ve başvurulara karşı alınan tedbirlerin, ifade özgürlüklerine müdahale teşkil ettiği kanaatindedir. Bu müdahale, "kanunda öngörülmediği", 10. maddenin 2. paragrafı kapsamından bir ya da daha fazla meşru amacı hedeflemediği ve bu amaçları gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli olmadığı" takdirde Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal edecektir. Bu doğrultuda, öncelikle, şikayet edilen eylemin "kanunda

öngörülmüş” olup olmadığının incelenmesi gerektiği söylenmiştir. Bu bağlamda İHAM, Hükümet’in başvurulara yönelik alınan tedbirlerin yürürlükteki yönetmeliğe uygun olduğunu belirttiğini, ancak söz konusu müdahalenin, meşru ya da diğer kanuni kurallara dayandığını ya da uygun olduğunu ortaya koyan iddialarda bulunmadığını vurgulamaktadır. Ancak başvurular da yakalanmaları ve gözaltına alınmalarının kanuna uygun olmadığından genel olarak şikayetçi olmalarına rağmen şikayetlerini gerekçelendirmemişlerdir. İHAM, bu koşullar altında, söz konusu hususu karara bağlamayı gerekli görmemektedir. Mahkeme, müdahalenin kamu düzenini ve diğerlerinin haklarını korumak gibi meşru amaçlara hizmet etmesi gerektiğini kabul etmektedir. Mevcut davada, belirlenmesi gereken, müdahalenin, “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığıdır. “Demokratik bir toplumda gereklilik” testi; Mahkeme’nin, şikayet edilen müdahalede, “zorunlu bir toplumsal ihtiyacın” bulunup bulunmadığını araştırmasını ifade etmektedir. Sözleşmeciler Devletler böyle bir ihtiyacın varlığını tespit ederken belli bir takdir hakkına haizdir, ancak bu karar Mahkeme’nin kontrolüne tabidir. Dolayısıyla İHAM, bir “kısıtlama”nın, İHAS’ın 10. maddesinin güvence altına aldığı ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususunda karar vermede yetki sahibi olan son mercidir ve Mahkeme’ye göre söz konusu takdir payı, yetkili makamların kanuna uygun gösterilerin, olaysız şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak için başvurduğu makul ve uygun yolları da içine alır.

AIHM mevcut davada başvuruların protestolarının, slogan atma ve afiş açma şeklinde olduğunu ve bu nedenle, açılış töreninin normal akışını ve İstanbul Üniversitesi Rektörü’nün konuşmasını aksattığını kabul etmektedir. Eylemleri hiç şüphesiz rektörün ifade özgürlüğüne müdahale teşkil etmiş ve kendilerine sunulan bilgiyi almak hakları bulunan dinleyicilerde rahatsızlığa ve öfkeye yol açmıştır. İHAM, bu bilgiler ışığında, öğrencilerin konferans salonundan çıkarılmasının – ifade özgürlüklerine müdahale teşkil etse dahi – diğerlerinin haklarını koruma amacıyla orantılı olduğunun kabul edilebileceği kanısındadır. Ancak İHAM, başvuruların hakarete ya da şiddete

başvurmadığını gözlemler. Ayrıca, kamu düzenini ciddi biçimde tehdit etmediklerini yineler. Bunu, aleyhlerinde cezai takibat başlatılmamış olması kanıtlamaktadır. Mahkeme, başvuranların protestolarının, yakalanmak ve gözaltına alınmak yerine birkaç saatliğine konferans salonunun dışına çıkarılmak gibi daha hafif tedbirlere tabi tutulabileceği kanaatindedir. Mahkeme, bu koşullar altında, yetkili makamların uyguladığı yöntemin, kamu düzenini ya da diğerlerinin haklarını koruma amaçları ile orantılı olmadığı sonucuna varır. Bu nedenle, “demokratik bir toplumda gerekli” değildir. Sonuç olarak, Sözleşme’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.⁹⁴ Burada, geniş bir biçimde yer verilen İHAM yargılamasına ilişkin söz konusu içtihat güncel bir soruna da ışık tutmaktadır. Nitekim, özellikle siyasilerin konuşmaları sırasında; kimi zaman öğrenci gruplarının kimi zaman da eylemcilerin konuşmayı protesto etmesi ve bunun sonucunda güvenlik güçlerinin müdahalesiyle karşılaşması ifade özgürlüğü bakımından sıklıkla tartışılmaktadır. İHAM’ın da hükmettiği üzere, böylesi bir durumda; konuşmacının ifade özgürlüğünün ve dinleyicilerin bilgi edinme hakları elinden alınmaktadır. Ancak yine İHAM’ın, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçütler ilkesi gereğince; protestoda bulunanlara orantılı güç kullanılmasını öngören görüşü de isabetli bulunmaktadır.

3.6. ŞİDDET, SİLAHLI MÜCADELE, AYAKLANMAYA ÇAĞRI NİTELİĞİNDE İFADELER

Başvuran Demokrat adlı bir derginin düzenlediği yuvarlak masa toplantısına katılmıştır; toplantı metni, derginin Mayıs 1991 tarihli ve 12 no’lu sayısında yayımlanmıştır. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Başsavcısı, Terörle Mücadele Kanunu’nun 8. maddesinin birinci fıkrası uyarınca başvurunu Devlet’in bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda yapma suçu ile itham etmiştir. DGM başvurunu suçlu bulmuş ve

⁹⁴ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/acikvedigerleri09.03.2009.doc>
13.01.2009, Açık ve Diğerleri /Türkiye, Başvuru No. 31451/03.

başvurayı... hapis ve... TL. para cezasına mahkum etmiştir. Başvuran temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. 27 Ekim 1995 tarihli ve 4126 sayılı Kanun ile 1991 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin ardından, DGM başvuranın davasını re'sen yeniden incelemiş ve bu kez başvuranı... hapis ve... TL para cezasına mahkûm etmiştir. Sonuç olarak başvuran Sözleşme'nin 9. ve 10. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

İHAM, dava konusu mahkumiyet kararının, başvuranın ifade özgürlüğüne müdahale oluşturmamasının taraflar arasında ihtilaf konusu olmadığını söylemektedir. Üstelik müdahalenin kanun tarafından öngörüldüğüne ve Sözleşme'nin 10.maddesinin 2.fıkrası doğrultusunda toprak bütünlüğünün korunması yasal amacını güttüğüne itiraz edilmemektedir. Buna karşın uyumsuzluk, bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı sorusuna dayanmaktadır.

Mahkeme, suç unsuru basın makalesinde kullanılan ifadelere ve makalelerin yayımlandığı durumu dikkate alırken, terörle mücadeleye bağlı zorlukları da göz önünde bulundurmuştur. Dava konusu makale Ortadoğu'nun jeopolitik bağlamı bakımından Kürt sorununun analizini yapmakta ve Hükümet'in Kürt kökenli halk nezdindeki siyasetinin eleştirisini yapmaktadır. İHAM, DGM'nin dava konusu makalenin Türk Devleti'nin toprak bütünlüğünü bozmayı amaçlayan ifadeler içerdiğine kanaat getirdiğini belirtmektedir. Mahkeme, dava konusu makalede bazı ifadelerin Türk Devleti hakkında negatif bir tablo çizerek, metne düşmanlık uyandıran anlamlar yüklese de, ne şiddet kullanmaya, ne silahlı mücadeleye, ne de ayaklanmaya teşvik ettiğini vurgulamış ve nihayetinde konuşmanın kin güden bir konuşma olmadığını gözlemlemiştir. Mahkeme, müdahalenin oranını belirlemek söz konusu olduğunda, verilen cezaların niteliği ve ağırlığının da göz önünde bulundurulması gereken unsurlar olduğunu belirtmektedir. Bu durumda başvuranın mahkumiyeti amaçlanan hedeflerle orantılı olmadığından “demokratik toplumda gereklilik” arz etmemektedir. Dolayısıyla AİHS'nin 10.

maddesi ihlal edilmiştir.⁹⁵ Burada, İHAM'ın, siyasi eleştirilerde kullanılan ifadelerin ne kadar sert bir üslup taşısa dahi şiddete, terörist hareketlere veya silahlı bir eyleme yol açmadığı müddetçe sınırlanamayacağı görüşünün yinelenildiği belirtilmelidir.

3.7. SİYASAL ELEŞTİRİLER

Başvuran, Türkiye Büyük Millet Meclisi milletvekili ve ana muhalefet partisi olan Anavatan Partisi'nin Genel Başkan Vekilidir, aynı zamanda da bir üniversitede öğretim görevlisi olarak görev yapmaktadır. Başvuran, bir basın toplantısında konuşma yaparak; Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'i, 1991 yılında ana muhalefet partisi genel başkanı iken Anavatan Partisi mensubu iki bakanın milletvekili dokunulmazlığını kaldırdığı için eleştirmiştir. Başvuranın konuşma yaptığı sırada yanında söz konusu eski bakanlar da bulunmaktadır. Otoyolların yapımına ayrılan ödeneği zimmetlerine geçirmekle suçlanan eski bakanlar Yüce Divan'a çıkarılmış ve haklarında beraat kararı verilmiştir. Süleyman Demirel başvuranın, -yazılı ve görsel basında geniş yer bulan-nezaketten yoksun, küçültücü, aşağılayıcı, hakaret dolu ve iftira niteliğinde sözler sarf ettiğini iddia ederek, şahsına ve Cumhurbaşkanlığı makamına karşı iftira ve hakarete bulunduğu gerekçesiyle tazminat davası açmıştır. Başvuran ise, özellikle "Demirel yalancıdır" ve "siyaseten özürlü" ifadelerini kullanmadığını belirtmiş ve sözlerinin bir kısmının basın tarafından çarpıtıldığını iddia etmiştir. Başvuran hiçbir şekilde Cumhurbaşkanı'nın manevi kişiliğini değil, birey olarak şahsi kişiliğini hedef aldığının altını çizerek, konuşma kayıtlarının uzmanlar tarafından yeniden çözümünün yapılmasını ve basın toplantısında bulunan tanıkların dinlenmesini talep etmiştir. Diğer yandan başvuran, Cumhurbaşkanı'nın, Anavatan Partisi üyelerine karşı tutumunun, provokatif ve yıldırıcı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran, Demirel'in 1988 ve 1990

⁹⁵ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/agin.doc>
29.03.2005, Ağın/Türkiye Davası, Başvuru No:46069/99.

yılları arasında, eski Cumhurbaşkanı ve ANAP Genel Başkanı Turgut Özal'a karşı sarf ettiği sözlerden bazılarını aktararak, Demirel'in üslubunun da hem biçim hem içerik olarak kendisinininkine benzer olduğunu belirtmiştir. Başvuran kendi konuşmasının, Demirel'in sözlerine eleştirel bir cevap niteliğinde olduğunu belirterek, söyleminin siyaset bilimi bağlamında ve bütünsel bir şekilde incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi ise, başvurayı beş milyar Türk Lirası tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Mahkeme, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca hükmedilen tazminat tutarını belirlerken, kişilik değerinin alçaltılmasının söz konusu olduğunu, bunun asla tazmin edilemeyeceğini ve batı yargı sistemlerinde geçerli olan yaklaşımın, fail için caydırıcı, mağdur için ise tatmin edici bir tazminat verilmesi yönünde olduğunu belirtmiştir. Esasen Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenen tazminat tutarı, başvuranın mal beyanında belirttiği tutarın yarısına denk düşmekte, Demirel'in gelir beyanında belirttiği tutara ise eşit gözükmektedir. Başvurana göre bu, bir Türk mahkemesi tarafından o zamana kadar verilmiş en yüksek manevi tazminat miktardır. Mahkeme aynı zamanda, masrafı başvuran tarafından karşılanmak üzere, karar özetinin yüksek tirajlı bir günlük gazetede yayınlanmasına karar vermiştir. Ayrıca, Mahkeme, başvuranın iddiasının aksine, iki eski bakan hakkında başlatılan adli işlemin, "provokasyon" ya da "art niyetli bir siyasi manevra" olarak kabul edilemeyeceğine kanaat getirmiştir.

Başvuran, hakkında verilen hükmün yalnızca davacı tarafın sunduğu delillere dayandığı gerekçesiyle temyiz yoluna başvurmuş, tazminat miktarının fahiş tutarda olduğunu ve kanunla öngörülen amaca uygun olmadığını ileri sürmüştür. Bu tür eleştirilerin, siyaset adamları için olağan olduğunu göstermek amacıyla başvuran, daha önceden Cumhurbaşkanı'nın selefi hakkında sarf ettiği hakaret niteliğindeki sözleri aktarmıştır. Başvurana göre ceza değerlendirilirken, ne provokasyon unsuru ne de AİHS'nin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü göz önünde bulundurulmuştur. Yargıtay ise, davalı tarafın ek deliller toplama talebinin Mahkeme tarafından

reddedilmesinin savunma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle, başvuran aleyhindeki hükmü bozmuştur. Ayrıca Yargıtay, davanın incelenmesindeki bazı eksikliklere, özellikle de TRT'deki video kaydının tamamının uzmanlar tarafından çözümlenmemesine dikkat çekmiştir. Dosyayı yeniden inceleyen ilk derece mahkemesi, ilk verdiği hükümde direnerek, temyiz kararında değinilen eksikliklerin giderildiğini ve delil listesine iki yeni unsur daha eklendiğini belirtmiştir. Fakat Mahkeme, TRT ve SHOW TV'deki bant kayıtlarının çözümlenmiş metinlerinin konuşmanın içeriğini net bir şekilde ortaya koyduğu gerekçesiyle, başvuranın tanıkların dinlenmesi talebini reddetmiştir. Diğer yandan Mahkeme, mevcut davada söz konusu olanın, iki siyaset adamı arasında bir tartışma değil, fakat bir devlet adamı olarak Cumhurbaşkanı'na yönelik hakaret dolu sözler olduğu gerekçesiyle, başvuranın esas hakkındaki görüşlerini de reddetmiştir. İlk derece mahkemesi hakimi, Cumhuriyet Savcılığı tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Pakdemirli'nin milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması talebinde bulunulduğunu, fakat bundan bir sonuç alınamadığını hatırlatarak, başvuranın dokunulmazlıktan yararlanamamış olsaydı, yaptığı fiilden ötürü kesinlikle hakkında ceza hükmü verileceğini belirtmiştir. Başvuran bu karara karşı da temyiz yoluna başvurmuştur. Hukuk davalarında ses kayıtlarının kesin delil değil yalnızca karine teşkil ettiğini ileri süren başvuran, bir kez daha tanıkların dinlenmesini talep etmiştir. Başvuran ayrıca, ödemeye mahkûm edildiği tutarı mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin bu kararını onamıştır. Başvuran, gecikme faizleri de eklenerek 7.925.780.000 TL (o dönemde yaklaşık 60.000 Euro) tazminat ödemiştir.

Başvuran, dönemin Cumhurbaşkanı Demirel hakkındaki sözlerinden ötürü yüksek miktarda tazminat ödemeye mahkûm edilmesi nedeniyle, İHAS'nin 10. maddesine aykırı olarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini öne sürmüştür. İHAM'a göre ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birisi olup, toplumsal ilerlemenin ve her kişinin gelişiminin başlıca koşullarından birini teşkil etmektedir. Sözleşmenin 10. maddesinin 2.

fıkrası saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü, yalnızca iyi karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olduğu düşünülen değil, aynı zamanda kırııcı, hoş karşılanmayan ya da kaygı uyandıran “bilgiler” ya da “düşünceler” için de geçerlidir; çoğulculuk, hoşgörü ve açık düşünce bunu gerektirir ve bunlar olmaksızın “demokratik bir toplum” olamaz. 10. maddede benimsenen ifade özgürlüğü bu şekilde olmakla birlikte, yine de bu, dar bir yorum gerektiren istisnalar içermektedir ve bu hakkı kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir biçimde ortaya konması gerekmektedir. Sözleşme’nin 10.maddesinin 2. fıkrasında yer alan “zorunlu” sıfatı, zorunlu bir toplumsal ihtiyaç anlamına gelmektedir. Sözleşmeciler Devletler böylesi bir ihtiyacın var olduğuna dair hüküm vermek için belli bir takdir payından yararlanmaktadırlar; fakat bu takdir payı, aynı anda hem kanuna dayanmış olup, hem de bağımsız bir yargı mercii tarafından verilmiş olsa da İHAM’nin de denetiminden geçmektedir. Dolayısıyla İHAM, bir “kısıtlama”nın, Sözleşme’nin 10. maddesinin güvence altına aldığı ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususuna karar vermede yetki sahibi olan son mercidir. İHAM’ın görevi bu denetimi yerine getirirken, yetkili iç yargı mercilerinin yerini almak değil, fakat söz konusu yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların 10. madde açısından doğruluğunu denetlemektir. Buradan çıkan sonuç, İHAM’ın, savunmacı devletin bu yetkiyi iyi niyetle, titizlikle ve makul bir şekilde kullanıp kullanmadığını araştırmakla yetinmek zorunda olduğu değildir; İHAM, anlaşmazlık konusu olan müdahalenin “gözetilen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve bunu haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin “uygun ve yeterli” görünüp görünmediğini tespit edebilmek amacıyla müdahaleyi, davanın bütününe bakarak değerlendirecektir.

Bu doğrultuda, herkes için değerli olan ifade özgürlüğü, seçmenlerini temsil eden, onların kaygılarına işaret eden ve çıkarlarını savunan halk tarafından seçilmiş bir kimse için özellikle değerlidir. Sonuç olarak, başvuran gibi, muhalefet partisinden bir milletvekilinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler, İHAM’ı daha sıkı bir denetim gerçekleştirmeye sevk etmektedir.

İHAM öncelikle hükmedilen tazminat tutarının aşırılığı, özellikle de hâkimin bu miktarı haklı göstermek için ortaya koyduğu gerekçeler üzerinde durmaktadır. Türk Hükümeti, şeref ve haysiyetine saldırı olduğunu iddia eden bir kimse tarafından tazminat davası açıldığında, başlatılan hukuk muhakemeleri usulünün, yalnızca anlaşmazlığa düşen tarafları ilgilendirdiğini ve hiçbir surette 10. maddedeki anlamıyla “müdahale” teşkil edemeyeceğini ileri sürmektedir. Hükümete göre, cezai bir yargılama olmayan mevcut dava kapsamında, başvuranın 10. maddedeki anlamıyla müdahaleden söz etme hakkı bulunmamaktadır ve bu itibarla başvuranın şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir. İHAM ise, mevcut davada bir müdahalenin varlığı tartışması ile ilgili olarak, hakaretten ötürü bir hukuk davasında hükmolunan tazminatın, 10. madde alanına giren bir müdahale olarak incelendiği yerleşik içtihatlarını referans göstermekte ve Hükümet’in bir müdahalenin bulunmadığı iddiasının dikkate alınmaması gerektiğini vurgulamıştır. İHAM, daha önceden de, “şeref ve haysiyete saldırıdan ötürü ödenecek tazminatın hesaplanmasına ilişkin ulusal yasaların, ortaya çıkabilecek sonsuz sayıdaki durumları göz önünde bulundurulabilmeye elverişli olması gerektiği” hükmüne vardığını ve sonuç olarak, 10. maddede yer alan “kanunla öngörülen” kavramının, yargılanan kişinin “kendi davasında verilebilecek olan tazminat miktarını önceden belirli bir kesinlik derecesiyle kestirebilmesini” gerektirmediğini hatırlatır. Tazminat tutarının hesaplanmasında hâkim tarafından göz önünde bulundurulması gereken kriterler ile Yargıtay tarafından yürütülen denetim dikkate alındığında, İHAM şeref ve haysiyete saldırıdan ötürü hükmedilecek tazminat miktarına ilişkin ilgili hukuki düzenlemelerin yeteri kadar açık olduğu sonucuna varmıştır. Kısaca, başvuranın tazminat ödemeye mahkûm edilmesi “kanunla öngörülmüştür.”

Müdahalenin meşru bir amaç gözetip gözetmediği hususunda ise İHAM, başvuranın mahkûm edildiği Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin, meşru amacı açıkça ifade ettiğini not eder. Bununla birlikte mevcut davada, bu hükmün uygulamaya konmasında gözetilen amacın “meşru” kabul edilip

edilemeyeceğinin de belirlenmesi gerekir ki bu da müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmamasıyla ilgili bir husustur. İHAM, olayların meydana geldiği dönemde iki tarafın konumunun, değerlendirilecek unsurlar arasında ilk sırada yer aldığını belirtir; nitekim bir yanda milletvekili ve eski bir bakan olan başvuran, diğer yanda ise Cumhurbaşkanı vardır. Ayrıca başvuran, olaylardan önce iktidarda olan Anavatan Partisi'nin Genel Başkan Yardımcısıdır ve yine olaylardan önce Demirel ana muhalefet partisi lideri olarak politik arenada daha aktif bir konuma sahiptir. Sonuçta her iki isim de siyaseten çekişmeli uzun bir geçmişe sahiptir. İkinci olarak İHAM davaya ait olayların da siyasi bağlamda yer aldığını hatırlatmaktadır. Kabul edilebilir eleştiri sınırları hususunda ise İHAM, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında bu sınırların, halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden siyaset adamları için daha geniş olduğunu birçok kararında öngörmüştür. Siyasetçilerin fiil ve davranışları, kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gazetecilerin olduğu kadar vatandaşların, hepsinden çok da siyasi rakibinin sıkı bir denetimine tabidir. Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı zaman daha fazla hoşgörü göstermelidir. Elbette siyaset adamının namını koruma hakkı vardır; fakat ifade özgürlüğüne getirilen istisnalar dar bir yorumu zorunlu kıldığından, bu korumanın gerektirdikleri ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalıdır. Bu durumda İHAM, konuşmanın içeriği ile ilgili olarak, başvuranın kullanmış olduğu bazı kelimelerin –yalancı, iftiracı, Çankaya'nın şişmanı, dar kafalı, lastikleri patlasın, öbür dünyaya gidince Allah affetmez gibi- siyasi bir eleştiri olmaktan çok “bir hakaret ve beddua tufanı” olduğunu gözlemlemektedir. Polemik gibi görünen ve belli ölçüde asılsız bir kişisel saldırı içeren bu sözlerin, ilgili kişiler ve konuşmanın çerçevesi politik alanda yer alsa bile siyasi bir tartışma içindeki bir görüş kapsamında çözümlenebilmesi zordur. Diğer yandan İHAM, başvuranın yerel mahkemeler ve İHAM önünde, Demirel'in rakip parti yöneticilerine karşı kullanmış olduğu sözlere gönderme yaptığını vurgulamakta; siyaset adamlarının birbirlerine karşı kullandıkları bu sözlerin açıkça şiddetli tepkiler yaratmaya yönelik olduğunu belirtirmektedir.

İHAM hâkimin mahkûmiyet hükmü kurarken dayandığı gerekçeleri değerlendirirken; öncelikle, hâkimin Borçlar Kanunu'nun 49/2. maddesinde öngörülen “ tarafların sosyo-ekonomik durumu” ölçütüne en azından alışılmamış bir yorum getirdiğini ve söz konusu ölçütü, tarafların birbirlerine karşı durumları arasında bir denge sağlamak için değil mümkün olan en yüksek tazminat tutarını belirlemek için kullandığını düşünmüştür. İHAM bu yaklaşım ile Yargıtay içtihatları arasındaki belirgin çelişkiye atıf yapmaktadır. İHAM, diğer yandan, başvuranın toplumdaki yerinin, özellikle eğitim seviyesi ile üniversite profesörü olarak statüsünün Yerel Mahkemece, ilgili kişinin aleyhine olgular olarak benimsediğini söylemektedir: “Davalının sosyal durumu itibarıyla üst düzeyde bulunması nedeniyle topluma örnek davranışlarının kendisinden beklenmesi gerekir. Aksine davalının olayımızda, toplum huzurunda davacının kişilik haklarına ağır şekilde ihlalde bulunduğu görülmektedir”. Yerel Mahkeme, başvuranın milletvekili dokunulmazlığından yararlanamamış olması halinde hakkında uygulanacak olan ceza yasasından da bahsetmektedir: “Ceza Kanunu’nda Cumhurbaşkanı’na hakaret başlığını taşıyan bölüm hakaret suçunun en ağır hükmünü ihtiva etmektedir. Davalının, Cumhurbaşkanı’na hakaret suçundan dolayı dokunulmazlığının kaldırılması için Cumhuriyet Başsavcılığı’nın hazırlık evrakı fezlekeye bağlanarak TBMM Başkanlığı’na gönderilmiştir; fakat TBMM tarafından başvuran hakkında herhangi bir hukuki işlem başlatılmamıştır. Eğer bu suçu herhangi bir Türk vatandaşı işlemiş olsaydı, CMUK ilgili hükümleri gereğince suçüstü hükümlerine göre yargılanıp TCK’nın ilgili maddesi gereğince tutuklanarak, tecil ve para cezasına çevrilmeksizin hapis cezasına mahkûm edilmesi gerekecekti. Davalı bu eylemi ile dokunulmazlığından yararlanarak bu işlemle karşılaşmamıştır. Bu durum kendisini eyleminden dolayı haklı duruma getirmez.”

İHAM, Yerel Mahkeme’nin hükmettiği tazminat miktarının, keyfî bir biçimde değerlendirilmiş olduğu görüntüsünü veren ve yargılamanın davacının şahsiyetine yönelik zararın dikkate alınmasıyla değil, Cumhurbaşkanı’nın statüsünün aşırı ölçüde korunması yoluyla yapıldığını

gösteren yerel Mahkeme kararının gerekçesine de atıf yapmaktadır: “Siyasetçiler arasında sert sözlerin söylenmesi bir derece makul ve siyasetin gereği kabul edilirse de, devlet başkanlığı makamında bulunan kişinin bu makama gelmekle politikacılık sıfatından arınıp, devlet adamlığı sıfatını kazandığından bu kişiye karşı suç teşkil edecek davranışları makul görmek mümkün değildir. Davacı, devletimizin içte ve dış ülkelerde temsilcisidir. Onun kişiliğine karşı sarf edilen ağır sözler, Cumhurbaşkanlığı makamının manevi şahsiyetini zedelemektedir. Oysa Cumhurbaşkanı’nın temsil ettiği Türkiye Cumhuriyeti ...şehitleri ve gazileri ile kurulmuş, kurucusu ulu Atatürk tarafından Türk milletine emanet edilmiştir. Herkesin emanet edilen Türkiye Cumhuriyetini korumak ve kollamak görevidir. Bu durum karşısında, davalının ağır hakaretinin vahameti açık ve seçik görülmektedir, içeride ve dışarıda Türkiye’yi parçalamak isteyenler varken, Cumhurbaşkanlığı makamının zaafa uğratılması bu güçlere cesaret verir.”

Son olarak İHAM, Yerel Mahkeme’nin, Cumhurbaşkanı’nın maruz kaldığı manevi zarar konusundaki son derece katı anlayışına dikkat çekmektedir ve “hiçbir şekilde telafi edilemeyecek olan eksilen kişilik değerleri dolayısıyla hiç olmazsa manevi tazminatın miktarını yüksek tutarak faili caydırma ve mağduru tatmin amacı güdüldüğü” şeklindeki gerekçenin ulusal mevzuat ve içtihatlardaki orantılılık ilkesine aykırı olarak hâkimin tazminatı hukuki bir cezaya dönüştürdüğünü vurgulamaktadır. Sonuç olarak İHAM, mahkûmiyet verilmesiyle gözetilen amacın ne Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde yer alan ve İHAS’nin 10/2. maddesine göre meşru olan amaçla aynı olduğuna, ne de yasanın bu şekilde uygulanmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiğine ikna olmuştur ve bu doğrultuda Sözleşme’nin 10.maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.⁹⁶

Yine benzer şekilde Bıçak da, İHAM’ın, siyasi liderlere yönelik eleştirileri daha geniş bir koruma kapsamında değerlendirdiğini anlatmaktadır: “Divan, siyasi liderler hakkında öne sürülen düşüncelerin

⁹⁶ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ekrempakdemirli.doc>
22.02.2005, Pakdemirli/Türkiye, Başvuru No:35839/97.

aktarılması olgusunun kamuoyunun şekillenmesini sağlayan en önemli araçlardan birisi olduğunu, demokratik bir toplumun temel niteliği olan siyasi tartışmanın Sözleşme tarafından korunan hakların başında geldiğini, politikacılar için kabul edilebilir eleştiri sınırının diğer bireylere göre daha geniş olması gerektiğini, özel kişilerden farklı olarak politikacıların her söz ve davranışını bilerek ve isteyerek basın ve kamuoyunun görüş ve eleştirisine açtığı tespitlerini yapmıştır.”⁹⁷

3.8. DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA ETNİK KÖKEN YA DA SOSYAL SINIFA DAYALI AYRIMCILIK İDDİALARI

Davaya konu olaylar sırasında, "Petrol-İş Sendikası"nın başkanı olan başvuran -İstanbul'da basılan haftalık bir gazete olan- Yeni Ülke'nin, 21-28 Temmuz 1991 tarihli basımında "Söz işçinin, yarın çok geç olacak" adlı bir makale yazmıştır. Makaleden yapılan kısmi bir alıntı şu yöndedir: "Bugün Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da giderek yoğunlaşan devlet terörü, Kürt halkı üzerinde uluslararası planda uygulanan, emperyalizmin gündemindeki politikaların tam bir yansımasından başka bir şey değildir. ...Emperyalizm, kendi yarattığı tablolar karşısında sahte gözyaşlarını dökerken tüm dünyanın gözü önünde, Türkiye'de giderek yoğunlaşan soykırıma da seyirci kalmaktadır. Özellikle son çıkartılan Terörle Mücadele Yasası'nın ardından, Güneydoğu'da hızla tırmanan yargısız infazlar, toplu gözaltılar, gözaltında kaybolmalar, gelecek günlerin ne denli zorlu geçeceğini adeta habercisidir. Anti-Terör Yasasını dikkatlice inceleyenler kolaylıkla göreceklerdir ki, yasa yalnızca Kürt halkının değil, tüm işçi sınıfımızın ve emekçi yığınlarımızın ekmek, özgürlük ve demokrasi mücadelesini kırmaya yöneliktir. Bunun için yasalardaki tüm engellere karşın demokratik kitle örgütleriyle, siyasi partilerle ittifak yapabilecek tüm kişi ve kuruluşlarla eylem birliği gerçekleştirmeli, olabildiğince örgütlü ve eşgüdüm içerisinde bu kanlı katliamlara, bu devlet

⁹⁷ Vahit Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", Liberal Düşünce, Sayı 24, 2001, s.60.

terörüne karşı çıkmalıdır. Aksi takdirde, emperyalizmin güdümünde Kürt halkının sesi soluğunu kesme amacındaki tekelci sermaye çevreleri için sıra kaçınılmaz olarak işçi sınıfımıza ve emekçi halkımıza gelecektir. ‘Yarın çok geç olacaktır’ diyen, tüm halkımızı ve demokrasi güçlerimizi bu kavganın içinde aktif olarak yer almaya çağırıyoruz."

İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı, başvurunu kin ve düşmanlığa tahrik etmek girişimiyle suçlamıştır. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki davada ise, başvuran kendisine yöneltilen suçlamaları reddetmiştir. Makalenin, Türkiye'nin güneydoğusundaki insan haklarının ihlali sorunu ile ilgili olduğunu iddia etmiş ve bölücülüğe teşvik etme ya da halk arasında düşmanlık yaymak gibi bir niyetinin olmadığını belirtmiştir. Başvurana göre demokratik bir toplumda her konu hiçbir kısıtlama olmaksızın tartışılabilir. Aynı zamanda kendisinin bir sendika başkanı olarak Türkiye'nin güneydoğusundaki demokrasi sorunları hakkındaki görüşlerini ifade etme sorumluluğu olduğunu belirtmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurunu Türk Ceza Kanununun 312. maddesinin 2. ve 3. fıkraları gereğince⁹⁸ suçlu bulmuş, başvuranın etnik köken ve din ya da sosyal sınıfa dayalı ayrımcılık yaparak halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme girişiminde bulunduğu sonucuna varmış ve nihayet başvurunu 1 yıldan 8 aya kadar hapse ve 100.000 Türk Lirası (TL) para cezasına mahkûm etmiştir. Yargıtay, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin delillerle ilgili değerlendirmesini ve başvuranın savunmasının kabul edilmemesinin gerekçelerini onayarak başvuruyu reddetmiştir. Başvuranın cezasının infazı tamamlanmıştır.

⁹⁸ Ceza Kanunu'nun Suç İşlemeye Aleni Olmayan Tahrik başlıklı 312.Maddesi: "Kanun'un cürüm saydığı bir fiilli açıkça öven, iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve altı bin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur. Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve dokuzbin liradan otuzaltıbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik umum emniyeti için tehlikeli olacak bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır. Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311. Maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli arttırılır."

Ceza Kanunun 311/2. Maddesi: "Suç işlemeye aleni tahrik korku ve panik yaratma amacıyla tehdit, tahrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak film, gazete, mecmua ile v.s basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayınlanan ve dağıtılan yazılan ya da umumi yerlerde levha ile ilan asmak suretiyle olursa yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli arttırılır."

Mahkûmiyet hükmünün sonucu olarak, siyasi ve medeni haklarını kaybetmenin yanı sıra başvuran Petrol İş Sendikası'ndaki başkanlık görevini de kaybetmiştir.

Başvuran, Komisyon'a başvurarak; mahkûm edilmesinin, düşünce ve ifade özgürlüğünü koruyan Sözleşmenin 9. ve 10. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. İHAM ilk olarak, başvuranın “söz işçinin, yarın çok geç olacak” isimli makalesinin yayımlanmasının ardından mahkûm edilmesinin, düşünce özgürlüğüne “müdahale” oluşturduğu kararına varmıştır. Bu nedenle İHAM müdahalenin, kanun tarafından öngörülüp öngörülmediğini, meşru bir amacın veya amaçların var olup olmadığını ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını irdelemiştir. Başvuranın mahkûmiyetinin Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına dayandığı görülmekte ve Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen amaçlar nedeniyle “yasa tarafından öngörüldüğü” göz önünde bulundurulmaktadır. Hükümet ise söz konusu müdahalenin amacının sadece “devlet güvenliği” ve “kamu düzeninin korunması” değil, aynı zamanda “toprak bütünlüğü”nün de korunması olduğunu belirtmiştir. Türkiye'nin güneydoğu bölgesindeki güvenlik durumunun hassasiyeti ve şiddeti artırabilecek olaylara karşı yetkililerin hazır olması gerekliliğini dikkate alan İHAM, başvuranın mahkûmiyetinin, Hükümet tarafından belirlenen amaçlar doğrultusunda gerçekleştirildiğini kabul etmiştir. Bu dava ile ilgili olayların meydana geldiği zaman, Türkiye'nin güneydoğu bölgesinde şiddete başvuran bölücü hareketlerin yaşandığı Mahkemece göz önünde bulundurulmuştur.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususuyla ilgili olarak ise, başvuran, bu makalenin şiddete tahrik etmediğini, yasadışı hiçbir örgütten söz etmediğini ve bölücülüğü teşvik eden bir unsur taşımadığını belirtmiştir. Başvurana göre Türk yetkililer, düşünce ve ifade özgürlüğüne ters düşen Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesini kötüye kullanmışlardır. Hükümet, Alman Ceza Kanunu'nun 130. Maddesi örneğinden yola çıkarak, Türk Ceza Kanununun 312. Maddesinde belirtilen suçların, Avrupa Konseyi'ne üye diğer ülkelerin yasalarında da mevcut olduğunu ileri

sürmüştür. Bu tür yasaların devletlerin demokrasiyi korumalarına yardımcı olduğunu belirtmiştir.

İşte böylesi bir savunma, yani demokrasinin kendisine yönelen tehlikeleri bertaraf etmek adına temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına müdahale etmesinin gerekliliği, hem genel anlamda temel hak ve özgürlüklerin kullanılması açısından hem de tek tek her özgürlüğün kullanımının kısıtlanması açısından tartışılmalıdır. Nitekim, pek çok yargı kararında; sözü edilen türde bir kısıtlamanın, örneğin demokratik bir toplumun bizzat kendisine yönelmiş bir tehdide karşı düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasının batılı hukuk sisteminde de görüldüğü söylenmektedir. Ne var ki konuyla ilgili olarak Tanör batı demokrasilerinde düşünce özgürlüğünün hiçbir şekilde ideolojik bir sınırlamayı içermediğini, böylesi bir görüşün savunucusunun bulunmadığını söylemektedir: "Batılı demokrasilerde, ideolojik özgürlüklerin sınırlandırmayacağı görüşünü savunanlar soruna düşünce özgürlüğü açısından, bu sınırlamaları savunanlar ise eylem özgürlüğü ve özellikle siyasal örgütlenme hakkı açısından yaklaşmaktadırlar. Birinciler, demokrasinin, kendisine aykırı düşüncelerin bile savunulması özgürlüğünü tanıdığını, ikinciler ise demokrasinin kendisini reddeden siyasal eylemlere ve partilere kapalı tutulmak gerektiğini savunurlar. Ama bu sonuncular, düşünce özgürlüğü alanından herhangi bir ideolojik sınırlamayı öneriyor değildirler. Gerçekten de, ikinci görüşün somutlaşmasına örnek olarak gösterilen de, düşünce özgürlüğüyle değil, siyasal örgütlenme özgürlüğüyle ilgili olarak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bazı anayasalara konan özel kurallardır. İtalya ve Federal Almanya'da faşist ve yeni-nazi partilerin yasaklanması gibi. Almanya'da Komünist Parti'nin kapatılması da bunlara eklenebilir. Ancak bu kararında Alman Anayasa Mahkemesi, komünist düşüncelerin açıklanmasının yasak olduğunu savunmak şöyle dursun, KPD'nin bile düşünce ve programından dolayı değil, eylemlerinden dolayı kapatılması gerektiğine hükmetmiştir. Kaldı ki, bu parti bile belli bir

aradan sonra yeniden kurulabilmiş ve bugün de varlığını sürdürmektedir.”⁹⁹ Benzer şekilde Arslan da, AYM’nin siyasi parti kapatma davalarında, İHAM’ın aynı yöndeki kararlarına atıfta bulunmasını eleştirmektedir. Daha doğru bir ifadeyle, Arslan, AYM’nin; İHAM yargılamasında eyleme çağrı niteliğinde, demokrasiyi yok etmeyi amaçlayan düşünce beyanının parti kapatma nedeni olarak kabul edildiğini iddia etmesini dayanaktan yoksun bulmaktadır: “Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun parti kapatmayı Sözleşme’ye uygun bulduğu ‘pek çok’ değil, sadece bir kararı vardır. O da 1957 tarihli Alman Komünist Partisi kararıdır. Divan’ın (bugünkü Mahkeme) ise parti kapatmayı Sözleşme’ye uygun bulduğu kararı yoktur. Tersine, AYM tarafından kapatılan üç siyasal partinin kapatılmalarını hem Komisyon hem de Mahkeme Sözleşme’ye aykırı bulmuştur.”¹⁰⁰

Öte yandan, somut olayda İHAM, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel özelliklerinden biridir ve demokrasinin gelişimi ve her bireyin tatmin olması için gerekli temel şartlardan birini oluşturur demektedir. 10. maddenin 2. fıkrası doğrultusunda da, ifade özgürlüğü, sadece zararsız olarak nitelendirilen “bilgi” ya da “fikirlere” değil, aynı zamanda zararlı, rahatsız edici durumlara da uygulanır. Bütün bunlar çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlü olmanın gereğidir ve bu üç unsur demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsurlarıdır. 10. maddede ileri sürüldüğü gibi, bu özgürlük dikkatli bir şekilde belirlenmesi gereken bir takım istisnalara tabidir ve herhangi bir kısıtlama ihtiyacı, ikna edici açıklamalarla birlikte belirlenmelidir. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan anlamı ile "gerekli" kelimesi "acil bir sosyal ihtiyacın" varlığını ima etmektedir. Böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken, Sözleşme’ye imza atan devletlerin sahip olduğu belli bir takdir sınırı vardır; fakat bu yetki, bağımsız bir mahkeme tarafından verilen kararlar da dâhil olmak üzere, hem kanunları hem de bu kanunları uygulayan kararları da içine alacak şekilde Avrupa

⁹⁹ Bülent Tanör, **TCK 142. madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, İstanbul, Forum Yayınları, 1979, s.79.

¹⁰⁰ Zühtü Arslan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/arslan.pdf, s.281-282.

denetimi ile uyum içindedir. Bu nedenle Mahkeme, bir "kısıtlamanın" veya "cezanın" 10. Madde ile korunan ifade özgürlüğü ile uyumlu olup olmadığı konusunda son kararı vermeye yetkilidir. İHAM, denetim yetkisini kullanırken, yapılan müdahaleyi, ilgili ifadelerin içeriğini ve bütünlük içindeki kullanılışını kapsayacak şekilde bir bütün olarak incelemelidir. Özellikle de, müdahalenin “takip edilen meşru amaca denk olup olmadığı” ve gerekli olduğunu savunmak için devlet yetkilileri tarafından gösterilen sebeplerin “uygun ve yeterli” olup olmadığı konularında karar vermelidir. Mahkeme bu şekilde hareket ederek, ulusal yetkililerin 10. maddede belirtilen kurallarla uyumlu standartlar uyguladığı ve verdikleri kararları ilgili olayların kabul edilebilir değerlendirmesine dayandırdıkları konusunda tatmin olmalıdır.

Bu doğrultuda, söz konusu makale içeriği ve kullanılan ifadelerin çeşidiyle siyasi söylem niteliğini kazanmıştır. Başvuran, Marksist deyimler kullanarak, birkaç yıl önce Doğu ve Güneydoğu Anadolu'daki şiddetin yeniden canlanması hakkında bir açıklama yapmıştır. Başvuranın iddiasının esası, Kürt hareketinin “işçi sınıfı ve bu sınıfın ekonomik ve demokratik kuruluşları” tarafından özgürlük ve demokrasi için verilen genel bir mücadelenin parçası olduğu veya en azından bir parçası olması gerektiği şeklindedir. Makalenin mesajı şöyledir “kanunlar tarafından yapılan bütün engellemelere rağmen, birlikte çalışmanın mümkün olduğu bütün demokratik kuruluşlarla, siyasi partilerle ve her birey veya kuruluşla birlikte hareket etmek suretiyle "katliamlara" ve "devlet terörüne" karşı çıkarak ve "örgütlenmenin ve işbirliğinin bütün gücünü kullanarak birlik sağlamalıyız". “Devlet terörü” ve “katliam” kelimelerinin kullanılmasının da gösterdiği gibi, ülkenin ilgili bölgelerinde Türk yetkililerinin fiilleri hakkındaki eleştiri sert, kullanılan dil ise keskindir. Buna rağmen Mahkeme, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası bağlamında, siyasi söylem veya kamu çıkarı ile ilgili konulardaki kısıtlamanın istisnai olduğunu hatırlatmıştır. Ayrıca Hükümet ile ilgili olarak yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırı, bireyler veya siyasetçiler hakkında yapılan eleştiriye oranla daha büyüktür. Demokratik bir sistemde, Hükümetin fiilleri ve ihmalleri sadece yasama ve yargı otoritelerinin değil, aynı zamanda

kamuoyunun da incelemesine açık olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin güçlü pozisyonu, özellikle düşmanların eleştirilerine ve haksız saldırılarına başka yöntemlerle karşılık vermenin mümkün olduğu hallerde, ceza davası başlatma konusunda çekimser davranmasını gerekli kılmaktadır. Bununla beraber, kamu düzeninin güvencesi olan devlet yetkililerinin, bu tür durumlara karşı aşırıya gitmeden ve uygun bir şekilde tepki vermeyi amaçlayan tedbirleri -ceza hukuku bağlamında bile olsa- benimsemesi mümkündür.

Burada İHAM, kendisine sunulan davaların evveliyatını, özellikle de terörle mücadele ile bağlantılı sorunları dikkate almaktadır; 15 yıldır Türkiye’de süregelmekte olan terör sorununun bu tür görüşlerin yayılması ile şiddetlenebileceği hakkındaki Türk yetkililerin endişelerini göz önünde bulundurmuştur. Bu bağlamda, ilgili makalenin Körfez Savaşı’ndan kısa bir süre sonra, çok sayıda Kürt kökenli insanın Irak’taki baskıdan kaçıp, Türk sınırlarına sığındığı sırada yayımlandığı da değerlendirilmiştir.

İHAM’ın yukarıda da belirtildiği üzere, yargılamanın tarafı sözleşmeci devletin içinde bulunduğu tarihi, toplumsal ve siyasal yapılanmaları da dikkate aldığını belirtmesi, neredeyse tüm kararlarında rastlanan bir söylemdir. Öte yandan, Mahkeme’nin bu denli, somut olayın özelliklerini ve sözleşmeci devletin içinde bulunduğu koşulları göze aldığını ifade etmesi öğretide kimi eleştirilere de yol açmaktadır. Bir başka deyişle, uluslararası bir yargılamanın varlığı dolayısıyla, İHAM’ın, sözleşmeci devletlerin konumları arasında fark gözettiğini savunarak ihlal kararlarında tutarsızlık göstermesinden de endişe duyulmaktadır: “Bir uygulamanın, İHAS’ı ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde, o ülkedeki somut gelişmelerin de dikkate alınması doğal karşılanabilirse de, aynı fiilin bir ülkede İHAS’ni ihlal ettiğine, bir başka ülkede ise ihlal etmediğine karar verilmesi olağan ve yerleşik bir ‘içtihat’ haline gelirse, ‘çifte standart’ iddialarına ve objektif ve ortak bir Avrupa insan hakları koruma sisteminin devreye sokulmasının güçleşeceğine ilişkin eleştirilere yanıt vermek iyice zorlaşacaktır.”¹⁰¹

¹⁰¹ Ali Ulusoy, **a.g.m.**, s.129.

Ceylan/ Türkiye davasında, İHAM ayrıca, başvuranın sendika lideri ve bir siyasetçi olarak makaleyi yazdığını ve bu makaledeki sert üsluba rağmen, şiddeti, silahlı direnişi ya da isyanı teşvik etmediğini vurgulamıştır. Mahkeme'nin görüşüne göre bu göz önünde bulundurulması gereken önemli bir unsurdur. Mahkeme başvurana verilen 1 yıldan 8 aya kadar hapis ve 100.000.-TL. para cezasının ağır olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkûmiyetinin sonucu olarak, başvuranın Petrol İşçileri Sendikası'ndaki başkanlık görevini kaybetmesi gibi, bir takım siyasi ve medeni haklarını da kaybetmesi de önemli bulunmuştur. Böylece İHAM, müdahalenin ölçüsünü değerlendirirken verilen cezanın şiddetinin ve çeşidinin göz önünde bulundurulması gereken unsurlar olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, Ceylan'ın mahkûmiyeti, takip edilen amaçlara ve “demokratik bir toplumda gereklilik” ilkesine uygun değildir. Bu nedenle Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir¹⁰².

Son olarak; İHAM yargılamasında, 10. maddenin ihlaline ilişkin içtihatları tasnifleyen Bıçak'ın açıklamalarına da burada yer verilmesi uygun görülmektedir. İHAM yargılamasını inceleyen Bıçak özetle, ifade özgürlüğünün ihlali davaları neticesinde şu sonuçlara varmaktadır: Yargı mensuplarının eleştirilmesi, yargı organlarınca ele alınan olaylara basında yer verilmesi, soruşturmanın gizliliğini basın ihlal etmesi, sanığın fotoğrafının yayınlanması, istihbarat servisinin faaliyetlerinin bir dergide yayımlanması, bir dergide izinsiz elde edilen vergi dokümanlarının yayımlanması, bir gazetede gizli resmî raporun yayımlanması, gazetecinin haber kaynağını açıklamaması, yetkilerini kötüye kullanan kamu görevlilerinin isimlerinin dergide yayımlanması, bir meslek kuruluşu mensubunun kamuya açıklama yapması, kamu görevlisinin kişisel fikirlerini basına açıklaması, kamu görevlisinin komünist partiye üye olması, kamu görevlisinin eleştirilere cevap vermesi, hükümetin eleştirilmesi ve devletin mevcut düzeninin sorgulanması, kürtajin serbest bırakılması için kampanya yapılması, ırkçı beyanların yayılmasına aracılık edilmesi, şiddet içermeyen direniş çağrısı yapılması, tarihi gerçeklerin taraflı dile getirilmesi, sert bir üslupla

¹⁰² <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ceylan.htm>
08.01.1999, Ceylan/ Türkiye, Başvuru No: 23556/94.

düşüncelerin açıklanması hep ifade özgürlüğünün kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir.¹⁰³ Kısacası ifade özgürlüğü aslında belli bir tasnife tabi tutulamayacak denli çok ve ayrıntılı içtihatlarla konu olmuş, neredeyse diğer tüm temel hak ve özgürlüklerle ilişkilendirilebilecek türden bir hak olduğundan sahip olduğu önem bir kez daha anlaşılmaktadır.

¹⁰³ Vahit Bıçak, **agm**, s.57-74.

SONUÇ

Düşünce özgürlüğünün tarihsel gelişimini özetleyen Beydoğan; bu “mücadele”nin, ilk olarak bilimsel düşüncenin açıklanması ile başladığını ve kastettiği bilimsel düşüncenin, kilisenin, halkı ve kralları siyasi baskı altında tutmak üzere kullandığı dogmatik fikirlere karşı pozitivizmi ön planda tutan siyasi düşünce niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁴ O halde sözü edilen bu tarihsel süreç içerisinde Türkiye’nin düşünce özgürlüğü mücadelesi nerede başlamıştır? Düşünsel özgürlüğün temeli bilimsel düşüncelerin açıklanması ile atıldı ise Orta Çağ’ın “karanlık Avrupa”sı Rönesans ve Reform hareketleri ile aydınlanırken, bugün 1982 Anayasası ile İHAS tarafından koruma altına alınan Türk hukuku bağlamındaki düşünce özgürlüğü hangi siyasal ve sosyal aşamalardan geçmiştir?

Çalışmanın konusu esas olarak İHAM kararlarında düşünce özgürlüğü olduğundan, böylesi sorunsal bir tartışmanın gerektireceği derin irdelemenin burada yapılamayacağı açıktır. Ancak yine de belirtmek gerekir ki; uluslararası bir mahkemenin yargılamasına bizzat içtihat oluşturacak denli konu olan Türk Hukuku’nda düşünce özgürlüğü konusu pek çok çelişkiyi içerisinde barındırmaktadır. Nitekim çalışmanın hazırlanması esnasında varılan kanı, kamuoyunda sıklıkla yer verilen, insan hakları hukukunda mevzuat yetersizliği söyleminin kuşkulu olduğudur.¹⁰⁵ En basit şekilde örnek vermek gerekirse, İHAS’ın temel hak ve özgürlükler bakımından 1982 Anayasası’ndan daha geniş ve kapsamlı bir yasal koruma sunmadığı açıktır. Hatta bu doğrultuda, Batum; 1982 Anayasası’nın “Temel Hak ve Ödevler” genel başlığı altında, temel hak ve özgürlükleri düzenlerken, görünüş itibarıyla Sözleşme’den fazlasıyla etkilendiğini, gerek temel hak ve

¹⁰⁴ T Ayhan Beydoğan, **Türk Hukuku’nda Siyasi İfade Hürriyeti**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003, s.14-15.

¹⁰⁵ Can da benzer şekilde şu ifadeleri kullanmaktadır: “Düşünce özgürlüğüne ilişkin temel sorun normatif değil, hukuk ötesidir. İktidar merkezli yargı paradigmanın sorgulanmasıyla aynı normatif düzenlemelerin özgürlük sınırlaması ya da monist hukuk uygulaması yerine, özgürlük ve çoğulculu bir siyasal atmosfer üreteceği ampirik olarak saptanabilen bir gerçekliktir.”

Bkz.

Osman Can, “**Anayasa Mahkemesi Kararlarında Düşünce Özgürlüğü**”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2005, s.46.

özgürlüklerin yazım şeklinde, gerekse kullanım ve sınırlama maddelerinin düzenlenmesinde Sözleşme ile uyum çabasına girildiğini söylemektedir.¹⁰⁶ Öte yandan, Yayla ise; anayasa hukukunda, anayasaların, kamu otoritelerinin arasındaki ilişkileri düzenlemesinden ziyade kamu otoritesi karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini koruyucu işlev taşımalarının önem arz ettiğinden bahisle, bireylerin devlete karşı görev ve sorumluluklarından başka bir içeriğe sahip olmadığını iddia ettiği 1982 Anayasası'nın anayasa dahi olarak sayılamayacağını düşünmektedir.¹⁰⁷

Ancak yine de Sözleşme'nin Türk hukukunda edindiği önemin dayanaksız olduğunu ileri sürmek de bir yanılgı doğuracaktır; zira Mahkeme'nin, Türk anayasa yargısında -çalışmanın hazırlandığı zaman dilimi dâhilinde kabul edilen ancak henüz yürürlüğe girmeyen- bireysel başvuru yolunu tanımış olmasının önemi yadsınamaz. Fakat bu halde de, Türk anayasa yargısında bireysel başvuru hakkı uygulamaya konduğunda insan hakları hukukuna ilişkin mevcut eleştirilerin son bulacağı veya son bulması gerektiği de savunulmamaktadır; çünkü en nihayetinde bireylerin devletlere karşı ulusal nitelik taşımayan bir mahkemede, insan hakları ihlali iddiasıyla dava açmaları en azından devletlerin egemenlik kavramı açısından önemini koruyacaktır.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, Basılmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1990, s.3-10 içinde Güliz Aksun Uluç, Ahsen Armağan, “**Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Hukukunda Türkiye'nin Bitmeyen Serüveni**”, Yeni Türkiye Özel Sayı 22, Cilt 4, 1998, s.1377-1378.

¹⁰⁷ Atilla Yayla, **Siyaset Teorisine Giriş**, Liberte Yayınları, Ankara, 2002, s.138.

¹⁰⁸ Son zamanlarda, lehine veya aleyhine olmak üzere, hemen her konuda atf yapılan kavramlardan birisi olan “küreselleşme” tartışılırken ele alınan hususlardan birisi de devletlerin egemenliği ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin varlığı konusudur. Bu açıdan küreselleşmenin sonuçları incelenirken, devletlerin uluslararası mahkemelerin yargı yetkilerini tanımlarıyla ilgili olarak, başlıca üç farklı bakış açısının ortaya konduğu söylenebilir. Buna göre ilk olarak uzun vadede ulus devletlerin –egemenliklerinin aşındırılması yoluyla- ortadan kalkacağını yansıtan görüş, ikinci olarak uluslararası mahkemelerin, devletlerin siyasal baskı altında tutulup, dış müdahalelere açık olmasına neden olduğunu ama küreselleşmenin böyleleri olumsuz etkiler yanında aynı zamanda olumlu etkiler de doğurduğunu ve ulus devletlerin varlığını sürdüreceğini savunan görüş, son olarak devletlerin, küreselleşmenin ürünü uluslararası mahkemelerin varlığıyla insan hakları, özgürlük, demokrasi gibi kavramları daha çok önemsemeye zorlandıklarını belirten görüş mevcuttur.

Bknz.

Ramazan Kılınç, “**Küreselleşmeyi İnşa Etmek: Egemenliğin Dönüşümü Olarak Küreselleşme**”, Liberal Düşünce, 2002, Yıl 7, Sayı 25-26, s.27-40.

Yukarıda söz edilenlerin dışında, Türkiye’de düşünce özgürlüğü ihlali hallerinin İHAM yargılaması çerçevesinde yalnızca hukuksal değil, siyasal ve hatta sosyolojik önem taşıması da, daha derin tarihsel nedenlerle ilintili gözükmektedir. Başka bir ifadeyle, Türkiye’de demokrasi tarihi ele alınacak olursa esaslı konu başlıklarından sayılacağı tartışmasız olan düşünce özgürlüğü bu özgürlüğün *özünün* gerektirdiği olgunluğa ulaşabilmiş midir sorusunun yanıtı Türkiye’de anayasal sürece giden yolda yaşanan gelişmelerden¹⁰⁹ başlayarak aranmalıdır. Türkiye tüm unsurları sağlam bir hukuk devleti midir, başta Anayasa ve Türk Ceza Kanunu olmak üzere pozitif hukuk temel hak ve özgürlüklere yeterli bir koruma mekanizması sağlamakta mıdır, devletin erkleri içinde yürütmenin yoğunlukla hissedilen etkisi bireylerin çağın gereklerine uygun şekilde “düşünmesi”ne ve “ifade etmesi”ne imkân tanımakta mıdır? Mevcut çalışma sonucunda savunulan görüş, hukukun kuralları, uygulayıcıları ve belki de en önemlisi demokratik bir toplum bilinci ve talebi ile gerek bireyler gerekse sivil toplum kuruluşlarının katkısı ve benimsemesi ile uygulandığı zaman hukuk devleti ilkesinin unsurlarından temel hak ve özgürlüklerin korunmasının gerçekleşeceği. Yokuş’un sözleri tam olarak son söz bağlamında ifade edilmesi istenen yaklaşımı sergilemektedir: “Türk Hukuku ile AİHS çerçevesinde oluşturulan hukuk sistemi arasındaki bağdaşmazlığın nedeninin gerçek anlamda, demokrasi ve insan hakları anlayışındaki farklılıklara dayandığı kabul edilmelidir.”¹¹⁰ Bu

Mustafa Acar, “**Ekonomik, Siyasal ve Sosyo-Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme: Tehdit mi Fırsat mı?**”, Liberal Düşünce, 2002, Yıl 7, Sayı 25-26, s.13-26.

Aslan Gündüz, “**Globalleşmenin Hukuki Boyutları**”, Liberal Düşünce, 2002, Yıl 7, Sayı 25-26, s.41-52.

¹⁰⁹ Türkiye’de anayasal sürecin tarihçesi, Osmanlı İmparatorluğu döneminde ortaya çıkan Sened-i İttifak ve daha çok Tanzimat ve Islahat Fermanı başlangıç alınarak irdelenmektedir. Eşzamanlı olarak, batı ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin hukuksal ve sosyal bir altyapının varlığı üzerine yaşanan tartışmaların başladığı bilinmektedir. Ortaylı; tüm bu hususların “batılılaşma” kavramı ile açıklandığı bir zeminde, bu “uzun ve sancılı asrın halen sürdüğünü” ve “tenkit edilen batılılaşmadan kendini kurtarmanın mümkün olmadığını” söylemektedir.

Bknz.

İlber Ortaylı, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, İstanbul, Timaş Yayınları, 2008, s.312.

Bugün hukuk devletine bütün unsurlarıyla ulaşmada yaşanan sıkıntı, aslında Osmanlı zamanından süregelen, gerçek anlamda bir anayasal sürecin yoksunluğundan mı kaynaklanmaktadır, Ortaylı’nın tanımladığı üzere bu uzun ve sancılı süreç halen sürmekte midir tartışması bir başka çalışmanın konusunu oluşturabileceğinden burada ancak varlığından söz edilmesiyle yetinilmiştir.

¹¹⁰ Sevtap Yokuş, **a.g.m.**, s.119.

nedenle, düşünce özgürlüğüne hukuk düzeninde hak ettiği anlamın yüklenebilmesi yalnızca yasa değişiklikleriyle mümkün gözükmemekte; demokratik bir toplumun gereklerine uygun şekilde, hukuk devleti ilkesinin tam anlamıyla özümsemişi ihtiyacının da karşılanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ACAR Mustafa; “Ekonomik, Siyasal ve Sosyo-Kültürel Boyutlarıyla Küreselleşme: Tehdit mi Fırsat mı?”, **Liberal Düşünce**, Sayı 25-26, 2002.

AKILLIOĞLU Tekin; **İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayınevi, Ankara 2010.

AKSOY Muharrem; “Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü”, **Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968)**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 256, 1970.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz; “Bir Temel İnsan Hakkı: Düşünce Özgürlüğü”, **Yeni Türkiye**, Sayı 22, 1998.

ARMAĞAN Ahsen, ULUÇ Güliz Aksun; “Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Hukukunda Türkiye’nin Bitmeyen Serüveni”, **Yeni Türkiye**, Özel Sayı 22, Cilt 4, 1998.

ARSLAN Zühtü; ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, **Liberal Düşünce Topluluğu**, Ankara, 2003.

ARSLAN Zühtü; “İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: ‘Açık ve Mevcut Tehlike’nin Tehlikeleri”, **Liberal Düşünce**, Sayı 24, 2001.

ARSLAN Zühtü; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/arslan.pdf

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 1, Ankara, AÜB, 1992.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 4, Ankara, AÜB, 1992.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 9, Ankara, AÜB, 1991.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 11, Ankara, AÜB, 1991.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 14, Ankara, AÜB, 1991.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 18, Ankara, AÜB, 1992.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 19, Ankara, AÜB, 1992.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 23, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1989.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 25, Ankara, Takav Yayıncılık, 2001.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 26, Ankara, AÜB, 2001.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 27, Ankara, AÜB, 1993.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 29, Cilt 1-2, Ankara, GÜİFB, 1994.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 34, Cilt 2, Ankara, GÜİFB, 1999.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 36, Cilt 2, Ankara, AÜB, 2001.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 42, Ankara, AYM Yayınları, 2006.

AYDIN, Öykü Didem; **Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku I Amerika Birleşik Devletleri Örneği**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

BEYDOĞAN, T. Ayhan; **Türk Hukuku'nda Siyasi İfade Hürriyeti**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2003.

BIÇAK Vahit; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002.

CAN Osman; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Düşünce Özgürlüğü”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 2, 2005.

CAN Osman; “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, **Liberal Düşünce**, Sayı 24, 2001.

CANSEL Erol, GÖNÜL Mustafa, ALİEFENDİOĞLU Yılmaz; **Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990) Türk Raporu**, Ankara, AYM Yayınları No:17, 1990.

DOĞRU Osman; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt I**, Ankara, 2003.

DİNÇKOL Abdullah, AKAD Mehmet; **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları –Madde Gerekçeleri, Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları-**, İstanbul, Der Yayınları, 2007.

GİRİT Hasan; “Düşünce ve Anlatım Özgürlüğünün Ulusalüstü Ölçütleri”, **Yeni Türkiye**, Sayı 22, 1998.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz; **Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990) Türk Raporu**, 2.Cilt, Ankara, AYM Yayınları No:17, 1990.

GÖZE, Ayfer; **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Basım, İstanbul, 2007.

GÖZLER Kemal; “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasa’nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 4, Yıl 2001.

GÖZLER, Kemal; Temel Haklar ve Hürriyetler, <http://www.anayasa.gen.tr/temelhaklar.htm> (Erişim Tarihi: 10.02.2012)

GÜNDÜZ Aslan; “Globalleşmenin Hukuki Boyutları”, **Liberal Düşünce**, Sayı 25-26, 2002.

İNSAN HAKLARI (KONFERANSLAR) (14 NİSAN 2006-26 ARALIK 2006), Ankara, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006.

KABOĞLU İbrahim Ö. ; ‘Türkiye’de Düşünce Özgürlüğü’, **Yeni Türkiye**, Özel Sayı 4, 1995.

KILINÇ Ramazan; “Küreselleşmeyi İnşa Etmek: Egemenliğin Dönüşümü Olarak Küreselleşme”, **Liberal Düşünce**, Sayı 25-26, 2002.

KUZU Burhan; “Anayasamızda Düşünce ve Düşünceleri Açıklama Hürriyeti”, **Yeni Türkiye**, Özel Sayı 22, 1998.

KÜÇÜK Adnan; **Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar (Tarihi Gelişim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları, Bazı Ülkeler, Teorik Çerçeve, 1982 Anayasası ve Türk Anayasa Mahkemesi İçtihatları)**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2005.

LAWSON Rick; “İfade Hürriyetini Güvenceye Almak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Üç Eğilim”, **Liberal Düşünce**, Sayı 24, 2001.

LÜTEM, İlhan; “İnsan Hakları Konusu: Avrupa Karşısında Türkiye”, **Yeni Türkiye**, İnsan Hakları Özel Sayı:22, 1998.

MOWBRAY Alastair; **Cases and Materials on the European Convention on Human Rights**, New York, Oxford University Press, 2004.

ORTAYLI İlber; **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, İstanbul, Timaş Yayınları, 2008.

SANCAR Mithat; “Düşünce, Vicdan, Din Özgürlüğü ve İfade Özgürlüğü”, **İnsan Hakları Konferansları (14 Nisan 2006-26 Aralık 2006)**, Ankara, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2006.

ŞAHBAZ İbrahim; **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

TANİLLİ, Server; **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, Cem Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 40.

TANİLLİ, Server; **Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş**, Say Yayıncılık, İstanbul, 1990.

TANÖR Bülent; **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası – Doktora Tezi-**, İstanbul, Öncü Kitabevi Yayınları, 1969.

TANÖR Bülent; **TCK 142. madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, İstanbul, Forum Yayınları, 1979.

TEZCAN Durmuş; **Avrupa’da Düşünce Özgürlüğü –Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesine İlişkin İçtihat-**, İzmir, Avrupa Konseyi ve Etki Yayıncılık, 2002.

TURHAN Mehmet; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Sayı 3, 2002.

ULUSOY Ali; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 4, 2004.

ÜNAL Şeref; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi –Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması ve Yorumu-**, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:69, 1995.

YAYLA Atilla; **Siyaset Teorisine Giriş**, Liberte Yayınları, Ankara, 2002, s.138.

YILDIZ Mustafa; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999.

YOKUŞ Sevtap; “Türk Anayasa Mahkemesi’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilere Yaklaşımı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 4, 2001.

ZARARSIZ Emin; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirliği: İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Türk Hukuku”, **Yeni Türkiye**, Özel Sayı 22, Cilt 4, 1998.

ÖZET

ÖZALP, Elif. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Düşünce Özgürlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.

Türk Hukukunda insan hakları konusunda en çok tartışılan konulardan birinin düşünce özgürlüğü olduğu bilinmektedir. Bu özgürlüğün sözü edilen özelliği ise daha çok İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları doğrultusunda verilen ihlal kararlarıyla ilintilidir. Bu nedenle, mevcut çalışma konuya ilişkin içtihatların tanıtılmasını ve Türk doktrini tarafından benimsenen temel yaklaşımları belirlemeyi amaçlamıştır.

Bu yüksek lisan tezinde; makaleler, monografik eserlerin yanında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına da yer verilmiş, özellikle İnsan Hakları Mahkemesi'nin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ilgili maddelerinin ihlali kararını verdiği hallerde uyguladığı kriterler irdelenmek istenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

1. Düşünce Özgürlüğü
2. İfade Özgürlüğü
3. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
4. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
5. Anayasa Mahkemesi

ABSTRACT

ÖZALP, Elif. Freedom of Thought Under the Jurisdiction of European Court of Human Rights, Master Thesis, Ankara, 2012.

It is obviously known that one of the major arguments about the Turkish human rights law is freedom of thought. This characteristic of the mentioned freedom is on the other hand, said to be mostly related with the violation rules stated by the European Court of Human Rights. Therefore preparation of this study basically aims to introduce the case law about the subject and determine the main approaches followed by the Turkish legal doctrine.

The thesis includes the study of the articles, books as well as it refers the jurisdiction of the European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court. It is pursued to examine the theories about the courts ruling, such as determination of the criteria formed by ECHR while noting the infringement of the Conventional articles.

Key Words:

1. Freedom of Thought
2. Freedom of Expression
3. European Court of Human Rights
4. European Convention on Human Rights
5. Turkish Constitutional Court