

**İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK
HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ¹**

Ahmet BAHÇE²

Prof. Dr. Abdullah DEMİR³

ÖZET

İfade özgürlüğü, bilgilendirme ve bilgilendirme, düşünce ve kanaatleri herhangi bir engelleme olmadan açıklama, yayma hakkı ve özgürlüğünü kapsamaktadır. Ancak her özgürlüğün bir sınırı olduğu gibi düşünce özgürlüğünün de bir sınırı vardır. “Hiç kimsenin benim haklarım ve özgürlüklerim üzerinde; benim de başkalarının özgürlükleri üzerinde hakkım yoktur.” Richard Overton. Özgürlüğün sınırı da başkalarının hak ve özgürlüğünün başladığı yerde bitmelidir.

Devletler iç hukuklarında bu özgürlüğü sağlamaya çalıştıkları gibi, uluslararası hukuk düzenlemelerinde de bu haklar koruma altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu düzenlemelerden birisidir. Sözleşmenin İfade Özgürlüğünü düzenleyen 10. Madde hükümleri ile İfade özgürlüğünün çerçevesi belirlenmiştir. İfade özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin uygulamada en çok önüne çıkan konulardan birisidir. Bu kararlarda çok önemli ilkeler geliştirilmektedir. Türkiye hakkında da verilen kararlar ile bir kısım ilkeler ortaya çıkmıştır.

Anahtar Kelimeler: Düşüncüyü Açıklama, Hak ve Özgürlükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

ABSTRACT

Freedom of expression, information and information, ideas and opinions, without blocking any description, propagation and covers your freedom. But each is a limit to freedom of ideas like freedom has taken its toll. .

¹ Bu Makale “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İfade Özgürlüğü” Başlıklı Yüksek Lisans Tezimizden Türetilmiştir. ZÜ SBE, 2015.

² Kamu Hukuku Uzmanı, ZÜ SBE

³ Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“No one, my freedom and my rights over; I have no right on others freedoms.” Richard Overton. Freedom is the freedom to limit the rights of others and must end where it began.

States like they tried to provide this freedom in domestic law, the international legal regulation of these rights has been taken under protection. The European Convention on human rights is one of these arrangements. The agreement regulates the freedom of Expression 10. The provisions of the freedom of Expression has been determined the framework with the item. Freedom of expression the European Court of human rights in practice is that most front. This is a very important policy decisions are being developed. Turkey with decisions made about a number of principles have emerged.

Keywords: Concept description, rights and freedoms, the European Convention on human rights.

GİRİŞ

Düşünme; insan beyninin bir etkinliğidir. Düşünme işlevi sonucunda ortaya çıkan olgular düşünceleri oluşturmaktadır. İfade ise; fikirlerin, bilgilerin ve sanatsal tasvirlerin dille, resimle veya geleneksel sanat yollarıyla anlatılması şeklinde genel ve soyut olarak tanımlanabilir. Düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü kavramları doktrinde de anlamları bakımından tartışılan bir noktadadır. İfade özgürlüğü kavramı yerine düşünce hürriyeti, düşün hürriyeti, fikir hürriyeti, düşünce ve tartışma hürriyeti gibi örnekleri daha arttırılabilecek birçok kavram kullanılmaktadır.⁴ İfade özgürlüğünü örneklendirmek gerekirse, sadece kitap, makale, deneme, roman ve hikaye yazmak ve yayınlamak değil; fakat aynı zamanda bir resim veya heykel yapmak, bir oyun sahnelemek, belli bir kıyafeti giymek, bir gösteri yürüyüşüne veya bir toplantıya katılmak, bir dernek veya topluluk kurmak da kişisel veya toplu ifade biçimleridir.⁵

İnsanlar bir konudaki duygu, düşünce veya tepkilerini çok farklı şekillerde dışa vurabilmektedirler. Bir duygu, düşünce veya tepkinin dışa vurulmasından söz ettiğimizde, aklımıza ilk gelen ifade biçimlerinden bir tanesi konuşmadır. İnsanlar bir konuyla ilgili fikirlerini, bir olay karşısındaki beğeni veya kızgınlıklarını sözle ifade edebilirler.⁶ İnsanlar herhangi bir olayla ilgili olumlu veya olumsuz düşüncelerini makale, köşe yazısı veya

⁴ Ali Okumuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de İfade Hürriyeti*, Adalet Yayınevi - Hukuk Uygulama Kitapları , İnsan Hakları Dizisi, Ankara, 2007, s. 34.

⁵ Özipek, 2003, s.38

⁶ Okumuş, s. 9.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

konferans düzenleyerek dile getirdiği gibi o konunun taraflarına hakaret ederek de dile getirebilmektedir.

İfade özgürlüğünü kavramsal boyutlarıyla tartışmaya başlamadan önce ifade kavramının kapsamı, tarzı ve içeriği hakkında bir çerçeve çizilmesine ihtiyaç vardır. İfade kavramının hangi unsurları içerdiğinin belirlenmesi ifade özgürlüğü kavramıyla bağlantısının kurulmasına yardımcı olabilecektir. Esasen ifade kavramı ile tam olarak neyin kastedildiği konusunda tam bir fikir birliğine ulaşılamamış olması, kavramın çerçevesinin çizilmesindeki başlı başına bir zorluğu da gündeme getirmektedir. Bu zorluk kavramın dinamik yapısından ve mahkemeleri ilgilendirmesinden kaynaklanmaktadır.

“İfade”nin iki farklı anlamı vardır. Öncelikle ifade haber veren ve haber alanı gerektiren haberleşme (iletişim) anlamına gelebilir. Diğer yandan, ifade kelimesi iletişimi kapsamaksızın belirli hareketleri açıklamak için kullanılır. Bu, kendi kendini ifade tarzını ortaya çıkaran anlamında ifade etme ve birini ifade etme anlamındadır. İfade çeşitli tarzlarla dış dünyaya aktarılmadan önce düşünceyle başlar. Düşünce sürecini oluşturan unsurların ise bireyin doğumundan ölümüne kadar geçen süre içinde bireyselleşme sürecinin yanında toplumsallaşma sürecine de bağlı olduğu söylenebilir.⁷

1. GENEL OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Kimsenin müdahalesi olmadan her fert istediğini düşünme hakkına ve bu hakkın korunması gerektiğine, düşünce özgürlüğünün kimseye duyurulmadan sadece beyinde kalan bir soyut işlem değil, açıklama, ifade, tartışma, yayınlama özgürlüğünü de beraberinde getirdiğine dair açık toplumlarda bir temel uzlaşma ilkesi olmuştur.

Düşünce özgürlüğü, insanın sahip olduğu düşüncelerini açıklama özgürlüğüdür. Düşüncenin özgür olması gerektiği, insanlığın yaşadığı deneyimler sonucunda elde ettiği en önemli kazanımlardan birisidir. Düşünceleri baskı altında tutmanın, bir düşüncüyü karşıdakinin görüşünü dikkate almaksızın baskı yoluyla kabul ettirmeye çalışmanın sonuçta hiçbir şey kazandırmadığı açıkça görülmüştür. Nitekim buna en iyi örnek; İslamiyet’in ilk yıllarında insanların bu yeni inanç sistemi hakkında bilgi edinmeleri, kanaat sahibi olmaları, bu kanaatlerini açıklamaları ve yaymaları, baskı ve eziyetlerle engellenmeye çalışılmış ancak başarılı olamamıştır. Nihayetinde de başta baskı ve eziyet edenlerin bir kısmı da dahil olmak

⁷ Okumuş, s. 9-10

üzere insanlar kitleler halinde bu inanç sistemine herhangi bir baskı ve zorlama olmadan katılmışlardır.

İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan en temel ve en önemli özgürlüklerden birisidir. 1998 yılında yeniden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İfade özgürlüğüne verdiği önemi sembolik olarak göstermek amacıyla ilk kararını ifade özgürlüğü ile vermiştir.⁸

Kuruluşundan bu yana Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğü ile ilgili seksen sekiz karar vermiştir. Bu kararlar ifade özgürlüğünün temel prensiplerini ortaya koymuştur. Buna göre; ifade özgürlüğü demokratik toplumun temel taşlarından birisidir. İfade özgürlüğü, sadece onaylanan veya incitici olmayan görüş ve bilgilerin açıklanmasını değil aynı zamanda inciten, şok eden, rahatsızlık veren düşüncelerin açıklanmasını da içerir. Çünkü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olmadan demokratik toplum olamaz.⁹

1.1. İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü

İnsan hakları kavramı günümüz anlayışı içinde kullanıldığı biçimiyle bir üst kavram olmakla birlikte kapsamı henüz açıklığa kavuşturulamamıştır. Söz konusu muğlaklık, “hakların yaşamın çeşitli alanları içerisinde özgür olmak isteyen insanlar için hem dış dünya alanıyla kurulan ilişkide hem de onların iç yaşamlarında, entelektüel ve manevi alan içinde yansımaları olmasından” kaynaklanmaktadır. Sıklıkla kullanılan tanımıyla “insan hakları, insanlara sadece insan olmalarından kaynaklanan hak ve özgürlükleri ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Tüm insanların sadece hiçbir ayırım gözetmeksizin salt insan olmaları nedeniyle insanlık onurunun gereği olarak sahip oldukları hakların tamamını kapsayan bu terim, bu niteliği itibariyle gerçekleştirilmiş bir durumdan ziyade varılmak istenen bir ideali gösterir.”¹⁰

Bu bakımdan insan hakları kavramının, özgür demokratik toplumlar içerisinde nasıl anlaşılması gerektiği konusunda bazı açıklayıcı unsurların belirtilmesine ihtiyaç vardır. İnsan hakları, bir ideali göstermesi açısından, “özünde ahlaki iddia veya taleplerdir.” Öte yandan, insan hakları aynı zamanda prensip olarak devlet karşısında ileri sürülen iddialar olmak

⁸ Bıçak, Önsöz.

⁹ Bıçak, Önsöz.

¹⁰ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987, s.190.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

bakımından siyasi niteliktedir. Böylece, “devlete yönelik siyasi talepler olarak insan hakları özünde temel ahlaki değerlerin korunmasıyla ilgili olan iddialardır.”

Anlamda “insan haklarına özelliğini veren onların ahlaki değeri bakımından hiyerarşik olarak en üstün haklar niteliğinde olmalarıdır.” İnsan haklarının temeli konusunda ileri sürülen tartışmalarda insan haklarına atfedilen bu hiyerarşik üstünlük, insan hakları ile insan onuru arasındaki ilişkiye vurgu yapılarak “insan onurunun insan haklarının temelini oluşturduğu” savıyla ileri sürülmektedir.

1.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İfade Özgürlüğünün Tanımı

AİHS’nin 10. Maddesinin 1.fıkrası, ifade özgürlüğünün herkesin hakkı olduğunu, bu hakkın korunması ve kullandırılmasını ifade etmektedir:

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlara bakılmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.”

AİHS’nin 10. Maddesinin 2. fıkrası ise devletlerin bu hakkı kullandırılmasına müdahale edebileceğini, bunu hangi şartlarda yapabileceğinin sınırlarını çizmektedir:

“Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargılama organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.”

2. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI

Daha öncede belirtildiği gibi ifade hürriyeti, birçok unsur hürriyeti bünyesinde barındıran bir hürriyettir. Bu nedenle unsur hürriyetlerden herhangi birisinin yokluğu ya da önemli ölçüde

kısıtlanması ifade hürriyetini zedeleyecektir.¹¹ İfade hürriyetinin olmazsa olmaz üç unsur hürriyetten oluşan bir bütün olduğunu söylemek mümkündür.¹² Bunlar:

1. Bilgi Edinme ve Düşünme Hürriyeti
2. Bir Görüşe Sahip Olma (Kanaat, Düşünce) Hürriyeti
3. Düşünceyi Açıklama Hürriyeti.¹³

Bunlara ilave olarak ifadelerin kitlelere duyurulmasının vazgeçilmez aracı olan; basın özgürlüğü, radyo, televizyon, sinema, tiyatro ve internet yayıncılığı özgürlüğü de sayılmaktadır.

2.1. Bilgi Edinme ve Düşünme Hürriyeti

Serbest şekilde bilgi edinebilme, düşüncenin oluşum öncesi sürecinin başlangıcı konumundadır. Kişinin değişik fikirleri tahlil ederek belli kanılara ulaşabilmesi için öncelikle bu fikirlerin aktarıldığı bilgi kaynaklarına serbestçe ulaşabilmesi ve bunlardan yararlanabilmesi gerekmektedir.¹⁴

İnsanın iletişim, “bilmek ve öğrenmek ihtiyaçlarının” karşılanması amaçlarıyla ifade özgürlüğünün zeminini oluşturan bilgi edinme özgürlüğü, “düşünme sürecinin de başlangıcı” olarak kabul edilmektedir. Bireylerin bilgi edinme ile başlayan düşünce oluşum süreci, ister kendiliğinden isterse dış dünyayla kurulan iletişimin bir sonucu olarak gerçekleşsin “kişilerin bilgi kaynaklarına hür bir şekilde ulaşabilmeleri, bu bilgiler arasında istediklerini seçebilmeleri ve bunlardan serbestçe sonuçlar çıkarabilmeleri” sayesinde gerçekleşebilir.

Serbest şekilde bilgi edinebilme, düşüncenin oluşum öncesi sürecinin başlangıcı konumundadır. Kişinin değişik fikirleri tahlil ederek belli kanılara ulaşabilmesi için öncelikle bu fikirlerin aktarıldığı bilgi kaynaklarına serbestçe ulaşabilmesi ve bunlardan yararlanabilmesi gerekmektedir.

¹¹ Bülent Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, İstanbul, 1969, s.23.

¹² Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2001, s.168.

¹³ Okumuş, s.16.

¹⁴ Anıl Çeçen, **İnsan Hakları Rehberi**, Bilim Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 204 .

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Bilgi edinme özgürlüğünden ne anlaşılması gerektiği ve hangi özgürlüklerle bağlantılı olduğu konusunda İbrahim Özden Kaboğlu ayrıntılı bir değerlendirme sunmaktadır: *“Fikir ve kanaatlere ulaşabilme olanağı ve serbestlik, düşünceye ham madde sağlar; bilgilenme ve düşünce yetisini geliştirir. Haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme enformasyon hakkı olarak da nitelenebilir. Bu hak, kanaat oluşturma ve düşünme olanağı sağladığı için düşünce özgürlüğünün ön koşulu ya da temel ögesidir. Kanaat ise düşünce özgürlüğünün bağrında yatar.”*¹⁵

İnsanın bilmek ve öğrenmek ihtiyacını karşılamakta olan bilgi edinme hürriyeti, aynı zamanda ifade hürriyetinin ilk aşamasını oluşturmaktadır. Kişilerin iç aleminde gerçekleşen düşüncelerin oluşabilmesi için bilgi kaynaklarına hür bir şekilde ulaşabilmeleri, bu bilgiler arasında istediklerini seçebilmeleri ve bunlardan serbestçe sonuçlar çıkararak diledikleri kanaatlere varabilmeleri gerekir.¹⁶ Kişilerin bir konu üzerinde düşünce ve fikir sahibi olmaları bütünüyle kendi istem ve çabalarının sonucu değildir. Bu düşünce ve fikirlerin oluşumunda dış dünyadan alınan bilgilerin önemli bir payı vardır. Dış dünyadan alınan bu bilgilerin düşüncelerin hammaddesini oluşturduğunu söylemek mümkündür.¹⁷ Hatta dış dünyadan alınan bilgilerin rolü sadece kişilerin bir konu üzerinde düşünce ve kanaat sahibi olmalarına yardımcı olmakla sınırlı değildir. Bunun da ötesinde, dış dünyadan alınan bilgiler kişide bir konu üzerinde merak uyandırıp onu bu konu üzerinde düşünmeye de sevk eder.¹⁸

İfade hürriyetinin bünyesinde bulunan unsur hürriyetlerden bir diğeri de düşünme hürriyetidir. Düşünme, insan beyni tarafından yerine getirilen hem fiziki hem de felsefi bir faaliyettir.¹⁹ İnsanı diğer hayat formlarından ayıran düşünme, ifadenin kaynağının oluşturmaktadır.²⁰ Kişi dış dünyadan almış olduğu bilgi ve fikirleri kendi zihninde işlemektedir. Düşünme hürriyetinin olmadığı bir yerde yeni fikirlerin ortaya çıkması mümkün olmaz. Böyle bir ortamda ifade hürriyeti, kişilerin dış dünyadan aldıkları bilgi ve fikirleri,

¹⁵ Suat Kamber, **İfade Özgürlüğü**, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012, s. 12-13.

¹⁶ Ahmet Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2001, s.21.

¹⁷ Reyhan Sunay, **İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, LTD Yayınları., 2001 ,Ankara, s. 49.

¹⁸ Okumuş, s. 16.

¹⁹ Adnan Küçük, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2003, s. 29.

²⁰ Robert Trager; Donna L Dickerson, **21. Yüzyılda İfade Hürriyeti**, LTD Yayınları , Ankara, 2003, s. 16.

onlara herhangi bir katkıda bulunmaksızın yeniden dış dünyaya aktarmaktan öte bir anlam taşımayacaktır.

Düşünme hürriyetinin, insanın iç dünyasında gerçekleşen bir faaliyet olması nedeniyle bu hürriyetin sınırlandırılmasının mümkün olmadığı söylenebilir.²¹ Kişinin iç alemi sadece kişiyi ilgilendiren bir alandır ve bu alana kanuni bir müdahalede bulunmak mümkün değildir. Düşünme hürriyeti, ancak toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ilgi alanına girip sınırlamalara tabi olabilecektir. Düşünmeyi kişinin iç dünyasındaki bir beyin faaliyeti olarak ele aldığımızda buna doğrudan müdahale edilemeyeceği doğrudur. Fakat kişinin neyi ne kadar düşüneceğini belirleyenler de dış etkenlerdir. Bu açıdan düşünmenin kişinin iç dünyasıyla ilgili olduğu, bu nedenle de düşünmeye müdahale edilemeyeceği şeklindeki bu anlayışa ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Her şeyden önce düşünme kendiliğinden gerçekleşen soyut bir faaliyet değildir. Kişiler dış dünyadan aldıkları bilgi ve fikirler üzerinde düşünürler. Kişinin dış dünyadan aldıkları, önce kişinin bir konu hakkında düşünmeye başlamasını sonra da o konuyla ilgili olarak neleri düşüneceğini belirlemesini sağlar.²²

2.2. Bir Görüş Sahip Olma (Kanaat ve Düşünce) Hürriyeti

İnsanlar toplumdan yani çevreden aldığı bilgileri kendi beyninde toplar, bunların hem kendisi hem de içinde yaşadığı toplum için hangisi daha iyi ve faydalı olacağına dair inançları kanaat ve düşünceyi oluşturur. Dini, ekonomik, politik, felsefi bilgiler veri olarak toplanır, beyin ve iç dünyasındaki temel kriterlerden oluşan eleklerden geçirilerek işlenir ve piyasaya sunulacak bir ürün yani fikir haline gelir. Bu ürünün yani fikir veya düşüncenin topluma herhangi bir engelleme olmadan servis edilmesi ifade hürriyetini oluşturur.

İfade hürriyetinin kişinin iç dünyasında gerçekleşen son evresi, “düşünce” hürriyetidir. Düşünce, elle tutulup gözle görülmeyen ancak hissedilen ve hem toplumun hem de bütün insanlığın hayatına yön veren, gelişimini derinden etkileyen ve renklendiren, insanın en değerli ürünüdür.²³ Düşünce, kanaat ve inançlar dış dünyaya aktarılmadıkları sürece dış dünyada herhangi bir sonuç doğurmazlar.²⁴ Düşünce hürriyetinin kişinin iç dünyasıyla ilgili olması nedeniyle hukuki sınırlamaların dışında kalması gerektiği söylenebilir. Zaten bu

²¹ Erdoğan Teziç, **Türkiye de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü**, *Anayasa Yargısı*, 1990, s. 31-46.

²² Okumuş, s.22.

²³ Gökçen, s. 238.

²⁴ Teziç, s. 32.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

konuda bir sınırlama yapılması mümkün olmayıp, düşünce hürriyetini sınırlamaya yönelik girişimler insan onurunu zedeleyici uygulamaları da beraberinde getirecektir.²⁵ Düşünce hürriyetinin hukukla sınırlanamayacağı gerçeği gerek Anayasamız gerekse insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler tarafından da kabul edilerek bu hususta güvence sayılabilecek düzenlemeler yer almıştır. Güvence niteliğindeki bu düzenlemelerde kişilerin düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmamaları ve bunları açıklamaya zorlanmamaları hükme bağlanmıştır.²⁶

Kanaat sahibi olma özgürlüğü, 10. Madde’de teminat altına alınan öteki özgürlüklerin bir ön koşuludur ve 2. fıkrada sayılan kısıtlamalardan muaf olmak anlamında neredeyse mutlak bir anlamda koruma altındadır. Devletin tek yanlı bilgi yayması, kanaat sahibi olma özgürlüğü önünde ciddi ve kabul edilemez bir engel oluşturabilir. Kanaat sahibi olma özgürlüğü çerçevesinde bireyler, aynı zamanda, daha önce kamuya yapmış oldukları açıklamalara dayanılarak belirli fikirlerin kendilerine atfedildiği durumlarda muhtemel olumsuz sonuçlara karşı da koruma altındadır. Kanaat sahibi olma özgürlüğü, kanaatlerini açıklamaya zorlanmama negatif özgürlüğünü de içerir.²⁷

2.3. Düşünceyi Açıklama (İfade) Hürriyeti

İfade hürriyetinin bünyesinde bulunan son unsur hürriyet, “düşünceyi açıklama hürriyeti”dir. Düşünceyi açıklama hürriyeti, kişinin kendi düşünce ve kanaatlerini dış dünyaya serbestçe aktarabilmesidir. Bu unsur, ifade hürriyetinin dış dünyaya yansıyan boyutunu teşkil etmesi nedeniyle dış dünyada en çok yankı bulmakta ve kısıtlamalara konu olmaktadır.²⁸

Düşüncenin açıklanması bir kararın zihin dışındaki uygulamasıdır.²⁹ Kişiler, beşeri varoluşlarının bir gereği olarak, sahip oldukları düşünce ve kanaatlerini diğer insanlarla paylaşmak ve kendi görüşlerine taraftar bulmak isterler. Bu nedenle de sahip oldukları görüşlerini çeşitli şekillerde dışa vurular. Bu dışa vurum sözlü ve yazılı anlatım, sanatsal

²⁵ Osman Can, **Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?**, Ankara, 2003, s.11.

²⁶ Okumuş, s. 23-24.

²⁷ Monica Macovei, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, 1990, s. 413.

²⁸ Küçük, s. 66.

²⁹ Sunay, s. 63.

gösterim, kişisel görünüm ve görüntü tercihi, gösteri yürüyüşü, toplantı yapma ve örgütlenme şeklinde olabilir.³⁰ Bu bağlamda düşünceyi açıklama hürriyeti, açıklanan düşüncenin içeriği yanında dışavurum şeklini de kapsamaktadır. İfade hürriyeti, düşünce ve kanaatleri söz yazı yada başka araçlarla başkalarına aktarabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme ve kendi tercihleri doğrultusunda davranışlarda bulunabilmektir.³¹ Diğer tüm insan haklarında olduğu gibi ifade hürriyetinin sağlanmasının muhatabı da devlettir. İfade hürriyetinin gerçekleşmesi bakımından devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülüğü vardır. Bu nedenle devlet, kişilerin düşünce ve görüşlerini ifade etmelerine keyfi olarak müdahale etmemenin yanında düşüncelerini açıklayan kimseleri toplumdaki diğer kişi ve gruplardan gelecek baskı ve tehditlere karşı da korumalıdır.³²

İfade hürriyetinin konusu olan düşünceler ve inançlar, hayatın din, ahlak, siyaset gibi çeşitli alanlarına yönelik olabilirler. Kişiler hayatın çeşitli alanlarına yönelik olarak ifade ettikleri görüşlerinde yeni fikir ve bilgileri topluma aktarabilecekleri gibi mevcut uygulamaları ve önceden ortaya sürülmüş fikirleri de eleştirebilirler. Bunlardan başka kendi görüşlerine taraftar toplamak için propaganda da yapabilirler. İfade hürriyetinin içerik bakımından korunması daha doğrusu ifade hürriyetinin önemi, sadece toplumun tümü tarafından benimsenen veya ifade edildiğinde yadırganmayacak fikirler için değildir. İfade hürriyetinin önemi, egemen fikirlere ne kadar aykırı olursa olsun, herkesin yeni düşünceler ve bilgiler getirme hakkını korumasından kaynaklanmaktadır.³³ Bu nedenle ifade hürriyeti demokrasinin bir gereği olduğu kadar demokrasinin gelişmesine de katkı sağlayan hürriyetlerin başında gelmektedir. İfade hürriyetinin sağlanmadığı veya önemli bir derece de kısıtlandığı durumlarda haber ve fikir akışı duracak ve toplum durağan bir hale gelecektir.

Toplumsal sorunların nitelikli bir şekilde tartışılabilmesi her şeyden önce farklı görüşlerin karşı karşıya gelmesiyle mümkün olacaktır. Düşünceleri sözle, yazıyla, resimle veya başka herhangi bir araçla açıklamak mümkündür. Kişiler düşüncelerini, tek başlarına ifade edebilecekleri gibi onun toplumda daha büyük yankı getirebilmesi için toplu bir şekilde de

³⁰ Mustafa Erdoğan, **Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif**, Ankara, 2003, s. 37.

³¹ Tanör, s. 27.

³² Erdoğan, s .39.

³³ Ionna Kuçuradi, *“Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?”*, **Düşünce Özgürlüğü**, (Haz: Hayrettin Ökçesiz,), Afa Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 17-26.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

ifade edebilirler. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri yapmak yada parti, sendika vs. çatısı altında örgütlenerek düşüncelerin açıklanması, toplu şekilde yapılan düşünce açıklamalarındandır.³⁴ Bunlardan başka, haksız bir uygulamaya karşı kamuoyuna çağrı niteliğinde olan ve sivil itaatsizlik olarak adlandırılan eylemler de bir düşünce açıklama aracı olarak kabul edilmelidir.³⁵ Bu şekildeki toplu düşünce açıklamaları da ifade hürriyetinin değişik uzantılarından başka bir şey değildir.³⁶

İfade özgürlüğünün korunması açısından muhatabın kim olduğu konusunda yapılan değerlendirmelerde, muhatabın devlet olduğu belirtilmektedir. İfade özgürlüğünün gerçekleşmesi bakımından devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerini “keyfî müdahaleden sakınarak” ve “düşüncesini açıklayan kimselerin diğer kişi ve gruplardan gelecek baskı ve tehditleri engelleyerek” yerine getirmesi gerektiği vurgulanmaktadır. İfade özgürlüğünün önemi, düşünme özgürlüğüne imkân sağlayan bilgi edinme özgürlüğünün güvenceye bağlanması ve bireyin oluşturduğu kanaat, fikir ve görüşleri anlatabilmesine veya yayabilmesine olanak sağlayan özgürlükçü ve demokratik bir düzen içinde anlaşılabilir.³⁷

Bilgi ve kanaatlerin açıklanması özgürlüğü bir ülkenin siyasi hayatı ve demokratik yapılanması açısından çok büyük önem taşır. Bu özgürlüğün yokluğunda, anlamlı serbest seçimlerin düzenlenmesi mümkün değildir. Ayrıca, bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğünün tam olarak kullanımı, özgür ve demokratik bir devlet sisteminin temel göstergesi olan hükümetin serbestçe eleştirilmesini de *Vogt-Almanya*, 1995. mümkün kılar. AİHM’in 1976 yılı gibi çok erken bir tarihte belirttiği gibi, denetim işlevleri *AİHM’e*, “*demokratik bir toplum*”u ayırt eden özelliklere çok büyük dikkat sarf etme yükümlülüğünü vermektedir. *İfade özgürlüğü, bu tür bir toplumun asli temellerinden, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur.* Hükümeti eleştirme özgürlüğü 1986 yılında AİHM tarafından belirtik bir biçimde onaylanmıştır: *basının görevi kamu yararını ilgilendiren başka alanlarda olduğu gibi, siyasi konularda da bilgi ve fikirleri açıklamaktır. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri açıklama görevi yoktur: halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır.* Açıktır ki, bilgi ve fikirleri açıklama özgürlüğü, bilgi ve fikirlere ulaşma

³⁴ Küçük, s.73.

³⁵ Sunay, s. 12

³⁶ Okumuş, s. 29-31.

³⁷ Kamber, s. 17.

özgürlüğü ile birbirini bütünler. Bu, basılı medyanın yanı sıra radyo televizyon türü medya için de geçerlidir. Bunlar açısından bakıldığında AİHM, yayıncı ile izleyenin, kendi iradelerine bağlı olarak birbirleriyle doğrudan temas içine girebilecekleri gerekçesiyle, devletlerin bunların arasına giremeyeceğini belirtmiştir.

Ekonomik konularda bilgi ve fikir açıklama özgürlüğü (bu ticari ifade olarak anılmaktadır) de 10. Madde çerçevesinde teminat altına alınmıştır. Ancak, AİHM ekonomik konularda ülkenin yetkili mercilerinin daha geniş bir takdir payına sahip olduklarına karar vermiştir. Sanatsal yaratıcılık ve performans ile sanat yapıtlarının dağıtımı AİHM tarafından fikir ve kanaat alışverişiye temel bir katkı, demokratik bir toplumun yaşamsal bir unsuru olarak görülmektedir. Sanatsal özgürlüğün ve sanat yapıtlarının serbest dolaşımının yalnızca demokratik olmayan toplumlarda kısıtlandığını belirten Komisyon şu fikri ileri sürmüştür: *Sanatçı, yaratıcı eseri aracılığıyla dünya üzerine kişisel vizyonunu dile getirmekle kalmaz; aynı zamanda, içinde yaşadığı toplumu nasıl gördüğünü de ortaya koyar. Bu nedenle, sanat kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz; aynı zamanda kamuoyunun bir ifadesi olur ve halkın günün temel sorunlarıyla yüzleşmesini sağlayabilir.*³⁸

2.4. Basın Özgürlüğü

AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen hükümleri içerisinde basın özgürlüğünün açık olarak yer almadığı görülmektedir. Ancak, 20. yüzyılda toplum basın ilişkisinin dinamik yapısı göz önüne alındığında ifade özgürlüğünün kapsamı içerisinde basın özgürlüğünün daha çok yer almaya başlaması nedeniyle Sözleşme sistemi bu konudaki uygulamaları dikkatle ele almaya başlamıştır. Bununla birlikte, kitle iletişim kanallarının genişliği ve çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda, basının korunması ve basın adına açıklamaların ifade özgürlüğü içerisindeki ayrıcalıklı yeri Mahkeme hukuku tarafından da yönlendirici ilkeler doğrultusunda kabul edilmeye başlanmıştır. AİHM gündemine getirilen davalarda bu ayrıcalıklı konunun “demokratik bir toplum yapısı içinde basın günümüzde artık bir kuvvet olarak nitelendirilmesi ve adeta yasama, yargı ölçeğinde sistemin oluşmasında etkili olan bir kuvvet olmasının” çeşitli vesilelerle vurgulanmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir.

Basın özgürlüğünün ifade özgürlüğü ve demokratik toplum içindeki ayrıcalıklı konumunun, ifadelerin en yaygın ve etkili şekilde bireylere ulaştırma araçlarına sahip olmasından

³⁸ Macovei, s.11.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

kaynaklandığı söylenebilir. Ayrıca “basının bilgi ve fikirleri açıklamada kullanılan araç niteliği dışında, bilgilenme sürecini işletici, toplumsal ve siyasal hayatta etkili bir güç ve denetim fonksiyonunu gerçekleştiren özelliklerinin de etkili bir rol oynadığı söylenebilir.” Sözü edilen özellikler her şeyden önce basın, “bilinçli siyasal örgütlenmeyi, çoğulculuğu ve katılımı öngören demokratik yönetim fikri ile yakından ilişkili bir özgürlük olduğunu ortaya koymaktadır.” (Demokratik bir toplumda hükümetin işlem, eylem ve ihmalleri sadece yasama ve yargı organlarının değil, basın ve kamuoyunun da yakın denetimine tabi olmalıdır).³⁹

Basın özgürlüğünün ifade özgürlüğü açısından önemi nedeniyle AİHM, ifade özgürlüğü kapsamı içerisindeki özgürlüklerin kullanılması bakımından, basına özel statü tanıyan bir dizi ilke ve kuralı ortaya çıkaran kapsamlı bir içtihat hukuku geliştirmiştir.⁴⁰

Her ne kadar 10. Madde basın özgürlüğünün açıkça sözünü etmiyorsa da, AİHM, bu maddede ele alınan özgürlüklerin kullanılması bakımından basına özel statü tanıyan bir dizi ilke ve kuralı ortaya çıkaran kapsamlı bir içtihat hukuku geliştirmiştir. Biz de bu yüzden basın özgürlüğünün 10. Madde kapsamında ek bir takım açıklamaları hak ettiği kanısındayız. Basın özgürlüğünün özel olarak ele alınmasının bir başka gerekçesi ise ulusal uygulamalarda bulunabilir: kamu otoritelerinin ifade özgürlüğünü ihlâl ettiği durumların mağdurları başka türden bireylerden çok daha büyük ölçekte gazetecilerdir.⁴¹

2.5. Radyo, Televizyon, Sinema, Tiyatro ve İnternet Yayıncılığı Özgürlüğü

Küreselleşen dünyada insanlar fikirlerini gerek daha geniş kitlelere duyurmak, onları etkilemek amacıyla farklı metotlara yönelmektedirler. Bunların başında radyo ve televizyon yayınları, sinema filmleri, tiyatro oyunları, ve internet yayıncılığı gelmektedir. Özellikle günümüzde internet üzerinde kurulu bulunan sosyal ağlar bunun en iyi örneğidir. Tüm bu araçlar halkın bilgiye en kısa zamanda ulaşması ve eğitim açısından getirdiği faydaların yanı sıra bir çok zararı da bulunmaktadır. Devletler halklarını bu zararlardan korumak için bir takım önlemler almaktadırlar.

Sözleşme’nin 10. maddesinin 1. fıkrasıyla güvence altına alınan bilgi ve fikirleri açıklama ve toplumun bu bilgi ve fikirleri alma hakkı, devamında “Devletlerin radyo, televizyon ve

³⁹ AİHM’nin 23.04.1992 tarihli Castells/ İspanya kararı.

⁴⁰ Kamber, s. 61-62

⁴¹ Macovei, s.17.

sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlayabileceği” hükmüyle sürdürülmüştür. Ancak, bilgi ve fikirleri açıklama ve alma hakkının tanınması üzerine radyo, televizyon ve sinema işletmelerini izin rejimine bağlamasının bir çelişki olduğu ileri sürülmektedir. Söz konusu bu çelişkinin nedeni olarak, birinci fıkrada düzenlenen hükmün “AİHS hazırlık döneminin ileri bir aşamasında metne dâhil edilmesi, frekans sayısının sınırlılığı ve o dönemde çoğu Avrupa devletinin yayıncılık ve televizyon üzerinde bir tekel hakkına sahip olduğu gerçeği türünden teknik nedenlerden kaynaklandığı ileri sürülmektedir.”⁴²

AİHM, ülkelerin kamu otoritelerinin ruhsat sistemini düzenleme yetkisinin sadece teknik amaçlarla kullanılabileceğini, 10. Madde’nin ikinci fıkrasındaki koşullara aykırı biçimde ifade özgürlüğüne müdahale edecek tarzda uygulanamayacağını belirtmiştir. *Groppera* davasında AİHM şöyle diyordu: ...AİHS’in 10/1 maddesinin üçüncü cümlesinin amacı, devletlerin kendi topraklarında yayıncılığın düzenlenişini bir ruhsat sistemi ile, özellikle teknik yönleri açısından, kontrol altında tutmalarına olanak tanındığını açıkça ortaya koymaktır. Ancak bu cümle, ruhsat sistemine ilişkin önlemlerin bunun dışında Madde 10/2’nin koşullarına tâbi olmaması anlamına gelmez; çünkü böyle bir yaklaşım bir bütün olarak alındığında 10. maddenin amaç ve hedefine aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına yol açardı. *Autronic AG* davasında AİHM, yayınlanan bilgilere ulaşmak için kullanılan uydu antenleri gibi gereçlerin birinci fıkranın son cümlesinde getirilen kısıtlamanın kapsamı içine girmediğine karar vermiştir. *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH* davasında, AİHM Avusturya’nın, Avusturya Yayın Kurumu dışında her kanala televizyon verici istasyonu kurma ve işletme konusunda ruhsat verme bakımından herhangi bir hukuki zeminin yokluğu dolayısıyla 10. maddeyi ihlâl ettiği sonucuna ulaşmıştır.⁴³

3. İFADE HÜRRİYETİNİN GEREKÇELERİ

İnsanlar, yaratılışları gereği, diğer canlılardan farklı oldukları gibi kendi hemcinslerinden de farklı özelliklere sahiptirler. Görünüm olarak tek tip olmadıkları gibi düşünce olarak da standart özellik göstermezler. İfade hürriyetinin gerekliliği ve gerçekleştirilmesi, her şeyden önce insanların düşünebilme yetenekleri ile diğer canlılardan, daha sonra ise farklı düşünebilip farklı görüşlere sahip olabilmeleri bakımından kendi hemcinslerinden ayrı olmalarından kaynaklanmaktadır. İfade hürriyetinin gerçekleştirilmesi insan olmanın

⁴² Kamber, s. 61-62.

⁴³ Macovei, s.23.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

gereğidir. Tabiatı gereği farklı düşünebilen bir varlık olan insanın kendini dışa vurma ihtiyacı, onu insan kılan başlıca özelliklerden bir tanesi olup, sonuçları ve faydalarına bakılmaksızın sadece bu nedenle bile savunulmayı hak etmektedir.⁴⁴ İnsanın insan olmasının bir gereği olan ifade hürriyeti, onun sonuçlarına ve yararına vurgu yapan daha başka gerekçelerle de savunulmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, ifade hürriyetini bir takım gerekçelerle açıklamaya çalışan görüşler onun değerini açıklamaktan ziyade onun değeri konusunda başkalarını ikna etmeye çalışmaktadırlar.

Bu tür görüşlerden çıkarılacak ortak sonuç, ifade hürriyetinin, hangi gerekçeyle savunulursa savunulsun, savunulmayı hak eden bir değer olduğudur. Kuşkusuz bütün insanlar şu veya bu gerekçeyle ifade hürriyetini savunuyor değillerdir. Tıpkı insan hakları düşüncesine karşı olanlar gibi çeşitli nedenlerle ifade hürriyetine karşı çıkanlarda olabilecektir.⁴⁵

İfade hürriyeti, kişilerin sırf insan olmaları nedeniyle sahip oldukları ve genel olarak insan hakları diye adlandırılan haklardan biridir. İnsanın maddi ve manevi varlığının geliştirmeye katkıda bulunması yönünden önemli bir yere sahip olup, bir çok hak ve hürriyetin üzerine kurulu olduğu bir kaynak hürriyet niteliğindedir.⁴⁶ İfade hürriyeti insan haklarının tasnifi bakımından negatif statü hakları kategorisine girmektedir. Anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde kişisel ve siyasal haklar kategorisinde yer almaktadır. Bu nedenle ifade hürriyetinin, devlete karışmama yükümlülüğü getiren negatif nitelikte bir hürriyet olduğu söylenebilir. Devlet bu negatif yükümlülüğünün bir gereği olarak, bu hakka kendisi müdahale etmeyecek ve başkalarının müdahale etmemesi içinde gerekli önlemleri alacaktır.⁴⁷

Günümüz dünyasında kabul gören tek rejim olma yolundaki demokrasi, ifade hürriyetinin önemini artırmaktadır. Demokrasilerde iktidar gücünü halktan aldığından ve yöneticiler halka hizmetle yükümlü olduğundan halkın isteklerinin yöneticilere ulaşması, beğenilmeyen

⁴⁴ Bekir Berat Özipek, *“Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti”*, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2003, s. 1-2.

⁴⁵ Okumuş, s. 32.

⁴⁶ Süleyman Dost, *Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye*, Fakülte Kitabevi, Isparta, 2002, s. 17.

⁴⁷ Okumuş, s. 42.

icraatların eleştirilmesi ve seçmenlerin özgürce tercihte bulunabilmeleri için ifade hürriyetinin önemi tartışılmaz bir şekilde kendini göstermektedir.⁴⁸

İfade özgürlüğünün sürülen gerekçelerini; kendini gerçekleştirme, gerçeklerin keşfi ve ortaya çıkarılması, demokrasi, hoşgörü ve çoğulculuk ve sosyal psikoloji şeklinde sıralanabilir.

3.1. Bireysel Özerklik ve Kendini Gerçekleştirme

İnsan hakları açısından bireyin sadece insan olmasından kaynaklı sahip olduğu temel bir insan hakkı olan ifade özgürlüğü, bireysel özerklik ve kendini gerçekleştirme tezlerini destekler nitelikte ele alınabilmektedir. Söz konusu tezin dayanakları, insan haklarını ahlaki bir ideal olarak öne süren değerlendirmeler aracılığıyla da destek bulmaktadır. Bu açıdan “bireyin ahlaken eşit, özgür ve dolayısıyla özerk doğasına dayanan insan hakları tezinin” bireysel özerklik ve kendini gerçekleştirme tezlerine dayanak sağladığı ileri sürülmektedir. Bireysel özerklik ve kendini gerçekleştirme tezlerinin insan hakları teorisindeki bu deontolojik ön kabulü sayesinde söz konusu tezlerin temel bir insan hakkı olan ifade özgürlüğü özelinde de kabul edildiği görülmektedir. “Bireyin kendini ifade etme ve emellerini gerçekleştirme yeteneğinin iletişimsel faaliyete bağlı olduğu konusunda neredeyse bir oydaşıma bulunmaktadır. Zira iletişim, bireyin kendini ifadesiyle olanaklıdır. İfade, bireyin kendisini ifade etmesinin bir aracı ise, düşündüğünü açıkça söyleme özgürlüğü, bireyin özgürlüğünün doğrudan bir parçasıdır.” İfadenin iletişimsel bir gereksinimle karşılanması, diğer bir deyişle “bireyin kendini ifade etmenin fırsatına sahip olması, insanın ahlaki doğasıyla bağlantılı diğer bireysel değerleri gerçekleştirmesinin bir aracı olarak” bireysel özerklik ve kendini gerçekleştirme tezlerini desteklediği söylenebilir.

Bireysel özerkliğe ve kişinin kendini geliştirmesine yaptığı katkı açısından ifade özgürlüğü “diğer insani değerlerin ya dayanağı ya da destekleyicisi niteliğinde olduğunda, temel ahlaki değerlerden birisidir. Kişinin kendini gerçekleştirmesinin ve ontolojik potansiyellerini

⁴⁸ Okumuş, s. 43-44.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

geliştirmesinin birinci yolu kendini serbestçe ifade edebilmesidir. Kişilik kendini ifadeyle vücut bulur, özgür ve özerk kişilik ise özgür ifadeyle kaimdir.⁴⁹

3.1.1. Gerçeğin Keşfi

Geleneksel ifade özgürlüğü anlayışı içerisinde, ifade özgürlüğünün, yalnızca bir bireysel iyi olmayıp aynı zamanda bir sosyal iyi olduğu görüşü hakkında hâkim görüşe dayalı olarak bilginin arttırılmasının ve gerçeğin keşfinin en temel araçlarından bir olduğu ileri sürülmüştür.

İfade özgürlüğünün temellendirilmesinde başvurulmuş temel tezlerden birisi olarak gerçeğin keşfi tezi, sağladığı üstün değer algısı nedeniyle hem desteklenen hem de üzerinde en fazla tartışma yürütülen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçeğin keşfi tezinin sağlamlığı, ilk olarak hedefinin meşruluğuna ve önemine bağlıdır. Söz konusu tezin üzerinde dile getirilen tartışmaların ise, ifadenin başlı başına gerçeğin keşfine yönelik her türlü akıl yürütmeyi barındırması ve kavramın felsefi, siyasi, dini, bilimsel ve sosyal gerçekleri kapsamı nedenleriyle ilgili olduğu vurgulanmaktadır. Diğer bir deyişle, hedefin moral üstünlüğü karşısında çeşitli boyutları barındırması nedeniyle oluşacak karmaşıklık söz konusu tezin temellendirilmesinde farklı algılamaları gündeme getirmektedir.

Gerçeğin keşfi tezi, “açık tartışma, fikirlerin serbestçe değişimi ve araştırma özgürlüğü gibi konuların üzerinde durarak, gerçeğin araştırılması vetiresinin tesirli ve etkili olarak yerine getirilmesi” üzerinde durmaktadır. Söz konusu tezin “klasik aydınlanmacı” görüşleri aktaran düşünürler tarafından öne sürüldüğü söylenebilir.⁵⁰

3.1.2. Demokrasi

Demokrasi Latince bir deyim olup, “Halk” anlamına gelen “Demos” ile egemenlik-iktidar” anlamına gelen “kratos” sözcüklerinden oluşur. Sözcük anlamı halkın kendi kendisini yönetmesi, halk iktidarı, halkın yönetimi anlamına gelir.⁵¹ Demokrasi sadece seçim zamanı oy vermek değildir. Toplumu oluşturan her birey ve topluluğun, kendisinin ve içinde yaşadığı ülkesinin geleceği ile ilgili alınacak kararları etkileyebilme fırsatı sağlandığı zaman gerçek demokrasiden söz edilebilir.

⁴⁹ Kamber, s. 17.

⁵⁰ Kamber, s. 17.

⁵¹ Aydın İpek, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 105.

Geniş ölçekli, özelliklede ulusal devlet ölçeğindeki bir demokrasi “polyarchy” nin varlığı için gerekli olan şartlat Robert Dahl’ın belirttiği ve genel kabul gören anlayışa göre ; seçilmiş görevliler, Özgür ve adil seçimler, Kapsayıcı Seçme Hakkı, Mevki (Yönetim) için Yarışma Hakkı, İfade Özgürlüğü, Alternatif Enformasyon (Haber Kaynağı) ve Örgütsel Özerklik bulunmalıdır.⁵² Yani bir ülkede demokrasiden bahsedebilmemiz için bu şartların yerine getirilmiş olması gerekir.

İfade özgürlüğü bir toplumdaki yurttaşlara tanınmadığı zaman işleyen bir demokrasiden bahsetmenin mümkün olmayacağı ifade edilmektedir. Demokrasiye dayanan ifade özgürlüğü tezi, demokratik sürecin işleyişiyle doğrudan bağlantılıdır. Yöneticilerin seçimi, siyasal iktidarın eşit dağılımı, oydaşma arayışı, çoğulcu yapının tanınması ve korunması ile yönetimle ilgili karar alma sürecinin tanınması gibi katılım sürecine vurgu yapan bir yönetim biçiminde ifade özgürlüğünün en geniş anlamda tanınması gerekmektedir.

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. Bu durum, sadece kabul gören veya zararsız veya ilgilenmeye değmez haber, bilgi veya fikirler için değil aynı zamanda kırııcı, şaşırtıcı veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, demokratik bir toplumun olmazsa olmaz ilkeleri olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir. Bu özgürlük, AİHS’ de belirtilen şekilde ancak harfiyen uyulması ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken bazı istisnalara tabidir.⁵³

3.1.3. Yasaklamanın Ters Etkisi

Faydacı bir açıdan bakıldığında da, ifade edilmesi yasaklanan fikirlerin aslında koruma altına alınmış olacaklarını anlamak gerekiyor. Bir fikri yasaklamak, yasakçıların zannettikleri gibi, genellikle o fikrin aleyhine sonuçlar vermez. Çünkü, bir fikri yasaklamakla, onu akılcı yoldan eleştirme ve yanlışlığını ortaya çıkarma fırsatlarını da büyük ölçüde ortadan kaldırmış; yani yasaklanan fikre bir avantaj sağlamış, ona bir nevi dokunulmazlık kazandırmış olursunuz. Besbelli ki, yasaklanan fikrin aslında “yanlış” olduğu kanıtlanmadığı (gösterilmediği) -hatta yanlış olup olmadığı bilinmediği- için, pek çok insan onun doğru ve güçlü bir fikir olduğunu sanmaya devam edecektir. Hatta, gerçek hayattan da bildiğimiz gibi, yasaklanmak çoğu

⁵² İpek, s. 108.

⁵³ AİHM’nin 26.04.1979 tarihli, Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı, Çeviren; Osman DOĞRU, “*İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*” Beta Yay., İstanbul, 1996, s.163-192; Gerger/Türkiye, 8.7.1999, s. 46, Türkçe çevirisi için bkz. “*Yargı Mevzuatı Bülteni*” (YMB), 24 Ekim 2000, Sayı: 125, s. 51.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

zaman sağlam olmayan görüşlere ve onların sahiplerine haksız bir çekicilik, hatta itibar da sağlar. Bu nedenle, özellikle fikirler söz konusu olduğunda, yasakçılık kesinlikle zararlıdır.

Fikirlerin ifadesini yasaklamak pratik olarak da işe yaramaz. İfadenin serbest olmasından yana olan bütün ahlaki argümanları bir yana bıraksak bile, fikirlerin ifadesini yasaklamak pratik mülahazalarla da tavsiyeye şayan bir yol değildir. Çünkü, bütün gözlemlerin doğruladığı gibi, yasaklanan görüşler ortadan kalkmazlar; aksine kendini ifade edecek başka yollar bulurlar. Bu yolların en muhtemeli ve tehlikelisi de barışçı olmayan ifade biçimlerine yönelmedir. Bundan dolayı, toplum açısından düşündüğümüzde, yasakçılık sadece yararsız değildir, aynı zamanda zararlıdır.⁵⁴

4. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NİTELİĞİ VE ÖNEMİ

İfade özgürlüğünün niteliği ile ilgili yapılan değerlendirmeler, öncelikle bu özgürlüğün temel insan hakları teorisi içerisindeki ayrılmaz bütünlüğü göz önünde bulundurularak yapılmaktadır. Buna göre; insan, insan olmak sıfatıyla, yapısının gereği olarak vazgeçilmez, devredilmez, zaman aşımına uğramaz haklara sahiptir. İfade özgürlüğü de sırf insan olmaktan kaynaklanan haklardan birisidir. İfade özgürlüğünü insan onuru ve insanın maddi ve manevi varlığına dayandıran bir hak olarak ifade edilen bu görüş, kaynağını doğal hukuk anlayışından almaktadır.⁵⁵

Doğal hukuk anlayışı üzerine inşa edilen insan hakları ontolojik bir temellendirme olanağı da sunmaktadır İnsan olmaktan gelen, doğuştan olan ve devredilemeyeceği savına dayanan bu ontolojik temellendirme bir kez olarak kabul edildiğinde, bunlar zamana, başka bir güçlendirici unsura bağlı olmaktan çıkacak ve değişmeden kalacaktır.⁵⁶

İfade özgürlüğü modern demokratik devletler açısından taşıdığı önem nedeniyle, anayasalar ve insan hakları belgeleri kapsamında hukuki güvencelere bağlanmıştır. İfade özgürlüğü söz konusu belgelerde kişisel ve siyasal özgürlükler kategorisinde yer almaktadır. İfade özgürlüğü, “bireyin maddi ve manevi varlığının güvencesi olduğu için kişisel, siyasi hayata katılma

⁵⁴ Erdoğan, s. 38.

⁵⁵ Bekir Özden, **Düşünce Özgürlüğü ve Laiklik**, İstanbul, 1995, s.17-18.

⁵⁶ Cemal Güzel, “*İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi*”. İnsan Hakları Paneli, 31 Ocak-23 Aralık 2005, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2006, s. 123.

imkânı verdiği için siyasal haklar kategorisindedir.”⁵⁷ Bu yönüyle ifade özgürlüğünün “başkalarına yalnızca kaçınma yükümlülüğü getiren negatif nitelikli bir özgürlük olduğu”⁵⁸ ve aynı zamanda ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi için devletin gerekli tedbirleri almasını gerektiren pozitif nitelikli bir özgürlük olduğu ileri sürülebilir.⁵⁹

İfade özgürlüğünün niteliği gereği karmaşık bir yapıya sahip olduğu söylenebilir. “İfade özgürlüğünün kullanılmasında önemli fonksiyon gören çok sayıda özgürlük bulunmaktadır. Örneğin, eğitim hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, basın hürriyeti fikir ve kanaatlerin oluşmasını sağlamaktadırlar. Aynı Şekilde toplantı, gösteri, dernek, siyasi parti kurma, sendika gibi kolektif özgürlükler de ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesine hizmet eden özgürlük kategorileridir.”⁶⁰

İfade özgürlüğünün unsur özgürlükler yoluyla bireyin maddi ve manevi hayatını zenginleştirilmesi bakımından kişisel katkısı yanında, demokratik bir toplumun işleyişine katılımı sağlaması açısından da toplum hayatına katkısı bulunmaktadır. “Yeni düşünce ve taleplerin dile getirilmesi, mevcut sistemin kusurlarını ortaya çıkarmakta, yanlış uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlayarak toplumsal gelişmeye katkıda bulunmaktadır.”⁶¹ Aynı zamanda günümüz toplumsal hayatının vazgeçilmez bir unsuru olarak öne çıkan katılım mekanizmasının işleyişini etkinleştirdiği de söylenebilir.

İfade özgürlüğü bireylerin maddi ve manevi hayatlarına yaptığı katkının yanında toplumsal hayata sağladığı katkılar, onun halk ile yönetim arasındaki ilişkinin devamını sağlayan mekanizmalara sahip olmasında aranması gerektiği ileri sürülmektedir. İfade özgürlüğünün öneminin söz konusu mekanizmanın işletilmesinde yattığı söylenebilir. Bir insan hakkı olarak ifade özgürlüğünün önemi, uluslararası metinlerde ifadesini bulan insan haklarının “insanın özündeki onur”unun bir parçası olduğu gerçeğinde aranmalıdır.⁶²

⁵⁷ Sunay, s. 9.

⁵⁸ Sunay, s. 9

⁵⁹ Bıçak, s. 75.

⁶⁰ Sunay, s. 8.

⁶¹ Bıçak, s.74.

⁶² Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çevirenler: Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut, Ankara: 1995, s. 27.

5. TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLAMA NEDENLERİ

Bu başlık altında Türk hukuk sistemi içerisinde ifade özgürlüğünün Anayasa düzeyinde nasıl düzenlendiği ve sınırlandırma rejimi açısından hangi unsurların öne çıktığı incelenecektir. Ayrıca ifade özgürlüğüne kanunla getirilecek sınırlamaların Türk mevzuatı açısından en sık kullanılan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) 215, 216, ve 301. Maddeleri ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK)'nın 6. ve 8. Maddeleri kapsamında nasıl düzenlendiği ve yorumlandığı bu başlık altında incelenecektir.⁶³

5.1. 1982 Anayasası Hukukunda İfade Hürriyeti

1982 Anayasası ifade hürriyetini, AİHS'deki sisteme benzer bir şekilde iki ayrı maddede düzenlemiştir. Anayasasının 25. maddesinde sözleşmenin 9. maddesinde olduğu gibi “düşünce ve kanaat hürriyeti”, 26. maddede ise, sözleşmenin 10. maddesine paralel olarak, “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”ne ilişkin esaslar belirlenmiştir.

İfade özgürlüğü, 1982 Anayasasının 26.Maddesinde : *“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak: açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.”* , 15.Maddesin de (Değişik: 7/5/2004-5170/2 md.) ; *“..... kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.”* şeklinde tanımlanmaktadır.

Sözleşmeyle olan bu benzerlik, söz konusu maddelerin içeriği yönünden de göze çarpmaktadır. Ancak sadece bu benzerliklerden yola çıkarak, Anayasamızın da ifade hürriyetine AİHS gibi yaklaştığını söylemeye imkan bulunmamaktadır. Her şeyden önce ifade hürriyeti bir bütün olarak kabul edilmemektedir. İfade hürriyetinin iki ayrı maddede birbirinden bağımsız hürriyetler gibi düzenlenmesine gerekçe olarak; düşünce ve kanaat hürriyetinin, düşünceyi açıklama hürriyetiyle bağlantılı olsa bile nitelikleri ve sonuçları

⁶³ Okumuş, s. 92

bakımından birbirinden farklı olması gösterilmiştir. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere anayasayı hazırlayanlar esasen bir bütün olan ifade hürriyetini, birbirinden bağımsız iki hürriyet gibi düşünmüşlerdir. Bu anlayışa göre düşünce ve kanaat hürriyeti bir iç hürriyet olup, bu bakımdan anayasanın 13. maddesinde belirtilen genel sınırlamalar dışında herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Düşüncelerin dışa vurumu olan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ise, hem 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerine hem de 26. maddedeki özel sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlandırılabilir. İfade hürriyetinin iki ayrı hürriyetmiş gibi ayrı maddede düzenlenmesinin diğer bir nedeni ise, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlardan kaynaklanmaktadır.⁶⁴

Anayasanın, ifade hürriyetini iki ayrı maddede “düşünce ve kanaat hürriyeti” ve “düşünceyi açıklama hürriyeti” olarak ayrı ayrı ele alması, ifade hürriyetine yaklaşımının ilk olumsuz belirtisidir. Can’a göre ise önemli olan, düşünce hürriyetinin, düşünceyi açıklama hürriyetinin temelini oluşturduğunun unutulmaması olup bu durum, bu konuda tek başına bir kanaat oluşturmamalıdır.⁶⁵ İfade hürriyetinin kaç maddede düzenlendiğinden ziyade, Anayasanın bir bütün olarak hürriyetlere nasıl yaklaştığı ve Anayasanın nasıl yorumlandığı önemlidir. Gerçekten de 1961 Anayasasında⁸¹ ifade hürriyeti, “Düşünce Hürriyeti” başlığı altında tek maddede düzenlenmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi bu dönemde vermiş olduğu bir kararında; ifade hürriyetini bağımsız iki hürriyet şeklinde ele almıştır. Anayasa Mahkemesine göre, düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabi haklarından. Herkes istediği gibi düşünebilir ve istediği fikre inanabilir. Bu yönüyle kişilerin iç alemi kanununun müdahalesinin dışındadır. Fakat kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve bazı sınırlamalara bağlanabilir⁶⁶. Oysa Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında ise, düşüncelerin serbestçe oluşumunun ifade hürriyetinin bir başka yönünü oluşturduğunu belirterek, düşüncelerin serbestçe oluşabilmesi için radyo ve televizyon gibi etkili iletişim araçları üzerinde tek yönlü etkileme faaliyetlerinin gerçekleştirilmesini engelleyecek kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiğini söylemiştir⁶⁷.

⁶⁴ Sunay, s. 31.

⁶⁵ Can, s. 372.

⁶⁶AYMK, E.1963/16, K.1963/83, 08.04.1963. Kararın tam metni için Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K19630.htm>.

⁶⁷AYMK, E.1989/9, K.1990/8, 18.05.1990. Kararın tam metni için Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K199.htm>.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Bu kararlardan da anlaşılacağı gibi anayasanın yorumu, metnin gerekçesinin aksine, söz konusu hürriyetin olumlu ya da olumsuz biçimde ele alınabildiğini göstermektedir . Önemli olan ifade hürriyetinin kaç maddede düzenlendiği değil, bu hürriyetin düşüncenin oluşum süreci de dahil olmak üzere, kanaat hürriyeti ve düşüncüyü açıklama hürriyetini de kapsayan bir bütün olarak kabul edilmesidir.⁶⁸

AİHS basın, bilim ve sanat hürriyetlerini ayrı bir düzenlemeye tabi tutmayarak hepsini 10. maddenin kapsamında mütalaa etmektedir. 1982 Anayasası ifade hürriyetini, düşünce ve kanaat hürriyeti ve düşüncüyü açıklama hürriyeti gibi ikili bir ayrıma tuttuktan sonra düşüncüyü açıklama hürriyetinin uzantısı sayılabilecek şekilde basın hürriyeti ve bilim sanat hürriyetine de yer vermiştir.

5.2. 1982 Anayasasında İfade Hürriyetinin Sınırlanması

Diğer Anayasalarımızda olduğu gibi, 1982 Anayasası da ifade hürriyetini sınırlı bir hürriyet olarak düzenlemiştir. İfade hürriyetinin sınırlandırılması, Anayasamız bakımından sadece 26. maddede sayılan nedenlere bağlı değildir. Anayasamız daha bir çok yerde ifade hürriyetini sınırlandıran hükümler içermektedir. İfade hürriyetinin sınırlanması, AİHS açısından, sadece ifade hürriyetinin kullanılış biçimine ilişkin olmasına rağmen Anayasamız, ifadeyi içerik olarak da sınırlamaktadır.

Anayasanın 26/2. maddesinde, Sözleşmenin 10/2 maddesine paralel şekilde, ifade hürriyetinin hangi nedenlerle sınırlanacağı hükme bağlanmış, üçüncü fıkrada ise düşüncelerin açıklanması konusunda sözleşmede benzeri olmayan bir dil şartı getirilmiştir. Anayasada, düşüncelerin açıklanması veya yayılmasında kanunla yasaklanmış olan dillerin kullanılamayacağı ve bu yasağa aykırı olarak yapılan yayınların toplanacağı öngörülmüştür. Bu kısıtlama bakımından resmi yada özel alan ayrımı da yapılmamıştır. Oysa resmi makamlarla olan ilişkilerde resmi dilin kullanılması şart ise de, özel alanda hangi dilin kullanılacağı devlet müdahalesinin dışında kalması gereken bir konudur. Sözleşmenin 10/1. maddesinde ve AİHM kararlarında ifade hürriyetinin sınırlar ötesi olduğunun belirtilmesi karşısında, Anayasadaki bu dil sınırlamasının ifade hürriyetine getirilmiş gereksiz bir sınırlama olduğu söylenebilir. Nitekim AB'ye uyum sürecinde yapılan anayasa değişikliği sırasında ifade hürriyetine getirilen dil kısıtlaması kaldırılmıştır.

⁶⁸ Sunay, s. 31.

26. maddenin 3 ve 4. fıkralarında 4709 sayılı yasa ile olumlu değişiklikler yapılmıştır. Ancak yine bu yasayla, ikinci fıkrada gösterilen sınırlama sebeplerine “cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması” gibi geniş ölçüde ifade hürriyetini sınırlandırmaya yönelik belirsiz bir neden eklenmesi ise bu olumlu değişime gölge düşürmüştür.

İfade hürriyetinin sınırlandırılması, 26. maddedeki düzenleme ile sınırlı değildir. 26. maddedeki özel sınırlama nedenleri ile birlikte Anayasanın 13. maddesinde de genel sınırlama nedenleri olarak bir takım nedenlere yer verilmiştir. Bu maddede genel sınırlama nedeni olarak belirtilen “devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü, milli egemenlik, genel asayişin korunması” tüm hürriyetlerin sınırlaması bakımından kullanılabilecek bir özelliğe sahiptir.

Bu madde hürriyetlerin sınırlandırılması için genel sebeplerle birlikte sınırlamaların sınırı da gösterilmiştir. 13. maddeye göre, temel ve hak ve hürriyetlere getirilecek genel ve özel sınırlamalar demokratik toplumun gereklerine aykırı olamazlar ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamazlar. 13. madde hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini de hükme bağlayarak yasama tasarrufu dışındaki düzenleyici işlemlerle hak ve hürriyetlere sınırlama getirilmesinin de önüne geçmiştir.⁶⁹

13. maddenin ikinci fıkrasında ise sözleşmenin 10/2. maddesindeki benzer bir şekilde sınırlamanın sınırı gösterilmiştir. 13/2. maddeye göre, “sınırlamanın sınırı” demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ve sınırlama nedenlerinin öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamasıdır. Madde gerekçesinden demokratik düzeninin gerekleri ölçütünün, 1961 Anayasasının kabul ettiği “öze dokunmama” ölçütünden daha belirgin ve uygulamasının daha kolay olduğu belirtilmiştir. Madde metninde açıkça orantılılık ilkesinden bahsedilmemiş olmakla birlikte gerekçede, amaç ve sınırlama orantısının korunması gerekliliğine işaret edilmiştir.

Sözleşmenin 10/2. maddesinde sınırlamanın sınırı olarak gösterilen demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün Anayasanın 13. maddesinde de öngörülmüş olması bizdeki uygulamanın da AİHM’dekine benzer olduğunu söylemek için yeterli değildir. AİHM demokratik toplumun unsurlarını; demokratik “çoğulculuk”, “hoşgörü”, “açık fikirlilik” ve “ölçülülük” olarak belirlemiş olmasına karşın Anayasa Mahkemesi değişmez ve belli bir demokratik toplum anlayışı ortaya koyamamıştır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararın demokratik toplum düzeniyle Anayasa’da belirtilen hürriyetçi demokrasi ve bunun

⁶⁹ Okumuş, s. 9.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

gerekleriyle belirlenen hukuk düzeni anlaşılması gerektiğini söyleyerek evrensel ilkelerden uzak milli bir demokrasi tanımı yapmıştır. Anayasa Mahkemesi daha sonraki bazı kararlarında ise, “...Anayasamız hürriyetlere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılması sağlayacak önlemler alınmasını devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle hürriyetçi bir görüşü benimsemiştir” şeklinde değerlendirmelerde bulunarak, AİHM’nin yorumlarına yakın bir değerlendirme yapmışsa da bu konuda istikrarlı bir ölçü tutturamamıştır.

4709 sayılı yasayla 13. maddedeki genel sınırlama nedenleri kaldırılmış ve sınırlamalarda uyulması gereken “öze dokunmama” ölçütü yeniden Anayasaya girmiştir. Ayrıca madde gerekçesinde belirtilen “ölçülülük ilkesi” de açıkça metne dahil edilmiştir.

Anayasanın 15. maddesinde ise sözleşmenin 17. maddesiyle paralel şekilde hak ve hürriyetlerin durdurulmasından bahsedilmektedir. Bu maddeye göre, savaş ve seferberlik hallerinde, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, temel hak ve hürriyetler kısmen yahut tamamen durdurulabilir. Ayrıca hak ve hürriyetlerin sınırlanması bakımından belirtilen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Bu maddeyle hak ve hürriyetlerin durdurulmasının sınırı, ölçülülük ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler olarak belirlenmiştir. Bu düzenlemeyle temel hak ve hürriyetleri sınırlamanın en son sınırı, dolaylı olarak AİHS çerçevesinde belirlenmektedir.

Belirtilen bu sınırlamalar dışında Anayasada doğrudan ifade hürriyetinin içeriğine yönelik sınırlamalar da vardır. AİHS çerçevesinde ifade hürriyetinin sınırlandırılmasının içerik yönüyle değil de açıklanış biçimi bakımından olduğu göz önüne alındığında, içerikle ilgili sınırlamaların varlığı devletin ideolojik bir yapıya sahip olduğunun göstergesidir. Anayasaya hakim olan resmi ideolojinin açıklandığı başlangıç kısmının 5. paragrafındaki düzenleme ifade hürriyetine getirilmiş bir içerik kısıtlamasıdır. Bu düzenleme ile ifade edilen düşüncelere içerik yönünden devletin farklı bir yaklaşım sergileyeceği belirtilmiştir.⁷⁰ Bu düzenleme karşısında, belirtilen resmi ideolojiye aykırı fikirler, başka sınırlama nedeni olmasa bile, sırf içeriklerinden dolayı sınırlandırılabilirlerdir.

İfade edilen fikir ve düşünceler arasında bu tür bir farklılığın gözetilmesi çoğulculuğu engelleyici niteliktedir.⁷¹ İfade hürriyetinin ifade edilen fikirlerin içeriği nedeniyle

⁷⁰ Can, s. 390.

⁷¹ Sunay, s. 36.

sınırlanması, AİHS'ye aykırı olduğundan AB'ye uyum sağlanabilmesi için 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklikler sırasında 5. paragrafta da düzenlemeye gidilerek, “hiçbir düşünce ve mülahazanın” ibaresi metinden çıkartılarak, bunun yerine “hiçbir faaliyetin” ibaresi metne dahil edilmiştir. Yapılan bu düzenlemeyle, “ayrıcalıklı düşünce” anlayışına son verilerek düşünce hürriyeti önündeki önemli bir engel kaldırılmışsa da, düşünceyi açıklama hürriyeti ve anayasadaki diğer hürriyetler açısından olumsuz bir durum oluşturulmuştur.⁷²

Diğer bir içerik kısıtlaması ise Anayasanın 14. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasanın 14. maddesine göre, diğer hürriyetler gibi ifade hürriyeti de bazı amaçlara yönelik olarak kullanılması halinde başka hiçbir şart aranmaksızın sınırlanabilecektir. Bu madde ile düşüncenin açıklanmasına çok net bir şekilde içerik sınırlaması getirilmektedir. 4709 sayılı yasayla yapılan değişiklikle maddede sayılan kötüye kullanım amacının faaliyetle yapılması gerektiği metne dahil edilerek ifade hürriyeti bakımından olumlu bir düzenlemeye gidilmiştir.⁷³

5.3. İfade Hürriyetinin Kanunlarla Sınırlanması

Türk hukukunda, ifade hürriyeti genellikle cezai tedbirlerle sınırlanmış olduğundan, ifade hürriyetinin sınırlarının belirlenmesi için bu yasal düzenlemelere değinmek gerekecektir. Bu yasal düzenlemelerden ifade hürriyetine müdahale için en sık başvuru alanları ise, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 159, 312. maddeleri ile Terörle Mücadele Kanunu (TMK)'nın 6 ve 8. maddeleridir. 5237 sayılı yasa ile 765 sayılı TCK yürürlükten kaldırılarak 159 ve 312. maddelerin yerine 301, 215 ve 216. maddeler getirilmiştir. 765 sayılı TCK ve TMK'daki düzenlemelerin gerek yapılarından gerekse uygulanmasından kaynaklanan bir takım aksaklıklar nedeniyle ülkemiz AİHM'de mahkum olmaktadır. Bu nedenle bu yasa maddeleri üzerinde durmak faydalı olacaktır.⁷⁴

Devletlerin terörizmi haklı gösterecek bir takım yorum ve gerçekleştirmelere karşı çıkmaları anlaşılabilir. Bunun da ötesinde; devletlerin belirli aktivist ya da eylemcileri sansüre tabi tutmaları, bunlara işkence yapılmasından daha az vahim gözükmetedir. Fakat burada ifade özgürlüğü ve bunun sınırları konusu gündeme gelmektedir. Bu konu, özellikle terörizm bağlamında, insan hakları hukukunun en tartışmalı ve problemli alanlarından birisidir. “ İfade

⁷² Can, s. 506-508.

⁷³ Okumuş, s. 92-95.

⁷⁴ Okumuş, s. 96.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Özgürlüğü” hakkı, sadece demokrasinin temel taşı değil, aynı zamanda AİHS’ de kabul edilen diğer hak ve özgürlüklerin pek çoğunun kullanılabilmesi için bir ön koşuldur.

“İfade Hürriyeti” ya da diğer bir tabirle ‘düşünceyi açıklama özgürlüğü’, büyük ölçüde tüm hürriyetlerin anasıdır. Bu nedenle ‘kaynak hürriyet’ olarak değerlendirilir. 10. Maddenin bu önemi nedeniyle, sözleşmenin temel ilkelerinin yorumlanması için ölçütler ortaya koyan davalardan pek çoğu bu madde ile ilgilidir.⁷⁵

5.3.1. Türk Ceza Kanunu 301. Madde

5237 sayılı TCK’nın 301. maddesi Türklüğü, Cumhuriyeti, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)’ni, hükümeti, yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılamayı ceza tehdidiyle yaptırıma bağlamıştır. Bu suç, “devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar” bölümünde yer almaktadır. Yeni TCK’nın 301. maddesi, 765 sayılı TCK’nın 159. maddesinin karşılığıdır. Bu düzenlemenin kaynağı ise 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 123 ve 126. maddeleridir. Benzer düzenlemeler Belçika, Almanya ve İspanya Ceza Kanunlarında da yer almaktadır.

Madde, devletin egemenlik alametleri ve organlarının saygınlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olmakla birlikte maddenin içeriğinden, korumanın kapsamının daha geniş olduğu görülmektedir. Devletin egemenlik alametleri dendiğinde aklımıza bayrak, milli marş, para gibi devlet olmanın olmazsa olmazları olan unsurlar gelmektedir. Devletin organlarıysa genel olarak yasama, yürütme ve yargı erkleriyle bunları oluşturan diğer kurumlardır. Oysa 301. maddede “Türklüğü aşağılamak” da suç sayılarak koruma alanına devletin egemenlik alametleri ve organları dışında başka değerlerin de dahil edildiği görülmektedir. TCK’nın, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” başlıklı 301.maddesi şu şekildedir:⁷⁶

MADDE 301. 1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁷⁵ Ertan Beşe, “*Terörizm Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*”, Seçkin Yay., Ankara, 2002, s. 186 .

⁷⁶ Okumuş, s. 97.

3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

301. maddenin amacı, bir kısım devlet organları ile devlet şeklinin ve Türklüğün saygınlığının korunmasıdır. Korunan bu değerler maddede Türklük, Cumhuriyet, TBMM, Hükümet, yargı organları, askeri ve emniyet teşkilatları olarak sayılmıştır. Bunlar dışındaki devlet kurumları veya değerler aşağılandığında maddedeki suçun oluşması mümkün değildir.⁷⁷

Maddede geçen Türklük deyiimiyle, yasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere, dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık ifade edilmektedir. Bu varlık Türk Milleti kavramından daha geniştir. Bu yönüyle maddedeki Türklük deyiimi evrensel bir kavramdır. Ülkenin sınırları dışında yaşayan Türklerin oluşturduğu kültürü de kapsamakta olup, Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşlığından daha geniş bir anlama sahiptir. Bu bakımdan Türklerin ulusal dili, dini duyguları ve inançları bu kavram içinde düşünülebilir.⁷⁸ Ancak Yargıtay'ın, 159. madde dönemindeki kararlarında Türklük kavramını maddede öngörüldüğü biçimden daha farklı anladığı gözükmemektedir. Yargıtay, bu madde döneminde vermiş olduğu bir kararda; sanığın öğrenciler arasında çıkan bir çatışma nedeniyle polis aracına bindirildiği sırada “Kahrolsun Türkiye” şeklinde bağırması olayında, Türkiye deyiminden Türklüğü kastettiğini söyleyerek sanığın cezalandırılması gerektiğini söylemiştir. Bu suçun oluşabilmesi için genel olarak Türklüğün aşağılanması gerekir. Yoksa fert olarak bir Türk'ün aşağılanması bu suçun oluşması için yeterli değildir.

Yasama organı olan TBMM de bu maddeyle korunan kurumların başında gelmektedir. Maddenin uygulanması bakımından TBMM bir bütün halinde düşünülmelidir. Tek tek veya heyet halindeki üyelere veya komisyonlara karşı yapılan eylemlere bu madde uygulanamaz.

Cumhuriyet deyiimiyle kastedilen ise, Türkiye Cumhuriyeti Devletidir. Madde bakımından cumhuriyet, sadece Türkiye Devletinin şekli olması nedeniyle bir koruma görmektedir. Cumhuriyet bir kurum olarak korunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK)'na göre de, maddedeki cumhuriyet deyiimiyle Türkiye Devletinin şeklinden bahsedilmektedir. Bu

⁷⁷ Okumuş, s. 97.

⁷⁸ İsmail Malkoç ve Mahmut Güler, “*Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*”, Adil Yay., Ankara, 1999., s. 1231.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

madde bakımından devlet ile cumhuriyet eş anlamlı olarak düşünülmelidir. Ancak devlet kurumlarında çalışan kişilerin korunması bu madde kapsamında değerlendirilmez. Devlet kurumlarında görev alan bazı kamu görevlilerinin eylem ve faaliyetlerine dikkat çekilerek, “devletin mafyalaştığı” şeklinde sözler sarf edilmesi, cumhuriyeti aşağılamaya yönelik olarak değerlendirilemez. Hükümet kelimesi, hem dar hem de geniş anlamda kullanılabilir. Dar anlamda hükümet deyiminden, bakanlar kurulu anlaşılırken; geniş anlamda hükümet deyiminden ise devletin yürütme gücünün bir parçası olan tüm organlar akla gelmektedir. Maddenin metninden de anlaşılacağı üzere bu madde kapsamında korumaya alınan organ, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti yani Bakanlar Kurulu’dur. Bu bakımdan Bakanlar Kurulu dışında kalan kuruluşlar ile Bakanlar Kurulunun üyeleri olan Başbakan ve Bakanlar, maddenin uygulanması bakımından, hükümet deyiminin kapsamında düşünülmemelidir. Benzer durum hükümeti oluşturan parti ya da partiler için de söz konusudur.⁷⁹

5.3.2. Türk Ceza Kanunu 215. Madde

TCK’nın Kamu Barışına Karşı Suçlar bölümünde düzenlenen “Suçu ve suçluyu övme” başlıklı 215. maddesi eski 765 sayılı TCK’nın 312/1. maddesine paralel bir düzenlemedir. 5237 sayılı TCK suçlardaki cürüm ve kabahat ayrımını kaldırdığı için söz konusu 215. madde suç ve suçlunun övülmesinden bahsetmektedir. Madde metni şu şekildedir: “İşlenmiş olan bir suç veya işlenmiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”

Madde gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı gibi “suçu veya suçluyu övme” suçunu tanımlıdır. Buna göre suçun oluşması için, failin işlenmiş olan bir suç veya işlenmiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişiyi alenen övmesi gerekmektedir. İşlenmiş olan bir suçun failini veya kanuna uymayan kişiliğini, sırf suç işlemesi sebebiyle övme hâli de cezalandırılmaktadır. Suç işlemiş olan kişinin övülmesi hâlinde, aslında bu kişi aracılığıyla işlenmiş olan suç övülmektedir.”

Maddeyle korunmak istenen amaç suçun önlenmesi ile elde edilecek toplumsal menfaat ve kamu düzeninin korunmasıdır. Aksine alenen övme, suç olarak kabul edilmediği takdirde esas suçun cezalandırılmasında beklenen yarar ve etki ortadan kalkmış olacak, cezanın etkisi azalacaktır. Suçun maddi unsurunu, işlenmiş bir suç veya işlenmiş olduğu bir suçtan dolayı kişiyi alenen övmek oluşturmaktadır. Övmenin sözle ve hareketle olabileceği kabul

⁷⁹ Okumuş, s. 98

edilmektedir. Diğer taraftan eylemin amacı elde etmeye uygun araçlarla başlamış olması gerekmektedir. Övülen suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde de övme suçu oluşacaktır.

Suç veya suçluyu övme açık ya da örtülü bir şekilde tasvip etmek, onaylamak ve yüceltmek olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle “failin suç teşkil eden fiilini beğendiğini söylemesi ya da bu fiili başkalarına beğendirmeye çalışması suçun veya suçlunun övülmesi olarak değerlendirilmelidir.”⁸⁰

5.3.3. Türk Ceza Kanunu 216. Madde

TCK’nın Kamu Barışına Karşı Suçlar bölümünde düzenlenen Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama başlıklı 216. maddesi eski 765 sayılı TCK’nın 312/2. maddesinin yeni kanundaki düzenlenmiş halidir. Söz konusu madde şu şekildedir: “(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Söz konusu maddeyle çoğulcu toplum yapısına vurgu yapılarak toplumsal menfaat ve kamu düzeninin korunması amaçlanmaktadır.⁸¹

Madde gerekçesinde hukuk devleti standardından, günümüz demokratik toplumlarda temel bir fonksiyona sahip olan ifade özgürlüğünden ve açık ve yakın tehlike ölçütünden bahsedilerek, söz konusu düzenlemenin çoğulcu toplum yapıları içindeki önemi öne çıkarılmaya çalışılmıştır. İfade özgürlüğünün nasıl anlaşılması gerektiği ve uygulamadaki yansımaları açılarından yoğun tartışmalara neden olan düzenlemenin gerekçesi şu şekildedir: “Birinci fıkrada tanımlanan “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçu, hukuk devleti olma standardı yüksek olan birçok ülkenin Ceza Kanunlarında yer almaktadır.

⁸⁰ Kamber, s. 95.

⁸¹ Kamber, s.98-99.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Hiçbir devlet, vatandaşları arasında, muayyen özelliklere sahip bir kesiminin diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa, öç almayı gerektirecek şiddetli nefrete yönlendirilmesine seyirci kalamaz. Öte yandan çağdaş dünyada, gelişmenin temel dinamiği olarak düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kabul edilmektedir. Bu bağlamda; kişilerin düşündüklerini hür bir ortamda söyleyebilmeleri, demokratik toplumun varlığı için zaruri sayılan unsurlardandır. Söz konusu suç tanımı, bu düşünceler dikkate alınarak yapılmıştır.

Suçu oluşturan “tahrik”, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olmalıdır. Fail sübjektif olarak da bu amacı gütmeli, halk kesimini kin ve nefrete tahrik etmelidir. Bu kapsamda salt yüz çevirme, soyut bir ret veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma veya bu yönde sözler sarfetme, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrikin var olması gerekir. Failin fiili, adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunmalıdır.

Kin, “öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hâl”; düşmanlık ise, “husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu” olarak da tanımlanabilir. Şu hâlde kin ve düşmanlık; “husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zemini oluşturan psikolojik bir hâl” olarak açıklanabilir.

Fıkra metninde; fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde yapılması arandığı için, suç; soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, somut tehlike suçu hâline getirilmiştir. Bu suretle, çağdaş hukuktaki soyut tehlike suçlarını azaltma yönündeki eğilim dikkate alınmış, temel hak ve hürriyetlerin kullanım alanı genişletilmiştir. Bu düzenleme sayesinde “kin ve düşmanlık” ibaresinin anlamı da dikkate alındığında sadece “şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler” madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Hâkim, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu

kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması gerekir. İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında “açık ve mevcut tehlike” kriterinin var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.⁸²

Maddenin ikinci fıkrasında halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı bir kesiminin alenen aşağılanması suç sayılmıştır. Suçun oluşması için fıkarda belirtilen özelliklere sahip ve halkın bir kesimini oluşturan gayrimuayyen sayıdaki kişilerin aşağılanması, tahkir edilmesi gerekir. Bu fıkarda, kamu barışını korumak amacıyla halk kesimlerinin alenen aşağılanması, suç olarak tanımlanmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında bir halk kesiminin benimsediği dinî değerlerin alenen aşağılanması, suç hâline getirilmiştir. Fiilin cezalandırılabilmesi için, “kamu barışını bozmaya elverişli” olması gerekir.”

216/1 madde düzenlemesinde suçun manevi unsurunun halkı kin ve düşmanlığa tahrikin; halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine alenen yapılması ve kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde gerçekleşeceği belirtilmiştir.

5237 sayılı TCK’nın ilgili madde metnindeki bir yeniliği olarak “açık ve yakın” tehlike kriteri dikkat çekmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıcı Holmes tarafından ilk kez dile getirilen “açık ve mevcut tehlike” kriteri, ifade özgürlüğüyle ilgili her davada bakılması gereken temel unsurun, “ kelimelerin açık ve mevcut tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığı” üzerinde yoğunlaşmaktadır. 216. madde kapsamında kamu güvenliği açısından ortaya çıkan tehlikenin açık ve mevcut tehlike oluşturması için, gerekçede de belirtildiği gibi, “ somut bir tehlikenin varlığı, tehlikenin neticelerinin gerçekleşmiş olması ve hâkimin tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin dayanak noktalarını göstermesi” şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

⁸² Kamber, s. 98-99.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Burada öne çıkan tartışma konusunun kamu güvenliği açısından tehlikenin ya da zararın tespit edilmesi ve ifade özgürlüğünü sınırlandırılmasına neden olan ifadelerin yorumlanmasında siyasal iktidara çok geniş bir alan bırakması üzerinde yoğunlaşmaktadır.

“İfade özgürlüğünün keyfi bir şekilde sınırlandırılmasını önlemek için tehlike nitelendirilmiştir. Bu tehlike bir yandan ciddi ve somut olacak, diğer yandan açık ve mevcut olacaktır. Açıklık, şüpheyi ve vehimlere yer bırakmayacak şekilde tehlikenin ortada olmasıdır. Tehlikenin mevcudiyeti ise, kullanılan kelimenin zarar yaratma olasılığının kesine yakın olmasını ifade etmektedir.” Açık ve mevcut tehlike kriterinin değerlendirilmesinin somut olaylara ilişkin farklı algılama ve yorumlamalara imkân verebileceği ve bununla birlikte toplumların içinde bulunduğu dönem itibarıyla konjonktürel süreç ya da olaylara bağlı şekillenebileceği ileri sürülmektedir. Bu nedenle, ifade özgürlüğüne soyut ve bulanık gerekçelerle sınırlandırma getirilmesi endişesini önlemek amacıyla, söz konusu kriterin Amerikan Yüksek Mahkemesi uygulamasında “hukuk dışı bir eyleme kışkırtması ya da eylemi doğurması” şeklindeki yorumunun yaygınlık kazandığı görülmektedir. Diğer taraftan açık ve mevcut tehlike ilkesi yorumlandığında, tehlikenin “mevcut” olması halinde suçun teşekkül etmiş olacağı ve bu nedenle ilkenin kullanılması halinde sorunlar yaşanacağı ileri sürülmektedir. Bu nedenle 5237 sayılı yasanın 216. maddesinde geçen “açık ve yakın tehlike” kavramının isabetli olduğu ileri sürülmektedir. Diğer taraftan hukuk sistemimiz açısından bağlayıcılığı olan AİHM kararlarında “açık ve mevcut tehlike” kriterinin kullanılmadığı, ifadenin içeriğine, ifadenin açıklanmasındaki özene, yapıldığı bağlama, açıklamayı yapanın toplumdaki konumuna ve amacına, açıklamanın konusuna ya da hedef aldığı kişi veya gruba, düşünce açıklamasının potansiyel etkisine, ifadeyi açıklayanın düşüncesini başka kavramlarla dile getirmesinin mümkün olup olmadığına, uygulanan yaptırımın oranlılığı ile potansiyel caydırıcı etkisine, yargısal korumanın etkililiğine, kısıtlanan düşüncede mahkemelerin ortaya koyduğu gerekçelere göre değerlendirme yaptığı belirtilmektedir.

AİHM içtihatları ile Türk hukuk sistemi uygulamaları arasındaki uyum süreci içinde maddenin somut olaylara uygulanması noktasında farklılıkların giderilmesine ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. 216. madde kapsamında düzenlenen hükümler “kin ve düşmanlığa tahrik” kavramından bahsederek, suçun oluşmasında tahrikin her iki unsurun birlikte var olması durumuna vurgu yapmıştır.⁸³

⁸³ Kamber, s. 98-99.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında failin genel bir kastından ziyade halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme özel kastı aranması, demokratik bir toplumda yürütülen tartışma konuları üzerinde olumlu bir etkiye sahip olacağı ileri sürülmektedir. İfade özgürlüğü kapsamında kullanılan herhangi bir ifade sonrasında, “kişinin kastının aslında, demokratik tartışma forumuna katılmak olduğu; bununla birlikte sözlerinin kin ve düşmanlığa tahrik eder biçimde dışarıdan algılanabildiği durumlarda dahi failin özel kastının bulunup bulunmadığı araştırılarak bir sonuca varılacaktır.”

Gerekçede öne çıkan bir diğer önemli nokta, ancak şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden ifadelerin sınırlandırma kapsamında olacağının belirtilmesidir. Şiddet içermeyen ifadelerin sınırlandırma rejimi açısından AİHS uygulamasına benzerliği dikkat çekicidir. Ayrıca, “aslında ayrımcılığı tahrik niteliğinde sayılabilecek bir ifadenin, şiddet içermediği ya da şiddeti tavsiye etmediği durumlarda maddeye dayanarak ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmayacağı da ileri sürülmektedir.

216. maddenin son fıkrası, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanması suç olarak düzenlenmiştir. İfade özgürlüğü kapsamında dini değerlerin aşağılanması maddenin sınırlandırma nedenleri arasında yer almaktadır. Bu durum, AİHS’nin 10/2 maddesi ile görev ve sorumluluk yükleyen ifade özgürlüğü uygulaması açısından da AİHM, söz konusu dini düşünce ve inançlar kapsamındaki sorumluluğun “gereksiz yere başkalarına saldırıda bulunan ve böylece onların haklarını ihlal eden ve bu şekilde insan ilişkilerinde gelişme kaydetmeye elverişli kamusal hiçbir tartışmaya katkı yapmayan anlatımlardan da mümkün olduğunca kaçınma ödevini de içereceği belirtilmektedir.” Buradaki ödevin tartışma ortamına getireceği zarar nedeniyle sınırlandırmanın meşru olacağı yönündedir. Madde kapsamında sınırlandırmanın, eylemin kamu barışını bozmaya elverişli olması durumunda gerçekleşeceği düzenlenmiştir.⁸⁴

5.3.4. Terörle Mücadele Kanunu 6. Madde

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması rejiminin diğer bir parçası da 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun (TMK) 6. ve 8. maddeleridir. Söz konusu maddeler Türkiye açısından uluslararası mahkemeler karşısında bir dönem yoğun olarak ele alınması ve Türkiye’nin adı geçen kanun maddelerinden çeşitli mahkûmiyet kararlarıyla karşılaşmış olması nedenleriyle dikkat çekmektedir.

⁸⁴ Kamber, s.98-99.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Terörle mücadele etmek amacıyla çıkarılan 3713 sayılı TMK'nın "Açıklama ve Yayma" başlığını taşıyan 6. Maddesi şöyledir:

(1) İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Bu Kanunun 14 üncü maddesine aykırı olarak muhbirlerin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan (...) yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür.

(5) Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak on beş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmi dört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırksekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır.”⁸⁵

Kanun'un gerekçesinde belirtildiği gibi maddenin amacı, terör örgütlerinin suça hedef olarak kabul ettikleri kişilerin isim veya kimlik bilgilerini açık bir şekilde belirterek veya açık bir şekilde belirtmese bile, bu şahısların kim olduğunun kolayca anlaşılmasını sağlayacak şekilde veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin kimliklerini açıklayanlar veya yayınlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler ile terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basan veya yayınları cezalandırmaktır. Buradaki düzenlemeyle terör örgütlerinin hedef aldığı

⁸⁵ Kamber, s. 98-99.

devletin kendi varlığını, buna bağlı olarak bireylerin güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amaçlanmaktadır.

TMK'nın 6/1 maddesiyle düzenlenen hükümle suçun maddi unsuru, terör örgütlerinin yöneldiği kişilerin ve kamu görevlilerinin kimliklerinin açıklanmasıdır. Söz konusu suç için herhangi bir vasıta ile kişilerin kim olduklarına dair kimliklerin açıklanması yeterlidir. TMK'nın 6/5 maddesiyle basın yolu ile terör örgütünün propagandasının yapılması ile suç ve suçluların övülmesi yasaklanmaktadır.

5.3.5. Terörle Mücadele Kanunu 8. Madde

3713 sayılı TMK'nın ifade özgürlüğünün sınırlandırma rejimine dâhil olan ve Türkiye'nin AİHM tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının bir dönem için yoğunlaştığı diğer bir madde de 8. Maddedir. Maddeye göre: “(1) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz. Yapanlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüzmilyon liradan üçyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Bu suçun mükerreren işlenmesi halinde, verilecek cezalar paraya çevrilemez. (2) Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3'üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüzmilyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur. (3) Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun ikinci fıkrada yazılı mevkuteler dışında basılı eser ve sair kitle iletişim araçları ile işlenmesi halinde, sorumluları ve ayrıca kitle iletişim araçları sahipleri hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis, yüzmilyon liradan üçyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Ayrıca bu fiilin radyo ve televizyonlar vasıtasıyla işlenmesi halinde mahkemece ilgili radyo ve televizyon kuruluşunun bir günden onbeş güne kadar yayından menine karar verilir. Birinci fıkrada yazılı fiillerin ikinci ve üçüncü fıkralarda yazılı kitle iletişim araçları ile işlenmesi halinde belirlenen ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”

Maddenin uygulaması, içeriğindeki kavramların yorumlanmasındaki engeller, AİHM kararları ve düşünce ve ifade özgürlüğünün genişletilmesi yönünde yoğunlaşan talepler etkileriyle

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Terörle Mücadele Kanununun 8. Maddesi 15/07/2003 tarihli ve 4928 sayılı Avrupa Birliğine Uyum Yasasıyla hukuk sistemimizden kaldırılmıştır.⁸⁶

SONUÇ

Günümüz demokratik toplumlarında ifade özgürlüğü insan hakları kavramı içerisindeki öncelikli konumu nedeniyle felsefi, tarihsel, siyasal, bireysel ve toplumsal gerekçelerle savunulmaktadır.

İfade özgürlüğünün “demokratik bir devletin asli temelleri arasında yer aldığı, toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturduğu ve ayrıca sözleşmeyle güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerden yararlanmanın vazgeçilmez bir koşulu olduğu kabul edilmektedir. Diğer taraftan, ifade özgürlüğünün, Sözleşmenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşüncelere’ değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden ‘haber’ ve ‘düşüncelere de’ uygulanacağı bunun, ‘demokratik toplumun’ olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereklerini oluşturduğu da kabul edilmektedir.

İfade özgürlüğü tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de anayasal demokrasinin temel taşlarından birisi olarak kabul edilmektedir. En geniş anlamıyla ifade özgürlüğü bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması olarak benimsenmektedir. Bundan da anlaşılabileceği gibi, birer özgürlük kullanma biçimi olarak korunması gereken pek çok ifade ve izhar biçimi vardır. Bu geniş anlamında ifade özgürlüğü sözlü ve yazılı anlatım, sanatsal gösterim, kişisel görünüm ve görüntü tercihi, gösteri, yürüyüş, toplantı yapma ve örgütlenme gibi özgürlüklerin hepsini içine alır.

⁸⁶ Kamber, s. 99-100.

KAYNAKÇA

AIHM'nin 23.04.1992 tarihli Castells/ İspanya kararı.

AIHM'nin 26.04.1979 tarihli, Sunday Times/Birleşik Krallık Kararı, Çeviren; Osman DOĞRU, “İnsan Hakları Avrupa İçtihatları” Beta Yay., İstanbul, 1996, s.163-192; Gerger/Türkiye, 8.7.1999, s. 46, Türkçe çevirisi için bkz. “Yargı Mevzuatı Bülteni” (YMB), 24 Ekim 2000, Sayı: 125, s. 51.

AYMK, E.1963/16, K.1963/83, 08.04.1963. Kararın tam metni için Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K19630.htm>.

AYMK, E.1989/9, K.1990/8, 18.05.1990. Kararın tam metni için Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1990/K199.htm>.

Beşe, Ertan. **Terörizm Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Seçkin Yay., Ankara, 2002.

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

Can, Osman. “**Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?**” Ankara, 2003.

Çeçen, Anıl. **İnsan Hakları Rehberi**, Bilim Yayıncılık, Ankara, 1999.

Donnelly, Jack. **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev: Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut, Ankara: 1995.

Erdoğan, Mustafa. **Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif**, Ankara, 2003.

Gökçen, Ahmet. **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2001.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEORİK BOYUTU VE TÜRK HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Güzel, Cemal. “İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi”. İnsan Hakları Paneli, 31 Ocak-23 Aralık 2005, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2006.

İpek, Aydın. **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Detay Yayıncılık, Ankara, 2011.

Kamber, Suat. **İfade Özgürlüğü**, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012.

Kuçuradi, Ionna. “Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?”, Düşünce Özgürlüğü, (Haz: Hayrettin Ökçesiz,), Afa Yayınevi, İstanbul, 1998.

Küçük, Adnan. **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2003.

Macovei, Monica. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, 1990.

Malkoç, İsmail ve Güler, Mahmut. **Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, Adil Yay., Ankara, 1999.

Okumuş, Ali. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de İfade Hürriyeti**, Adalet Yayınevi, Hukuk Uygulama Kitapları, İnsan Hakları Dizisi, Ankara, 2007.

Özden, Bekir. **Düşünce Özgürlüğü ve Laiklik**, İstanbul, 1995.

Özipek, Bekir Berat. **Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2003.

Reyhan Sunay, **İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, LTD Yayınları, Ankara, 2001.

Robert Trager; Donna L Dickerson, **21. Yüzyılda İfade Hürriyeti**, LTD Yayınları , Ankara, 2003.

Soysal, Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1987.

Süleyman Dost, **Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye**, Fakülte Kitabevi, Isparta, 2002.

Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2001.

Bahçe, A./Demir, A. Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Cilt 4, Sayı 2 (2017), s. 41-80.

Tanör, Bülent. **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, İstanbul, 1969.

Teziç, Erdoğan “*Türkiye de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü*”, Anayasa Yargısı, 1990. s.31-46.