T.C.
RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ EKSENİNDE AİHM VE YÜKSEK MAHKEME KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK KRİTERİ

UZMANLIK TEZİ

OGUZHAN ELMALI

ANKARA
HAZİRAN, 2024


RTÜK
RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU

T.C.
RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ EKSENİNDE AİHM VE YÜKSEK MAHKEME KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK KRİTERİ

UZMANLIK TEZİ

OGUZHAN ELMALI

DANIŞMAN: ÜST KURUL UZMANI UĞUR BOĞA

ANKARA
HAZİRAN, 2024

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkanlığına

Oguzhan ELMALI adlı Üst Kurul Uzman Yardımcısının hazırladığı "İfade Özgürlüğü Ekseninde AİHM ve Yüksek Mahkeme Kararlarında Ölçülülük Kriteri" başlıklı bu çalışma, Tez Değerlendirme Komisyonu üyelerince oy birliği/oy çokluğu ile Uzmanlık Tezi olarak kabul edilmiştir**.**

	Komisyon Üyeleri	İmza
Başkan	Ebubekir ŞAHİN Üst Kurul Başkanı	……..
Üye	Deniz GÜÇER Üst Kurul Üyesi	……..
Üye	Deniz GÜLER Üst Kurul Başkan Yardımcısı	……..
Üye	Murat ELLİALTI Daire Başkanı	……..
Üye	Uğur BOĞA Üst Kurul Uzmanı (Tez Danışmanı)	……..

ONAY

Bu tez Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzmanlığı Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca../../20… tarihinde kabul edilmiştir.

Ebubekir ŞAHİN

Üst Kurul Başkanı

ETİK İLKELERE UYGUNLUK BEYANI

Bu tez çalışmasında;

Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,

Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,

Tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,

Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,

Sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak ve kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. …/…/20…

Oguzhan ELMALI

Üst Kurul Uzman Yardımcısı

TEŞEKKÜR

Tez sürecinde yardımları ve anlayışı ile desteklerinden istifade ettiğim danışmanım Sn. Üst Kurul Uzmanı Uğur BOĞA'ya ve tüm çalışma arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Aileme...

ÖZET

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ EKSENİNDE AİHM VE YÜKSEK MAHKEME KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK KRİTERİ

ELMALI, Oguzhan
Uzmanlık Tezi
Tez Danışmanı: Üst Kurul Uzmanı Uğur BOĞA
Haziran, 2024, 112 sayfa

Demokratik toplumun temellerinden biri olarak sayılması ifade özgürlüğünün önemini açıklamaktadır. İfade özgürlüğünün kullanımı, sorumluluğunu da beraberinde getiren bir yapıya sahiptir. Bu anlamda ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin farkındalık, ifade özgürlüğünün sınırlandırma koşullarının üzerinde durulmasını gerektirir. Nitekim, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilmesi gerekli ölçütlerden birisi de ölçülülük ilkesidir. Ölçülülük ilkesine ve ölçülülük ilkesinin unsurlarına temas edilen çalışmada; başta AİHM olmak üzere yüksek mahkemelerin ölçülülük ilkesine dair yaptığı yorumları ile ifade özgürlüğüne ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler: İfade özgürlüğü, AİHM, Anayasa Mahkemesi, Ölçülülük

ABSTRACT

CRITERIA OF MEASUREMENT IN ECHR AND HIGH COURT DECISIONS ON THE AXIS OF FREEDOM OF EXPRESSION

ELMALI, Oguzhan
Specialization Thesis
Thesis Advisor: Supreme Council Specialist Uğur BOĞA
June, 2024, 112 Page

The fact that it is considered as one of the foundations of democratic society explains the importance of freedom of expression. The exercise of freedom of expression has a structure that brings with its responsibility. In this sense, awareness of the limits of freedom of expression requires an emphasis on the conditions of limitation of freedom of expression. As a matter of fact, one of the criteria to be observed in the restriction of freedom of expression is the principle of proportionality. In this study, the principle of proportionality and the elements of the principle of proportionality are touched upon, and the interpretations of the high courts, especially the ECtHR, on the principle of proportionality and the evaluations regarding freedom of expression are included.

Keywords: Freedom of expression, ECtHR, Constitutional Court, Proportionality

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ETİK İLKELERE UYGUNLUK BEYANI iii
TEŞEKKÜR iv
ÖZET vi
ABSTRACT vii
İÇİNDEKİLER viii
KISALTMALAR xiii
BİRİNCİ BÖLÜM 1
GİRİŞ 1
Problem 2
Amaç 2
Önem 2
Kapsam ve Sınırlılıklar 3
Tanımlar 3
Yöntem 4
Veri Toplama ve Analiz Teknikleri 4
İKİNCİ BÖLÜM 5
TEMEL KAVRAMLAR 5
2.1. Uluslararası Belgelerde İfade Özgürlüğü 6
2.1.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 7
2.1.2. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme 8
2.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9
2.2. Türk Hukuku'nda İfade Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeler 11
2.2.1. 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 11
2.2.2. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun 12
2.2.3. 5187 Sayılı Basın Kanunu 17
2.2.4. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu 18
2.2.5. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 19
2.3. İfade Özgürlüğünün Anayasal Hükümler Uyarınca Sınırlandırılması 20
2.3.1. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk 21
2.3.2. Öze Dokunmama 22

2.3.3. Demokratik Toplum Düzeninin ve Laik Cumhuriyetin Gerekleri 23
2.3.4. Kanunla Sınırlama 25
2.3.5. Anayasanın İlgili Maddelerinde Belirtilen Sebeplere Bağlılık 26
2.3.6. Ölçülülük İlkesine Uygunluk 27
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 29
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE ÖNGÖRÜLEN SİSTEM 29
3.1. İfade Özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri Uyarınca Sınırlandırılması 30
3.1.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Sınırlamanın Koşulları 31
3.1.1.1. Müdahalenin Varlığı 31
3.1.1.2. Müdahalenin Hukuken Öngörülmüş Olması 31
3.1.1.3. Meşru Amaçla Sınırlama 33
3.1.1.4. Demokratik Toplumda Gereklilik 34
3.1.1.5. Ölçülülük İlkesi 36
3.1.1.5.1. Takdir Marjı 37
3.1.1.5.2. Ölçülülük İlkesinin Unsurları 39
3.1.1.5.2.1. Elverişlilik 40
3.1.1.5.2.2. Gereklilik 40
3.1.1.5.2.3. Orantılılık 41
3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ölçülülük İlkesini Gözeterek Almış Olduğu Karar Örnekleri 42
3.2.1. Pakdemirli v. Türkiye Davası 43
3.2.1.1. AİHM Öncesi Süreç 43
3.2.1.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 44
3.2.1.2.1. Hukuken Öngörülme 44
3.2.1.2.2. Meşru Amaç 44
3.2.1.2.3. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk 44
3.2.2. Fressoz ve Roire v. Fransa Davası 46
3.2.2.1. AİHM Öncesi Süreç 46
3.2.1.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 48
3.2.1.2.1. Hukuken Öngörülme 48
3.2.1.2.2. Meşru Amaç 48
3.2.1.2.3. Demokratik Toplumda Gereklilik 49
3.2.1.2.3.1. Genel Prensipler 49

3.2.1.2.3.2. İlkelerin Olaya Uygulanması 50
3.2.3. Perna v. İtalya Davası 51
3.2.3.1. AİHM Öncesi Süreç 52
3.2.3.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 52
3.2.4. Handyside v. Birleşik Krallık Davası 55
3.2.4.1. AİHM Öncesi Süreç 56
3.2.4.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 57
3.2.4.2.1. Hukuken Öngörülme 57
3.2.4.2.2. Meşru Amaç 58
3.2.4.2.3. Demokratik Toplumun Gereklerine Uygunluk 58
3.2.5. Lingens v. Avusturya Davası 62
3.2.5.1. AİHM Öncesi Süreç 63
3.2.5.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 64
3.2.5.2.1. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk 64
3.2.6. Janowski v. Polonya Davası 67
3.2.6.1. AİHM Öncesi Süreç 68
3.2.6.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 69
3.2.6.2.1. Hukuken Öngörülme ve Meşru Amaca Uygunluk 69
3.2.6.2.2. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk 69
3.2.7. Jersild v. Danimarka Davası 71
3.2.7.1. AİHM Öncesi Süreç 72
3.2.7.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 73
3.2.7.2.1. Hukuken Öngörülme 74
3.2.7.2.2. Meşru Amaç 74
3.2.7.2.3. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk 74
3.2.8. News Verlags GmbH & Co.KG v. Avusturya Davası 77
3.2.8.1. AİHM Öncesi Süreç 78
3.2.8.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 80
3.2.8.2.1. Hukuken Öngörülme 80
3.2.8.2.2. Meşru Amaç 80
3.2.8.2.3. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk 81
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM 83
TÜRK YÜKSEK MAHKEMELERİNCE VERİLEN KARAR ÖRNEKLERİ 83

4.1. Anayasa Mahkemesinin Ölçülülük İlkesini Gözeterek Vermiş Olduğu Kararlar 83
4.1.1. Metin Yalçın Başvurusu 83
4.1.1.2. AYM Öncesi Süreç 83
4.1.1.3. AYM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 84
4.1.1.3.1. Kanunilik 84
4.1.1.3.2. Meşru Amaç 84
4.1.1.3.3. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk 85
4.1.2. Hulusi Özkan Başvurusu 87
4.1.2.1. AYM Öncesi Süreç 88
4.1.2.2. AYM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 88
4.1.3.3.1. Kanunilik 88
4.1.3.3.2. Meşru Amaç 88
4.1.3.3.3. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk 88
4.1.3. Cengiz Şimşek Başvurusu 90
4.1.3.1. AYM Öncesi Süreç 91
4.1.3.2. AYM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 91
4.1.3.2.1. Kanunilik 91
4.1.3.2.2. Meşru Amaç 91
4.1.3.2.3. Demokratik Toplumun Gereklerine Uygunluk 91
4.2. Danıştayın Ölçülülük İlkesini Gözeterek Almış Olduğu Karar Örnekleri 94
4.2.1. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 2009/1637 Esas 2013/1160 Karar Sayılı Kararı 94
4.2.1.1. İdari Dava Daireleri Kurulu Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 95
4.2.2. Danıştay 12. Dairesinin 2013/6667 Esas 2016/6358 Karar Sayılı Kararı 96
4.2.2.1. Danıştay Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 96
4.2.3. Danıştay 13.Dairesinin 2022/2182 Esas 2023/1448 Karar Sayılı Kararı 98
4.2.3.1. Danıştay Tarafından Yapılan Değerlendirmeler 98
BEŞİNCİ BÖLÜM 100

SONUÇ VE ÖNERİLER 100
Sonuçlar 100
Öneriler 102
KAYNAKÇA 106
ÖZGEÇMİŞ 112

KISALTMALAR

Kısaltma	Açıklama
AFM	Alman Federal Anayasa Mahkemesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Anayasa	2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
ALAM	Alman Anayasa Mahkemesi
AK	Avrupa Konseyi
AYM	Anayasa Mahkemesi
D.	Dairesi
DMK.	657 sayılı Devlet Memurları Kanunu
E.	Esas Numarası
ECtHR	European Court of Human Rights
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
K.	Karar Numarası
MSHS	Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
OFCOM	Office of Communications
s.	Sayfa
S.	Sayı
TDK	Türk Dil Kurumu
TRT	Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
Üst Kurul	Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
v.	versus
vd.	ve devamı

BİRİNCİ BÖLÜM

GİRİŞ

Demokratik toplumların esaslarından kabul edilen ifade özgürlüğü hem ulusal hem uluslararası hukukta özel bir yere ve öneme sahiptir. İfade özgürlüğünün öneminin artması ile ifade özgürlüğünü koruma altına alan hukuki kurumların ortaya çıktığı, ifade özgürlüğünün kapsamının zaman içerisinde genişlediği düşünülmektedir.

İfade özgürlüğünün birçok başka hak ve özgürlükle oldukça yakın ilişkide olması, toplum ve hukuk için karşılık geldiği anlamın genişliğine hem bir gerekçe hem bir kanıt niteliği arz etmektedir. Sınırsız bir özgürlük olarak kabul edilmeyen ifade özgürlüğünün toplum için ifade ettiği anlam zenginleştikçe, kapsam ve sınırlılıkların da önemi artmıştır. Nitekim, anayasal bir özgürlük olan ifade özgürlüğünün sınırlarının anayasa ile çizilmesi, uluslararası sözleşmelerde ifade özgürlüğünü garanti eden ve sınırlılıklarını tespit eden hükümlere yer verilmesi hukuken dikkate değerdir.

Uluslararası gelişmelere bağlı olarak ifade özgürlüğünün öneminin artması şüphesiz ülkelerin ulusal hukuk düzenlemelerine de tesir etmiştir. Ülkemizin zaman içerisinde atmış olduğu anayasal ve yasal adımlar önem arz etmektedir. Bilhassa anayasal hükümlerde ifade özgürlüğünü sınırlayıcı hükümlerin azaldığı, uluslararası sözleşmeler dolayısıyla verilen taahhütlerin de sınırlamaları sınırlayan bir yapıda olduğunun vurgulanması gerekir.

İfade özgürlüğüne ilişkin uluslararası pek çok değerli sözleşme olmakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ulusal hukukumuza etkisi göz önüne alındığında, diğer uluslararası sözleşmelerden ayrı bir yerde durduğu söylenebilir. Keza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler içeren diğer uluslararası sözleşmelerden önemli bir farkı da sözleşme kapsamında mahkeme öngörülmüş olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları mahkemesi olarak isimlendirilen mahkemece alınan kararlar, ulusal hukukumuz bakımından doğrudan bağlayıcı olduğu için ifade özgürlüğüne ilişkin tespitlerinin ve yorumlarının dikkatle takibinin gerekli olduğu düşünülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletler aleyhinde, sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin taraf devletlerce ihlal edildiği iddiası ile başvurulabilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğüne ilişkin yargılamalarında, hüküm kurulurken belirli bir sistematiğin takip edilerek hüküm kurulduğu görülmektedir. Yargılamalarda ölçülülük ilkesi de bir kriter olarak gözetilmektedir.

Çalışmamızda başta ifade özgürlüğüne ilişkin temel kavramlardan bahsedilmiş, ardından ifade özgürlüğü bakımından ölçülülük kriterinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından nasıl değerlendirilip yorumlandığı ele alınmış ve ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yanında diğer yüksek mahkeme kararlarından da bahsedilerek ifade özgürlüğü ekseninde ölçülülük kriterinin değerlendirilmesine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Bu bölümde çalışmanın amacına, önemine, kapsam ve sınırlılıklarına, yöntemine, veri toplama ve analiz tekniklerine yer verilmiştir.

Problem

Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında, hukukun öngördüğü usullerin ve ölçütlerin doğru algılanıp uygulanması hukuk devleti ilkesi bakımından hayatidir. Ölçülülük ilkesi ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gözetilen bir ölçüt olup ifade özgürlüğünün sınırlanması açısından işlev göstermekte ve dikkate alınmaktadır. Bu araştırmanın problem durumunu mutlak bir özgürlük olmayan ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında fonksiyon ifa eden ve temel hak ve özgürlükler bakımından bir güvence olan ölçülülük ilkesinin; literatürde, mevzuatta ve yüksek yargı mercilerince ele alınış biçimine, değerlendirilmesine ve uygulanmasına ilişkin durumlar oluşturmaktadır.

Amaç

Çalışmanın amacı, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında gözetilen ölçütlerden biri olan ölçülülük ilkesinin; literatür ve mevzuatta ele alınışına, özellikle kavramın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler nezdindeki yorumlanma biçiminin ortaya konulması ile ölçülülük ilkesinin uygulamadaki görünümüne dair tespitlere yer verilerek ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlandırma kriterlerinden biri hakkında tartışmalara katkı sunmaktır.

Önem

Çok sayıda hak ve özgürlükle yakın ilişki içerisinde olan ifade özgürlüğüyle ilgili hem uluslararası hukuk nezdinde hem de ulusal hukuk düzeyinde detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu itibarla, ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırlarının bilinmesi önemli olup

ifade özgürlüğü, üzerinde çalışılması gerekli köşe taşı hukuki kurumlardandır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması, bireylerin devletle olan ilişkisi yönünden öteden beri üzerine araştırmaların yapıldığı meselelerdendir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma gücünün belirli usul ve kriterlere tabi olması ve sınırlandırmaya ilişkin hukuki güvencelerin sağlanması hukuk devleti ilkesi bakımından önemli kazanımlardandır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında dikkate alınan ölçütlerden biri olan ölçülülük ilkesi mevzuatımızda yer almakta ve literatürde de incelenmektedir. Ancak, literatürde ve mevzuatta yer alan ölçülülük ilkesinin, uygulamayı temin eden yüksek yargının bakış açısı uyarınca somutlaştırıldığı da bir vakıadır. İçtihatlarla kapsamı değişen ifade özgürlüğünün sınırlandırılma kriterlerden biri olan ölçülülük kriteri amaç ile araç arasında bulunması gerekli adil bir denge olarak ele alındığından bireylerin ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırılmalara karşı önemli güvencelerden birine ilişkin yapılacak çalışmaların da önemi uygulayıcılara bakış açısı sunabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Kapsam ve Sınırlılıklar

Çalışmanın kapsamı ifade özgürlüğünün ulusal ve uluslararası mevzuat dahilinde ölçülülük ilkesi bağlamında incelenmesidir. Çalışma konusunun esası olan ölçülülük ilkesinin bir sınırlama kriteri olması dolayısıyla, çalışmanın akışı ve kapsamı ifade özgürlüğünün sınırlandırılması esasına oturtulmuştur. Bu itibarla Türk hukukunda ve uluslararası hukukta sınırlandırmayla ilgili esaslar çalışmaya zemin hazırlamış olup çalışma bu izlence üzerine kurgulanmıştır.

Çalışma her ne kadar ifade özgürlüğünün sınırlandırılması usulü üzerine kurgulanmışsa da olağan dönem sınırlama koşulları ile sınırlandırılmıştır. Çalışmada olağanüstü sınırlandırma rejimine dair açıklamalara yer verilmemiş olup çalışmada olağan dönem sınırlama rejimi temelinde ölçülülük ilkesi incelenmiştir.

Tanımlar

Yüksek mahkeme, Anayasa Mahkemesi, Danıştay gibi üst yargı mercilerini tanımlamak için kullanılırken; Üst Kurul, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunu tanımlamak için kullanılmaktadır. Ölçülülük kriteri ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda gözetilmesi gerekli ilkelerden biridir.

Yöntem

Çalışmanın yöntemi nitel araştırma yöntemidir. Literatür taraması yapılarak gerçekleştirilen çalışmada doküman incelemesi yöntemi tercih edilmektedir. Konuya ilişkin öğretide yer alan açıklamalar ve mahkeme kararlarına yer verilmiştir. Yüksek mahkeme kararları yalnızca AİHM ile sınırlık bırakılmayıp ulusal düzeydeki yüksek mahkemelerin de kararlarına yer verilmiş ve konunun ulusal boyutta ne şekilde ele alındığı araştırılmıştır.

Veri Toplama ve Analiz Teknikleri

Bu çalışmada doküman incelemesi yöntemiyle veri toplama ve doküman analizi yapılmıştır. Doküman incelemesi yöntemi kitaplar, makaleler, tezler ve mahkeme kararlarının taranması usulü ile gerçekleştirilmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

İfade özgürlüğü, kişinin zihnindeki düşünceleri, kendi iradesi ile dış dünyaya açabilme hürriyeti olarak tanımlanmaktadır (Akgül, 2012, s. 3). Anayasa Mahkemesinin (AYM) de ifade özgürlüğüne ilişkin bir tanım yaptığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünü şu şekilde tanımlamaktadır:

> "…Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir"[1].

Literatürde ifade hürriyeti tanımına karşılık sağlamak üzere farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Düşünce hürriyeti, düşün özgürlüğü, konuşma hürriyeti, düşünme ve tartışma hürriyeti gibi kavramlar göze çarpmakta olup farklı tanımların, ifade özgürlüğünün farklı unsurlarına vurgu yaptığı görülmektedir (Sunay, 1999, s. 3 vd.). AYM'nin ifade özgürlüğüne ilişkin yaptığı tanımda da bu unsurlara vurgu yapıldığı görülebilmektedir. İfade özgürlüğünün farklı unsurları bünyesine alan katmanlı yapısı ifade özgürlüğünün pozitif hukuktaki yerine ilişkin yapılacak çalışmalarda birden fazla hak/özgürlükten de bahsedilmesini zorunlu kılmaktadır[2].

Öz itibariyle, bilhassa AYM kararlarında vurgulanan şekli ile ifade özgürlüğünün, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında (Anayasa) "düşünce ve kanaat özgürlüğü" başlıklı 25'inci maddesi ve "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlığını taşıyan 26'ncı

[1] AYM'nin 23/1/2014 karar tarihli 2013/2602 başvuru numaralı Emin Aydın Başvurusu, § 40; AYM pek çok kararında ifade özgürlüğünün ne anlama geldiğini belirttiğini açıklamaktadır. Nitekim, AYM'nin 6/2/2019 karar tarihli 2014/5959 başvuru numaralı Metin Yalçın Başvurusu, § 29; AYM'nin 04/06/2015 karar tarihli 2014/12151 başvuru numaralı Bekir Coşkun Başvurusu § 33 bunlardan bazılarıdır.

[2] AYM'nin 13/9/2023 tarihli ve 2022/70 Esas, 2023/152 Karar sayılı kararında "İfade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir" ifadesine yer verilerek, ifade özgürlüğünün başkaca hak ve özgürlüklerle alakalı olduğuna işaret edilmektedir.

maddesi uyarınca değerlendirilmeye tabi kılındığı görülmektedir[3]. Türk hukukunun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 10'uncu maddesinde söz konusu özgürlük "ifade özgürlüğü" başlığıyla ile düzenlenmiştir. Her ne kadar AİHS'in 10'uncu maddesinin yansımasının Anayasası'nın 26'ncı maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti olarak kabul edilebilirse de ifade özgürlüğünün yalnız bu hüküm ile sınırlı olmadığı, daha geniş bir kapsamda ele alınması gerektiği düşünülmektedir (Ulusoy, 2019, s. 120). Özellikle ifade özgürlüğünün yapısının düşünce ve kanaat hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, süreli ve süresiz yayın hakkı, basın hakkı, düzeltme ve cevap hakkı gibi hak ve özgürlükle birlikte ele alınmayı gerektirdiği düşünülebilir. Nitekim, Anayasa'nın 28'inci maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü hükmünde, basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 26 ve 27'nci maddelerinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. Hüküm gereğince, söz konusu hak ve özgürlüklerin yakın ilişki içerisinde bulunduğunun Anayasal düzeyde onaylandığı kabul edilebilir.

Literatürde ifade özgürlüğü olmaksızın toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ve seçme hakkının da kullanımının da mümkün olmayacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, oy verenler ve temsilciler arasında özgür bir fikir alışverişinin bulunmadığı bir toplumda seçme hakkı tehlikeye girecektir. Özünde ifade özgürlüğü şeffaflığı ve hesap verilebilirliği mümkün kıldığından, insan hakları kapsamında değerlendirilen diğer hak ve özgürlüklerin[4] korunmasında noktasında bir güvence olduğu ifade edilmektedir (Howie, 2018, s. 13).

2.1. Uluslararası Belgelerde İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü Türk Hukuku'nda anayasal, yasal düzeyde teminat altına alınmış olmakla birlikte uluslararası belgelerle de mevzuatımıza kazandırılan hükümler mevcuttur.

---

[3] Örneğin, AYM'nin 26/01/2022 tarihli ve 2021/22 Esas, 2022/6 Karar sayılı kararında, ifade özgürlüğünü güvence altına alan Anayasal hükümler zikredilirken hem 25'inci hem 26'ncı madde hükümleri bir arada zikredilmiştir. Bunun yanında, AYM'nin 13/9/2023 tarihli ve 2022/70 Esas, 2023/152 Karar sayılı kararında Anayasa'nın 26'ncı maddesi lafzına yer verildikten sonra, "…hükmüne yer verilmek suretiyle ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır." şeklinde içtihat edilmiştir. Diğer yandan, AYM 11/01/2023 karar tarihli 2019/38252 Başvuru Numaralı İdil Alakuş Dere Başvurusu §23; AYM, 2/4/2014 karar tarihli 2014/3986 başvuru numaralı Yaman Akdeniz ve diğerleri Başvurusu, § 49. Kararları emsal olarak gösterilebilir.

[4] O'Flaherty de Howie'ye benzer şekilde ifade özgürlüğünün diğer haklarla olan yakın ilişkisine işaret etmektedir. Hatta Howie'den daha kapsamlı şekilde meseleyi değerlendirmiş ve ifade özgürlüğünün ekonomik ve kültürel haklarla olan yakın ilişkisine değinmiştir. Şu kadar ki, yazar ifade özgürlüğünü diğer haklar bakımından "meta hak" olarak ele almaktadır. (O'Flaherty, 2012, s. 630 vd.)

Bu itibarla söz edilmesi gereken metinlerden biri de şüphesiz AİHS'tir. AİHS, Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gereğince doğrudan Türk Hukuku'nun bir parçasıdır.

AİHS'in yanında ifade özgürlüğünü teminat altına alan başkaca uluslararası belgeler de mevcuttur. Çalışmamızda, ifade özgürlüğünün uluslararası mahiyetinin anlaşılması için bazı uluslararası belgelerden söz edilecektir. Tarihsel süreç göz önünde bulundurularak İnsan Hakları Evrensel Bidirisi (İHEB), Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS) ve AİHS'e ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

2.1.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İHEB, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948 tarih ve 217A (III) sayılı kararıyla ilan edilmiştir. Ülkemizde de 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. İHEB kendisinden sonra kabul edilecek insan haklarına ilişkin uluslararası belge ve sözleşmelere öncülük etmesiyle; hatta şu kadar ki, bazı sözleşmeler ve anayasalarda bu bildiriye atıflar yapılmasıyla, insan hakları hukuku bakımından önemini göstermekte ve öncü rolünü ortaya koymaktadır (Aybay, 2006, s. 10). Ancak, İHEB'in kabul edildiği 1948 yılında, insan haklarının devletlere hukuki yükümlülükler yükleyen bir kavram olarak kabul edilmediği belirtilmektedir (Hannum, 1996, s. 317).

İfade özgürlüğü bakımından, İHEB'in 19'uncu maddesinde yer alan "Her ferdin fikir ve ifade hürriyetine hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzuubahis olmaksızın malûmat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek ve yaymak hakkını gerektirir." şeklinde düzenlenmekte olan hüküm ile, ifade özgürlüğünün İHEB sayesinde ilk kez uluslararası alanda düzenlendiği ifade edilmektedir (Bahçe & Demir, 2017, s. 21).

İHEB'in 29 ve 30'uncu maddelerinde, hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceğine dair bir düzenlemeler yer almaktadır. Özellikle İHEB'in 29'uncu maddenin 3'üncü fıkrasında zikredildiği üzere, İHEB'de yer verilen hak ve özgürlüklerin hiçbir şekilde Birleşmiş Milletler'in amaç ve prensiplerine aykırı olarak kullanılamayacağı hususu dikkati çekmektedir. Bunun yanında, İHEB'in 29'uncu maddesinin ilk fıkrası, bireylerin kişiliğini tam olarak ve serbestçe gelişmesinin bir toplum içinde mümkün olduğu kabulü ile, bireylerin gelişimini sağlayan topluma karşı görevlerinin olduğunu beyan etmektedir. Hükmün devamı olan ve sınırlamalara ilişkin düzenleme öngören İHEB'in 29'uncu maddesinin 2'nci fıkrası ile, hak ve sınırlamaların ancak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi, bunlara saygı duyulması amacıyla sınırlanabileceği;

sınırlamaların maksadının, demokratik bir cemiyette ahlâkın kamu düzeninin ve genel refahın haklı icaplarını yerine getirmek olduğu ve ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

İHEB'in 30'uncu maddesi İHEB'te yer alan hiçbir hükmün; herhangi bir devlet, kişi veya zümreye bildirgede yer alan hakları yok etmeye yönelik bir girişim ya da eylemde bulunmaya müsaade edecek şekilde yorumlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. İHEB'in bu hükmü, Anayasası'nın 14'üncü maddesiyle benzeştiği düşünülebilir[5]. Keza, İHEB'in 30'uncu maddesinin mücadeleci demokrasi anlayışını yansıttığı ve hatta uluslararası metinlerde bu anlayışı yansıtan ilk metin olduğu, İHEB'in bu anlamda da kendinden sonra gelecek olan uluslararası sözleşmelere öncülük ettiği ifade edilmektedir (Sağlam F. , 2019, s. 1245).

2.1.2. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 16/12/1996 tarihinde imzaya açtığı MSHS, 15/08/2000 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti adına imzalanmış ve MSHS'nin çekince ve beyanlarla onaylandığına dair 4868 sayılı Kanun 18/06/2003 tarihli ve 25142 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. MSHS'de, İHEB'ten farklı olarak bir denetim mekanizması öngörülmüştür. MSHS'nin 34'üncü maddesinde bir İnsan Hakları Komitesi kurulacağı hüküm altına alınmış, ilerleyen maddelerde komitenin yapısı ve görevleri hakkında hükümler ihdas olunmuştur. MSHS'nin 40 ve devamındaki maddeleri ile İnsan Hakları Komitesine, devlet yoluyla denetim ve rapora dayalı denetim imkânları öngörülmüştür. Bunun yanında, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokolün 2'nci maddesi uyarınca bireysel başvuru yoluyla yapılabilecek denetim usulü düzenlenmiştir. Literatürde, bu denetim mekanizmalarının özü itibariyle diğer insan hakları sözleşmelerinde de korunarak benzer düzenlemelerin tercih edildiği ifade edilmektedir. (Çalık, 2016, s. 88)

MSHS'nin insan haklarına dair dünyadaki en önemli anlaşma olduğuna dair iddia; anlaşmaya çok sayıda ülkenin taraf olmasıyla, güvence altına aldığı hakların çeşitliliğiyle ve her sınıftan insanı korumaya yönelik muhteviyata haiz olmasıyla gerekçelendirilmektedir.

[5] Anayasanın 14'üncü maddesi "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler bi çiminde kullanılamaz*" şeklinde düzenlenmiştir.

Nitekim, İnsan Hakları Komitesinde çok sayıda içtihat oluşturulmuş ve sözleşme taraf devletlerden çoğunun iç hukukuna dahil edilmiştir (Joseph & Castan, 2013, s. 3 vd.).

Esasen, literatürde İHEB'in her ne kadar birçok anayasaya öncülük ettiği, kendisinden sonraki sözleşmelere ışık tuttuğu vurgulansa da hukuken bağlayıcı olup olmadığı noktasında netlik olmaması karşısında[6]; MSHS'nin İHEB ile öngörülen ilkelere hukuki bağlayıcılık sağlayarak İHEB'te yer alan ilkeleri güvence altına alan bir niteliğe sahip olduğu ifade edilmektedir (Dalar, 2015, s. 209 vd.).

İfade özgürlüğü bakımından MSHS'de esas itibariyle 19'uncu maddesinde çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Mezkûr hükümde herkesin düşünce özgürlüğüne sahip olduğunu ve bu düşünceleri açıklama hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Şu kadar ki, herkesin ülke sınırlarına bağlı olmaksızın her çeşit bilgi, fikir ve düşünceyi; yazılı, sözlü, basılı, sanat eseri veya tercih edilecek herhangi bir şekilde araştırma, iletme ve edinme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmektedir.

İHEB'teki düzenlemeye benzer şekilde, herkesin sahip olduğu beyan edilen ifade özgürlüğüne ilişkin bazı sınırlamalar MSHS'de de öngörülmüştür. MSHS'nin 19'uncu ve 20'nci maddelerinde zikrolunan hükümlere göre, kullanımı belirli görev ve sorumlulukları beraberinde getiren ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar ancak yasayla getirilebilecektir. MSHS bu çerçeve hükmün içeriğini daha da belirgin hale getirmek amacıyla, söz konusu sınırlamaların başkalarının haklarına ve şöhretine saygı, ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı veya genel ahlakın gerekli olmasını da bir zorunluluk olarak belirtmektedir.

MSHS'nin 19'uncu maddesi ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlılıkları yukarıdaki şekilde düzenlemiş olmakla birlikte, MSHS'nin 20'nci maddesinde de her türlü savaş propagandasının ve ulusal, ırksal, dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak şekilde savunulmasının yasalarla yasak edileceği açık şekilde hüküm altına alınmıştır.

2.1.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS, Avrupa Konseyi (AK) üyesi ülkeler tarafından 04/11/1950 tarihinde Roma'da imzalanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti sözleşmeyi 04/11/1950 tarihinde imzalamış ve

[6] Bu konudaki baskın görüşün, İHEB'in hukuken bağlayıcı bir gücü olmadığı yönünde kanaate sahip olduğu ileri sürülmektedir (Eissen, 1972, s. 182).

sözleşmenin ve sözleşmeye ek protokolün ihtirazi kayıtlarla birlikte onaylandığına dair 6366 sayılı Kanun 10/03/1954 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

İHEB'te yer alan hakların evrensel ve etkin olarak tanınması ve uygulanmasını hedeflediği hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda AİHS'te İHEB'e doğrudan atıf yapılması; uluslararası bu belgeler arasındaki ilişkiyi göstermesi ve tarihsel sürecin ele alınması bakımından önemli olduğu düşünülmektedir.

Bunun yanında, AİHS ile sözleşme ve ek protokollerin uygulanmasının uygulanmasını sağlamak amacı ile bir mahkeme kurulacağı hükme bağlamıştır. AİHS'in 19'uncu maddesi uyarınca kurulacak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) sözleşmeye taraf devletlere, AİHS ve protokolleriyle öngörülen taahhütlerinin gereğini yerine getirmesi için devamlı surette görev yapacağı düzenlenmiştir.

AİHS'in 46'ncı maddesi gereğince, AİHM'in kesinleşmiş kararlarının taraf devletler bakımından bağlayıcı olduğu taahhüdü Türk Hukuku'nda doğrudan sonuç doğurmaktadır. Şüphesiz ki, Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gereğince uluslararası antlaşmalar Türk Hukuku'nun bir parçasıdır. Ancak bu bahiste AİHS'e özel önem kazandıran hükümlerden birinin, Anayasa'nın Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenlediği 148'inci maddesinde Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurularda; başvuru kapsamının anayasada öngörülen hak ve özgürlüklerden, AİHS ile teminat altına alınan hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü ile ihlal edilen müdahaleler ile sınırlandırılmış olduğunu hükme bağlayan madde olduğu düşünülebilir. Bunun yanında, usul kanunlarında yürütülen yargılama neticesinde, yapılan yargılamaya ilişkin olarak AİHM'in hak ihlali kararı vermesinin yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğu düzenlenmiştir[7].

Yazılı ve sözlü ifadelerin de ötesinde, fikri ifade etmeye, bilgi sumaya yönelik resim, görüntü ve diğer araçlar da AİHS, 10'uncu maddesiyle korunan ifade özgürlüğü kapsamındadır. Nitekim, AİHS'in 10'uncu maddesiyle yalnızca bilgi ve fikirlerin özü değil biçimi de korunmaktadır. Elektronik bilgi sistemleri, radyo yayınları, tablolar ve diğer üretim ve iletişim araçları bu madde kapsamında koruma altındadır (Loof, 2015). AİHS'in 10'uncu maddesi ile korunan ifade özgürlüğüne dair pek çok AİHM kararı da mevcuttur. Çalışmamızın konusunun odak noktası olması itibariyle, AİHS ile ilgili başlıklara özellikle AİHM kararları çerçevesinde ilerleyen bölümlerde detaylandırılacaktır.

[7]Bu sebeple, yargılamanın yenilenmesine ilişkin usul kanunlarında yer alan hükümler şunlardır: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (ı) bendi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (i) bendi, 5275 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (f) bendi.

2.2. Türk Hukuku'nda İfade Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeler

Uluslararası belgelerde düzenlenen ve koruma altına alınan ifade özgürlüğü, Türk Hukuku bakımından da etkili olmuş ve farklı düzeydeki normlarla korunma altına alınmıştır. Anayasa ve kanunlar düzeyinde korunan ifade özgürlüğüne dair pek çok normda düzenleme yer almaktadır. Çalışmamız Anayasa, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (6112 sayılı Kanun) ve 5187 sayılı Basın Kanunu (Basın Kanunu), 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu (TRT Kanunu), 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan hükümler ile sınırlandırılmaktadır.

2.2.1. 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

Anayasada, AİHS ve İHEB'ten farklı olarak doğrudan "ifade özgürlüğü" başlığını taşıyan bir madde başlığı mevcut değildir. Ancak, "düşünce ve kanaat özgürlüğü"[8] başlıklı 25'inci maddenin ve "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26'ncı maddenin, ifade özgürlüğünün düzenlendiği hüküm olarak kabul edildiği değerlendirilmektedir[9,10] (Yılmaz P. , 2011, s. 20). Düşünce ve kanaat hürriyeti başlıklı 25'inci maddede herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu ifade edilmektedir. Madde lafzı gereği, "her ne sebep ve amaçla olursa olsun" kişilerin sahip oldukları düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlanamayacağı ve bu nedenle kınanamayacağı ve suçlanamayacağı yönünde teminat sağlamaktadır.

---

[8] Düşünce özgürlüğünün ifade özgürlüğünün ikinci unsuru olduğu ve AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında korunan mutlak bir hak olduğu yönündeki görüş için bkz: (Erdem B. , 2022, s. 73)

[9] 1961 Anayasasında "Düşünce hürriyeti" başlıklı tek bir madde düzenlenmiş olmasına rağmen; 1982 Anayasasının yapılış sürecinde düşünce ve kanaat hürriyeti ve düşünceyi açıklama hürriyetinin iki ayrı hüküm olarak ele alınması, Danışma Meclisi'nin Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü tarafından şu şekilde açıklanmaktadır: "Tasarıda da ifade edildiği gibi; hiç kimsenin düşüncesini açıklamaya zorlanamaması, düşünce ve kanaatleri sebebiyle suçlanamaması, kınanamaması. Anayasa Mahkemesinin daha önce okuduğum kararında, insanın içinde kaldığı sürece zararsız olan vs. denmiş; orada da ayrılmıştır düşünce hürriyetiyle, düşünceyi ifade hürriyeti. Bunun önemi şuradadır. 'Ben şu kanaatte bir insanım. Bilinmesi halinde bu kanaatim sebebiyle hiçbir kınamaya, suçlamaya maruz kalamayacağım.' Bu, kişi için önemli bir teminattır. Benim hangi doktrine ait olduğumu öğrenmek için benim üstümde zor kullanılamayacaktır. Bu önemli bir teminattır. Düşünce hürriyeti budur, müeyyidesi, korunması da budur. Düşünceyi açıklama hürriyeti; kanaatin, düşüncenin umuma sunulmasıdır. Bunun neticeleri başkadır. Başka olduğu için de iki hürriyeti tasarıda ayrı kaleme aldık. Uygun görürseniz her ikisi bir maddede birleştirilebilir; fakat hiçbir şey değişmez madde uzar. Belki yanlış anlamalara da sebep olabilir. Onun için, düşünce hürriyetiyle, kanaati, düşünceyi açıklama hürriyeti ayrı maddelerde ifadesini bulmuştur." (Türkiye Büyük Millet Meclisi, 1982, s. 554)

[10] AİHS'in 10'uncu maddesinde yerini bulan ifade özgürlüğünün; Anayasa'nın 25,26 ve 28'inci maddelerine karşılık geldiğine yönelik görüş için bkz: (Turan, 2016, s. 5)

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile ise de uluslararası belgelerde yer verilen düzenlemelere benzer bir kurgu ile; herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu hürriyetin resmi makamların iznine tabi olmadan haber alma ve verme özgürlüğünü de kapsadığı; ancak radyo, televizyon sinema veya benzeri yollarla yapılan yayınların izin sistemine tabi tutulmasının bu hükme aykırılık taşımayacağı belirtilmektedir. Madde hükmünün devamında ise mezkûr hürriyetin kapsamı ve sınırlarına dair belirlemelere yer verilmektedir. Bunun yanında, Anayasa'nın başlangıç kısmının, Anayasa'nın 14'üncü maddesinin ve 24'üncü maddesinin 5'inci fırkasının[11] da bir sınırlama nedeni olduğunu öne süren görüşler de mevcuttur (Yılmaz A. , 2023, s. 331).

Hem Anayasa'nın 26'ncı maddesindeki sınırlama hükümlerinin 28'inci madde ile düzenlenen basın hürriyetine ilişkin hükümlere sirayet etmesinden; hem de radyo, televizyon ve benzeri yollarla yapılan yayınların basın hürriyeti ile kurduğu yakın ilişki, ifade özgürlüğüne ilişkin anayasal hükümlerin 25 ve 26'ncı madde hükümleri ile sınırlı kalmaksızın daha geniş bir düşünce yelpazesinde bulunmaya teşvik ettiği düşünülebilir[12].

2.2.2. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun

6112 sayılı Kanun'un amacının radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi ile ifade ve haber alma özgürlüğünün sağlanması olduğu 6112 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde zikredilmektedir. Bu amaca matuf 6112 sayılı Kanunun 34'üncü maddesinde ise, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişiliğini haiz Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (Üst Kurul) kurulduğu düzenlenmiş ve 6112 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinin (a) bendi ile, ifade özgürlüğüne ilişkin Üst Kurul'a tevdi edilen görevlerden biri şu şekilde düzenlenmiştir:

---

[11] Din ve vicdan hürriyeti başlığını taşıyan Anayasa'nın 24'üncü maddesinin 5'inci fıkrası şöyle düzenlenmektedir: "Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz".

[12] Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.04.2019 tarihli ve 2017/1321 Esas, 2019/415 Karar sayılı kararında "Basın özgürlüğü ise ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisidir." şeklinde içtihatta bulunmuştur.

"Yayın hizmetleri alanında ifade ve haber alma özgürlüğünün, düşünce çeşitliliğinin, Rekabet Kurumunun görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla rekabet ortamının ve çoğulculuğun güvence altına alınması, yoğunlaşmanın önlenmesi ve kamu menfaatinin korunması amacıyla gerekli tedbirleri almak."

Üst Kurul'a 6112 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat gereğince verilen görev ve yetkiler arasında, 6112 sayılı Kanuna ve ilgili mevzuata aykırılık tespit edilmesi veya yayın şartlarına uyulmaması durumlarında müeyyide uygulamak da yer almaktadır. 6112 sayılı Kanun'da söz konusu müeyyide yetkisi ceza hukukunun kanunilik ilkesine[13] uygun şekilde ele alınmaktadır. Buna göre, 6112 sayılı Kanunun 32'nci maddesi uyarınca "idari yaptırımlar"; 33'üncü maddesinde "adli yaptırımlara" yer verilmektedir.

İdari yaptırımların düzenlendiği 32'nci madde hükmünde, uyarı, idari para cezası, yayın durdurma ve yayın lisans iptali gibi yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. 11 fıkra halinde düzenlenen hükümde, program yayını durdurma ve katalogdan çıkarma idari tedbirlerine de yer verilmektedir. Söz konusu hükmün ifade ve basın özgürlüğüne sınırlama getiren bir karakteri haiz olduğu AYM tarafından da kabul edilmektedir. Nitekim söz konusu hükmün Anayasa'nın 2'nci ve 28'inci maddelerine aykırı olduğu iddiası ile iptali talep

[13] Anayasa'nın 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan hüküm "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." şeklinde düzenlenmektedir. İdari yaptırım yönünden düzenlemeyi ele alıp yorumlayan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 03/06/2015 tarihli ve 2015/284 Esas ve 2015/284 Karar sayılı içtihadı bu anlamda yol gösterici vasfa sahiptir: "Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek "suç ve cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir. (…) Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun "açıkça" suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir."

edilmişse de AYM söz konusu düzenlemenin; Anayasa'nın 13, 26 ve 28'inci madde yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir[14].

Hüküm, bazı yayın ilkelerinin ihlaline daha ağır yaptırım öngörmektedir. Maddenin ilk fıkrasında yer verilen yayın ilkelerine aykırılık halinde ihlalin yapıldığı aydan bir önceki ayın brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden yüzde beşine kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. İdari para cezası uygulanırken ihlal teşkil eden yayını yapan medya hizmet sağlayıcının ihlalinin ağırlığı, yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurulacağı hüküm altına alınmıştır.

Maddenin ilk fıkrası, gerçekleştirilen ihlalin mahiyeti göz önünde bulundurularak idari para cezasının idari tedbirle beraber uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Fıkrada sözü geçen idari tedbirler, ihlale konu programın yayının beş keze kadar durdurulması, isteğe bağlı yayıncılar açısından ise katalogdan çıkartma olarak tespit edilmiştir.

Maddenin devamı olan 2'nci fıkrasında, ilk fıkrada yer almayan yayın ilkelerine ve kanunun diğer maddelerinde yer alan ilke, yükümlülük ve yasaklara aykırı yayın yapan ve/veya kanun hükümleri uyarınca Üst Kurul tarafından belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Her ne kadar yaptırımın ilk fıkraya göre daha hafif olduğu gözlemlenebilirse de medya hizmet sağlayıcılara uygulanacak yaptırımın tıpkı ilk fıkra hükmünde olduğu gibi ihlalin ağırlığı, yayın ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak verileceği düzenlenmiştir. Bu hükümde öngörülen idari yaptırım ise ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden yüzde üçüne kadar olarak belirlenmiştir. Ancak, bu oranlar neticesinde uygulanacak idari para cezalarının alt sınırı olarak radyo kuruluşları, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı yayıncıları için çeşitli asgari miktarlar öngörülmüştür.

Düzenlemenin 5'inci fıkra hükmünde cezaların artırıldığı bir sistem dikkati çekmektedir. 8'inci maddede yer alan bazı yayın ilkelerine aykırılık teşkil eden yayının yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren 1 yıl içerisinde aynı ihlalin tekrarı halinde medya hizmet sağlayıcının yayınını 10 güne kadar durdurulmasına karar verileceği, yapılan 2'nci tekrar halinde ise yayın lisansının iptaline karar verileceği düzenlenmektedir. Burada zikredilen yayın ilkeleri 8'inci maddenin 1'inci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentleri ile 8'inci maddenin 4'üncü fıkrasıdır.

[14] AYM'nin 25/01/2023 tarih ve 2018/94 Esas ve 2023/10 Karar sayılı iptal talebinin reddine ilişkin kararı özellikle kanun hükmünün ölçülü olduğu yönündeki tespitleri yönünden dikkat çekmektedir.

Hükmün devamında, 8'inci maddenin 1'inci fıkrasının diğer bentlerinde yer alan yayın ilkelerinin ve 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan yayın ilkesini, ticari iletişimi düzenleyen yayın ilkesinin herhangi birini ihlali dolayısıyla uygulanan yaptırım kararının tebliğinden itibaren 1 yıl içerisinde 20 kez ihlal edilmesi halinde 20'den fazla ihlal eden medya hizmet sağlayıcının yayının beş güne kadar durdurulacağı düzenlenmektedir. Ayrıca, bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı beş günden on güne kadar yayının durdurulmasına karar verileceği, ikinci tekrarın gerçekleşmesi ise yayın lisansının iptaline karar verileceği düzenlenmiştir.

Adli yaptırımlar ise 5 fıkra halinde 33'üncü madde hükmünde yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrasında Üst Kurul tarafından yayın lisansı almaksızın yayın yapan veya yayınları Üst Kurul tarafından geçici olarak durdurulmasına karar verilenlerin yahut yayın lisansı iptal edilen gerçek kişiler ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü hakkında cezaya hükmolunacağı düzenlenmektedir. Aynı fıkrada güvenlik tedbirlerinin de uygulanacağı düzenlenmekle Üst Kurulca izinsiz faaliyete devam eden yayın cihaz ve tesislerin mühürleneceği ifade edilmiştir.

İzleyen fıkrada ise, ilk fıkrasından farklı olarak halihazırda yayın lisansı sahipliği söz konusudur. Buna göre, yayın lisansına sahip olunmasına rağmen sahip olunan lisans tipi dışında yayın yapan ve izinsiz verici tesis eden medya hizmet sağlayıcıların öncelikle Üst Kurul tarafından uyarılacağı, yapılan uyarıya rağmen izinsiz yayına devam edenler hakkında ilk fıkra hükmünün uygulanacağı düzenlenmektedir.

Bilindiği üzere, 6112 sayılı Kanun'un 25'inci maddesinde özel medya hizmet sağlayıcılar yaptıkları yayınları bir yıl süreyle muhafaza etmekle yükümlendirilmişlerdir. Hatta, yayınların herhangi bir şekilde soruşturma veya kovuşturma yapılması durumunda yetkili mercilerce medya hizmet sağlayıcılara işlemlerin sonuçlandığını yazılı olarak bildirene dek soruşturma veya kovuşturmaya konu yayın kaydının saklanması zorunlu tutulmuştur. Zikrolunan hüküm gereğince, 6112 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, 25'inci maddede yer alan bu yükümlülüğü ihlal ederek yayın kayıtlarını bir yıl boyunca saklamayan, Üst Kurul veya Cumhuriyet başsavcılığının talep etmesine rağmen süresinde ve aslına uygun teslim etmeyen özel medya hizmet sağlayıcı kuruluşun sorumlu müdürünün cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Maddenin 4'üncü fıkrasında ise gönderilen kayıtların içerik bakımından istenilen yayın olmaması veya kayıtlarda tahrifat, çıkartma, silme gibi işlemler yapılması da suç teşkil eden fiiller olarak tespit edilmiştir. Söz konusu fiilleri tespit edilen özel medya hizmet

sağlayıcı kuruluşun sorumlu müdürüne cezai sorumluluk öngörülmüştür. Maddenin son fıkrasında kamu davalarına Üst Kurul'un katılacağı düzenlenmiştir.

Yaptırımların yanında, ifade özgürlüğüne ilişkin önemli kavramlardan biri olan sansüre değinmek gerekirse, Türk Dil Kurumu (TDK) sansüre ilişkin tanımını "*her türlü yayının, sinema ve tiyatro eserinin hükûmetçe önceden denetlenmesi işi, sıkı denetim*" şeklinde yapmaktadır (Türk Dil Kurumu, 2023). Sansür hukuken, söz, yazı, sahne sanatı, film, radyo, televizyon vesair yayınların kitle iletişim araçları ile kamuoyuyla buluşturulmadan önce devletçe kontrolü olarak tanımlanmaktadır (Tikveş, 1964, s. 724).

Sansür Anayasa'da yer bulan bir kavramdır. Nitekim Anayasa'nın 28'inci maddesinde yer alan basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği hükmü yer almaktadır. Sansürü haklı gösteren, onaylayan gerekçeler kabul edilemez bulunmaktadır (Sargent, 1917, s. 63). Anayasanın 28'inci madde hükmünün gereği olarak, 6112 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde yayın hizmetlerinin yayınlanmasına ve içeriklerine müdahale edilemeyeceğine ve yayınların önceden denetlenemeyeceği hükmünü ihdas ederek sansürün yasak olduğunu açıkça ortaya koyarak önemli bir güvence sağlamaktadır.

Tıpkı sansür yasağı gibi, Anayasa'nın 32'nci maddesinde de yer verilerek anayasal koruma altına alınan düzeltme ve cevap hakkına 6112 sayılı Kanunda da yer verilmektedir. 6112 sayılı Kanun ayrıca düzeltme ve cevap hakkının kullanımı için başvuru usullerini ve takip edilebilecek yasal yolları da işaret etmektedir.

6112 sayılı Kanun olağanüstü dönemlerde yapılacak yayınlara ilişkin düzenlemeler de ihtiva etmektedir. 6112 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde yer alan olağanüstü dönemlerde yapılan yayınlara ilişkin hüküm, savaş, doğal afet, terör gibi olağanüstü durumların ortaya çıkardığı kriz durumlarında da ifade ve basın özgürlüğünün esas olduğu, yayın içeriklerinin önceden denetlenemeyeceği ve yargı kararları saklı kalmak üzere yayın hizmetlerinin durdurulamayacağı ifade edilmektedir. Ancak, milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde veya kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle muhtemel olma tehlikesi ortaya çıktığında[15] Cumhurbaşkanının veya görevlendirdiği bir Cumhurbaşkanı yardımcısının veya bakanın geçici yayın yasağı getirebileceği düzenlenmektedir.

[15] 6112 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin iptali konusu AYM'nin önüne gelmiştir. Söz konusu hükümde yer alan "olağanüstü durumlar", "milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı haller", "kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar" ifadelerinin Anayasa'nın 2'nci, 13 ve 144'üncü maddelerine aykırılık teşkil eden soyut ve belirsiz ifadeleri karşıladığı iddiasıyla iptali talep edilmiştir. AYM'nin 21/06/2012 tarihli ve 2011/44 Esas 2012/99 Karar sayılı kararı ile iptal talebi, incelemeye konu hükmün Anayasa'ya aykırı bulunmadığından bahisle reddedilmiştir.

Cumhurbaşkanının milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlak ile ilgili bildirimlerini, medya hizmet sağlayıcı, bildirinin ulaştığı andan itibaren saat 23:30'a dek yayınlamak ile yükümlendirilmiştir. Bu hükümler uyarınca alınan kararlara karşı Danıştayda iptal davası açılabileceği Danıştayın bu davalara öncelikle bakacağı ve varsa yürütmenin durdurulması talepleri hakkında 48 saat içerisinde karar vereceği hüküm altına alınmıştır.

2.2.3. 5187 Sayılı Basın Kanunu

Basın Kanunu, basın özgürlüğü, basın özgürlüğünün kullanımı ve basın kartı ile alakalı hususların düzenlenmesi amacını taşıdığını ve kanunun kapsamının basılmış eser ve internet haber siteleri ile sınırlı olduğunu 1'inci maddesi ile düzenlemektedir.

Basın özgürlüğü hususu Anayasa'nın yanında Basın Kanunu'nda da doğrudan düzenleme alanı bulmuştur. Basın özgürlüğü başlığı taşıyan 3'üncü maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. Maddenin ilk fıkrasında, basının özgür olduğu, bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarının da basın özgürlüğüne dahil olduğu ifade olunmuştur[16]. Maddenin devamı olan ikinci fıkrada basın özgürlüğüne dair sınırlama nedenleri öngörülmüştür[17].

Basın özgürlüğünün sınırlama nedenleri ifade olunurken, öncelikle demokratik toplumun gereklerine uygun olma şartı ön şart olarak öngörülmektedir[18]. Kanun demokratik toplumun gerekliliklerine uygun olma esasıyla yapılacak sınırlama nedenlerini şu şekilde sayılmaktadır:

---

[16] Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 11/03/2020 tarihli ve 2018/4040 Esas, 2020/1249 Karar sayılı kararında, Basın Kanunu'nun 1 ve 3'üncü maddelerini bir arada değerlendirilerek, basına sağlanan güvencenin amacının toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içerisinde yaşayabilmesini gerçekleştirmek olduğu ifade edilmiştir.

[17] Sınırsız olmayan Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda, hukuk düzeninin çatşan iki değeri aynı anda koruyamayacağı ve birinin diğerine üstün tutulurken temel ölçütün kamu yararı olduğunu çeşitli kararlarında vurgulamaktadır. Bazı örnekler için bkz: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 17/04/2019 tarihli ve 2016/15458 Esas 2019/2368 Karar sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 22/05/2017 tarihli ve 2015/9781 Esas 2017/3124 Karar sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 03/05/2016 2015/7099 Esas 2016/6008 Karar sayılı kararı.

[18] Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 30/03/2017 tarihli 2016/13439 Esas 2017/2910 Karar sayılı kararında basın ve haber alma özgürlüğünün ceza hukukunun araçları vasıtasıyla sınırlandırılması söz konusu olduğunda, basının demokratik toplumun vazgeçilmez olduğu hatırda tutularak ceza hukuku araçlarının nitelikleri göz önüne alınmasının ve ceza hukukunun son çarelik ilkesinin gerekliliği göz önünde bulundurulmasının gerekliliği ifade edilmektedir.

1- Başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının korunması,
2- Millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması,
3- Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi,
4- Yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması

2.2.4. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu

Anayasal bir kuruluş olan ve bağımsızlığı ile tarafsızlığı Anayasal güvence altında olan Türkiye Radyo Televizyon Kurumuna (TRT) ilişkin usul ve esasların tespit edildiği kanunun, "amaç" başlığında radyo, televizyon ve diğer medya araçlarından yapılan yayınların düzenlenmesi hususları zikredilmektedir. TRT Kanunu'nun kapsamının ise, her ne isim altında olursa olsun her türlü teknik usul ve araçlarla yurt içine veya yurt dışına yapılan radyodifüzyon (radyo yayını) ve televizyon yayınlar ile ilgili hususlar olarak tespit edildiği görülmektedir.

TRT Kanunu, 6112 sayılı Kanunda yer alan yayın ilkelerine benzer şekilde yayın esaslarına ilişkin hükümlere yer vermektedir. TRT Kanunu ayrıca 26'ncı maddesinde reklam yayınlarına ilişkin hususları, 27'nci maddesinde düzeltme ve cevap hakkını düzenlemektedir.

TRT Kanunu'nun 23'üncü maddesinin ilk fıkrasında, milli güvenlik nedeniyle yayınların menedilmesine ilişkin hüküm tesis edilmektedir ki, söz konusu hüküm oldukça önemlidir. Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği bir bakanın bir yayını veya haberi milli güvenliğin açıkça gerektirdiği hallerde menetmeye yetkili olduğu; men emrinin yazılı olmasının esas olmasına rağmen sözlü olarak da iletilebileceği, sözlü iletilen emrin en kısa sürede yazılı olarak yenilenmesinin şart olduğu düzenlenmektedir. Kanunda, TRT sorumluluğu altında yayın yapmayan kuruluşlara ilgili men kararının TRT Genel Müdürlüğünce, kararın alındığı tarihten itibaren 24 saat içerisinde tebliğ edileceği ifade edilmektedir. Kanun, maddenin ikinci fıkrasında siyasi partiler adına yapılan konuşmalar hakkında bu usulün uygulanmayacağını düzenlemektedir. Men kararı aleyhine açılacak iptal davalarında Danıştayın görevli olduğu ve yargılamaya ilişkin özel sürelerin öngörüldüğü görülmektedir.

2.2.5. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

TCK'nın "Hürriyete karşı suçlar" başlığını taşıyan yedinci bölümünde, 115'inci maddesinde, "İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme" başlıklı suçu ihdas edilmiştir. 3 fıkradan müteşekkil kanun hükmünün, ilk fıkrasında "cebir veya tehdit" kullanmak suretiyle, bir kişinin inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlamanın suç olduğu düzenlenmektedir. Fıkranın devamında benzer şekilde, bir kişinin inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, yaymasından menedilmesinin de cezaya tabi bir davranış olduğu hüküm altına alınmıştır.

Dini inançların gereğinin yerine getirilmesi, bireysel ya da toplu şekilde yapılan ibadetlerin veya ayinlerin; cebir, tehdit veya başkaca hukuka aykırı bir fiil ile engellenmesi de maddenin 2'nci fıkrası uyarınca suç oluşturduğu düzenlenen davranışlardandır. Kanun koyucu bu fıkrada düzenlenen fiillerin cezalandırılmasının birinci fıkra hükmü uyarınca yapılacağını düzenlemektedir.

Maddenin son fırkasında, cebir veya tehdit kullanarak yahut başkaca bir hukuka aykırı davranışla bir başkasının inanç, düşünce ve kanaatlerinden kaynaklanan hayat tarzına müdahale eden, değiştirmeye zorlayanların, birinci fıkrasına yollama yapılarak, birinci fıkra hükmü uyarınca cezalandırılacağı düzenlenmiştir. TCK'nın 115'inci maddesinin 1'nci fıkrasında, bireylerin inanç, düşünce, kanaat ve ifade özgürlüklerinin korunduğu, 2'nci fıkrada korunan hukuki değerin din ve vicdan özgürlüğünün bireysel ve toplu kullanımı olduğu ve son fıkrada yaşam tarzına yönelikte tercihlerin korunduğu ifade edilmektedir (Erman, 2017, s. 275).

Hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenen bazı suçların, çalışmamız özelinde 115'inci maddesinin; silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek cezada bir kat artırım yapılacağı 119'uncu maddede düzenlenmektedir.

İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasının engellenmesi suçunun gerekçesi incelendiğinde, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin korunmaya çalışıldığı ifade edilmektedir. Kanun hükmünün incelenmesi neticesinde Anayasanın, 24, 25 ve 26'ncı maddelerinde düzenlenen özgürlüklere ilişkin koruma sağlanmak istendiği, bu anlamda 115'inci madde hükmünün de sözü geçen Anayasal hükümlerin birbirleriyle ne derece yakın

ilişkide olduğunu ve bu özgürlüklere ilişkin yapılacak incelemelerin birlikte yapılması gerektiğinin önemini destekler nitelikte olduğu düşünülebilir.

2.3. İfade Özgürlüğünün Anayasal Hükümler Uyarınca Sınırlandırılması

İfade özgürlüğüne ilişkin tanımlamaların ve belirlemelerin Anayasanın 26'ncı maddesinin ilk fıkrasında düzenlendiği (Can, 2002, s. 505) ve bu hükmün kapsamına dair açıklamalara yukarıda yer verilmiştir. Hükmün devamı olan ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin nedenlere yer verilmesi, bu başlık altında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin açıklamalara yer verilmesini gerekli kılmaktadır [19].

Sınırlandırma; kanun koyucunun belirli bir hakkın veya hürriyetin varlığını sürdürmekle birlikte, Anayasanın öngördüğü veya belirlediği alanının daraltılarak söz konusu hakkın veya hürriyetin kullanım olanaklarının daraltması olarak ifade edilmektedir[20]. Anayasa'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" hükmü, ifade özgürlüğünün sınırlanması hususunda da diğer temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi işlerlik kazanmaktadır (Çamak, 2015, s. 1073).

Anayasa'nın 13'üncü maddesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, hakların ve hürriyetlerin özlerine dokunmaksızın, ancak ilgili olduğu madde hükmünde yer alan sınırlama nedenine bağlı olarak sınırlandırılabileceğini ve bu sınırlamanın ancak kanun ile yapılabileceğini düzenlemektedir (Öztürk, 2021, s. 134) . Bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplumun düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekliliklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hüküm altına alınmıştır (Atar, 2023, s. 136).

İfade özgürlüğünün sınırlama nedenleri ise Anayasa'nın 26'ncı maddesinde yer almaktadır. İfade özgürlüğünün sınırlama nedenleri bu madde hükmünde şu şekilde sayılmaktadır:

---

[19] Nitekim, AYM'nin 04/06/2015 karar tarihli ve 2013/9343 Başvuru Numaralı Mehmet Ali Aydın Başvurusu § 41 kararında, "*Sınırlanabilir bir hak olan ifade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tâbidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir"* şeklinde içtihat edilmiştir.

[20] AYM 23/01/1993 tarih ve 1992/36 Esas ve 1993/4 Karar sayılı kararında, temel hak ve özgürlüklere yönelen "sınırlanmanın" yanında temel hak ve özgürlüklerin "durdurulmasına" ilişkin açıklamalara da yer vermektedir. Kararda, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile iptali istenen kanun hükmünün incelenirken öncelikle incelemeye konu düzenlemenin temel hak ve özgürlüklerin kullanımını sınırlandırmaya mı durdurmaya mı yöneldiğine ilişkin değerlendirmenin yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmiş ve sınırlandırma ve durdurma kavramları arasındaki farka ve ilişkiye işaret etmesi yönünden dikkat çekicidir.

1- Millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği,
2- Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması,
3- Suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması,
4- Başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi

Sonuç olarak, her iki hükmün bir arada değerlendirilmesi neticesinde; ifade özgürlüğünün anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmayacak şekilde, demokratik toplumun gereklerine uygun bir biçimde laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olarak Anayasa'nın 26'ncı maddesinde öngörülen nedenlere bağlı olarak ölçülülük esasında kanun ile sınırlanabileceği ifade edilebilecektir.

2.3.1. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk

"Anayasanın sözü"[21] kavramının anayasa metnine işaret ettiği, anayasanın sözüne uygunluk kriteri ile kast olunan ise anayasa metnine uygun olması ve şayet ilgili hakka veya hürriyete ek güvence veya özgül güvence verilmiş ise, bu güvencelere de uygun olma şartının ifade edilmek istendiği belirtilmektedir (Aydın, 2008, s. 108). Örneğin Anayasanın 28'inci maddesinde basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği hükmü ile basın özgürlüğüne dair dokunulamayacak bir alan öngörmüş olup bu alanın sözü edilen ek güvencelerden olduğu ifade edilmektedir (Fendoğlu, 2002, s. 127).

Anayasanın ruhuna uygunluk ile kastedilenin, "anayasanın bütününe ve ondan çıkan temel anlama aykırı olmaması" olduğu belirtilmektedir (Özbudun, 1992, s. 87). Bunun yanında, "Anayasanın ruhu" kavramının "anayasa hükmünün yorumu" olarak anlaşılmasının daha doğru olduğu yönünde de görüşler ileri sürülmektedir. Buna göre,

[21] AYM çeşitli kararlarında "Anayasanın sözü" kavramını değerlendirmiştir. Örneğin, AYM 28.9.2017 tarihli ve 2014/101 Esas 2017/142 Karar sayılı §84 kararında "Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "...Anayasanın sözü..." ifadesi Anayasa'nın metnini yani lafzını ifade etmektedir." ifadesine yer vermektedir. Bir başka karar olan AYM'nin 05.04.2023 tarihli ve 2022/152 Esas 2023/66 Karar sayılı §31 ; "Bu müdahalenin Anayasa'ya uygun düşebilmesi için Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçütlere aykırı olmaması gerekir. Anayasa'nın 13. Maddesinde belirtilen ölçütlerden biri de "Anayasa'nın sözüne aykırı olmama" kriteridir. Anayasa'nın sözü kavramıyla Anayasa'nın lafzının kastedildiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın çeşitli maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilenlere ek olarak getirilen güvencelerle uyumlu olmayan sınırlamalar Anayasa'nın sözüne aykırı olur." şeklinde ifadelere başvurmuştur.

anayasanın lafzı ile söylenmek istenen "anayasanın sözü" ise; "anayasanın ruhu" ile yani "anayasanın yorumu" veya "anayasanın anlamı" kavramlarıyla anlatılmak istenenin de anayasanın tamamına hakim olan temel ilke ve düşünceler dikkate alınarak yapılacak amaçsal yorumla elde edilecek objektif anlam olduğu ifade edilmektedir (Atar, 2023, s. 141).

AYM'nin de anayasanın sözü ve ruhuna uygunluk kuralını göz önünde bulundurarak verdiği kararlar mevcuttur. Örneğin, bir kararında "Anayasa yalnız sözü ile değil, özü ile de birtakım kurallar koyar ve yine Anayasa'nın koyduğu açık kuralların dayandığı hukuk ilkeleri dahi, Anayasa kuralı gibi bağlayıcıdır.*"* şeklinde ifadelere başvurmuştur[22].

2.3.2. Öze Dokunmama

Sınırlama koşulları arasında sayılan öze dokunmama kuralı Anayasa'nın 13'üncü maddesine 2001 yılında kazandırılmıştır. "Hakkın özü" kavramının muğlaklığı, hakkın sınırlandırılması konusunda hangi aşamada öze dokunulmuş olacağının belirsizliği göz önüne alındığında; 1961 Anayasası'nda kabul edilen hakkın özü kriterine 2001 yılında yeniden dönülmesi eleştirilmektedir (Gözler, 2001, s. 58).

AYM'ye göre, "Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alanı" ifade etmektedir. Bu itibarla hakkın özünün kişiye dokunulmaz bir asgari güvence alanı sağladığı, hakkı kullanamaz hale getiren veya ortadan kaldıran müdahalelerin hakkın özüne dokunduğu belirtilmektedir[23].

Hakkın özü kavramının her temel hak için ayrı olarak incelenmesinin gerekli olduğu belirtilmektedir (Sağlam F. , 1982, s. 174). Buna göre ifade özgürlüğü bakımından; Anayasanın 25'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan kimsenin düşünce ve kanaatleri açıklamayı zorlanamayacağı ve bundan dolayı suçlanamamasını bu özgürlüğün özü sayılabileceği, ihlal edilmesinin hakkın özüne dokunacağı görüşü ifade edilmektedir.

---

[22] AYM'nin 23,24,25/10/1969 tarihli ve 1967/41 Esas, 1969/57 Karar sayılı kararı. Aynı yönde, AYM'nin 05/04/2023 tarihli ve 2022/83 Esas ve 2023/69 Karar sayılı kararında "Bu itibarla anılan anayasal ögeleri dikkate almayan ve gerçek karşılık anayasal ölçütünü karşılamayan kural, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen, sınırlamanın Anayasa'nın sözüne aykırı olamayacağı hükmüne aykırılık teşkil etmektedir." ifadelerine yer verilmiştir.

[23] AYM'nin, 13/10/2022 tarih ve 2018/78 Esas., 2022/114 Karar sayılı kararı §219. AYM bir diğer kararında incelemeye konu kanun hükmünün hakkın özünü açıkça yasaklayan veya örtülü şekilde yapılamaz hale getiren; ciddi surette güçleştiren, amacına ulaşmasını önleyen ve etkisini ortadan kaldıracak nitelikte olmadığını belirlemekle, bu sebeple söz konusu düzenlemenin hakkın özüne dokunmadığını tespit etmiştir. Bkz: AYM'nin 04/01/1963 tarih ve 1962/208 Esas, 1963/1 Karar sayılı kararı.

Nitekim, “hiçbir meşru amaçla dahi haklı görülemeyecek” bir müdahalenin hakkın özüne yöneldiğinin söylenebileceği belirtilmektedir (Eren, 2023, s. 590).

2.3.3. Demokratik Toplum Düzeninin ve Laik Cumhuriyetin Gerekleri

Anayasanın 13’üncü maddesinde yer alan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramının, tıpkı “hakkın özü” kavramı gibi soyut olduğu ve bu soyut kavramın AYM kararları uyarınca somutlaşacağı ifade edilmektedir (Fendoğlu, 2002, s. 127-128). Her ne kadar “demokrasi”[24] tanımlanması ve somutlaştırılması güç bir kavram olsa da (Turhan, 1991, s. 403), AİHS ile öngörülen tek bir ideolojinin olduğu ve bu ideolojinin de demokrasi olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, yapılacak müdahalenin haklı olması, müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygun olmasını gerektirecektir (Özbey, 2013, s. 105). AYM’nin demokratik toplum kavramını “batı uygarlığınca benimsenen toplum anlayışı” şeklinde ele aldığını görmek mümkündür[25]. Bir başka kararında, “hürriyetçi demokrasi” anlayışını öne çıkaran AYM demokratik toplum düzeni ile hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğini ifade etmektedir[26].

AİHS’in içeriği yorumlanırken yönlendiricilik fonksiyonu icra eden demokratik toplum kavramının, sınırlamalar yönünden de son ölçü fonksiyonu görevi gördüğü ifade edilmektedir. AİHM’in pek çok kararında da demokratik toplumun temel unsurları çoğulculuk, geniş fikirlilik ve hoşgörü olarak zikredilmektedir (Sunay, 1999, s. 85-86).

Ayrıca, Anayasanın 13’üncü maddesinde ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk hususları ayrı ayrı zikredilmişse de bu kavramların yakın ilişkide olduğu söylenebilir. Örneğin, AİHM Kar ve Diğerleri v. Türkiye davasında “… başvuranların mahkumiyetinin ve onlara verilen cezaların izlenen amaçla oransız olduğu ve

---

[24] AİHM, demokrasiyi Avrupa kamu düzeninin temel bir unsuru olarak ifade etmektedir. Bkz: AİHM’in 30/01/1998 karar tarihli 133/1996/752/951 Başvuru numaralı Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye yargılamasına ilişkin kararı §45.

[25] AYM’nin 09/02/1972 tarihli ve 1970/48 Esas 1972/3 Karar sayılı kararında, “… Anayasa'mızın temel kurallarından bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesine, başka deyimle Anayasa'nın başlangıç kuralları ile 2 nci ve 153 ünci maddeleri kurallarına aykırıdır. (…) Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır” ifadelerine yer verilmektedir.

[26] AYM’nin 06/10/1986 tarih ve 1985/21 Esas ve 1986/23 Karar sayılı kararı.

dolayısıyla demokratik toplumda zorunlu olmadıkları" yönünde değerlendirmelere yer vermiştir[27].

İfade özgürlüğü yönünden Handyside v. Birleşik Krallık davasından beri istikrarlı şekilde AİHM, ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki özel yerine işaret ederken; toplumun temel dayanaklarından birini oluşturduğunu ve toplumun ilerlemesinin ve her insanın ilerlemesi ve gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturduğunun altını çizmektedir (Cannie & Voorhoof, 2011, s. 64). AYM'nin de benzer şekilde ifade özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gereklerinden olduğunu vurguladığı kararlar mevcuttur[28]. Hatta bir kararında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ifade özgürlüğü ile yakın ilişkide içerisinde olduğunu ve ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun temellerinden olduğu vurgulayarak ifade özgürlüğüne gösterilen önem ve hassasiyetin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına da gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır[29].

Bunun yanında, Anayasa hükmünün düzenlenmesindeki ifadenin demokratik toplum ile laik cumhuriyet arasında bir bağ kurduğu; "demokratik toplum düzeni ve laik cumhuriyetin gerekleri" ifadesinde yer alan iki kavramın "ve" bağlacıyla "gereklilik" sözcüğüne bağlanarak bir ölçü norm olarak kabul edilmesi de bu yöndeki kanaatin dayanağı olarak zikredilmektedir (Eren, 2002, s. 40). Hükümdeki laik cumhuriyetin gerekleri kriterinin bir sınırlama sınırı olarak kabul edilmesinin eleştirildiği; bir sınırlama sınırı olarak "laik cumhuriyetin gerekleri" ölçütünün fonksiyon ifa edemeyeceği öne sürülmektedir (Gözler, 2018, s. 363). Nitekim, söz konusu ifadenin daha ziyade bir sınırlama nedeni olarak ele alındığı değerlendirilmektedir (Arslan, 2002, s. 152).

[27] AİHM'in 03/05/2007 karar tarihli ve 58756/00 Başvuru numaralı, Kar ve Diğerleri v. Türkiye yargılamasına ilişkin karar. Bir diğer örnek karar için bkz: AİHM'in 19/01/2020 karar tarihli 59347/11 Başvuru Numaralı Magosso ve Brindani v. İtalya §62 yargılamasına ilişkin karar.

[28] Hatta bu yönde verilen kararlardan biri olan, AYM'nin 15/06/2022 tarihli ve 2019/41543 Başvuru Numaralı Cebrail Padak Başvurusu §34 kararında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin yaşamsal önemde olduğu da zikredilmektedir.

[29] AYM, 10/09/2020 tarihli ve 2020/12 Esas 2020/46 Karar sayılı kararı § 6.

2.3.4. Kanunla Sınırlama

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan bir diğer kriter sınırlamanın kanunla yapılmasıdır. AYM'nin Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki kanunilik şartının yasama işlemi olan kanun olduğu kanaatindedir. Nitekim bu husus şu şekilde ifade olunmaktadır:

> "13. maddenin birinci fıkrasında "kanunla" denilmek suretiyle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının münhasıran yasama tasarrufuyla mümkün olabileceğine işaret edilmiştir. Başka bir anlatımla bu genel sınırlama sebeplerinden hangilerinin hangi temel hak ve hürriyet için sınırlama nedeni olabileceğini kanun göstermiş olacaktır."[30].

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik ilkesine aykırılık tek başına anayasaya aykırılık oluşturacağı gibi, sınırlamanın tek başına şeklen kanunla yapılması da yeterli sayılmamaktadır. Sınırlama getiren kanun bireye hukuki güvenceler sağlamayan, açıkça anlaşılmaktan uzak ve belirgin değilse yine kanunilik ilkesine uygun düşmediği ifade edilmektedir (Anayurt, 2022, s. 237). Bunun yanında kanunilik şartı bakımından, kanunun üstü norm olan anayasanın, sınırlama için kullanımının önünde hukuken bir engel olmadığı, ancak anayasanın anayasal normla sınırlanmasının anayasacılık düşünceyle bağdaşmayacağı belirtilmektedir (Gözler, 2018, s. 309).

Kanunla yapılan sınırlandırmanın faydalarının iki başlık altında toplamanın mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Öncelikle sınırlandırmanın kanunla yapılması, kanunların parlamentoda açık görüşme ve tartışma yöntemleriyle yapılması sayesinde kamuoyu denetiminin sağlanabilmesidir. Bir diğer fayda, kanunun herkes için genel nitelikli kurallar koyabilmesidir. Bu sayede, objektifliğin temin edilebileceği ve belirli kişilerin ya da grupların hedefe konulmasının önüne geçilebileceği ileri sürülmektedir (Kapani, 1993, s. 231). Bu itibarla, idarenin düzenleyici işlemleriyle; tüzük, yönetmelik gibi idari işlemlerle hak ve hürriyetler sınırlandırılamayacaktır (Anayurt, 2022, s. 136).

AİHM'in ise, bu bahiste 2 koşulu öne çıkardığı ifade edilmektedir. Buna göre çıkarılacak kanunların, ulaşılabilirlik yani nüfuz edilebilirlik ve açıklık/anlaşılabilirlik olduğu, bu itibarla devlette keyfiliğin önüne geçilebileceği belirtilmektedir (Fendoğlu, 2002, s. 137). AYM de AİHM gibi ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik unsurlarının kanunilik ilkesine

[30] AYM'nin 06/10/1986 tarihli ve 1985/21 Esas 1986/23 Karar sayılı kararı.

uygunluk yönünden yapılacak değerlendirmede gözetilmesi gerektiği kanaatindedir[31]. Ancak AYM, kanunilik ölçütü yönünden AİHM'den farklı bir bakış açısına sahip olduğunu belirtmektedir. Her ne kadar AİHM yaptığı incelemede başvuruya konu müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olmasını dikkate alıyor olsa da AYM, kanunilik ilkesinin tam olarak AİHM kararlarında zikredilen "hukuken öngörülme" ifadesinin karşılığı olmadığını ifade etmektedir. AİHM'in "hukuken öngörülme" kavramını Türk Hukukundaki "kanun ile öngörülmüş olma" kavramına nazaran daha geniş ele aldığını belirtilmektedir[32]. Nitekim, AYM AİHM'in "hukuken öngörülme" kavramı ile müdahalenin hukuki bir dayanağı olup olmadığını araştırırken, bu düzenlemenin şekli anlamda bir kanun olmasını aramamaktadır. Düzenleme "erişilebilir", "öngörülebilir" ve kesin olduğu müddetçe hukuk temeline dayanıyor kabul edilmektedir. Hatta AİHM'e göre, bir müdahale içtihadi hukuka dayanıyor olsa dahi "hukuken öngörülmüş" sayılabilecektir[33].

2.3.5. Anayasanın İlgili Maddelerinde Belirtilen Sebeplere Bağlılık

2001 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliğinden önce hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında iki ayrı sistemin öngörüldüğü; Anayasada tüm hak ve hürriyetlere sirayet edebilecek "genel sınırlama nedenlerinin" ve anayasal hakları düzenleyen hak ve hürriyetlerdeki ilgili hükümlerde yer alan "özel sınırlama nedenlerinin" düzenlendiği ikili bir sistemin varlığından söz edilmektedir. Genel sınırlama nedenlerine dayalı olarak tüm hak ve hürriyetlerin sınırlanabileceği bu sistem, 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği ile değişmiştir. Genel sınırlama nedenlerine dayalı olarak hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması usulüne son verilmiş olup söz konusu anayasa değişikliği neticesinde yalnızca anayasanın ilgili hakkın ve hürriyetin düzenlendiği hükümde yer alan sınırlama nedenine bağlı olarak sınırlama yapılabileceği bir sisteme geçilmiştir. (Anayurt, 2022, s. 238).

Maddenin ilk halinde yer alan genel sınırlama nedenleri "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması" şeklinde sayılmıştır. Bunun yanında madde hükmünün devamında yer alan "… ayrıca

[31] AYM'nin 01/02/2017 tarihli ve 2014/11503 Başvuru numaralı, Özgür Güleç Başvurusu §54.

[32] AYM'nin 25/06/2014 tarihli ve 2014/256 Başvuru numaralı, Tuğba Arslan Başvurusu §84.

[33] AYM'nin 25/06/2014 tarihli ve 2014/256 Başvuru numaralı, Tuğba Arslan Başvurusu §93.

Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir." ifadesi ile özel sınırlama nedenlerinin de yapılacak sınırlamalara gerekçe olabileceği anlaşılmaktadır.

İfade özgürlüğüne ilişkin özel sınırlama nedenleri 26'ncı maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Nitekim, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması ile, ifade özgürlüğünün bu sayılan sebepler dışında başkaca bir nedene dayalı olarak sınırlanamayacağı ifade edilebilir (Sağlam M. , 2002, s. 246).

2.3.6. Ölçülülük İlkesine Uygunluk

Schlink ölçülüğe ilişkin tespitinde "Kısacası, yeteri kadar olan kafidir, fazlası çok fazladır. Kafi olandan fazlası ölçüsüzdür, gerekli olandan fazlası ölçüsüzdür, uygun olandan fazlası ölçüsüzdür. O halde fazla olanı yapmayın!" ifadesine başvurmaktadır (Schlink, 2011, s. 292). Ölçülük ilkesi hak ve özgürlükleri koruyucu bir ilkedir. Bunun yanında ölçülülük ilkesi hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanacağını işaret ederken, yasama organına bu yönde yol gösterici işlev ifa eder. Ölçülülük ilkesi özgürlüklerin sınırlanmasında belirli bir ölçüde yapılarak keyfiliğin önlenmesini sağlar (Metin, 2017, s. 4 vd.).

Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında gözetilmesi gerekli ölçülülük kuralı Anayasaya 2001 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile kazandırılmıştır. Nitekim, bu ilke 2001 yılında Anayasaya kazandırılmışsa da AYM, 2001 yılından önce verdiği kararlarda böyle bir ilke varmış gibi değerlendirmeler yaptığı, ölçülülük ilkesini karakterize eden orantılılık ilkesine dair tespitlere yer verdiği, 2001 değişikliğinden önce de AYM'nin de hukuk devleti ilkesinden hareketle içtihadi olarak kabul ettiği bir ilke olduğu ifade edilmektedir (Hatipoğlu, 2019, s. 189). AYM tarafından yapılan incelemelerde bir kriter olarak gözetilmesi ve ölçülülük ilkesine aykırılık taşıdığı tespit edilen kanunların iptaline karar verilmesi göz önüne alındığında, ölçülülük kriterinin pozitif hukuka kazandırılmasının isabetli bir tercih olduğu ifade edilmektedir (Gözler, 2018, s. 326).

AYM de ölçülülük ilkesinin demokratik toplumun gerekleri ve öze dokunmama ilkesiyle yakın ilişkide olduğunu, bu ilkelerin bir bütünün parçalarını oluşturduğunu ve "demokratik bir hukuk devletinin" özgürlükler rejiminde gözetilmesi gerekli temel ölçütlerden olduğunu değerlendirmektedir. Nitekim, bir hakkın özüne dokunan sınırlamanın evleviyetle demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırılık teşkil edeceğinden, öze dokunan demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu yönünden

incelenmesini gerekli bulmamaktadır. Buna göre AYM, "demokratik düzenin gereklerinden olmayı", bir sınırlamanın demokratik toplumda zorunlu bir ihtiyacı karşılamaya yönelik olması ve ölçülü olması olarak ifade etmektedir. Bunun yanında, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük Anayasa'nın 13'üncü maddesinde iki ayrı ilke olarak sayılmışsa da AYM'ye göre bu iki ilke arasındaki sıkı ilişki vardır. Nitekim, "temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın en son çare ya da en son önlem olarak temel hak ve özgürlüklere en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir" [34].

Literatürde ölçülülük ilkesinin elverişlilik, orantılılık, gereklilik şeklinde üç alt ilkeden oluştuğu belirtilmektedir (Gözler, 2018, s. 328). Benzer şekilde, AYM de ölçülülük ilkesinin bu alt ilkelerden oluştuğunu kabul etmektedir[35]. Danıştay kararlarında da ölçülülük kriterine 'ilişkin, "amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunması", "yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması" şeklinde tanımlamalara yer verildiği görülmektedir. Danıştay da tıpkı AYM gibi ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik, orantılılık şeklinde üç alt kriter barındırdığını işaret etmektedir[36].

Ölçülülük ilkesi Anayasa'nın 13'üncü maddesinde zikredildiğinden bu başlık altında ölçülülük ilkesine dair temel açıklamalara yer verilmiştir. Ancak, çalışmamız esasen AİHM kararlarında bu ilkenin ne şekilde yorumlandığı üzerine yoğunlaştığı için ölçülülük ilkesinin detayları ilerideki başlıklarda yer almaktadır.

[34] AYM'nin 15/03/2017 tarihli ve 2016/165 Esas, 2017/76 Karar sayılı kararı §13-16. Bu kararda yer verilen ifadelerin, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesi arasındaki ilişkiye ışık tutması bakımından önemli olduğu düşünülmektedir.

[35] AYM'nin 26/10/2022 tarihli ve 2018/76 Esas 2022/125 Karar sayılı kararı § 124.

[36] Danıştay 10.Dairesi 24/06/2005 tarihli 2006/946 Esas 2008/6084 Karar sayılı kararı.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE ÖNGÖRÜLEN SİSTEM

AİHM, AİHS tarafından öngörülen bir yargı organıdır. AİHS ve protokolleri uyarınca taraf devletlerin taahhüt ettikleri yükümlülüklere uymasını sağlamak için AİHM'in kurulduğu AİHS'in 19'uncu maddesinde ifade edilmektedir. İfade özgürlüğü, AİHS'in 10'uncu maddesinde düzenlenmektedir. İki fıkradan oluşan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda 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 tutulabilir".

Söz konusu hükmün Anayasanın 26'ncı maddesine oldukça yakın bir içerik ihtiva ettiği düşünülmektedir (Turhan, 1988, s. 101). İlk fırkasında ifade özgürlüğünün kapsamı ve özgürlükle ilgili çeşitli tespitlere yer verilmiş, ikinci fıkrada ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin belirlemeler ve kısıtlamalar getirilmiştir. Kamusal makamların müdahalesi olmaksızın haber, görüş alma ve verme özgürlüğünün ifade özgürlüğünün kapsamında olduğu her iki hükümde de ortaya konulmuştur. Radyo, televizyon ve sinema işletmelerinin izne tabi tutulmasının ifade özgürlüğüne aykırı olmadığı her iki hükümde ortaklaşan bir diğer yöndür.

3.1. İfade Özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri Uyarınca Sınırlandırılması

AİHS'in 10'uncu maddesinde de sınırlama nedenleri tek tek sayılmıştır. Anayasa'nın 2001 yılındaki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılarak her hak için kendi sınırlama nedeninin düzenlenmesi yönündeki adımın amacının, AİHS'in olağan dönemlerde genel sınırlama nedenlerini kabul etmeyen yapısına uyum sağlamak olduğu ifade edilmektedir (Acaray, 2022, s. 173). AİHS'in 17'nci maddesinin de zikredilmesi gerekir. "Hakları kötüye kullanma yasağı" başlığını taşıyan hüküm, sözleşmedeki hükümlerin yorumlanmasına ilişkin bir belirleme getirmektedir. Buna göre, sözleşmedeki hiçbir hükmün; ne devletlerin ne kişilerin ne de bir topluluğun, sözleşme ile öngörülen hak ve özgürlüklerin yok edilmesi, sözleşmenin öngördüğünden daha geniş ölçüde sınırlanması maksadına yönelen bir etkinliğe veya eylemde bulunma hakkı tanıdığına yönelik yorumlamaya imkân vermeyeceğini ifade etmektedir. Militan demokrasi anlayışını yansıtan hükmün, AİHS sistemi içinde anti demokratik gruplar ve bireylerce demokratik değerleri bastırmak veya yok etmek amacıyla temel haklardan faydalanmalarına izin vermeme amacına yöneldiği belirtilmektedir (de Morree, 2016, s. 8). AİHM'in 17'nci maddeye isteksizce yalnızca "en ağır" davalarda başvurduğunu; zira, AİHS'in 17'nci maddesinin doğrudan uygulanması neticesinde AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci paragrafı incelenerek varılacak sonuca sürecin başında ulaşılmış olacağı ifade edilmektedir (Villiger, 2012, s. 304).

Bunun yanında hakların kısıtlanmasındaki sınırın çizildiği AİHS'in 18'inci maddesinde, AİHS'te izin verilen kısıtlamaların öngörüldükleri neden dışında uygulanamayacağı düzenlenmektedir. AİHS'in 18'inci maddesi AİHS'in 17'inci maddesinden farklı olarak devletlerin sözleşmeyi istismar etmelerine karşı bir güvence sağlama amacı taşımaktadır (Tan, 2018, s. 118).

İfade özgürlüğü ile alakalı olarak, ifade özgürlüğünün nesnesi olan ifadenin içeriğinin kısıtlanmaması esas olduğu; ancak bazı içerikleri haiz ifadelerin ifade özgürlüğü hükmünde yer alan sınırlama nedenlerine ek olarak sınırlanabileceği belirtilmektedir. Söz konusu içeriklerin Nasyonel sosyalizmi savunan, Holokost'u (yahudi soykırımını) inkâr eden, ırkçılık, yabancı düşmanlığı, ayrımcılığı teşvik eden, kin, nefret ve şiddet barındıran içeriğe sahip olması halinde maddede öngörülen sınırlama nedenlerine ek olarak sınırlanma nedenleri olarak sayılabileceği ifade edilmektedir (Tanju, 2017, s. 189 vd.).

3.1.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Sınırlamanın Koşulları

AİHM'e AİHS'in 10'uncu maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda, AİHM ilk olarak başvuruya konu tedbirin veya sınırlamanın ifade özgürlüğünü kısıtlayıp kısıtlamadığını veya ifade özgürlüğüne yönelmiş bir müdahalenin olup olmadığını incelemektedir (Mendel, 2010, s. 7). AİHM, müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra, söz konusu müdahalenin hukuka uygunluğunu denetlerken uyguladığı kriterler "üçlü aşamalı test" olarak isimlendirilmektedir. "Hukuken öngörülme", "meşru amaç" ve "demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk" kriterlerine göre ayrı ayrı ve sırayla incelenerek değerlendirilen müdahalenin her bir ölçüt yönünden hukuka uygun olması gerekir. Kriterlerden birinde hukuka aykırılık bulunursa diğer kriterler yönünden inceleme yapılmaz ve müdahalenin hukuka aykırılığına hükmedilir (Didinmez, 2021, s. 151).

3.1.1.1. Müdahalenin Varlığı

Müdahalenin varlığından kastın oldukça geniş bir yelpazeyi işaret ettiği söylenebilir. Cezai mahkûmiyet, yayın yasağı, yayınları toplatma, tazminat, gösteri sırasında göstericilerin engellenmesi, bildiri dağıtırken yakalanma ve gözaltına alınma müdahale olarak kabul edilmektedir. Beraat alınsa bile cezai yargılaması altında olmayı, kovuşturmanın yer olmadığı kararının verilmiş olmasına rağmen soruşturma altında olmayı, hükmün açıklanmasının geri bırakılmış olması da müdahale olarak görülmüştür. Dolayısıyla, müdahale ile kastedilenin yalnızca idari işlem ve eylemler olmadığı, adli işlemlerin de müdahale olarak kabul edildiği ifade edilmektedir (Turan, 2016, s. 9).

İfade özgürlüğüne yapılan müdahaleler icrai veya ihmali nitelikte olabilir. Kişilerin ifade özgürlüğüne devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilen müdahaleler, idare tarafından bilinir veya bilinebilir durumda olmasına rağmen engellenemiyorsa, yeterli koruma sağlanamıyorsa ihmali müdahalelere örnek olarak gösterilmektedir (Karan, 2018, s. 111).

3.1.1.2. Müdahalenin Hukuken Öngörülmüş Olması

Hukuken öngörülme şartı ile şekli anlamda kanunun kastedilip kastedilmediği AİHS'in lafzından anlaşılmamaktadır (Baykan, 2011, s. 74). AİHS'i yorumlama yetkisini elinde bulunduran AİHM, "hukuken öngörülme" kriteri ile ilgili detaylı açıklamalara The Sunday Times v. Birleşik Krallık davasında yer vermektedir. AİHM kararında, "hukuken

öngörülme" şartında zikredilen "hukuken" ifadesinin yalnızca yazılı hukuki metinleri değil, yazılı olmayan hukuki kuralları da içine aldığını, her durumda yazılı mevzuatın varlığının gerekli olmadığını ifade etmektedir. The Sunday Times v. Birleşik Krallık kararına konu kısıtlamanın common law[37] (ortak hukuk) uyarınca tesis edilmiş olması karşısında, başvurucunun kısıtlamanın hukuken öngörülmediği yönündeki iddiası AİHS'i hazırlayanların niyetine açıkça aykırı olduğu değerlendirilerek kabul edilmemiştir. Nitekim AİHM'e göre common law'u (ortak hukuk) AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası kapsamı dışında bırakmak sözleşmeci devletlerin hukuk sistemlerini temelinden sarsacaktır[38].

AİHS'in 10'uncu maddesinde yer alan ve "hukuken öngörülen" sınırlama nedenlerinin sebepler dolayısıyla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Hukuken öngörülme şartıyla alakalı olarak Anayasa'nın 13'üncü maddesinde de "kanunla sınırlama" şartından bahsedilmiştir. Her iki hükümde de öngörülen bu şartın amacı şartı keyfiliğin önüne geçebilmek olduğu ifade edilmektedir. Nitekim, AİHM temel haklara kamu gücü kullanılarak keyfi biçimde zarar verilmesi tehlikesine karşında temel haklara AİHS'in bir koruma öngördüğünü, idare tarafından getirilecek sınırlamalarda kullanacağı takdir yetkisine ilişkin bir sınırlama belirlenmezse AİHS'in koruduğu demokratik toplum gereklerinden birini oluşturan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşacağını belirtmektedir[39].

AİHM, hukuken öngörülen bir tedbir yalnızca iç hukukta dayanağı olmasını değil, erişilebilir ve kuralın etkilerinin öngörülebilir olmasının gerektiğini belirtmektedir. İç hukukta yeterli açıklıkta düzenlenen bir kuralın, vatandaş tarafından gerektiğinde uzman görüşü de alarak belirli eylemlerin sonuçlarını makul şekilde öngörebilecek ise hukuken öngörülmüş kabul edilmektedir. Her ne kadar kuralların kesin şekilde öngörülebiliyor olması arzu edilen ise de, AİHM aşırı bir katıcılığın hukukun farklı durumlara uyum sağlamasına engel olabileceğini gözeterek sözü edilen öngörülebilirliğin nihai bir kesinlik olmadığını belirtmektedir[40]. AK, öngörülebilirliği ele alırken kuralın yalnızca hukukun mümkünse

---

[37] "Common law kavramı genel anlamı ile Türk hukuk geleneğinin temelini oluşturan 'örfi hukuka' tekabül eder." (Erkul, 2023, s. 2087)

[38] AİHM'in 26/04/1979 tarih ve 6538/74 Başvuru Numaralı, The Sunday Times v. Birleşik Krallık kararı §47.

[39] AİHM'in 18/12/2012 karar tarihli ve 3111/10 Başvuru Numaralı Ahmet Yıldırım v. Türkiye Davasına ilişkin kararı § 59.

[40] AİHM'in 02/12/2008 karar tarihli ve 25471/02 Başvuru Numaralı Gemici v. Türkiye Davasına ilişkin kararı.

uygulanmadan önce ilanı ve etkilerinin öngörülebilir olmasını değil, aynı zamanda davranışların kurala uygun şekilde düzenlenebilme imkânını sağlayacak ölçüde yeterli kesinlik ve açıklıkta formülasyonu olarak ele almaktadır. (Venice Commission of the Council of Europe, 2016, s. 15).

Burada karşılaştırmalı olarak AYM'nin Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan düzenlemeyi biçimsel bir kanunilik temelinde ele aldığı ve "temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin süreklilik kazanarak ulaşılabilir ve öngörülebilir hale gelmesi müdahalenin dayanağı olan kamu gücü işlemini bir "kanun" haline getirmez." şeklinde hüküm kurarak erişilebilirlik ve öngörülebilirlik noktasında AİHM ile ortaklaştığını, ancak şekli kanunun varlığını arayarak sınırlamayı daha sıkı bir şarta bağladığı söylemek mümkün görünmektedir. Nitekim AYM insan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması konusunu, "tamamen biçimsel bir kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alan" olarak değerlendirmektedir[41].

Bununla birlikte AYM yine de sınırlama sınırlarının belirli olmadığı, müdahale koşullarının idarenin takdirine bırakıldığı, sınırlama sınırlarının kanun ile tespit edilmeyerek idarenin uygulamasına bırakan şekli anlamda bir kanunun demokratik bir toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığını ve dolayısıyla Anayasa'nın 13'üncü maddesinde gözettiği kanunilik şartına aykırı oluşturduğunu ifade etmektedir[42]. Sonuç olarak, mahkemelerin hukuken öngörülmeye ilişkin kabul ettikleri esaslara dair bazı nüanslarda farklı yaklaşımlara sahip olsalar da öngörülebilir ve erişilebilir bir kuralın varlığının gerekliliği konusunda uzlaştıklarını söylemek mümkündür.

3.1.1.3. Meşru Amaçla Sınırlama

Meşru amaçla sınırlandırma, müdahalenin ifade özgürlüğünün AİHS'in 10'uncu maddesinde yer alan sınırlandırma nedenlerine uyulup uyulmadığının testidir (Didinmez, 2021, s. 155). AİHS'in meşru amaçlar doğrultusunda ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirebileceği, ancak sözleşmeci devletlerin hiçbirinin özgürlükleri sınırlama yükümü altına girmediği belirtilmektedir. Nitekim, AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının devletleri ifade özgürlüğüne ilişkin bir "yasak" veya "ceza" öngörmesi için zorlamamakta, sözleşmeci

[41] AYM'nin 25/06/2014 tarihli ve 2014/256 Başvuru numaralı, Tuğba Arslan Başvurusu §96.

[42] AYM'nin 19/04/1988 tarih ve 1987/16 Esas 1988/8 Karar sayılı kararı.

devletlerin kendi çözümlerini getirmesi bakımından bulunacak uygun bir çözümü engellememektedir (Bozkurt & Dost, 2002, s. 52).

AİHS'te sınırlama için öngörülen sınırlama nedenleri şu şekilde sayılmaktadır:

1- Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması,
2- Kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi,
3- Sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması,
4- Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması

Madde hükmünde sınırlama nedenlerine yer verilmiş ise de, söz konusu nedenlerin soyut içeriği haiz olmaları karşısında, bu nedenlerin varlığına ilişkin tespitte devlete belirli bir takdir alanı tanınmaktadır (Keskin, 2020, s. 1382). Hem AİHM hem de AYM'nin meşru amaç yönünden yaptıkları değerlendirmenin yüzeysel olduğunu, her iki mahkemenin de hızlıca son unsur olan demokratik toplumda gereklilik unsurunu araştırmaya geçtiği ifade edilmektedir. AİHM'de olduğu gibi AYM'nin bireysel başvurularında bir davalı olmadığı için meşru amacın varlığına ilişkin araştırma re'sen yapılmakta ve Anayasa'nın ilgili maddesinde sınırlama nedenlerinden birinin varlığı halinde meşru amacın kabul edilebileceğini değerlendirerek demokratik toplumda gereklilik unsurunu incelemeye geçmektedir (Karan, 2018, s. 143). Düzenlenen meşru amaçlar ile, bireysel özgürlüklerle kamusal yarar arasında bir denge kurulmaya çalışılmakta ve nihayetinde hukuki değerlerden biri diğerine üstün tutularak hukuki himaye sahibi olmaktadır[43] (Çakmak, 2016, s. 45).

3.1.1.4. Demokratik Toplumda Gereklilik

AİHS sistematiğine göre, hukuken öngörülmüş ve meşru bir amaca yönelen sınırlama aynı zamanda demokratik toplum gerekliliklerine de uygun olmalıdır. Demokratik toplum vurgusu AİHS'in 10'uncu maddesinin sınırlamaya ilişkin hükmünde de yer almaktadır.

AİHS'te demokratik toplumun ne olduğuna ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Bunun yerine sözleşmenin öngördüğü kurumlar demokratik topluma ilişkin temel ilkelere

[43] Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 18/01/2018 tarihli ve 2016/2312 Esas 2018/199 Karar sayılı kararında "Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır." ifadelerine başvurmaktadır.

işaret edilmiştir (Sunay, 2000, s. 628). AİHM'e göre, siyasi demokrasi Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliği olmakla birlikte, AİHS demokratik toplum idealini ve değerleri teşvik edip sürdürmek için tasarlanmıştır. Nitekim, AİHS'in 8 ile 11'inci maddeleri arasında yer alan haklar bakımından getirilebilecek tek gereklilik de demokratik toplumdan kaynaklanacaktır. Bu minvalde, AİHM'e göre, "çoğulculuk", "hoşgörü" ve "açık fikirlilik" demokratik toplumun gerekleri olup bu unsurlar olmaksızın bir demokratik toplumdan söz edilemeyecektir (Trykhlib, 2020, s. 134).

"En zahmetli ölçüt" olarak adlandırılan "demokratik toplumda gereklilik" unsuru, ihtiyaca cevap için başvurulacak araç ile amaç arasındaki adil ve orantılı denge ile bulunan sınırlama ile karşılanabilecek bir "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç" olarak değerlendirilmektedir. Bu yorum, "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç" unsuru gereğince müdahaleyi kaçınılmaz kılmakta, orantılı bir denge bulunması gereğinin bir sonucu olarak sınırlama için başvurulacak araç ile bu araca başvurmayı gerektiren amaç arasında adil bir dengenin tutturulmasını gerektirmektedir (Karan, 2018, s. 146 vd.). Bunun yanında, AYM de demokratik toplumun gereklilikleri ile ölçülülük ilkesi arasında ayrılmaz bir bağlantı olduğunu da ifade etmektedir[44].

Bu itibarla, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın gereği olmayan sınırlamaların demokratik toplumun gereklerinden olduğunun kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Zorlayıcı sosyal ihtiyacın tespitinin ise, soyut bir araştırmanın araştırılmasından ibaret olmayıp, sınırlanmaya konu ifadenin sahibinin sıfatı, toplumsal ilginin varlığı, hedef alınan kişinin kimliği ve sosyal statüsü gibi unsurların da değerlendirileceği belirtilmektedir. (Turan, 2016, s. 12).

AİHM demokratik toplumun gereklerine ilişkin önemli tespitlere yer verdiği Handyside v. Birleşik Krallık davasında, demokratik toplumun gerekliliği şartına karşılık gelen zorlayıcı sosyal ihtiyacın tespitinde devletin belli bir takdir marjı olduğu, bağımsız mahkemelerce verilen kararlar da dahil olmak üzere yasama ve kararların Avrupa denetimine tabi olduğu belirtilmektedir. AİHM, sınırlamanın ifade özgürlüğüne uygun olup olmadığını, ulusal hukuk ve uluslararası argüman ve iddiaları bir bütün olarak değerlendirip demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığını tespit edeceğini beyan etmektedir. AİHM denetim yetkisini kullanırken taraf devletlerce yapılan müdahalenin "meşru amaçlar ile orantılı" olduğunu ve meşru gösterilmesi için gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olduğunun tespitinin ilk elden yapılacağını belirtmektedir. Bu itibarla yapılacak inceleme

[44] AYM'nin 25/03/2015 tarihli 2013/7199 Başvuru numaralı Yücel Yaşar Başvurusu §56.

neticesinde AİHS'in 10'uncu maddesinde yer alan ilkelerle uygun olduğuna dair olumlu kanaate varılması gerektiği ifade edilmektedir. Bunun yanında, AİHM, demokratik toplum esasını gözetirken ifade özgürlüğüne özel bir önem atfetmektedir. İfade özgürlüğünün demokratik toplumların ana temellerinden olduğunu vurgularken, toplumların ilerlemesi ve insanların kendisini geliştirmesi için esaslı koşullardan biri olduğunu kabul etmektedir.

Nitekim AİHM AİHS'in 10'uncu maddesinin sınırları içerisinde kalmak şartı ile, ifade özgürlüğü, "sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'bilgi' ve 'fikirler' için değil, ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, incitici, rahatsız edici 'bilgi' ve 'fikirleri' de" güvence altına almaktadır[45].

AİHM "gereklilik" sıfatına yüklediği anlamı Barthold v. Almanya Kararında, "olmazsa olmaz" manasında olmadığı gibi, "sıradan", "yararlı", "makul" ya da "arzu edilen" gibi ifadelerin esnekliğine de sahip olmadığı şeklinde açıklamaktadır. Son olarak, AİHM'in müdahalenin gerekliliğine ilişkin değerlendirmelerde ulusal mercilerin takdir yetkisini kabul etmekle, kendi yetkisinin ulusal makamların yerine karar almak değil ulusal makamların takdir yetkisini AİHS'e uygun kullanıp kullanmadığının denetimini yapmaktır. Bu itibarla AİHM ulusal makamlarca alınan tedbirlerin müdahale şeklinde uyguladığı tedbirlerin AİHS bakımından "uygun" ve "yeterli" olduğuna ilişkin nihai kararı vermekte kendisini yetkili görmektedir[46].

3.1.1.5. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinin, belirli bir ilkenin tatbiki için getirilen sınırlamanın haklılığını değerlendirmek için analitik bir yapı sağladığı ifade edilmektedir. Buna göre, ölçülü bir müdahale meşru bir amacı gözetmelidir. Ayrıca, gözetilen meşru amacın derecesi ile hak ihlali tartıldığında meşru amaç ağır basmalıdır. Ölçülü müdahale meşru amacı gerçekleştirmeye yönelen eşit derecede etkili yöntemlerden daha az müdahaleci olandır (Kumm, 2009, s. 15). AYM'nin ölçülülük ilkesini "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık"

[45] AİHM'in 07/12/1976 tarihli ve 5493/72 Başvuru Numaralı Handyside v. Birleşik Krallık yargılamasına ilişkin kararı. §49.

[46] AİHM'in 25/03/1985 karar tarihli ve 8734/79 Başvuru numaralı Barthold v. Almanya yargılamasına ilişkin kararı §55.

alt ilkeleriyle ele aldığı gibi, literatürde de normatif olarak ölçülülük ilkesinin bu alt ilkelerden oluştuğu ifade edilmektedir[47] (Rumph, 1993, s. 47).

Üçlü testin son aşamasında yer alan demokratik toplumun gereklerine uygunluk kriteri ile son derecede yakın ilişki içerisinde bulunan bir ilke olan ölçülülük ilkesinin de değerlendirme aşamasında bir kriter olarak ele alındığı görülmektedir. Nitekim, ölçülülük ilkesine uygun olmayan bir müdahalenin demokratik toplum gerekleriyle uyuşmayacağı ve bu iki kavramın yakın ilişkisine dair tespitler AYM kararlarında da görülmektedir[48].

Ölçülülük ilkesinin Alman Hukuku kaynaklı olduğu, Prusya Yüksek İdare Mahkemesinin polis devletinde gözettiği bir ölçüt olarak idare hukuku temelli bir ilke olmakla birlikte zamanla anayasa hukukuna da sirayet ederek en önemli anayasal denetim araçlarından biri olduğu ifade edilmektedir (Metin, 2017, s. 5). Alman Federal Mahkemesi (AFM) içtihatlarıyla geliştiği ifade edilen ölçülülük ilkesinin hukuki ilişkilerin dengeli, adaletli ve ölçülü olmasının ilkenin temelini oluşturduğu, ölçülülük ilkesi için sınırlama için bir amaç izlenmesi, izlenen amaç için bir araç kullanılması ve bir değer ölçüsünün bulunmasının gerekli olduğu belirtilmektedir (Akyılmaz, Sezginer, & Kaya , 2023, s. 133). AFM'ye göre, ölçülülük ilkesinin işlevi, sınırlama ile getirilecek kamu yararı ile kişinin temel hakları arasında makul bir dengenin sağlanmasıdır (Aliefendioğlu, 1996, s. 90).

AİHS bakımından, ölçülülük ilkesine doğrudan olağanüstü hâl rejimleriyle ilgili hükmü ihtiva eden 15'inci maddede yer verilmiştir. Olağan döneme ilişkin sınırlamalara ilişkin AİHS'te, bilakis ifade özgürlüğünün düzenlendiği 10'uncu maddede, ölçülülük ilkesi lafzi olarak zikrolunmamışsa da demokratik toplum gereklilikleri başlığında ifade edilen devletin takdir marjının ölçülülük ilkesi ile yakından ilişkili olduğu ifade edilmektedir (Oğurlu, 2001, s. 505).

3.1.1.5.1. Takdir Marjı

Takdir marjı, AİHS 10'uncu maddede doğrudan ifade bulan bir kavram olmamakla beraber, AİHM tarafından içtihatlarla geliştirilmiştir. Takdir marjı, esas olarak AİHS'e ilişkin konularda sözleşmeci devletlerin yargılanması aşamasında, devletlere ait belirli bir

[47] Ölçülülük ilkesinin unsurlarının; meşru amaç, uygunluk, daha az kısıtlayıcılık ve dengeleme olarak ele alındığı da görülmektedir (Dolzhikov, 2011, s. 218).

[48] AYM'nin 23/06/1989 tarihli ve 1988/50 Esas 1989/27 Karar sayılı kararı örnek gösterilebilir.

takdir yetkisi alanına sahip olması, sözleşmeci devletlerin belirli manevra alanlarına sahip olması olarak ifade edilmektedir (Keskin, 2020, s. 1380 vd.).

Literatürde, ölçülülük ilkesinin, takdir marjı ile ilişkisinin görülmesi bakımından, "AİHM tarafından ölçülülük doktrini ile uygulandığı, bu nedenle takdir yetkisi (marjı) doktrininin 'ölçülülük' ilkesini sınırlayıp, 'makul' bir düzeye ulaştıran bir tedbir olarak görüldüğü" ifade edilmektedir. (Atakan, 2010, s. 30)

Demokratik toplumun gerekleri başlığı altında zikredildiği üzere, demokratik toplumun gerekleri kriterine uygunluk kıstası bakımından Avrupa denetiminin nihai bir karar yetkisi olduğu açıksa da, devletin belirli oranda takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir[49]. AİHM'in sınırsız olmadığını açıkça ifade ettiği takdir yetkisi gereğince, toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını değerlendirecek olanların ilk aşamada ulusal makamlardır. Ancak, AİHS'in 19'uncu maddesinin verdiği yetki gereğince yurtiçi takdir yetkisinin Avrupa denetimi ile el ele olduğunu da ifade edilmektedir. AİHM'in bu denetiminin hem tedbirin amacı hem de gerekliliği ile ilgili olduğu da belirtilmektedir[50].

Sözleşmeci devletlerin egemenlik yetkisi ve AİHS'in öngördüğü kurumlar arasında denge kurulması olarak adlandırılan ikincillik ilkesi, (Tümay, 2009, s. 186) AİHS'e ilişkin hak ve özgürlüklerin korunmasında asli sorumluluğun sözleşmeci devletlere ait olduğunu işaret etmektedir (Çakmak, 2021, s. 883). İkincillik ilkesine ilişkin AİHS'in önsözünde şu şekilde bir açıklamaya yer verilmektedir:

> "İkincillik ilkesi gereğince, bu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma hususunda birincil sorumluluğun Yüksek Sözleşmeci Taraflara ait olduğunu ve bu sorumluluğun yerine getirilmesinde, Sözleşme ile tesis edilmiş bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin denetleyici yargı yetkisine tabi olmak üzere, Yüksek Sözleşmeci Tarafların takdir alanına sahip olduklarını bir kez daha tekrarlayarak, aşağıdaki konularda anlaşmışlardır."

Devletlere sadece sözleşmenin gereği olan sorumlulukların yüklenmesi fakat belirli bir takdir marjından yoksun bırakmamak, taraf devletlerin yükümlülüklerini ülkelerin

---

[49] AİHM'in 08/07/1999 tarihli 23536/94 ve 24408/94 başvuru numaralı Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye yargılamasına ilişkin kararı §62.

[50] AİHM'in 07/12/1976 karar tarihli ve 5493/72 Başvuru Numaralı Handyside v. Birleşik Krallık yargılamasına ilişkin kararı. §49.

durumlarını/şartlarını daha iyi belirleyebileceği için devletlerin bu yetkiye sahip olmasının yerinde olduğu belirtilmektedir (Keskin, 2020, s. 1387). Takdir marjının bazı konularda daha geniş bazı konular bakımından daha dar olduğu kabul edilmektedir. Genel ahlak, ulusal güvenlik, sağlık gibi konularda devletlere daha geniş bir takdir marjı verildiği belirtilirken, demokratik toplumun gerekleri gibi evrensel bir ölçüte sahip kavramlara dair takdir marjının ise dar olduğu ifade edilmektedir (Atakan, 2010, s. 32). AİHM'in denetim görevinin sözleşmeci devletlere devamlı surette tanınan takdir yetkisinin denetiminin ulusal düzeyde alınan tedbirlerin haklı ve orantılı olup olmadığının incelenmesi olduğunu,[51] denetimde duruma göre konsensüs ve taraf devletlerin uygulamalarıyla oluşan ortak değerleri dikkate alabileceğini belirtilmektedir[52].

3.1.1.5.2. Ölçülülük İlkesinin Unsurları

Ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olarak tespit edilen bu üç unsur ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olarak kabul edilmektedir. Ölçülülük ilkesinin detayına nüfuz edebilmek için üç unsurun da ayrı ayrı incelenerek ele alınması gerekmektedir. Ölçülülük denetiminin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık sırasıyla yapıldığını, elverişli olmayan bir tedbirin gerekli olup olmadığına, gerekli olmayan bir tedbirin orantılı olup olmadığına bakılmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir. Zira, bir tedbir elverişli veya gerekli değilse zaten ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca elverişli olmayan bir tedbirin gerekli olup olmadığının incelenmesine veya gerekli olmayan bir tedbirin ölçülü olup olmadığının incelenmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir (Gözler, 2018, s. 333). AİHM'in istikrarlı olarak ölçülülük ilkesinin AİHS'in tamamına hakim olduğunu, ancak elverişlilik ilkesinin denetiminin örtük bir şekilde gerçekleştirdiği ve ölçülülük denetiminin orantılılık unsuru üzerinde yoğunlaşarak AİHS'e uygunluk denetiminin özünü orantılılık ilkesinin oluşturduğu ifade edilmektedir (Metin, 2017, s. 28).

[51] AİHM'in 26/09/1996 karar tarihli ve 18748/91 Başvuru Numaralı Manoussakis ve Diğerleri v. Yunanistan yargılamasına ilişkin kararı. §44.

[52] AİHM'in 07/09/2011 karar tarihli 23459/03 Başvuru Numaralı Bayatyan v. Ermenistan yargılamasına ilişkin kararı. §122.

3.1.1.5.2.1. Elverişlilik

Sınırlamada kullanılan araç ile sınırlama için istenen sonuç elde ediliyorsa kullanılan aracın elverişli olduğu söylenmektedir (Rumph, 1993, s. 33). Alman Anayasa Mahkemesine göre (ALAM) arzu edilen sonuca ulaşmak için kullanılan vasıtanın istenilen sonuca ulaşmada katkısının olması gerekmektedir. ALAM, elverişlilik ölçütünün karşılanması için tam anlamıyla sonuca ulaşmayı gerekli görmemekte, kısmen sonuca ulaşmanın vasıtanın elverişli kabul edilebilmesi için yeterli olduğunu belirtmektedir (Sağlam, 1982, s. 114).

AYM, 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun bazı maddelerinin iptali talebi ile açılan davada elverişlilik unsurunun karşılanmadığını tespit edip, yasanın ulaşmak istediği amaçla uyumlu bir sonucun ortaya çıkmayacağını tespitle, kararına gerekçe olarak aşağıdaki değerlendirmelere yer vermiştir:

> "Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işyeri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde işkolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlandırma ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenilen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir; bu da, kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir."[53]

3.1.1.5.2.2. Gereklilik

Gereklilik ilkesi, sınırlama amacına uygun olarak kullanılabilecek elverişli aynı derecede etkili müdahale yöntemleri varsa, bu yöntemlerden en yumuşağının, temel hak ve hürriyetleri en az sınırlayan yöntemin tercih edilmesi olarak ifade edilmektedir (Gözler, 2018, s. 329). Daha az sınırlayıcı bir müdahale imkânı mevcut ve daha az sınırlayıcı müdahale ile elde edilen sonuç aynı veya daha iyi ise; daha az sınırlayıcı müdahalenin seçilmemesi halinde yapılan müdahalenin gereksiz olduğu değerlendirilmekte ve gereklilik ilkesine aykırılık teşkil edilmiş olacağı ifade edilmektedir. Şayet devletin, daha az yükümlülük yükleyen ve aynı sonuca ulaşmaya imkân sağlayan başkaca bir vasıtası var ise, daha az yükümlülük yükleyerek aynı sonuca ulaşan vasıtanın tercih edilmemesinin gereklilik

[53] AYM'nin 09/02/1972 karar tarihli ve 1970/48 Esas, 1972/3 Karar sayılı kararı.

ilkesine aykırılık oluşturacağı belirtilmektedir. (Metin, 2017, s. 11). AYM gereklilik ilkesi yönünden " …'gereklilik' başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını (…) ifade eder" şeklinde bir tanımlamaya başvurmuştur[54].

Gereklilik ilkesinin, hem faydasız ve etkisiz insan hakları sınırlamalarını bertaraf etmek, hem de bir meşru amacı gerçekleştirebilecek sınırlandırmalardan en az insan hakları kısıtlamasına neden olacak durumları filtreden geçirmek yönünden işler olduğu söylenmektedir. Gereklilik ilkesi ile sağlanan bu filtrelemenin üç alt soruya cevap aranarak yapılacağı belirtilmektedir. Bu sorular, aynı amaca ulaşmak için başkaca uygun bir müdahale yönteminin var olup olmadığı, bu yöntemler arasında hakkı daha az sınırlayanın var olup olmadığı, söz konusu yöntemlerinin aynı amacı gerçekleştirebilmek için diğer yöntemlere göre daha etkili olup olmadığı sorularına verilecek olumlu cevapların müdahalenin gereksiz olduğunu tespit etmemizi sağlayacağı ifade edilmektedir (Hazar, 2021, s. 103).

ALAM, daha yumuşak müdahalenin tercih edileceği müdahale yöntemlerinin aynı etkiye sahip olduğu kabulü altında bu sonuca varılacağını belirtmektedir. ALAM'a göre, aynı derecede etkiye sahip müdahale yöntemlerinden daha yumuşağını tercih etme görevi yasa koyucuya aittir. ALAM'ın, gezici tacirlerin sipariş toplayarak hayvan hastalıklarına ilişkin ilaçları satmasını yasaklayan hükmü gereklilik yönünden iptal edildiği, insan sağlığının meslek özgürlüğünü daha az sınırlayacak başka bir hükümle de sınırlanabileceği belirtilmektedir. Örnek olarak, gezici tacirlerce sipariş toplamanın yalnızca reçeteyle satılan ilaçlar bakımından yasaklanması ile, halk sağlığına yönelen tehlikelerin bertaraf edilebileceği ifade edilmektedir (Sağlam, 1982, s. 115).

3.1.1.5.2.3. Orantılılık

AİHM'in, orantılılık ilkesinin AİHS'in doğasında olduğunu, müdahale ile amaçlanan sonuç ve kullanılan araçlar arasında daima bir orantı bulunmasının zorunlu olduğu kanaatinde olduğu ifade edilmektedir (Gerards, 2013, s. 467). Nitekim, müdahale ile izlenen meşru amaç arasında bir orantılığın bulunmaması halinde söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu söylenemeyecektir. Ölçülülük denetiminin son aşaması olan, orantılılık ya da oranlılık ifadeleri ile karşılık bulan ilke, AYM tarafından "… amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip

[54] AYM'nin 05/05/2016 karar tarihli ve 2016/16 Esas, 2016/37 Karar sayılı kararı.

getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleri…" şeklinde ifade edilmektedir[55]. AYM'nin bu ilke için, "adaletli ve kabul edilebilir bir denge", "makul bir denge", "hakkaniyetli bir denge", "amaçla araç arasındaki makul bir ölçü", "akla uygun bir denge", "olağandışı ve aşırı bir yük altına sokmama" gibi tanımlamaları da kullandığı ifade edilmektedir. Bu ilke sınırlama için başvurulan aracın sınırlama ile elde edilmek istenen amaç arasında ölçüsüz bir oran bulunmaması olarak değerlendirilmektedir. Bunun sonucunun, uygulanan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında, başvurulan araç elverişli ve gerekli olsa dahi, aşırılık bulunmaması olarak belirtilmektedir (Gözler, 2018, s. 330). Bu unsurun idari işlemlere yansımasının bireysel faydalar ile toplumsal faydalar arasında denge unsuru olması olarak ifade edilmektedir (Erdem J. G., 2013, s. 988).

Ölçülülük denetiminin diğer adımları olan elverişlilik ve gereklilik kriterlerinde sınırlama için kullanılabilecek vasıtaların ne ölçüde elverişli ve yumuşak olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılırken, orantılılıkta seçilen araçla yapılan müdahalenin ağırlığı ile ulaşılmak istenen amacın anayasal açıdan taşıdığı öneme dikkat edildiği vurgulanmaktadır. Bu itibarla orantılılık, bireysel yarar ile kamu yararı arasında makul bir dengenin kurulması olarak tariflenmektedir (Metin, 2017, s. 14).

Orantılılık denetimi yapılırken; çatışan değerlerin belirlenmesi ve çatışan değerlerin karşılıklı olarak değerlendirilmesinin yapılacağı, öncelikle bu değerlerin karşılıklı olarak soyut olarak önemleri ve ağırlıklarının tartılmasının gerektiği ileri sürülmektedir. Ardından, yapılacak somut müdahale ile korunmak istenen hukuki değerin içinde bulunduğu tehlikenin boyutu ile, müdahalenin yöneldiği temel hak ve özgürlüğe getirilen kısıtlamanın ağırlığı karşılıklı olarak değerlendirilerek tartılır. Bu değerlendirme neticesinde temel hak ve özgürlüğe verilen zarar, korunmak istenen hukuki değer karşısında açıkça ağır basıyor ise, müdahale için seçilen araç elverişli ve gerekli olsa dahi müdahalenin orantısız olmasının ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edileceği belirtilmektedir (Metin, 2017, s. 15).

3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Ölçülülük İlkesini Gözeterek Almış Olduğu Karar Örnekleri

AİHM'in ifade özgürlüğüne ilişkin gördüğü yargılamaları incelendiğinde, bazı kararlarında ölçülülük ilkesinin doğrudan ön plana çıkarılarak hükme varıldığı

[55] AYM'nin 23/06/1989 karar tarihli ve 1988/50 Esas, 1989/27 Karar sayılı kararı.

görülmektedir. Söz konusu kararlardan bazılarına özet olarak bu başlık altına yer verilmektedir.

3.2.1. Pakdemirli v. Türkiye Davası[56]

Başvurucu bir öğretim görevlisi olup başvurunun yapıldığı süreçte ana muhalefet partisinin genel başkan vekili ve milletvekilidir. Bir otoyolun hizmete açılışı vesilesiyle açık havada yaptığı bir basın toplantısında; Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'i 1991 yılında henüz ana muhalefet partisi genel başkanıyken başvurucunun partisinden iki bakanın dokunulmazlığını kaldırdığı için eleştirmektedir. Dokunulmazlığı kaldırılarak yargılanan ve yargılama neticesinde beraat eden bakanlar da konuşma yapılırken başvurucunun yanında bulunmaktaydı. Bu sözler gerek yazılı gerekse yazılı basında geniş yer bulmuştur.

3.2.1.1. AİHM Öncesi Süreç

Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel tarafından başvurucuya, Cumhurbaşkanlığı makamına karşı iftira ve hakarette bulunduğu gerekçesiyle tazminat davası açılmıştır. Yürütülen yargılama sonucunda başvurucunun 5.000.000.000 Türk Lirası yani yaklaşık 55.000 Euro'ya denk gelen bir tutarda tazminat ödemesine karar verilmiştir. Tazminat tutarı belirlenirken tazminatın bir zenginleşme aracı olmadığına ilişkin klasik görüş yerine benimsenen, tazminatın fail için caydırıcı mağdur için tatmin edici bir tutar olması yönündeki tutum; söz konusu hadisenin kişilik değerinin alçaltılmasına ilişkin olmasıyla ve bunun asla tazmin edilemeyeceğiyle gerekçelendirilmektedir. Başvurucu o tarihe kadar bir Türk mahkemesinde verilen en yüksek manevi tazminat miktarının kendisi aleyhinde hükmedildiğini belirtmektedir. Nitekim, tazminat hükmünde öngörülen tutarın malvarlığının yarısına ve Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'in beyan ettiği gelire eşittir.

Söz konusu hükme karşı başvurucunun temyiz kanun yoluna gitmesi üzerine, Yargıtay başvurucunun ek delil toplanması talebinin reddedilmesini ve bazı usul eksikliklerinin varlığını gerekçe göstererek ilk derece mahkemesi hükmünü bozmuştur. Bozulan karar üzerine ilk derece mahkemesi Yargıtayın bozma için gösterdiği için gerekçeleri dikkate alarak söz konusu eksiklikleri gidermiş ve ilk verdiği hükmü, delil listesine iki yeni unsur daha ekleyerek korumuştur. Tekrar Yargıtay incelemesine tabi

[56] AİHM'in 35839/97 başvuru numaralı ve 22/02/2005 karar tarihli yargılamasıdır. Erişim Adresi: https://hudoc.echr.coe.int/

tutulan karar bu kez onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi de reddedilmiş ve gecikme faizleriyle birlikte başvurucu 60.000 Euro ödemiştir.

3.2.1.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Başvurucu Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel hakkında söylediği sözlerden dolayı tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin AİHS'in 10'uncu maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasındadır. Hükümet, söz konusu uyuşmazlığın hukuk usulüne tabi bir uyuşmazlık olduğunu, uyuşmazlığın yalnızca davanın taraflarını ilgilendirdiğinden bahisle AİHS'in 10'uncu maddesi bağlamında bir müdahalenin söz konusu olamayacağı iddiasını öne sürmektedir. Ancak AİHM, hakaret dolayısıyla yapılan bir hukuk yargılaması neticesinde verilen cezanın, AİHS'in 10'uncu maddesi kapsamında ele alındığı yerleşik içtihatlarını dayanak göstererek hükümet iddialarını reddetmiş, müdahalenin varlığını tespit etmiştir.

3.2.1.2.1. Hukuken Öngörülme

Borçlar Kanunu uyarınca öngörülen tazminatın, başvurucunun malvarlığının yarısına denk gelecek ölçüde hükmedildiğinden hukuken öngörülebilirlik unsurundan yoksun olduğu iddia edilmektedir. AİHM, Borçlar Kanunu'nda açıkça orantılılıkla alakalı bir düzenleme yer almasa da ölçülülüğe dair hukuki düzenlemenin Medeni Kanun'un 4'üncü maddesinde düzenlenmesi karşısında, bu nevi davalarda hukuki düzenlemelerin yeteri kadar açık olduğu sonucuna varmış ve müdahalenin hukuken öngörülmüş olduğu sonucuna varmıştır.

3.2.1.2.2. Meşru Amaç

AİHM, müdahalenin meşru amacı güttüğünü kabul etmektedir. Nitekim, müdahalenin başkasının şeref ve haysiyetinin korunması amacını taşıdığını ve hatta bu amacın müdahalenin hukuki temelini oluşturan doğrudan Borçlar Kanunu hükmünde açıkça öngörülmüş olduğunu da vurgulamaktadır.

3.2.1.2.3. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk

AİHM müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin değerlendirmelerinde müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığına ilişkin açıklamalarına ilkin

davacıların konumunu tespit ve açıklamayla başlamaktadır. Davanın bir tarafı eski bir bakan ve milletvekili, diğer tarafı ise Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'dir. Her iki kişi de siyaseten aktif kişiler olup siyaseten çekişmeli uzun bir geçmişe sahip olduklarından davaya ilişkin olayların siyasi bağlamda yer aldığını tespit edilmektedir. Diğer birçok kararında olduğu gibi AİHM yine siyasetçilerin kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sıradan bir kişiyle kıyaslandığında daha geniş olduğunu, siyasetçilerin söz ve davranışlarının vatandaşların, gazetecilerin ve diğer rakiplerinin sıkı denetimine tabi olduğunu hatırlatmaktadır.

Başvurucunun, Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel aleyhinde sarf etmiş olduğu "yalancı", "iftiracı", "Çankaya'nın Şişmanı", "dar kafalı", "lastikleri patlasın", "öbür dünyaya gidince Allah affetmez" şeklindeki sözlerin siyasi bir eleştiri olmaktan ziyade bir "hakaret ve beddua tufanı" olduğu tespit edilmiştir. AİHM, polemik gibi görünen ve belli ölçüde asılsız saldırı niteliğini haiz bu sözler siyasi bir çerçevede sarf edilmesine karşın bu sözlerin siyasi bir tartışma içinde ileri sürülen bir görüş olarak değerlendirilmesinin zor olduğunu ifade etmiştir.

AİHM, tazminat hükmü kuran mahkeme kararını öncelikle, miktarının belirlenirken kanunda "tarafların sosyo ekonomik durumu" öngörülmesine rağmen, yerleşik Yargıtay içtihatlarına matuf mutat uygulamanın terk edilerek alışılmamış bir şekilde tazminat tutarının belirlenmesi yoluna gidilmesini en yüksek tazminat miktarının tatbik edebilmesi için yapıldığından bahisle eleştirmektedir. Tazminat tutarı belirlenirken, mahkemenin davacının şahsiyetine yönelik zararlardan ziyade, Cumhurbaşkanı statüsünün aşırı ölçüde korunmasına dikkat edildiğini tespit eden AİHM, suç alanında özel yasalarla artırılan korumanın ilkesel olarak AİHS ile bağdaşmadığını, ancak bu nevi yasaların hâkimin "tarafların durumuna" ilişkin yorum yaparken bir ayrıcalığı belirtmek için bir desteğe dönüştüğü keyfi takdir durumuna yol açabileceğini ifade etmektedir.

AİHM, mahkemenin benimsediği Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'e yöneltilen sözlerin hiçbir şekilde telafi edilemeyecek manevi zarara neden olduğuna ilişkin görüşüyle belirlenen tazminat tutarı orantılılık ilkesince belirlenmemiş tazminatın hukuki bir cezaya dönüştürülmesini eleştirmektedir.

Neticeten, ulusal mahkemelerin hiçbirinin orantılılık ilkesini düzenleyen Medeni Kanun hükmünü göz önüne almaksızın karar vermesi şaşırtıcı bulunmuş, bu ölçüde yüksek bir tazminatın eleştiriye açık olduğu ifade edilmiştir. Yargılamaya konu müdahalenin Borçlar Kanunu uyarınca gerçekleştirilmesi itibariyle hukuken öngörülmüş, başkalarının şeref ve itibarını korumaya dönük olması itibariyle AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan meşru amaç kriterine uygun olduğu belirlenmiştir. Ancak kanunun

uygulanışı itibariyle, tazminat miktarı bu tür davalarda ve zikredilen sözlerin ağırlığı karşılaştırıldığında amaç ve müdahalenin ağırlığı bakımından makul bir orantı bulunmaması itibariyle, uygulanan tazminatın miktarının bu kadar yüksek olması söz konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olmasının önüne geçtiği sonucunu doğurmuştur. AİHM, söz konusu yargılamada AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

3.2.2. Fressoz ve Roire v. Fransa Davası[57]

Başvuruculardan Roger Fressoz "Le Canard enchaîné" isimli bir mizah dergisinin önceki yayın müdürü olup Claude Roire ise aynı dergide çalışan bir gazetecidir. Davaya konu dergi makalesinde, endüstriyel dengesizlik içerisinde bulunan bir motor şirketinin yöneticisi olan Jacques Calvet'nin kendi maaşına son iki yılda %45,9 zam yaparken, 158.000 çalışanı bulunan şirketin çalışanlarına yaklaşık %6,7 zam yapılması eleştirilmektedir. Makalede, Calvet'nin gelirini gösteren 3 adet vergi beyannamesinin fotokopisinin görseli de bulunmaktadır.

3.2.2.1. AİHM Öncesi Süreç

2 Ekim 1989 günü Calvet, Paris Büyük Mahkemesine soruşturmaya zararlarının tazminin talep eden sivil taraf olarak katılma talebini de içerecek şekilde suç duyurusunda bulunmuştur. Calvet'ye göre söz konusu olayın vergi makamlarınca tutulması gerekli belgelerin orijinal veya kopyalarını hukuka aykırı şekilde almayı ve bulundurmayı gerektirmektedir. Bu itibarla, yaşanan olayda kamu görevlisinin belge ve senetleri kötüye kullanımı, mesleki güvenin kötüyle kullanımı ve hukuka aykırı şekilde elde edilen belgelerin çoğaltılması için gerekli zamanda mesleki güvenin ihlali suçlarının işlendiğini iddia etmektedir.

Savcılık makamı başvurucular aleyhinde hırsızlık, mesleki güvenin ihlali, kamu görevlisinin hukuka aykırı şekilde belge ve senetleri kaybetmesi ve hukuka aykırı şekilde menfaat temini suçlarından soruşturma yürütmek için sorgu hakimine başvurdu. Süreç esnasında Bütçe Bakanı da zararlarının tazmin ile soruşturmaya müdahillik talebini içeren, hukuka aykırı şekilde resmî belgelerin kaybedilmesi ve mesleki güvenin ihlal edilmesi suçlarından kimliği belirsiz kişi veya kişiler hakkında suç duyurusunda bulundu.

---

[57] AİHM'in 29183/95 başvuru numaralı ve 21/01/1995 karar tarihli yargılamasıdır. Erişim Adresi: https://hudoc.echr.coe.int/

Başvurucular, mesleki güvenin ihlali yoluyla belge ve senetlerin hukuka aykırı olarak alınması, hukuka aykırı şekilde belge ve senetlerin kaybedilmesi ve hırsızlıkla suçlandı. İlerleyen günlerde savcılık hiç kimsenin hırsızlıkla veya mesleki güvenin ihlalinden suçlanmamasını; Fressoz aleyhindeki suçlamaların durdurulmasını, Roire için ise kimliği belirlenemeyen vergi memuru tarafından Calvet'nin vergi beyannamelerini ele geçirmek suretiyle mesleki güvenin ihlali suçlamasından ceza verilmesi gerektiğini mütalaa etmiştir.

Sorgu hakimliği, hırsızlık ve mesleki güvenin kötüye kullanımı suçları yönünden işlemlerin hiçbir suçlunun tespit edilememesi gerekçesiyle durdurulmasına karar vermiştir. Başvurucuların Paris Ceza Mahkemesinde, mesleki güveni ihlal etmek suretiyle Calvet'nin gelirine ilişkin bilgileri elde etme ve vergi beyannamelerinin çalıntı fotokopilerini kullanma suçlarından yargılanmasına karar vermiştir.

İlk derece mahkemesi olan Paris Ceza Mahkemesi mesleki güvenin ihlal edilmesini ve hırsızlığın gerçekleştiğinin tespit edilememesi, vergi beyannamelerini kimin ifşa ettiğinin belirlenememesi gerekçeleriyle başvurucular hakkında beraat hükmü kurmuştur. Ancak, beraat hükmü Paris İstinaf Mahkemesi tarafından bozulmuş ve başvurucular, Calvet'nin vergi iadelerinin fotokopilerini kimliği belirlenemeyen bir vergi memuru tarafından mesleki güvenin ihlal edilerek ele geçirmekten dolayı suçlu bulunmuştur. Paris İstinaf Mahkemesi, suçlu bulduğu başvurucular Fressoz ve Roirre'yi sırasıyla 10.000 ve 5.000 Fransız Frankı para cezasına çarptırmış ve manevi tazminat karşılığı olarak müştereken ve müteselsilen 1 Frank ve yargılama giderleri olarak 10.000 Frank ödemeye mahkûm etmiştir.

Başvurucular, Paris İstinaf Mahkemesi kararına karşı yaptıkları temyiz başvurusunda iki temel argümanı ileri sürmüştür. İlk olarak Fressoz, yayın direktörlüğü sıfatının alt derece mahkemelerinin genel hükümler çerçevesinde ele geçirme suçundan mahkûmiyet hükmü kurmasına engel olduğunu, kendisi hakkında yalnızca 1881 tarihli kanun uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulabileceğini ifade etmiştir. "Bulundurma" ve "yayınlama" fiillerinin karıştırıldığını, Calvet'nin şikayetinin elde bulundurma değil basın hukukuna aykırı olmayan yayınlama fiilinden kaynaklandığını ve davanın olaya uygun düşmeyen "elde bulundurma" suçlamasına dönüştüğünü iddia etmektedir.

Başvurucuların her ikisince de ileri sürülen ikincil argüman ise, suçlandıkları suçun unsurlarının oluşmadığı yönündedir. Nitekim, Calvet'nin vergi beyannamelerinin gizliliğin korunması görevi kapsamında olmadığından böyle bir görevin ihmal edilemeyeceği, zira yayınlanan bilgilerin kamuya açık olduğu ileri sürülmektedir. Başvurucular, gazetecilerin "bilgi elde etmekten" mahkûm edilmesinin hukuka uygun olmayacağını, Paris İstinaf

Mahkemesinin suçun maddi ve manevi unsurlarının gösterilmesinde (actus reus, mens rea) başarısız olduğunu ifade etmektedir.

Ayrıca Roire, istinaf aşamasında vergi beyannamelerinin gerçekliğini doğrulattığını kabul etmesinin, belgelerin hukuka aykırı şekilde ele geçirildiğini bildiği sonucuna yol açmasına ilişkin açıklamasında, yalnızca bir gazeteci olarak görevini yerine getirdiğini, yayınlamadan önce bilginin doğruluğunu, gazeteciliğin dikkatli davranma ve kaynakları doğrulama yükümlülüğü gereğince yerine getirdiğini belirtmiştir. Ancak, başvuruculaların temyiz talebi reddedilmiştir.

3.2.1.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Başvurucular AİHS'in 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının ve 10'uncu maddesinin ihlal edildiği iddiasındadır. AİHM, hükümetin başvuranların yargılama boyunca alternatif bir sunuş olsa dahi ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinden yakınmamış olduğundan Fransız makamlarının olayın esasını ifade özgürlüğü yönünden inceleme fırsatını bulamadığı yönündeki iddiasının aksine, başvuruculaların temyiz mercii önünde yaptıkları savunmaların AİHS'in 10'uncu maddesi bağlamında bir yakınma içerdiğini tespit etmekte ve hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazının reddine karar vermiş ve davanın esasını incelemeye geçmiştir.

3.2.1.2.1. Hukuken Öngörülme

AİHM davanın esasını incelerken uygulayacağı üç aşamalı testin ilk aşaması olan müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığına dair incelemesinde, yargılamaya konu müdahalenin Vergi Usul Kanunu uyarınca tatbik edilmiş olması karşısında müdahalenin hukuken öngörüldüğü sonucuna varmıştır.

3.2.1.2.2. Meşru Amaç

Meşru amacın varlığı bakımından, müdahalenin başkalarının ünlerini veya haklarını korumak ve gizli olarak ulaşılan bilgilerin açıklanmasını engelleme amacını taşıdığı yönünde başvurucular, hükümet ve AİHM görüş birliğindedir.

3.2.1.2.3. Demokratik Toplumda Gereklilik

Demokratik toplumun gerekliliklerine ilişkin açıklamalar AİHM'in ifade özgürlüğüne ilişkin öngördüğü genel ilkelerin zikredilmesiyle başlanmaktadır.

3.2.1.2.3.1. Genel Prensipler

Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğine ilişkin olarak, AİHM öncelikle Handyside v. Birleşik Krallık ve Jersild v. Danimarka kararlarına atıf yaparak, ifade özgürlüğünün AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası dikkate alınarak, yalnızca hoşa giden veya zararsız kabul edilen "bilgi" veya "fikirler" için değil, aykırı veya rahatsız eden bilgi ve fikirler için de geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Çoğulculuğun, hoşgörünün ve geniş fikirliliğin talepleri olup bunların yokluğunda "demokratik toplum" olmayacağının altını çizmektedir.

AİHM, basının demokratik toplumdaki önemi rolü vurgulamakta ve basının başkalarının itibar ve haklarını koruma gizli bilgilerin ifşasını önleme gibi yükümlülükleri olsa da bu görev ve yükümlülüklerle uyumlu bir şekilde kamu çıkarını ilgilendiren tüm konularda bilgi ve fikirleri aktarma görevi olduğunu hatırlatmaktadır. Şu kadar ki, gazetecilik özgürlüğünün belirli bir ölçüye kadar abartı hatta provokasyona başvurmayı da kapsadığının altını çizmektedir.

Basının toplum için ifade ettiği önem ve yere ilişkin temel açıklamaları "gerekliliğe" ilişkin tespitler takip etmektedir. Buna göre, müdahalenin tesisi için zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık gelen "gereklilik", ikna edici şekilde ortaya koyulmalıdır. Gerekliliği tespit etmekte en başta ulusal otoritelerin yetkili olduğu ve bu tespit yapılırken özgür basını temin etme ve sürdürme konusundaki çıkarlarla sınırlandırılmış bir takdir marjının bulunduğu ifade edilmektedir. Bu çıkarlar, müdahalenin AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca izlenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığının tespitinde önemli bir rol oynamaktadır.

Sözleşmeci devletlerin sahip olduğu takdir yetkisine ilişkin AİHM, kendi yetkisinin ulusal makamların yerini almak değil, ulusal makamların AİHS'in 10'uncu maddesi uyarınca kullandıkları takdir yetkisinin denetimi ile sınırlı olduğunu belirtmektedir. AİHM denetim işlevini, incelemeye konu müdahale bir bütün olarak ele alındığında ulusal makamların müdahaleyi haklı çıkarmak için ileri sürmüş olduğu gerekçelerin ilgili ve yeterliği olduğunu tespit etmek olarak tespit etmektedir.

3.2.1.2.3.2. İlkelerin Olaya Uygulanması

Bu ilkeler ışığında AİHM, yargılamaya konu makalenin önde gelen bir Fransız otomobil şirketinde basında geniş bir şekilde yer alan endüstriyel bir tartışma içerisinde yayınlandığı kanaatindedir. Makalenin, işçilerin maaş artış taleplerine karşıt olarak aynı anda şirketin başındaki kişinin söz konusu dönemde büyük bir ücret artışı aldığını göstermekte olduğunu ve bu şartlar altında böyle bir karşılaştırma yapan makalenin genel çıkar konusundaki kamusal tartışmaya katkı sunduğunu, Calvet'nin ününe zarar vermeyi amaçlamadığını değerlendirilmektedir.

AİHM, ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin, kendi durumlarına ve kullandıkları teknik araçlara dayanan yerine getirmesi gerekli görev ve sorumluluklar altında olduklarını belirtmektedir. Yargılamaya konu olay bakımından, Roire'nin yerine getirdiği kontrollerin ışığında, başvuruculaların belgelerin bir vergi dosyasından gelmiş olduğunu dolayısıyla gizli olduğunu bilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Nitekim, AİHS'in 10'uncu maddesi gazetecilere koruma sağlıyorsa da gazetecilerin genel ceza hukuku prensiplerinden bağışık olduklarına dönük bir kabulü sağlamayacaktır. AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası ile ifade özgürlüğünün sınırlarını çizilmiştir. Olayın özel koşullarında, kamuoyunun bilgilendirilmesindeki yarar ile başvuruculara gönderilen belgenin şüpheli kaynağı nedeniyle, sahip oldukları "görev ve sorumluluklarına" baskın olup olmadığına karar verilmesinin gerektiği belirtilmektedir.

Bu bağlamda AİHM öncelikle kendi başına meşru olan mali gizliliğin korunması amacının müdahale için ilgili ve yeterli bir sebep olup olmadığı sorunu üzerinde durmaktadır. Yargılamaya konu mahkûmiyet hükmü, Fressoz ve Roire'ye iletilmiş olduğuna karar verilen vergi yetkililerin elindeki belgelerin gazetede çoğaltılmasına dayanmış olmasına rağmen, kesinlikle bilginin ifşa edilmesiyle bağlantılı olduğu belirtilmelidir. Bu itibarla, sorun zaten kamuoyuna açık olan ve çok sayıda insan tarafından bilinebilecek durumda olan bir bilginin paylaşımının önlenmesinin gerekli olup olmadığıdır. Nitekim, yerel vergi mükellefleri kendi belediyelerinde, her bir vergi mükellefinin vergilendirilebilir geliri ve vergi yükümlülüğünün ayrıntılarını bilgilere ulaşabileceğinden kazançlar ve maaşlar konusunda belirli ölçüde şeffaflık söz konusudur. Dolayısıyla bu bilgiler yayılamasa bile çok sayıda kişi tarafından erişilebilir ve başkalarına aktarılabilir.

Mevcut davada vergi beyannamelerinin yayınlanması yasaklanmışsa da bilginin içeriği gizli değildir. Calvet gibi büyük şirketlerin yöneticileri ücretleri düzenli olarak mali dergilerde yayınlanmakta ve Roire Calvet'nin ne kadar kazandığını kontrol etmek için bu

bilgilere başvurduğunu açıkça söylemiştir. Buna göre AİHM, bilginin gizli olarak korunması için baskın gelen bir gereklilik bulunmadığı kanaatine varmaktadır. Nitekim, Calvet'nin yıllık geliri hakkındaki bilgilere ulaşmaya hukuken müsaade ediliyorsa, başvuruculların sadece bu bilgilerin bulunduğu vergi beyannamesinin yayınlamasından dolayı mahkûm edilmesinin AİHS'in 10'uncu maddesi kapsamında haklı bulunmadığı ifade edilmektedir.

AİHM, bu tür belgelerin çoğaltılmasının gerekliliğine karar verme yetkisinin AİHS'in 10'uncu maddesi uyarınca gazetecilere ait olduğunu ifade etmektedir. Bu madde, gazetecilerin iyi niyetle ve gazetecilik etiğine uygun olarak "güvenilir ve kesin" bilgi vermesi şartıyla genel menfaati ilgilendiren konularda bilgi verme hakkını da korumaktadır. Mevcut davada ne başvuruculların olayları anlatımları ne de onların iyi niyetinin gündeme geldiğini belirtmektedir. Ayrıca, Roire'nin vergi beyannamelerinin gerçek olduğunu teyit etmesi bir gazeteci olarak mesleğinin standartlarıyla uyum içinde hareket olarak değerlendirilmiştir. Her bir belgeden çıkarılan özetler de söz konusu makaleyi doğrulama amacı taşımakta olduğundan vergi beyannamelerinin yayınlanması sadece konu ile ilgili değil, aynı zamanda sağlanan bilginin güvenilirliği de ilgili bulunmuştur.

Özetle, AİHM'e göre, demokratik bir toplumun çıkarının basın özgürlüğünü sağlamakta ve korumakta olduğu göz önüne alındığında, gazetecilerin mahkumiyeti yoluyla amaçlanan meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık bulunmadığından, müdahalenin AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlali olduğuna hükmetmiştir.

3.2.3. Perna v. İtalya Davası[58]

Gazeteci olan başvurucu Giancarlo Perna, "Il Giornale" isimli dergide dönemin Palermo Başsavcısı olan Bay G. Caselli hakkında bir makale yayınlamıştır. "Ak saçlı yargıç Caselli" başlıklı makalede alt başlık olarak "Katolik eğitimi - arkadaşı Vialente gibi komünist militanlık, Andreotti hakkındaki suçlamalar yeni bir Sogno davasının başlangıcı mı?" ifadelerini kullanmıştır.

Makalede başvurucu, Caselli'nin mafyaya yardım ve yataklık etmekten suçlanan ve bu esnada ilk derece mahkemesinde beraat eden, oldukça meşhur bir İtalyan devlet adamı olan Andreotti aleyhinde yürüttüğü soruşturmaya atıfta bulunmaktadır.

[58] AİHM'in 06/05/2003 karar tarihli ve 48898/99 başvuru numaralı yargılamasıdır.

Makalede öncelikle Caselli'nin politik militanlığını, "üçlü itaat yemini, tanrıya, hukuka ve Botteghe Oscure[59]'a" şeklinde eleştirilmektedir. Ardından Caselli, tüm İtalyan savcılık ofislerini ele geçirmeyi amaçlayan bir planın bir parçası olmakla ve bir "pentito"[60] olan T.Buscetta'nın sonunda delil yetersizliğinden davanın devam edemeyeceğini bile bile; eski İtalya Başbakanı Bay Guilio Andreotti'yi mafya tipi bir örgüte yardım ve yataklık etmekle itham etmesini sağlayarak, Andreotti'nin politik kariyerini yok etmek amacıyla kullanmakla suçlanmaktadır.

3.2.3.1. AİHM Öncesi Süreç

Caselli'nin başvurucunun kendisine hakaret ettiği yönünde suçlamada bulunması üzerine, Monza Bölge Mahkemesi başvurucu ve gazetenin yöneticisini ağırlaştırılmış hakaretten suçlu bularak 1.500.000 ve 1.000.000 İtalyan Liresi (sırasıyla yaklaşık 775 ve 515 Euro) ödemeye ve toplamda 60.000.000 İtalyan Liresi'ne karşılık gelen (yaklaşık 31.000 Euro) zararın tazminine, masrafların ödenmesine karar vermiş ve kararın yayınlanmasına hükmetmiştir. Başvurucu, karara karşı Milano İstinaf Mahkemesine itiraz etmiştir.

İstinaf Mahkemesi, bağlılık yemini edildiğine dair pasajın kurumların bir siyasi partiye bağlı olduğunu gösterdiği için hakaret niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Makalenin kalan kısmına ilişkin olarak ise, devletin hukuk hizmetinin bir üyesi olarak görev yürüten Caselli'nin davranışlarına ilişkin iddiaların hiçbir kanıta dayanmadığı için oldukça ciddi ve hakaretamiz olduğunu ifade edilmektedir. Bunun yanında, başvurucunun sunmaya çalıştığı kanıtın göz önüne alınmasını; başvurucunun Caselli'nin politik bağlılığını ve Bay Andreotti hakkında yürüttüğü soruşturma için "pentito" kullandığı yönündeki beyanlarının hakaret olmadığı ve yargılama üzerinde bir tesiri olmadığı için gerekli görmemiştir. İstinaf kararı, Temyiz merciince de onanmıştır.

3.2.3.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Başvurucu AİHM nezdinde, İtalyan mahkemelerinin söz konusu makalenin basın özgürlüğü bağlamında güncel olaylara ilişkin haber ve yorum yapma hakkının bir örneği

[59] Eski İtalyan komünist partisinin genel merkezi ve şimdilerin Sol Demokrat Partisinin merkezi.

[60] Sonradan muhbire dönüşen suçlu.

olduğunu kanıtlamasını engelleyen hem esasa hem de usule ilişkin kararları nedeniyle, AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlal edildiğinden bahisle şikayetçi olmuştur. Başvurunun ikinci kısmında İtalyan mahkemelerinin başvurucunun sunmak istediği kanıtları reddetmesi ile ilgili değerlendirmeyi AİHS'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasıyla ilişkili bularak, bu hususu AİHS'in 10'uncu maddesi bağlamında ayrıca incelemeye gerek görmemiş, AİHS'in 10'uncu maddesi kapsamında yapılacak incelemeyi yalnızca başvurucunun mahkumiyeti ile sınırlı tutmaya karar vermiştir.

AİHM önündeki yargılamada hükümet, başvurucunun yakındığı kararların başkalarının saygınlığını korumak, yani Palermo başsavcısı Caselli'nin itibarını korumak ve yargı otoritesini sağlamak amacına yöneldiğini ve AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında da yer alan hukuka uygun amaçlarla alındığını ifade etmektedir. Söz konusu makalenin toplumsal bir tartışmaya hizmet etmekten çok uzak ve Caselli'ye alenen hakaret niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Yargı organının toplumdaki özel yeri dolayısıyla yargıçlar üzerinde bulunan ve yargıçların saldırılara karşı tepki göstermesini engelleyen ketumluk ödevi dolayısıyla yargı görevi ifa eden kişilerin haksız saldırılardan korunması gerektiğini öne sürülmektedir. Hükümete göre, başvurucunun kanunlara aykırı şekilde veya en azından mesleki görevlerini ihmal ederek yalnızca Caselli'nin itibarına zarar vermemiş ayrıca devletin hukuk hizmetlerine karşı halkın güvenini de sarsmıştır. Milano İstinaf Mahkemesinin de işaret ettiği üzere, başvurucu bir görüş açıklamamış gerçekliğini teyit etmeden, herhangi bir delil ortaya koyamadan Caselli'ye bazı suçlamalar yöneltmiştir.

Başvuran ise, devletin yargı hizmetinde görev yapan bir politik militanın, kaçınılmaz şekilde görevini yürütürken militanlığının etkisi altında olacağı görüşünü ifade etmektedir. Bununla beraber başvuran, söz konusu görüşe katılmamak mümkün iken; bunu çok ciddi bir suçlama olarak tanımlamanın ve herhangi bir delil sunmaya müsaade edilmeksizin adli bir ceza ile cezalandırmanın doğru olmadığını belirtmektedir.

Davaya katılan üçüncü kişi niteliğindeki Caselli, politik militanlık deyiminin ulusal mahkeme kararlarında bir olgu olarak yer almadığını, kendisinin militanlık ile karıştırılmaması gereken inançlarını hiçbir zaman gizlemediğini ve Ulusal Yargı Konseyi bünyesinde temsil edilen ve devletin hukuk hizmetlerinde çalışan memurların derneği olan Magistratura Democratica üyesi olduğunu belirtmiştir.

AİHM yargılamaya ilişkin değerlendirmesine öncelikle genel ilkeleri hatırlatarak ifade özgürlüğünün demokratik toplumun gerekliliklerinden biri olduğunu, toplumun ilerlemesinde ve bireylerin kendilerini öz tamamlanmışlıklarının sağlanmasında temel olduğunu zikretmektedir. Buna göre ifade özgürlüğü, AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci

fırkası sınırları içerisinde kalmak şartıyla yalnızca lehte olan ve muhalif sayılmayan veya ilgilenmeye değmez görülen haber veya fikirler için değil, aynı zamanda muhalif, çarpıcı veya rahatsız eden haberler veya fikirleri de korumaktadır. AİHM denetim yetkisini kullanırken tartışma konusu müdahaleye başvurucunun aleyhine olarak kullanılan sözlerin içeriği ve bu sözlerin söylendiği bağlam dahil olayın bütünlüğü içerisinde bakmak zorunda olduğunu, özellikle söz konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve ulusal makamların bu müdahaleyi haklı kılmak için gösterdikleri gerekçenin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını belirlemek durumunda olduğunu ifade etmektedir. Bu denetim yapılırken, ulusal makamların AİHS'in 10'uncu maddesinde yer alan ilkelere uygun standartları uyguladıklarını ve ayrıca konuyla ilgili olayların kabul edilebilir bir değerlendirilmesine dayandıklarını tespit edilmelidir. Verilen cezanın ağırlığının ve niteliğinin, müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken dikkate alınması gereken unsurlardan olduğu da ifade edilmektedir.

AİHM, yargılamaya konu olayda mahkûmiyet kararının bir müdahale olduğu konusunda duraksama yaşanmadığını belirtmektedir. Bu itibarla tespit edilmesi gerekli hususun bu müdahalenin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı, demokratik toplumda gerekli olup olmadığının ve özellikle müdahalenin orantılı olup olmadığını ve ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin konuyla ilgili ve yeterli olup olmadığının belirlenmesi olduğu ifade edilmektedir.

AİHM'e göre bir sanığın ulusal mahkemeler tarafından söz konusu yazıda olduğu gibi çeşitli iddialarının ayrı ayrı incelenerek mahkum edildiği bir olayda AİHS'in 10'uncu maddesinde ihlal edilebileceğinin a priori olarak göz ardı edilemeyeceğini belirtmektedir. Mevcut olayda ulusal makamların hakaret suçunun varlığını incelerken her bir beyanı ayrı ayrı değerlendirmeleri yazının bütünselliğinin ve özünün kaçırılmasına neden olacaktır. Başvurucunun sözleri Caselli'nin siyasi inançlara sahip olduğu ve bunları açığa burduğu ve bunun da kendisinin görevini yerine getirirken tarafsızlığından şüphelenmeyi haklı kıldığı iddialarıyla sınırlı kalmamıştır. Ulusal makamların da haklı olarak kaydettikleri gibi, yazının bütününden başvurucunun hakla açıkça ve sarih şekilde özellikle İtalya'da savcılıkları kontrol etme stratejisi iddiasını derinleştirmek için Andreotti aleyhinde hazırlanan iddianame bağlamında, Caselli'nin bilerek yetkisini kötü kullandığı mesajı vermek istediği görülmektedir. Bu bağlamda "bağlılık yemini" ile ilgili deyimlerin bile sembolik bir anlamı vardır. Ayrıca, başvurucunun hiçbir zaman Caselli'ye yüklediği belirli davranışların gerçekten meydana geldiğini kanıtlama gereği duymadığını ve tam tersi bunların kanıta ihtiyaç duymayan eleştirel yargılar olduğunu iddia ettiğinin de altı çizilmelidir.

Bu itibarla AİHM, başvurucunun hakaret içeren yazısı nedeniyle mahkûm edilmesinin ve kendisine verilen cezanın izlenen meşru amaçla orantısız olmadığı ve bu tedbirlerin haklı kılınması için İtalyan mahkemeleri tarafından gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu kanaatindedir. Sonuç olarak söz konusu olayda yapılan müdahalenin AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fırkası anlamından başkalarının itibarını korumak için gerekli bir müdahale olarak kabul etmekte ve AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

3.2.4. Handyside v. Birleşik Krallık Davası[61]

Başvurucu Richard Handyside "Stage 1" isimli yayım firmasının sahibidir. Yargılamaya konu "Küçük kırmızı ders kitabı"[62] isimli kitap da dahil olmak üzere çok sayıda kitap yayımlamıştır. Başvurucunun firması daha önce, Che Guevara'dan Küba'da İnsan ve Sosyalizm'i, Fidel Castro'dan Başlıca Söylevler'i, ve Amilcar Cabral'dan Gine'de Devrim'i yayınlamıştır. 1971 yılına kadar ayrıca, Eldridge Cleaver'dan Kongo'da Devrim, Kadınların Kurtuluş Hareketi ile ilgili yazıların yer aldığı Body Politic, John ve Elsei Collier'den Çin Sosyalist Devrimi ve Tony Beck'ten The Fine Tubes Strike adlı kitapları da yayımlamıştır.

Søren Hansen ve Jesper Jensen isimli iki Danimarkalı yazar tarafından yazılan Ders Kitabının İngiltere'deki yayın hakları başvurucu tarafından 1970 Eylül'ünde satın alınmıştır. Ders Kitabı ilk kez 1969 yılında Danimarka'da yayınlanmış, daha sonra çevirileri ve belirgin adaptasyonlarıyla Belçika, Finlandiya, Fransa, Federal Almanya Cumhuriyeti, Yunanistan, İzlanda, Hollanda, Norveç, İsveç ve İsviçre'nin yanında Avrupa dışındaki bazı ülkelerde yayınlamıştır. Nitekim Avusturya ve Lüksemburg'da serbestçe dolaşıma sokulmuştur.

Başvurucu Birleşik Krallık'ta bir grup çocuk ve öğretmen yardımı ile Ders Kitabı'nın bir baskısını hazırladı. Basımı tamamlanır tamamlanmaz başvurucu tarafından Ders Kitabının gözden geçirilmiş birkaç yüz kopyası, basına verilecekler ile, seçilmiş ulusal ve yerel gazetelerden ve eğitim ve sağlık dergilerine kadar gönderildi. Ders Kitabının 26 sayfalık bir bölümünde "cinsellik" ile alakalı içerik mevcuttu.

22 Mart 1971'de Daily Mirror, Ders kitabının içeriğinin değerlendirildiği bir yayın yaptı. The Sunday Times ve The Sunday Telegraph'ın da değerlendirmeleri ise, 28 Mart

[61] AİHM'in 5493/72 başvuru numaralı ve 07/12/1976 karar tarihli yargılamasıdır. Erişim Adresi: https://hudoc.echr.coe.int/
[62] Devamında "Ders Kitabı" olarak anılacaktır.

1971'de yayınlandı. Detaylı analizler Daily Telegraph'ın 29 ve 30 Mart'taki basımında yer aldı ve ayrıca Kamu Başsavcılığına Ders Kitabının yayınlanmasına karşı bir aksiyon alınması için talepte bulunulacağı belirtildi. Ders Kitabı aşağıda belirtilen el koymanın yanında basının kimisi olumlu kimi olumsuz başkaca yorumlarına da konu oldu.

3.2.4.1. AİHM Öncesi Süreç

Çok sayıda şikâyetin ardından 30 Mart 1971'de Kamu başsavcılığı Metropolitan Polisinden bir soruşturma başlatmasını istedi. Sonuç olarak 31 Mart 1971 tarihinde 1959/1964 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasası uyarınca Londra'da "Stage 1" tarafından kullanılan binada arama yapılması için başvuruldu. Arama, başvurucunun yokluğunda gerçekleştirildi ve aynı gün Ders Kitabının 1069 kopyasına posterleri, broşürleri ve satışında kullanılan diğer malzemelerle birlikte geçici olarak el konuldu.

Bunun üzerine, avukatlarının tavsiyesine uyan başvurucu Ders Kitabının diğer kopyalarının dağıtımına sonraki günlerde de devam etti. Arama yapıldıktan sonra kitabın diğer nüshalarının Stage 1'in tesislerine taşındığını haber alan Kamu Başsavcılığı, aynı tesislerde ve kitabın basıldığı tesislerde arama izni için yeniden mahkemeden izin aldı. Ertesi gün Stage 1'in tesislerinde bulunan 139 nüshaya, basımevlerinde bulunan 20 bozuk nüshaya ve ayrıca kitapla ilgili yazışmalara ve kitabın matrisine el konuldu. Toplam 20.000 nüshanın ele geçirilemeyen 18.800 adeti daha sonra okullara ve siparişte bulunan yerlere satıldı.

8 Nisan 1971'de Sulh Mahkemesi tarafından Müstehcen Yayınlar Kanuna muhalefet ettiği gerekçesiyle başvurucuya 2 adet celpname gönderilmiştir. Bunlardan biri 31 Mart 1971 tarihinde Ders Kitabı'nın 1069 adetinden kazanç elde etmek üzere bulundurmak iken; diğeri, 1 Nisan 1971 tarihinde Ders Kitabı'nın 139 adetini kazanç elde etmek üzere bulundurmak şeklindeki suçlamalara ilişkin celplerdir. Celpnameler aynı gün başvurucu tarafından tebliğ edilmiş ve o andan itibaren başvurucu kitabın dağıtımını ve kitapçılara tanıtımını durdurmuşsa da hali hazırda Ders Kitabı'nın 17.000 kopyası zaten dolaşımdaydı.

Yapılan yargılama neticesinde başvurucu her iki fiilden de suçlu bulunmuş ve her bir fiilden 25 pound para cezası ve dava masrafları için 110 pound ödemesine karar verilmiştir. Mahkeme ayrıca kitaplar üzerinde hak kaybına da karar vermiştir. Başvurucu karara temyiz etmişse de temyiz mercii, mahkeme kararının onanmasına hükmetmiş ve başvurucunun dava masrafları olarak 854 pound ödemesine hükmetmiştir. El konulan materyal ise imha edilmiştir.

Başkaca kovuşturmalara maruz kalmak istemeyen başvurucu, ilk baskının temyiz yargılaması henüz sürerken, Ders Kitabı'nın gözden geçirilmiş baskısı ile ilgili olarak avukatlarına danışmıştır. Başvurucu, ayrıca savcıya da danışmak istemiş ise de bu girişimi sonuçsuz kalmıştır. Başvurucu, kitabın iddia makamı tarafından Sulh Mahkemesi önünde suçlanan bölümlerinin ayıklanmasına veya yeniden yazılmasına karar vermiş, ancak yeniden yazılması bazen eleştirilen bölümlerin daha da genişlemesine yol açmıştır. Okuyuculardan gelen yorum ve öneriler de dikkate alınarak başka değişiklikler de yapılmış, değişen veriler (adresler, vd.) de güncelleştirilmiştir. Gözden geçirilmiş baskı 15 Kasım 1971'de yayınlanmıştır. Savcı, Başsavcıya danıştıktan sonra, 6 Aralık 1971'de yeni baskının kovuşturmaya tabi tutulmayacağını açıklanmıştır. Sulh Mahkemesi kararından önce kitabın gözden geçirilmesi tamamlanmış, baskı için sıraya girmiş ve karar açıklandıktan sonra yayınlanmıştır.

Ders Kitabı hakkında Kuzey İrlanda, Kanarya Adaları veya Man Adası'nda herhangi bir soruşturma yürütülmezken durum İskoçya için farklıdır. Nitekim, Glasgow'da bir kitap satıcısı yerel bir kanuna aykırılık dolayısıyla cezalandırılmıştır. Ancak daha sonra kitabın, söz konusu kanun anlamında uygunsuz veya müstehcen olmadığı gerekçesiyle beraat etmiştir. Fakat bunun kitabın ilk baskısından mı gözden geçirilmiş baskısından mı kaynaklandığı dosyadan anlaşılamamaktadır.

İskoçya'da ayrıca, kitabın gözden geçirilmiş baskısı dolayısıyla "Stage 1" firması hakkında şikâyette bulunulmuştur. Bu şikâyet Edinburgh Mahkemesi tarafından suç işleme kastının bulunmaması nedeniyle reddedilmiş ve savcı tarafından bu kararın temyiz edilmeyeceği açıklanmıştır. Ayrıca başvurucu hakkında dava açma hakkı kullanılmamıştır.

3.2.4.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Başvurucu, AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlal edildiği yönünde şikâyette bulunmuştur. AİHM, Ders Kitabı'na el konulması ve ardından kitap üzerinde hak kaybı ve kitabın matrislerinin ve yüzlerce nüshasının imhası gibi tedbirlerin bir müdahale teşkil ettiğini açıkça ortaya koymaktadır.

3.2.4.2.1. Hukuken Öngörülme

Müdahalenin varlığını tespit eden AİHM, müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığını incelemeye geçmektedir. Başvurucunun şikayetine konu olan yasakların ve

cezaların AİHS'in 10'uncu maddeye aykırı olmaması ve AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında gösterilen istisnalardan birini karşılaması gerekir. Nitekim, yargılamaya konu olayda Birleşik Krallık hukuk sisteminin 1959/1964 tarihli Kanuna dayandığından, müdahalenin hukuki dayanağının olduğunu tespit etmektedir.

3.2.4.2.2. Meşru Amaç

Müdahalenin meşru bir amacının bulunmasına ilişkin olarak, AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının ilk koşulu olan da "yasayla öngörülme" şartının karşılanmasıyla beraber AİHM 1959/1964 tarihli kanunların AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası bakımından meşru bir amaca yani demokratik toplumda ahlakı koruma amacına sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır. AİHM'e göre huzurdaki dava yalnızca bu amaçla ilişkilidir. Nitekim, bahsi geçen kanunların amacı "müstehcen" yayınlara karşı mücadele etmektir. Bu konu da AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında gösterilen diğer amaçlardan çok, ahlakın korunmasıyla daha yakından ilişkili bulunmuştur.

3.2.4.2.3. Demokratik Toplumun Gereklerine Uygunluk

Üçlü testin son adımı olan, demokratik toplumda gerekli olma ile şartı işe alakalı olarak AİHM öncelikle AİHS ile öngörülen koruma mekanizmasının, insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına getirilen ikincil bir mekanizma olduğunu belirterek açıklamalarına başlamaktadır.

AİHM evvela AİHS'in 10'uncu maddesi bakımından sözleşmeci devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmanın mümkün olmadığının altını çizmektedir. Buna göre, her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. AİHM, devlet yetkililerinin ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları yasak veya cezanın gerekliliği hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumda oldukları görüşündedir.

Bu bağlamda AİHM, AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fırkası bağlamında bir "gerekli" sıfatının, bir yandan "zorunlu" sözcüğü ile anlamdaş olmadığını ifade etmekte, öte yandan "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul" veya "arzu edilen" deyimleri gibi esnekliğe de sahip olmadığını belirtmektedir. Bununla beraber, sözü edilen "gereklilik"

kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar ulusal makamlardır. AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası, sözleşmeci devletlere bir takdir alanı bırakmakta ve "hukukun öngördüğü" bu alan hem ulusal kanun koyucuya hem de yürürlükte hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş makamlardan olan yargılama makamına da tanınmıştır.

AİHM, devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olduğunu belirtmekte ve AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının öngörmüş olduğu takdir alanının, sınırsız bir takdir yetkisine karşılık gelmediğini hatırlatmaktadır. Bu anlamda bir "yasak" veya "ceza"nın AİHS'in 10'uncu maddesinde korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai karar vermeye kendisini yetkili görmektedir.

AİHM'e göre, ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu, hem şikâyet edilen önlemin amacıyla hem de bunun gerekliliği ile ilgilidir. AİHM tarafından yapılacak denetim, sadece temel milli mevzuatı değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa da bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsamaktadır. Bu konuda AİHM AİHS'in 50'nci maddesindeki "resmi makamları veya diğer makamları tarafından verilen kararın veya yapılan tasarrufun" biçimindeki ifadesine ve ayrıca kendi içtihadına dayanmaktadır.

AİHM üzerindeki sözü edilen denetim görevi, demokratik bir toplumu niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü AİHS'in 10'uncu maddesinin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen ve hatta onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir. Bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Başka şeyler bir yana bu alanda getirilen her formalite koşul yasak ve ceza işlenen meşru amaçla orantılı olmak zorundadır.

Diğer yandan, ifade özgürlüğünü kullanan herkesin, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen "ödev ve sorumluluklar" ile yükümlendiği ifade edilmektedir. AİHM bu davada olduğu gibi "demokratik bir toplumda" "gerekli" olan "yasaklar"ın ve "cezalar"ın "ahlakın korunma"sına yardımcı olup olmadıklarını araştırırken kişilerin bu tür ödevlerinin ve sorumluluklarının bulunduğunu görmezden gelemeyecektir.

Tüm bu anlatıların ışığında AİHM, Ders Kitabı'nın hedeflediği okuyucu kitlesine özel bir önem vermektedir. Kitap özellikle 12 yaşından 18 yaşına kadar olan büyüme

çağındaki çocukları hedeflemiştir. Kitap açık bir dille, olaylara dayalı ve esaslı noktalara indirgenmiş bir tarzda yazılmış olması dolayısıyla bu okuyuculardan en küçüğünün bile kolaylıkla anlayabileceği türdendir.

Ders kitabının genellikle doğru ve çoğu kez kullanışlı olan, tamamıyla olaylara dayalı bilgileri kapsamakta olduğunu, ancak kitapta, özellikle öğrenciler hakkındaki kısmın cinsellikle ilgili bölümünde ve "Kendi Başınıza" başlıklı pasajda, gelişimlerinin çok önemli bir aşamasında bulunan gençlerin zararlı olgunluk faaliyetlerine alışmaya ve hatta bazı suçları işlemeye teşvik edildikleri biçiminde yorumlayabilecekleri cümlelere ve paragraflara yer verildiğini tespit etmektedir. Bu çerçevede AİHM, İngiliz yargıçların, ahlak ve eğitim konusunda görüşlerin çeşitlenmesine ve sürekli gelişmesine rağmen, takdir haklarının kullanımında Ders Kitabını okuyacak çocukların ve gençlerin ahlaki değerleri üzerinde zararlı olabileceğini düşünmekte haklı olduklarını kabul etmektedir.

Başvurucu kendisine karşı yürütülen yargılamaların siyasi bir amaç taşıdığını "ahlakın korunması" ihtiyacının 1959/1964 tarihli Kanunun ifadesiyle "baştan çıkartma ve ayartma" ile ilgili yayınlara karşı mücadelenin, aslında bu davaya bahane olduğu iddiasında ise de; AİHM Ders Kitabı'nın anti-otoriter yaklaşımı, mahkeme kararında 1959/1964 tarihli Kanuna aykırı düşecek biçimde ele alınmadığı kanaatindedir. Böylece AİHM, 1959/1964 tarihli Kanun uyarınca tatbik edilen karardaki temel amacın, AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre meşru bir amaç olan gençlerin ahlakını korumak olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle, başlamak üzere olan davanın sonuçlarını bekleyen el koymaların da aynı amaca yönelik olduğunu tespit etmektedir.

AİHM, başvurucu tarafından el koymanın hedefinin, ceza davasında delil olarak kullanılmak üzere bir veya birkaç kitap olması gerektiğine yönelik iddiasını da kabul etmemiştir. Zira, polisin geçici bir önlem olarak bütün kitaplara el koymak için gençleri ahlaka karşı tehlikeden korumak gibi sağlam bir gerekçesi vardı. Bu tehlikenin varlığı hakkında karar vermek de mahkemenin görevidir. Nitekim, birçok sözleşmeci devletin konuyla ilgili mevzuatında, 1959/1964 tarihli Kanunu'nda yer alan el koyma için getirilen hükümlerin benzerlerinin bulunduğu ifade edilmektedir.

Böylece AİHM, 1959/1964 tarihli Kanunu uygulayan mahkeme kararındaki temel amacın, AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre meşru bir amaç olan gençlerin ahlakını korumak olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle, başlamak üzere olan davanın sonuçlarını bekleyen 31 Mart ve 1 Nisan 1971 tarihli el koymaların da aynı amaca yöneldiği görüşündedir.

Mahkûmiyet kararının ve hak kaybının "gerekliliği" ile ilgili olarak, AİHM 1959/1964 tarihli Kanunun İskoçya ve Kuzey İrlanda'ya uygulanmayacağının farkında olduğunu belirtmektedir. Ders Kitabı'nın Kuzey İrlanda'da, Man Adası'nda ve Channel Adaları'nda bir davaya konu olmamasına ilişkin ise, sözleşmeci devletlerin hiçbir organını AİHS'in güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri sınırlama yükümlülüğü altına sokmadığının unutulmaması gerektiğini ifade etmektedir. Özellikle de AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası, ifade özgürlüğüyle ilgili bir durumda Devletleri "yasaklar" ve "cezalar" koymaya zorlamadığını, onların kendileri için çözüm yolları bulmalarını engellemediğini belirtmektedir. Buna göre AİHM nazarında, Kuzey İrlanda, Man Adası ve Channel Adaları yetkili makamlarının da o yörenin şartlarına göre, kitap ve yayıncısı aleyhine dava açmamak için makul nedenleri olabilir. Onların bu tutumları da İngiltere'de önlem alınmasını engellememektedir. Nitekim, ulusal takdir yetkisi göz önüne alındığında yargılamaya konu mahkeme kararının gerçek bir gerekliliğe karşılık gelmediğini kanıtlamaz. Bu sonuç, birçok nüshanın İngiltere ve Galler'de dağıtılmasına da uygulanacaktır.

AİHM'e göre, tartışma konusu olan noktalarda ilk baskıdan önemli ölçüde farklılaşan gözden geçirilmiş baskıya karşı davanın açılmaması, yetkili makamların AİHS'in 10'uncu maddesine uygun biçimde kendilerini sıkı şekilde "gerekli" olanla sınırlamak istediklerini göstermektedir.

Yine burada, kitabın Danimarka ve Avrupa Konseyi'ne üye çok sayıda ülkede serbestçe dağıtılmasına ilişkin olarak, AİHM ulusal takdir alanı ile AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına dayanan "yasaklar ve cezaların" opsiyonelliği, bu argümanın kabul edilmesini engellemektedir. Her bir sözleşmeci devlet, kendi ülkesinin koşulları altında kendi yaklaşımını biçimlendirmiş; her bir Devlet, demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekenler hakkında geçerli olan değişik görüşlere sahip olmuştur. Diğer Devletlerin kitabın dağıtılmasına izin vermiş olması, mahkemece verilen kararın AİHS'in 10'uncu maddesine aykırı olduğu anlamına gelmez. Kaldı ki, kitabın Birleşik Krallık dışında yayınlanan bazı baskıları, 'baştan çıkarma ve ayartma' eğilimine çarpıcı örnekler olarak mahkeme kararında yer alan pasajları ve başka bazı pasajları içermemektedir.

Sonuç olarak, AİHM AİHS'in 10'uncu maddesinin, sözleşmeci devletleri kesinlikle bu tür bir sansür uygulamaya zorlamadığı kanısına varmıştır. Toplanan deliller karşısında Mahkeme, bu dava bakımından 10'uncu madde hükümlerine aykırılık bulunduğunun kanıtlanamadığı sonucuna ulaşmıştır.

3.2.5. Lingens v. Avusturya Davası[63]

Başvurucu Lingens, "Profil" isimli bir derginin editörüdür. Avusturya'da yapılan genel seçimlerin 4 gün ardından, 9 Ekim 1975'te, Musevi Dokümantasyon Merkezi Başkanı olan Simon Wiesenthal; televizyonda yapılan bir mülakatta Avusturya Liberal Partisi genel başkanı olan Friedrich Peter'ı 2'nci Dünya Savaşı esnasında Rusya'da Alman sınır hatlarının ardında birçok kez sivil katliamı gerçekleştiren ilk SS Piyade Tugay'ına hizmet etmekle suçlamıştır. Peter, tugaya dahil olduğunu inkâr etmemekle birlikte gerçekleştirilen vahşetin bir parçası olmadığını beyan etmiştir.

Ertesi gün bir televizyon programında eski şansölye ve Avusturya Sosyalist Partisinin genel başkanı Bruno Kriesky'e bu suçlamalar soruldu. Televizyon programının hemen öncesinde hükümetin kurulmasıyla alakalı parti genel başkanlarının bir araya geldiği olağan toplantılardan birinde Kriesky Peter ile Federal Şansölyelik'te buluşmuştu. Televizyon mülakatında Kriesky, partisinin kesin bir çoğunluk elde etmesi nedeniyle koalisyon ihtimallerini yok saymışsa da Kriesky, Peter'ı şiddetle savunmuş ve Bay Wiesenthal'in organizasyonunu "Politik Mafya" ve faaliyetlerini "Mafyatik Metodlar" olarak tanımladı. 5 Ekim'de yapılacak seçimlerden önce, devletin Kriesky-Peter koalisyonu ile yönetilmesi tartışıldığı için bu açıklamalar toplumun oldukça dikkatini çekti. Krienksy ertesi gün Viyana'daki günlük gazetelerden birinde benzer açıklamaları yineledi.

Bu noktada, başvurucu editörü olduğu "Profil" dergisinde iki adet makale yayımlamıştır. "Peter Dosyası" başlığını taşıyan ilk makalede, yukarıdaki olaylarla ve özellikle ilk SS Tugay'ının faaliyetlerini detaylandırmakta ve Graz'da SS Tugay'ında yer alan insanlara karşı yürütülen (ve sonrasında iptal edilen) ceza soruşturmasındaki Peter'ın rolüne dikkat çekilmektedir. Neticede, Peter'ın masumiyet karinesinden faydalanması mümkün olmasına rağmen, geçmişinin kendisini Avusturya'da bir politikacı olmasını kabul edilemez kıldığı ifade edilmiştir. Eleştirilerine, Peter'ı ve diğer eski SS mensuplarını politik nedenlerden ötürü korumakla suçlanan Kriesky ile devam eden başvurucu; Kriesky'nin Wiesenthal'e olan eleştirileri ile alakalı olarak "Bir başkası tarafından ifade edilmiş olsaydı en aşağılık fırsatçılık olarak tanımlanırdı" şeklinde açıklamada bulunmuştur. Bay Kreisky'nin söylediklerine inanıyor olmasını durumun şartlarını çok daha karmaşıklaştırdığını belirtmiştir.

---

[63] AİHM'in 9815/82 başvuru numaralı ve 24/06/1986 karar tarihli yargılamasıdır. Erişim Adresi: https://hudoc.echr.coe.int/

Başvurucunun kaleme aldığı ve 21 Ekim 1975 tarihinde yayımlanan ikinci makale "Nazilerle Anlaşmak: Ama Nasıl Olacak?" başlığını taşımaktaydı. Makalenin giriş kısmında Başvurucu, meseleyi ilişkin gerçekleri hatırlattı ve Kriesky'nin kamusal fikrin oluşumundaki etkisinin altını çizdi. Kriesky'i, ise yalnızca Peter'ı desteklediği için değil ayrıca yakın geçmişte Avusturya siyasetinde Nazilere karşı hoşgörülü tavırlarından dolayı eleştirmektedir.

Makale son olarak liderleri arasında eski Nazileri bulundurmaları nedeniyle genel olarak siyasi partileri eleştiren bir kısım ile noktalanmıştır. Başvurucu Bay Peter'ın istifa etmek için değil, Bay Kriesky'nin bilmediği bir niteliğe, yani nezakete sahip olduğunu kanıtlamak için istifa etmesi gerektiğini düşünmektedir.

3.2.5.1. AİHM Öncesi Süreç

29 Ekim ve 12 Kasım 1975'te Eski Şansölye başvurucu hakkında, makalenin bazı bölümlerinin hakaret içerdiği iddiasıyla 2 özel soruşturma başlattı. 26 Mart 1979 tarihinde Viyana Bölge Mahkemesi tarafından başvurucu, makalede yer verdiği "en aşağılık fırsatçılık", "ahlaksızlık" ve "onursuzluk" ifadeleri nedeniyle hakaret suçundan suçlu bulundu. Ancak, Viyana Bölge Mahkemesi "siyasi etik için asgari gereklilikler" ve "canavarlık" ifadelerinin kendi bağlamları içerisinde hakaret olmadığını belirtip, başvurucunun siyasileri siyasi meselelerden ötürü eleştirildiğini göz önünde tutarak; siyasilerin diğer kişilere göre karalamaya daha fazla tolerans göstermeleri gerektiği gerçeğini bir hafifletici neden olarak değerlendirmiş ve başvurucuyu 20.000 Şilin ödemeye mahkûm etmiştir.

Viyana Bölge Mahkemesi, sanığın iyiniyetini göz önünde bulundurarak ayrıca bir tazminata hükmetmemişse de Kriesky'nin başvurusu üzerine söz konusu makalelerin toplanmasına ve kararın yayınlanmasına karar vermiştir. Başvurucu tarafından temyiz edilen karar Eski Şansölyenin şahsi ceza davası açma yetkisinin bulunup bulunmadığına dair husus üzerinde yeterince durulmaması gerekçesi ile bozulmuştur.

Davayı yeniden ele alan Viyana Bölge Mahkemesi, Eski Şansölye'nin bu davayı açma hakkının bulunduğu kanaatine varmış, başvurucuya isnat edilen fiillerin hukukiliğine ilişkin ilk kararındaki görüşleri yinelemiş ve aynı hükmü tekrar kurmuştur. Söz konusu kararın tekrar Viyana Temyiz Mahkemesine gitmesi üzerine, temyiz mercii cezayı 15.000 Şilin'e indirmişse de kalan diğer hususları onamıştır. Temyiz mahkemesinin kararı Profil Dergisi'nin 22 Şubat tarihli basımında yayımlanmıştır.

3.2.5.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Başvurucu AİHM'e AİHS'in 10'uncu maddesi ile korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde başvuru yapmıştır. Başvurucuya göre, mahkeme kararlarının demokratik toplumun gereklerine uygun değildir. AİHM yapacağı yargılama sonucunda kurulacak hükmün uygulanacak üçlü test uyarınca vereceğini belirtmektedir. Yapılan müdahalenin "hukuken öngörülme", AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen meşru amaçlardan birine sahip olma ve bu amaçlar bakımından "demokratik bir toplumda gerekli" olma hususları yönünden inceleneceği ifade edilmektedir. Nitekim, AİHM müdahalenin hukuken öngörülmüş olduğunu ve "başkalarının haklarını ve menfaatlerini koruma" amacına yöneldiğini ortaya koymakta ve "demokratik toplumda gerekli" olup olmadığı sorunu üzerinde duracağını açıklamaktadır.

3.2.5.2.1. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk

Başvurucu siyaset yazarı gazeteci sıfatının çoğulcu rolünün; kendisinin Kreisky'nin Wiesenthal'i kınamasına yönelik görüşlerini ifade etmenin görevinin gereği olduğunu, muhaliflerine saldırmaya alışık bir politikacının başkalarından kendisine daha şiddetli eleştirilerin gelmesini beklemesinin gerekli olduğunu belirtmektedir. Hükümet ise, ifade özgürlüğünün ulusal makamların takdir yetkisini kullanmalarını ve siyasi tartışmaların hakarete dönüşmemesini sağlayacak kararlar vermelerini engellemediğini, yargılamaya konu makalenin ifade özgürlüğü sınırlarını aştığı görüşündedir. Hükümet, makalenin hiçbir sansüre uğramadan yayınlanmış olmasını da göz önünde bulundurarak müdahalenin meşru amaçla orantısız olmadığını ileri sürmektedir.

Hükümet, yargılamaya konu olayda ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı gibi AİHS ile düzenlenen iki hakkın çatıştığını ve özel hayata saygı hakkının da yeteri düzeyde korunması gerektiğini savunmuşsa da AİHM nezdinde bu görüş kabul görmemiştir. Nitekim, başvurucunun mahkumiyetine neden olan sözlerin, Kreisky'nin Wiesenthal'e yönelik bazı aleni eleştirilerine yöneldiğini, Kreisky'nin bir politikacı olarak Nasyonel Sosyalizme ve eski Nazilere karşı tavrıyla ilgili olduğunun altını çizilmekte ve konunun özel hayata saygı hakkını düzenleyen AİHS'in 8'inci maddesi ışığında incelenmesinin gerekli olmadığı belirtilmektedir.

AİHM, AİHS'in 10'uncu maddesi bağlamındaki "gerekli" sıfatının, "toplumsal bir ihtiyaç baskısına" karşılık geldiğini, bu ihtiyacın varlığını değerlendirecek olan sözleşmeci

devletlerin sahip oldukları belirli takdir alanının sınırsız olmadığını ve bu takdir alanının Avrupa denetimiyle el ele yürüyeceğini belirtmektedir. Bu minvalde yapılacak araştırmada AİHM "kısıtlamanın" veya "cezanın" AİHS'in 10'uncu maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü ile bağdaşır olup olmadığının nihai karar verme yetkisini kendisinde görmektedir. Sözü edilen denetim yetkisinin kullanılmasında, söz konusu mahkeme kararları tek başlarına ele almakla yetinilmeyecek, makalenin yazıldığı bağlam da dahil olmak üzere yargılamaya konu davanın bütünsel bir yaklaşımla değerlendirileceği ifade edilmektir.

Müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığının tespiti için müdahalenin "ilgili ve yeterli" olup olmadığının tespitinin zorunlu olduğunu hatırlatan AİHM, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temel unsurlarından olduğunu ve toplumun gelişmesi ve her bireyin kendini gerçekleştirmesi için gerekli esaslı şartlardan biri olduğunu vurgulamaktadır. Bu itibarla ifade özgürlüğünün AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası sınırları içinde sadece lehte veya muhalif sayılmayan veya ilgilenmeye değmez görülen "haber" veya "fikirler" için değil, aynı zamanda muhalif, çarpıcı veya rahatsız eden "haber" veya "fikirler" içinde koruma alanı sağladığın belirtmektedir Bunların çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olduğunu ve bunlar olmaksızın "demokratik bir toplum" olmayacağını ortaya koymaktadır.

Bu ilkelerin basın söz konusu olduğunda özel bir anlam ihtiva ettiğini belirten AİHM, "başkalarının itibarını korumak" gibi aşılmaması gerekli sınırların varlığını hatırlatarak, kamu menfaatinin bulunduğu diğer alanlardaki gibi siyasi meselelerde de haber ve fikirleri iletmenin basına düşen bir görev olduğunu, bunun yanında halkın da bu bilgileri edinme hakkının bulunduğunu vurgulamaktadır. Bu itibarla, AİHM nezdinde Viyana Bölge Mahkemesi kararında benimsenen, basının görevinin haber vermek olduğunu ve bunların yorumunun okuyucuya bırakılması gerektiğine yönelik kanaat kabul görmemiştir.

AİHM AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasındaki başkalarının şöhret ve haklarının korunması hakkı sınırlama nedenine yönelik değerlendirmelerine, öncelikle basın özgürlüğünün, halka siyasi liderlerinin düşünce ve davranışlarını tanıma ve onlar hakkında fikir oluşturma imkânı tanıdığını ifade etmekle başlamaktadır. Özel şahıslardan farklı olarak siyasetçiler her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz şekilde gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açtığı için hoşgörü sahibi olmalıdır. Ancak şüphesiz ki, hoşgörü gösterme zorunluluğu bu kişileri AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasıyla sağlanan koruma kapsamından dışlamamakta, siyasetçileri şahsi sıfatları dışında hareket ettikleri zaman da korumaktadır. Bu gibi durumlarda söz konusu korumanın gereğinin, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartılması gerektiği ifade edilmektedir.

Nasyonel Sosyalizm'e ve eski Nazilerin ülke yönetimine katılmalarına ilişkin, genel olarak Avusturyalıların ve özel olarak da zamanın Federal Şansölyesi'nin tavırlarıyla alakalı ateşli tartışmaları ortaya atan ve halkın ilgilendiği siyasal meseleleri ele alınan makalenin üslubu AİHM tarafından bir bütün olarak incelendiğinde bir hayli dengeli bulunmaktadır. Ancak makalede yer alan "En aşağılık fırsatçılık", "ahlaksızlık" ve "onursuzluk" gibi ifadeler başvurucunun mahkumiyetine sebep ifadelerin Kriesky'nin itibarını zedeleyeceği olduğu tespit edilmektedir.

AİHM söz konusu ifadelerin itibar zedeleyici olduğunu tespitinin yanında yazıların yazıldığı dönemdeki ortamın da göz önüne alınması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim, seçimlerin öncesinde pek çok Avusturyalı, Kriesky'nin partisinin mutlak çoğunluğu kaybedeceğini, hükümet kurabilmek için Kriesky'nin Peter'ın partisi ile koalisyon yapacağını düşünmekteydi. Seçimlerin hemen ardından yazılan makale; eski şansölyenin, seçimin ardından Wiesenthal'in Peter'in Nazi geçmişiyle alakalı yaptığı açıklamalarını "Mafyatik Yöntemler" olarak nitelendirerek saldırması ve Bay Peter'ı savunması üzerine sert bir tepki olarak kaleme alınmıştır. Buna göre, söz konusu ifadeler seçim sonrası yaşanan tartışma ortamı içinde ele alınmalı ve başvurucuya verilen ceza ve ulusal mahkemelerin gerekçeleri değerlendirilirken bu koşullar göz ardı edilmemelidir.

AİHM her ne kadar tartışma konusu yazıların geniş bir çevreye yayılması ile başvurucunun kendisini ifade etmesini engellenmediğine kanaat getirmişse de bu cezaların gelecekte tekrar eleştiride bulunma cesaretini kırıcı türden bir sansür anlamına geleceği görüşündedir. Nitekim, siyasal tartışma bağlamında verilen böyle bir cezanın, gazetecileri toplumun yaşamını etkileyen sorunların aleni tartışmalarına katkıda bulunmaktan caydırma riski yaratacağını ve bu sebeple basını bilgi sağlama, kamuoyu bekçiliğinde bulunma görevlerini yerine getirmesini engelleyeceğini ifade etmektedir.

Ulusal mahkemelerde yapılan yargılamalarda ilk olarak, "en aşağılık fırsatçılık", "ahlaksızlık" ve "onursuzluk" gibi sözlerin objektif olarak hakaret içerip içermediği karara bağlanmaya çalışılmış ve hakaret niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. Başvurucu ise, söz konusu tabirlerin ifade özgürlüğünü kullanırken dile getirilen birer değer yargısı olduğu savunmuştur. AİHM bu görüşe katılmaktadır. AİHM başvurucunun sözlerini o tarihte Federal Şansölye olan Kriesky'nin benimsediği tutumu hedef aldığını, tartışılması gerekli meselenin başvurucunun haber dağıtma hakkı değil, düşünce ve fikirlerini iletme özgürlüğü olduğunu belirtmekte, AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasındaki kısıtlamaların olay bakımından uygulanabilir bulmaktadır.

Benzer şekilde ulusal mahkemeler, makalede yer alan beyanlarının doğruluğunun kanıtlanabilirliğini tartışırken Kriesky'nin davranışını değerlendirmenin birçok yolu olduğunu ve diğer bütün yorumların dışında tek bir yorumun doğru olduğunun mantıksal olarak kanıtlanamayacağı cihetiyle hakaret suçunun işlendiği kanaatine varmışlardır. AİHM ise, maddi yargılar ile değer yargıları arasında dikkatlice bir ayrım yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim, olayların varlığı kanıtlanabilirken değer yargılarının doğruluğu ispata elverişli değildir. Buna göre, AİHM başvurucunun değer yargılarını dayandırdığı olayların varlığı üzerinde tartışma bulunmadığını ve kendisinin iyi niyetli olduğundan da kuşku duymadığını ifade etmektedir.

Bu açıklamalar ışığında AİHM, değer yargılarının doğruluğunun kanıtlanmasının imkânsız olduğunu ve başvurucunun cezalandırılmasına neden olan ceza kanunundaki düzenlemenin AİHS'in 10'uncu madddesi tarafından korunan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini tespit etmektedir. Sonuç olarak AİHM, başvurucunun ifade özgürlüğünü kullanılmasına yapılan müdahalenin "başkalarının itibarlarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli" bir müdahale olmadığı, izlenen meşru amaçla orantılı olmadığına hükmetmektedir. Buna göre AİHS'in 10'uncu maddesi ihlal edilmiştir.

3.2.6. Janowski v. Polonya Davası[64]

Başvurucu Polonya'nın Zduńska Wola şehrinde yaşamakta ve gazetecilik yapmaktadır. Başvurucunun anlatımına göre 2 Eylül 1992 tarihinde iki belediye zabıtasının işportacılara satış yapmalarının yasak olduğu Zduńska Wola meydanını boşaltmalarını ve derme çatma tezgahlarını pazar yerine taşımalarını emrettiğini fark etmesi üzerine; zabıtalara, kanunların ekonomik özgürlükleri temin ettiğini, davranışlarının hukukta yeri olmadığından hukuku ihlal ettikleri konusunda uyardı ve belediye yetkililerinin zabıtaların meydanı temizleme konusunda herhangi bir kararı geçirmediğini hatırlattı. Hükümet ise, belediye zabıtalarının yalnızca işportacıların pazar yerlerine gitmesi gerektiğini söylediğini belirtmiştir. Zabıtaların yalnızca belediye başkanının sözlü talimatlarına göre hareket ettiğini gözlemleyen başvurucu işportacılara kalmaları yönünde ısrar etti. Tüm bu yaşananlar çevredeki bir grup insanın tanıklığında gerçekleşti.

[64] AİHM'in 25716/94 başvuru numaralı ve 21/01/1994 karar tarihli yargılamasıdır. Erişim Adresi: https://hudoc.echr.coe.int/

3.2.6.1. AİHM Öncesi Süreç

Olayın ardından, belirsiz bir tarihte Zduńska Wola savcısı başvurucu hakkında cezai bir soruşturma başlattı. 5 Ocak 1993 tarihinde bölge savcısı tarafından Zduńska Wola mahkemelerine başvurucu aleyhinde düzenlenen iddianamede, başvurucu görevini yerine getirmekte olan belediye zabıtalarına hakaret etmekle ve hukuk düzenine açıkça saygısızlık etmekle suçlanmıştır. Yapılan yargılama neticesinde, 29 Nisan 1993 tarihinde Bölge Mahkemesi başvurucuyu iki belediye zabıtasına sözel olarak hakaret etmekten dolayı mahkûm etti. Hükümde yargılamaya konu fiillerin holiganizm olduğunu ve başvurucunun ceza kanununda ilgili hükmü ihlal ettiği ifade edilmiştir. Başvurucu mahkeme tarafından, 2 yıl boyunca hüküm askıda olacak şekilde 8 aylık hapis cezası ve 1.500.000 Zloti para cezasına çarptırılmıştır. Bunun yanında mahkeme başvurucunun toplamda 400.000 Zloti'yi hayır kurumlarına, 346.000 Zloti yargılama giderlerini ödemesine karar vermiştir.

Başvurucu söz konusu mahkûmiyet hükmünün yetersiz delile dayanarak verildiğinden bahisle temyiz başvurusunda bulunmuştur. Başvurucu bölge mahkemesinin açıkça hakaret teşkil eden sözlerin ne olduğunu ortaya koyamadığını, mahkemenin yalnızca başvurucunun belediye zabıtaları hakkında "cahil" dediğini belirleyebildiğini ifade etmiştir. Bu ifadenin hakaret olmadığını, kamu çalışanlarına yönelen kabul edilebilir bir eleştiri sayılması gerektiğini öne sürmüş ve mahkemenin eldeki bulgulara göre hukuku yanlış uyguladığını iddia etmiştir. İşportacıları belediye zabıtalarının illegal uygulamalarından korumayı amaçlamaktan ibaret davranışının, holiganizm sayılamayacağının açık olduğunu ifade etmiştir.

29 Ekim 1993 tarihinde temyiz mercii tartışmalı kararın, hapis hükmü ve 400.000 Zloti'nin hayır kurumlarına ödenmesi yönünden iptaline hükmetmiştir. Ancak, mahkeme kararı 1.500.000 Zloti'lik para cezası yönünden onanmış ve yargı giderlerinin de toplamda 150.000 Zloti'ye düşürülmesine karar vermiştir. Temyiz merciine göre, ilk derece mahkemesinin meseleyi holiganlık olarak değerlendirmesi hatalı olmuştur. Nitekim, başvurucunun amacı işportacıların belediye zabıtalarının illegal davranışlarından korumak olup; başvurucunun davranışlarının holiganizm sayılabilmesi için önkoşul sayılan amaçlardan hiçbirini taşımadığını tespit etmiştir. Bunun yanında, temyiz mercii başvuranın işportacıların sokakta satış yapmasını engelleyen herhangi bir Zduńska Wola belediye meclisin kararının bulunmadığı ve söz konusu yerde ve zamanda herhangi bir kamusal bildirinin yayınlanmadığı konusundaki iddiasına katılmaktadır. Buna göre, yerel

mahkemenin başvurucunun hukuk düzenine açıkça saygısızlık ettiğine dair bulgusu temelden yoksundur.

Son olarak, temyiz mercii ilk derece mahkemesince yapılan yargılamada küfürlü sözlerin ne olduğunu tespit etmediğini gözlemlemektedir. Yine de dosyada başvurucunun aslında belediye zabıtalarına yönelik "ahmaklar" ve "aptallar" şeklindeki hitabının hakaret edildiği sonucuna varmaya yeterli olduğuna işaret etmektedir. Bu sözcüklerin genel olarak saldırgan olduğunu ve bu kelimeleri kullanmakla başvurucu ifade özgürlüğü sınırlarını aştığını belirlemektedir. Ayrıca, mahkûmiyet tesis edilen kanun maddesinin devlet görevlilerinin görevlerini yerine getirirken engellenmemesini sağlamaya yönelik olduğundan mahkumiyetin bu minvalde verilen kararın hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir.

3.2.6.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlaline ilişkin yaptığı yargılamada AİHM, öncelikle ifade özgürlüğüne dönük bir müdahalenin varlığını kabul etmektedir. Söz konusu müdahalenin hukuken öngörülmüş, meşru amaç taşıyan ve demokratik toplumda gerekli olmadıkça AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlal edileceğinin de altını çizmektedir.

3.2.6.2.1. Hukuken Öngörülme ve Meşru Amaca Uygunluk

AİHM, ceza kanunun ilgili maddesince öngörülen mahkumiyetin hukuken öngörülmüş olduğunu belirlemektedir. Bir sonraki aşama olan meşru amacın varlığı bakımından hükümetçe öne sürülen kamu düzeninin korunması amacını AİHM kabul etmektedir. Kamu düzeninin korunması meşru amacının AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında yer almakla beraber söz konusu amacın meşru amaç koşulunu karşıladığı tespit edilmektedir.

3.2.6.2.2. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk

Demokratik toplumda gereklilik koşuluna ilişkin açıklamalarına genel ilkeleri hatırlatmakla başlayan AİHM, ilkelerin yargılamaya konu olaya uygulamaya koyulmuştur. AİHM öncelikle başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "zorunlu bir toplumsal ihtiyaç" uyarınca "meşru amaçla orantılı" olduğunun tespit edilmesinin gerekli

olduğunu tespit etmektedir. Ayrıca, ulusal makamlarca sunulan gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olduğunun açıklanmasının gerekli olduğu belirtilmektedir.

Bu bağlamda AİHM, yargılamaya konu olayı etrafta bulunan kişilerce tanıklığı ile, belediye zabıtalarının işportacıları meydandan uzaklaştırıp başka bir yere gönderirken; başvurucunun belediye zabıtalarına karşı "ahmaklar" ve "aptallar" demesi üzerine hakaret suçundan mahkûm edilmesi olarak tespit etmektedir. Başvurucunun bir gazeteci olmasına rağmen, açıklamalarının kamunun ilgisini çeken açık bir tartışmanın parçası olmaması dolayısıyla konunun basın özgürlüğü ile de bir bağı olmadığı belirlenmiştir. Nitekim, başvurucu açıkça özel bir birey gibi davranmıştır. Bunun yanında başvurucunun ulusal mahkemelerdeki yargılamalar neticesindeki mahkumiyeti, kendisinin ifade ettiği gibi fikir beyanı veya zabıtaları eleştirmesi nedeniyle değil hakaret sayılan iki kelime dolayısıyla verilmiştir. Bu şartlarda AİHM başvurucunun mahkumiyetinin, yaygın olarak otoritelerce sansürün yeniden tesis edileceğine ve gelecekte eleştirileri ifade etme konusunda caydırıcı olacağına ilişkin iddiasına ikna olmamıştır.

AİHM ayrıca kamu görevlilerinin tıpkı politikacılar gibi eleştirilere karşı daha geniş bir tolerans eşiğine sahip olması gerektiğini, bazı durumlarda bu eşiğin, yetkilerini kullanan devlet memurları açısından özel kişilere göre daha geniş olabileceğini not etmektedir. Ancak, kamu görevlilerinin bilinçli olarak her sözünü ve hareketini politikacılar kadar yakından incelemeye açık tuttukları ve söz konusu olduğunda politikacılar ile eşit düzeyde muamele görmeleri gerektiğinin söylenemeyeceği de ifade edilmektedir.

Dahası AİHM tarafından, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken başarılı olabilmeleri için aşırı tedirginlikten uzak koşullarda kamu güveninden yararlanması gerektiği ve bu nedenle kamu görevlilerinin görevdeyken saldırgan ve küfürlü sözlü saldırılardan korunmasının gerekli olabileceği belirtilmektedir. Mevcut davada başvurucunun ifadelerini böyle bir bağlamda dile getirilmediğini tespit eden AİHM, bu tür bir korumanın gerekliliklerinin basın özgürlüğünün çıkarları veya kamuyu ilgilendiren konuların açık bir şekilde tartışılması açısından değerlendirilmesini gerekli bulmamaktadır.

AİHM'e göre, başvurucunun mahkumiyetine yol açan nedenler güdülen meşru amaç bakımından ilgili nedenlerdir. Başvurucunun da küfürlü dile samimiyetle vatandaşların iyiliğini düşündüğü ateşli bir tartışmada başvurduğu kabul edilmektedir. Bu dil doğrudan zorlama yetkisine sahip kamu görevlilerine yöneltilmiş olup bu kişiler ne şekilde karşılık verileceği konusunda eğitimli kimselerdir. Ancak, başvurucu belediye zabıtalarına bir grup insanın önünde, halka açık bir yerde görevlerini yaparken hakaret etmiştir. Zabıtaların eylemleri sıhhi ve trafik gereksinimleri haricinde belediyenin açık düzenlemelerine dayalı

olmamasına rağmen, zabıtalar saldırgan bir yaklaşım benimsememiş ve küfürlü sözlü saldırılara başvurmamışlardır. Sonuç olarak, diğer türden tartışma koşulları olsaydı bile ulusal mahkemelerin vardığı sonucun yeterli kanıta dayalı olduğu kanaatine varılmıştır.

Bu itibarla, AİHM ulusal otoritelerin sunmuş olduğu nedenlerin AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası bakımından ilgili ve yeterli olduğu konusunda tatmin olmuştur. Bunun da ötesinde AİHM, huzurdaki davanın özellikli şartlarının sonuç müdahaleyi meşru amaçla orantılı kıldığını kabul etmektedir. Nitekim, başvurucuya verilen hüküm temyiz merciince azaltılmış ve en önemlisi hapis cezasına dair karar iptal edilmiştir. Sonuç olarak ulusal otoritelerin takdir marjını aşmamış olduğunu vurgulanarak AİHS'in 10'uncu maddesi yönünden herhangi bir ihlal olmadığı sonucuna varılmıştır.

3.2.7. Jersild v. Danimarka Davası[65]

Başvurucu Jens Olaf Jersild Danimarka Radyo Televizyon Yayın Şirketi isimli şirketçe yapılan radyo ve televizyon yayınlarından Pazar Haberleri isimli programda görevlidir. Bu program yabancı düşmanlığı, göç ve mülteciler gibi çok çeşitli sosyal ve siyasal meseleleri ele alan bilgili izleyiciler için hazırlanmış ciddi bir televizyon programı olarak bilinmektedir.

31 Mayıs 1985 tarihinde "Haber" adlı bir gazetede kendilerini "Yeşil Ceketliler" olarak isimlendiren bir grup gencin ırkçı tutumlarını anlatan bir yazı yayınlanması üzerine; başvurucu bu grubun temsilcileriyle temas kurmuştur. Başvurucu, sosyal hizmet uzmanı olan ve bölgede bir gençlik yurdunda çalışan Per Axholt ve Yeşil Ceketlileri temsil eden üç kişi ile röportaj yapmıştır. 5-6 saat kadar süren röportajın 2-3 saati video kaydına alınmış ve röportaj sırasında Yeşil Ceketlileri temsilen röportaja katılan kişiler, Danimarka'daki göçmenler ve etnik gruplar hakkında küfürlü ve aşağılayıcı sözler sarf etmiştir. Danimarka Radyosu her zamanki uygulamasına göre görüşülen kişilere röportaj ücreti ödemiştir. Başvurucu, röportaj filmini beş dakikaya indirmiş ve filmi 21 Temmuz 1985 günü Pazar Haberleri programında yayınlamıştır.

[65] AİHM'in 15890/89 başvuru numaralı ve 23/09/1994 karar tarihli yargılamasıdır.

3.2.7.1. AİHM Öncesi Süreç

Programın yayınlanmasından sonra, bu konulardaki şikayetleri incelemeye yetkili Radyo Kuruluna veya Danimarka Radyosuna şikâyette bulunulmamışsa da Alborg Piskoposu Adalet Bakanlığına şikâyette bulunmuştur. Yapılan soruşturma sonucunda savcı, röportaj yapılan üç genç aleyhinde ceza kanununun ilgili maddesini ihlal ettiğinden bahisle Kopenhag Mahkemesine ceza davası açmıştır. Başvurucu ve haber müdürü Jensen de söz konusu suça yardım etmekle suçlanmıştır.

Kopenhag Mahkemesi 24 Nisan 1987'de vermiş olduğu kararla üç gençten birini "zencilere" ve "yabancı işçilere" "hayvan" dediği için ikisini de uyuşturucu ve "Perkere" sözleriyle ilgili iddialarda bulundukları için mahkûm etmiştir. Başvurucu bu gençlere yardım ettiği gerekçesiyle 1.000 Kron, Jensen ise program sorumlusu sıfatıyla 2.000 Kron para cezasına veya alternatif olarak 5'er günlük hapis cezasına mahkûm edilmişlerdir.

Kopenhag Mahkemesine göre, başvurucu televizyon programının yapılmasında bizzat inisiyatif almış olup röportaj sırasında ırkçı nitelikte ayrımcı beyanlarda bulunulacağının farkındadır. Birkaç saat süren röportaj esnasında ücretinin bir kısmı Danimarka Radyosu tarafından ödenen biralar da tüketilmiş, böylece başvurucu tarafından Yeşil Ceketlilere ırkçı görüşlerini açıklayabilmeleri için cesaret verilmiştir. Mevzubahis sözler kayıttan sonra bizzat düzenlemesi başvurucu tarafından yapılmasına rağmen, herhangi bir dengeleyici yoruma yer verilmeksizin yayınlanmıştır. Bu nedenle başvurucu söz konusu hükmün ihlal edilmesine yardımcı olmaktan suçludur.

Başvurucu ve Jensen söz konusu karara karşı Doğu Danimarka Üst Mahkemesine başvurmuştur. İlk derece mahkemesinde yaptığı savunmasına ek olarak başvurucu, Yeşil Ceketlilerin bu beyanlarda bulunurken suç işleyebileceklerinin farkında olduklarını düşündüğünden kendilerini uyarmadığını ifade etmiştir. Yapılan itirazlar Doğu Danimarka Üst Mahkemesince kabul görmemiş ve başvuru reddedilmiştir. Bu kez başvurucu ve Jensen Üst Mahkemenin izniyle Yüksek Mahkemeye başvurmuştur. Fakat bu başvuru da Yüksek Mahkeme bire karşı beş oy ile reddedilmiştir.

Başvurucu ve Jensen'in Yüksek Mahkeme nezdindeki itirazının reddedilmesi özellikle, ırkçı beyanların alenileşmesine sebebiyet vermiş olmalarına dayanmaktadır. Yüksek mahkemeye göre, başvurucunun hazırladığı kısım, toplantıyla ilgili doğrudan bir haber değildir. Başvurucu bizzat bu üç kişi ile temas kurmuş ve önce haber yazısından bildiği ve muhtemelen tekrarlamalarını beklediği iddialarda bulunmalarına yol açmıştır. Saatlerce süren röportaj kayıtları başvurucu tarafından bizzat kesilip kaba sözleri içeren birkaç

dakikalık bölüme indirmiştir. Geniş bir çevreye ulaştırılmamış olsalardı ceza kanununa göre suç sayılması zor olan bu beyanlar başvurucunun inisiyatifi ve Jensen'in onayı ile televizyonda yayınlandığı zaman suç oluşturmuştur. Bu nedenle, başvurucunun ve Jensen'in bu beyanların yayılmasına yardım ettikleri şüpheden uzaktır.

Yüksek Mahkeme konuyu basın özgürlüğü yönünden de ele almış ve değerlendirmiştir. Buna göre, başvurucunun ve Jensen'in beraati kusurluluklarını ortadan kaldıran bir nedenin bulunmasına bağlıdır. Bu bağlamda, söz konusu beyanlar nedeniyle ağır hakarete uğrayanları korumaktaki menfaatin ağırlığı ile bu beyanlardan halkı haberdar etmekteki menfaatin ağırlığı karşılaştırılmalıdır. Bu itibarla, arzu edilen basına toplumu bilgilendirme konusunda mümkün olan en iyi şartları vermek ise de kullanımı sorumluluk gerektiren basın özgürlüğü sınırsız değildir.

Yüksek Mahkemece, çeşitli menfaatler arasında denge kurulurken geniş bir çevreye ulaştırılan beyanların, çok kişiyi pek ilgilendirmeyen görüşlerin sahibi pek küçük bir grubun üyeleri tarafından meramını anlatamayan, küçültücü ve aşağılayıcı bir dizi sözden oluşan beyanlar olduğu görülmüştür. Bu beyanların haber veya bilgi değerine sahip olması, bunların yayılmasını haklı kılmaz ve bu nedenle sanıkların beraat etmelerini gerektirmez. Bu, aşırı uç görüşlere basında yer verilmemesi gerektiği anlamına gelmemelidir. Ancak bu tür haberlere, söz konusu programda olduğundan çok daha dengeli ve kapsamlı bir tarzda yer verilmelidir. Toplantılardan halkın ilgilisini çekebilecek doğrudan haberlere de yer verilmelidir. Öte yandan azınlık görüşü, haber alma hakkının ceza kanunu ile korunan menfaate üstün geldiğini ileri sürmüş; tartışma konusu tedbirlerin AİHS'in 10'uncu maddesine uygunluğun tartışılmadığının altını çizmiştir.

Mevcut olay, Danimarka Hükümeti tarafından bir raporla BM Komitesine sunulmuştur. Bazı üyeler bu olayı "ırk ayrımcılığına karşı korunma hakkının ifade özgürlüğünden önce geldiğini şimdiye kadar bir ülkede ilk kez en açık ifade edilişi" diyerek hoş karşılarken, diğer üyeler "bu gibi olaylarda her iki hak bakımından incelenmesi gereken daha fazla maddi olaya ihtiyacın bulunduğunu" düşünmüşlerdir.

3.2.7.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Başvurucu, ırkçı söylemlerin yayılmasına yardım ettiğinden bahisle hakkında kurulan ceza hükmünün AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Söz konusu mahkumiyetin ifade özgürlüğüne yapılmış bir müdahale olduğu tespit edilmiştir.

3.2.7.2.1. Hukuken Öngörülme

AİHM başvurucunun mahkumiyetinin ceza kanununun ilgili hükümlerine dayanması gerekçesiyle yapılan müdahalenin hukuken öngörülmüş olduğunu tespit etmektedir. Bu bağlamda söz konusu ceza kanunu hükümlerinin BM Sözleşmesine uyumluluk sağlamak adına konulduğunu ifade eden hükümet iddiasına yönelik olarak, AİHM AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fırkasını uygularken, ceza kanununun ilgili hükümlerinin BM Sözleşmesinin varlık nedenine uygun olarak daha geniş bir şekilde yorumlanacağını ve uygulanacağını belirtmektedir. Bir diğer söyleyiş ile AİHS'in 10'uncu, maddesi BM Sözleşmesinin sağladığı ırk ayrımcılığına karşı korunma hakkını kısıtlayacak, askıya alacak veya ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmamalıdır.

3.2.7.2.2. Meşru Amaç

Müdahalenin başkalarının şeref ve itibarlarını koruma amacını taşıdığının açık olduğunu ortaya koyan AİHM, söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını tek tartışma konusu olarak değerlendirmiş ve bu başlık altında meseleyi ele almaya girişmiştir.

3.2.7.2.3. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk

AİHM açıklamalarına ilk önce ırk ayrımcılığının her türlü biçim ve görünümüyle mücadelenin hayati bir önem arz ettiğinin bilincinde olduğunun altını çizerek başlamaktadır. AİHM'e göre, yakın dönemde yaşanan hadiselerin bir sonucu olarak ırk ayrımcılığın tehlikelerine ilişkin farkındalığın on yıl öncesine kıyasla bugünlerde daha belirgin olduğu söylenebilir. Bununla birlikte ırk ayrımcılığına ilişkin mesele 1965 yılında imzalanan BM Sözleşmesinde de görüleceği üzere o tarihlerden bugüne genel bir öneme sahiptir. Nitekim BM Sözleşmesinin amacı ve gayesi, Danimarka'nın sözleşmeye uyum sağlamak adına çıkarmış olduğu kanunun uygulanmasında AİHS'in 10'uncu maddesi bakımından gerekli olup olmadığının incelerken ciddi bir önem arz etmektedir. Diğer bir yandan, AİHS'in 10'uncu maddesi ve BM Sözleşmesince uyulması gerekli yükümlülükler mümkün olduğunca birbirleriyle uzlaştırılacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu anlamda AİHM, BM Sözleşmesinin 4'üncü maddesinde çeşitli yorumlara açık olan "göz önünde bulundurma" hükmünün yorumunu yapmanın kendisine düşmeyeceğini ancak kendisinin AİHS'in

10'uncu maddesi uyarınca yapacağı yorumun BM Sözleşmesi ile uyumlu olduğu görüşünü ifade etmektedir.

AİHM'e göre mevcut olayda başvurucunun tartışma konusu beyanlarda bulunmamış olması fakat Danimarka Radyosu haber programı yetkilisi bir televizyon gazetecisi olarak o beyanların yayılmasına yardım etmiş olması önemli hususlardan biridir. Yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığı tartışmasında basının rolüyle ilgili yerleşik içtihatlarda ortaya konulan ilkeler etrafında ele alınacaktır. Yeşil Ceketlilerle yapılan röportajın yapılış tarzı, içeriği, yayınlandığı ortam ve programın önemi yapılacak değerlendirmede önem arz etmektedir. Devletlerin BM Sözleşmesi ve diğer uluslararası belgelere göre her türlü ırk ayrımcılığı tasfiye ve ırk ayrımcılığını tasfiye etme ve ırkçı doktrin ve uygulamaları önleme ve bunlarla mücadele etme yükümlülüğünü akılda tutan AİHM, yayınlanan programa bir bütün olarak baktığında programın objektif açıdan ırkçı yaklaşım ve fikirlerin propagandası amacı taşır görünüp görünmediği hususlarını önemsemektedir.

AİHM, ulusal mahkemelerce Yeşil Ceketliler ile yapılan röportajda başvurucunun inisiyatif aldığı, ırkçı söylemlerde bulunacağını önceden bilip onları bu yönde teşvik etmesine ve şayet kendisi katkısı sağlamasa bu beyanların geniş bir çevreye yayılamayacak olmasına verdiği büyük öneme ilişkin gerekçeleri kabul etmekte ve AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası bakımından ilgili gerekçeler saymaktadır. Öte yandan programın Yeşil Ceketliler ile ilgili kısmına Danimarka'da ırkçılık üzerine kamuoyunda mevcut tartışmadan ve basındaki yorumlardan söz ederek başlanması ile izleyicilerin başvurucu tarafından programı bu bağlamda izlemeye davet edildiği tespit edilmektedir. Nitekim söz konusu program bilgili izleyiciler için hazırlanmakta ve ciddi bir haber programının parçasıdır. Program sunucusunun programın amacının bazı ırkçıları göstererek problemin bazı yönlerine değinmek olduğunu söylemesi ile röportajın bu amacı yerine getirmek amacı taşıdığına dair şüphelenmeye yer olmadığı ifade edilmektedir.

Yeşil Ceketlilerin görüşlerinin dengeleyici argüman sunulmaksızın yayınlanmasına dair ulusal mahkeme argümanı; hem televizyon sunucusunun yaptığı giriş hem de başvurucunun röportaj sırasındaki tutumu ve kendileriyle röportaj yapan kişileri "Ku Klux Klan taraftarı bir grup aşırı görüşlü genç" şeklinde tarif ederek kendisini onlardan soyutlaması karşısında, AİHM tarafından ikna edici bulunmamıştır. Başvurucunun bazı ırkçı ifadeleri çürütmesi ve gösterilen manzaraya bir bütün olarak bakıldığında ırkçı beyanların Yeşil Ceketlilerin genel anti sosyal tavırlarının bir parçası olduğu izlenimi verdiği ifade edilmektedir.

Her ne kadar AİHM kanaati bu yönde olsa da röportajın gösterilen kısmında, ırkçı düşmanlığın ve bir ırkın diğerine üstünlüğünü savunan görüşlerin açıkça ahlaka ve hukuka aykırılığının hatırlatılmadığına dikkat çekmektedir. Buna karşın, dengeleyici unsurlar ve bu unsurların uzun bir programın kısacık bir bölümünde dile getirmenin doğal zorluklarının olması ve ayrıca kullanılacak ifadelerin biçimi konusunda gazetecilerin takdire sahip olmaları karşısında AİHM, bu tür uyarıcı hatırlatmaların bulunmamasının konuyla ilgili olmadığını düşünmektedir.

AİHM'e göre, bir gazetecinin bir başka kişinin röportaj esnasındaki beyanlarının yayılmasına yardım etme suçundan cezalandırılması, basının halkı ilgilendiren konularda tartışmaya katkıda bulunmasını ciddi surette engelleyeceğinden, cezalandırma için çok güçlü sebepler bulunmadıkça tasavvur dahi edilmemelidir. Bu itibarla, AİHM hükümetin cezanın çok küçük olduğuna dair argümanını kabul etmemektedir. Zira burada önem arz eden husus gazetecinin mahkûm olmasıdır. Ayrıca, röportaja dayanan haberler düzenlenmiş olsun veya olmasın basının halkın gözcüsü rolünü oynayabileceği önemli araçlardan biridir.

Şüphesiz ki, Yeşil Ceketlilerin mahkûm edildiği sözler hedef grup üyelerine hakaretten fazlası olup AİHM bu sözlerin AİHS'in 10'uncu maddesinden yararlanamayacağının altını çizmektedir. Ancak başvurucunun röportajın Yeşil Ceketlilerle ilgili kısmını nasıl hazırladığı göz önüne alınsa dahi, meseleye bir bütün olarak bakıldığında başvurucunun ceza kanunundaki bir suçtan mahkumiyetinin ve cezalandırılmasının haklı olduğunun gösterilemediği ifade edilmektedir.

Dahası AİHM başvurucunun yayını düzenlerken ırkçı bir amacının bulunmadığı konusunda oldukça net olup bu konuyu "tartışmasız" olarak değerlendirmektedir. AİHM, başvurucunun bu hususa ulusal mahkemelerdeki yargılama esnasında dayanmış olmasına rağmen ulusal mahkeme kararlarının gerekçelerinde böyle bir faktörün dikkate alındığının görülmemekte olduğunu belirtmektedir.

Tüm bu anlatılar ışığında AİHM, başvurucunun mahkumiyeti ve cezalandırılması için gösterilen gerekçeleri başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunu ortaya koyacak kadar yeterli bulmamaktadır. Ölçülülük yönünden ise, özellikle kullanılan araçların "başkalarının şeref ve haklarını" koruma amacıyla orantısız olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, söz konusu tedbirlerin AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlaline yol açtığı tespit edilmektedir.

3.2.8. News Verlags GmbH & Co.KG v. Avusturya Davası[66]

Başvurucu ticari merkezi Tull'de bir sermaye şirketi olup "News" adlı derginin yayıncısı ve sahibidir. 1993 yılının Aralık ayında Avusturya'daki bazı siyasetçilere ve kamuoyunda tanınan bazı kişilere bombalı mektuplar gönderilmiş ve bu kişilerden bazıları ağır yaralanmıştır. 10 Aralık 1993 tarihinde bombalı mektup olayına karıştığı şüphesiyle aşırı sağcı "B" tutuklanıp, Nasyonal Sosyalizmi Yasaklama Kanunu'na (Yasaklama Kanunu) muhalefet etmekle ve saldırıya yardım etmekle suçlandı. Aralık 1993'te başvurucu şirket News dergisinin çıkardığı özel sayıda bombalı mektup olayı ile bilhassa zanlı B olmak üzere aşırı sağcıların faaliyetlerini içeren özel bir sayı çıkardı. Derginin sonraki sayılarından birinde de bu konularla ilgili bir makale yayımlandı.

Dergideki haberler sanık B'nin fotoğraflarıyla beraber okuyucuya sunuldu. Örneğin, özel sayının kapağında B'nin küçük bir fotoğrafı ve fotoğrafın altında büyük harflerle "Faillerin Çılgın Dünyası" ifadesi yer almaktaydı. "Führer için Terör" yazılı sayfanın tamamı B ile diğer iki kişinin fotoğrafı ile kaplanmıştı. Yorumlara göre bu fotoğraf B, Führer'i Neo Nazi lider G.K hakkında mahkûmiyet hükmünün açıklandığı anda ayağa kalkıp protesto ettiği sırada çekilmişti. Ayrıca G.K.'nın on yıl hapis cezası aldığında, aralarında B'nin de bulunduğu G.K.'nın taraftarlarının intikam yemini ettiği de belirtilmişti. Aynı sayfadaki bir başka yorumda, daha evvel zararsız çılgınlar olduğu kabul edilen olan bu taraftarların şimdi bombalı terörist olmaları nedeniyle tutuklanmış oldukları ifade edilmekteydi.

"Kurbanlar ve Naziler" başlığı taşıyan ikinci sayının kapak sayfasında mağdurların büyük boy bir fotoğrafı ile B ve diğer iki kişinin yer aldığı küçük bir fotoğraf bulunmaktaydı. Kurbanın "Faillerle karşılaşmak istiyorum" alıntısına yer verilen sayfanın alt kısmında "Nazi olayı ortaya çıkarıldı" yazıyordu. Makalede B'nin diğer zanlı R ile olan başka bir fotoğrafı, her ikisi de Nazi lideri G.K'nın yerine geçmek isteyen R ve B'nin şimdi bombaları gönderdikleri şüphesi altında oldukları yorumuyla paylaşılmıştı.

Bunlara ilave olarak B'nin düğün merasimine ait bir resim de yayımlanmıştı. Bu resme ilişkin yorumda; polis araştırmalarına göre muhtemelen B ve R bombalı mektup saldırısında iş birliği yaptıkları ifade edilmekteydi. Makalede B patolojik hırslı olarak nitelendirilmiş; neo- Nazilerin en acımasız üyesi ve G.K'nın muhtemel halefi olarak tanımlanmıştı.

---

[66] AİHM'in 31457/96 başvuru numaralı ve 11/01/2000 karar tarihli yargılamasıdır. Erişim Adresi: https://hudoc.echr.coe.int/

3.2.8.1. AİHM Öncesi Süreç

B, 21 Ocak 1994'te Telif Hakları Kanunu'nun 78'nci maddesi uyarınca kendisine ait fotoğrafların adli soruşturmalarla irtibatlandırılarak derginin haberleri arasında yayımlanmasının yasaklanması için başvurucu şirket aleyhinde dava açmış ve bu nevi yayınların sona erdirilmesi için mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunmuştur. Viyana Ticaret Mahkemesi B'nin taleplerini reddederken, kanun hükmünün bir kişinin fotoğrafını yayınlamanın yasaklanmasının, fotoğrafı yayımlanan kişinin meşru çıkarlarına zarar verme şartına bağlı olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, talepte bulunan ilgili kişiye karşı cezai soruşturma var ise, kişinin çıkarları ile toplumun bilgi edinme hakkı karşılaştırılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

Viyana Ticaret Mahkemesi, yargılamaya konu davanın çok ciddi antidemokratik ve yıkıcı ideolojiye dayalı suçlamalar ile alakalı olduğundan zanlının fotoğrafını yayınlamanın prensip olarak haklı görülebileceği kanaatindedir. B, hakkındaki haberlerin hangi paragraflarının kabul edilebilir haberciliğin sınırlarını aşıp özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğini bildirmediğinden, haber metinlerinin özel hayata saygı hakkının ihlali olup olmadığının araştırılmasının zorunlu olmadığına hükmedilmiştir.

B'nin söz konusu karara karşı başvurduğu Viyana Temyiz Mahkemesi, B'ye ait fotoğrafların; dergide B'nin Yasaklama Kanuna muhalefet ve bombalı mektup terörüne yardım etmek suçlaması ile hakkında yürütülen cezai soruşturmayla ilişkilendirilerek haber olarak yayımlanmasını yasaklayan bir tedbir kararına hükmetti. Viyana Temyiz Mahkemesine göre, Telif Hakları Kanunu'nun 78'nci maddesi fotoğrafların kamuoyunda istismar edilmemesine yöneliktir. Hüküm, bir kişinin fotoğrafının yayımlanması yoluyla toplumda küçük düşürülmesini, özel hayatının alenileştirilmesini, fotoğrafın yanlış yorumlara yol açacak şekilde yayımlanmasını veya aşağılayıcı ve küçük düşürücü bir şekilde kullanılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. İlaveten, anılan hükmün "meşru çıkarları" tanımlamamış olmasıyla, mahkemeye her davaya özgü koşullar dikkate alınarak takdir yetkisi verildiği ve mahkemelerin kişilerin çıkarlarının korunması ile yayımcının topluma bilgi verme hakkı arasında bir denge kurulması gerektiği belirtildi.

Yukarıdaki tespitler ışığında Viyana Temyiz Mahkemesi, bir kişinin yasal haklarının Telif Hakları Kanunun ilgili hükmü kapsamında ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesinde yalnızca fotoğrafların değil fotoğraflarda ilişkilendirilen metinlerin de dikkate alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Meşru çıkarlar bakımından ise suç işlediği kesinleşmemiş, suç

şüphesi altında bir kişinin, fotoğrafının onu küçük düşürücü bir metinle yayınlanmasının engellenmesinde meşru çıkarının bulunduğu değerlendirilmiştir.

Viyana Temyiz Mahkemesi, söz konusu yayınların ağır hakaret oluşturmasının yanında masumiyet karinesini de ciddi şekilde ihlal ettiğini ifade etmektedir. Başvurucu şirketin B'nin meşru çıkarlarını ciddi boyutta zedeleyen ağır ihlalleri, B'nin fotoğraflarının hakkında devam etmekte olan ceza davalarıyla ilişkilendirilerek yayınlanmasının yasaklanmasını haklı çıkardı. Söz konusu karara karşı her iki tarafın da Yüksek Mahkeme'ye yaptığı olağanüstü temyizler herhangi önemli hukuki bir mesele gündeme getirilmediği gerekçesiyle reddedilmiştir.

B 21 Ocak 1994 tarihinde yaptığı ilk başvurusuna ek olarak, başvurucu şirketin yayınlamış olduğu makalelerde yer alan ve ayrıntılı olarak listelediği ifadelerle bağlantılı olarak resmini yayınlamanın menedilmesini alternatif bir talep olarak Viyana Ticaret Mahkemesine sundu. Ana davada Viyana Ticaret Mahkemesi, B'nin alternatif taleplerini kabul ederek başvurucu şirketin B'nin meşru çıkarlarını ihlal edebilecek şekilde; bombalı mektup saldırısı faili veya teröre ya da mektup saldırılarına karışmış olarak anıldığı ifadelerle bağlantılı olarak veya B tarafından listelenen ifadelerin yayınlamaktan kaçınmasına karar verdi. Nitekim Viyana Ticaret Mahkemesine göre, B'nin fotoğraflarının makalelerdeki metinlerle ilişkilendirilerek yayımlanması B'yi önemli ölçüde küçük düşürmekle kalmayıp, masumiyet karinesini de ciddi şekilde ihlal etmekteydi.

Viyana Temyiz Mahkemesi başvurucu şirketin temyiz istemini reddederken B'nin temyiz talebini kabul etti ve başvurucu şirket B'ye ait fotoğrafların yürütülen cezai soruşturmalarla ilişkilendirilerek derginin haberleri arasında yayınlanmaktan menedildi. Ayrıca, B'nin genel olarak başvurucu şirketin hangi ifadelerin fotoğrafları ile yayımlanmaması gerektiğini ispatlamakta yükümlü olmadığına, dava sürecinde yeni suçlamaların yayınlandığını ve öncekileri tekrarlamanın bir yararı olmadığını ilave etti.

Başvurucu şirketin Yüksek Mahkeme'ye kanun lehine karar düzeltmesi için yaptığı başvuru reddedildi. Yüksek Mahkeme başvurucu şirketin B hakkında yürütülmekte olan davalar konusunda haber verme hakkı olduğunu göz etmektedir. Ancak haber verme hakkının, B'nin fotoğraflarını yayınlama hakkından ayırt edilmesinin gerektiği ve B'nin fotoğrafının korunmasındaki menfaatine karşı dengelenmesinin gerekli olduğunu tespit etti.

Yüksek Mahkeme, Basın Kanunu'nun ilgili hükümlerini ihlal etmeyen doğru bir gerçek beyan ile yayınlanan fotoğrafın dahi ilgili kişinin meşru çıkarlarını zedeleyebileceği görüşündedir. AİHS'in 10'uncu maddesine atıfta bulunan Yüksek Mahkeme, başvurucu şirketin yargılamalar ile alakalı haber yapması engellenmediği için ifade özgürlüğünün ihlal

edilmediği sonucuna varmıştır. Nitekim, sadece B'nin fotoğrafının bu bağlamda yayınlanması yasaklanmıştır.

31 Aralık 1995'te ilk derece mahkemesi B hakkında saldırı suçlamasından beraat, Yasaklama Kanunu kapsamındaki suçlardan ise mahkûm etmiştir. B aleyhindeki ceza yargılamalar basında geniş yer almışsa da başvurucu şirket haricinde diğer gazeteler B'nin yayımlamakta serbesttiler. Viyana Temyiz Mahkemesi 18 Aralık 1995 tarihinde B tarafından açılan Basın Kanunu uyarınca açılan davada başvurucu şirketin masumiyet karinesini ihlal ettiğine hükmederek B'ye 50.000 Avusturya Şilini ödenmesine hükmetmiştir.

3.2.8.2. AİHM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

AİHM, aleyhindeki cezai soruşturmalarla alakalı olarak B'nin fotoğraflarının ilişkilendirildiği metinlerle yayınlanmasının yasaklanmasının AİHS'in 10'uncu maddesi bakımından bir müdahale teşkil ettiğini, AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci maddesi bakımından öngörülen koşulların yerine getirilmediği durumlarda ifade özgürlüğünün ihlal edileceği görüşündedir.

3.2.8.2.1. Hukuken Öngörülme

Başvurucu şirket, müdahalenin Telif Hakları Kanunu'nun 78'nci maddesi uyarınca tatbik edildiğini kabul etmektedir. AİHM de Telif Hakları Kanunu'nun 78'inci maddesinde zikredilen "meşru çıkarlar" gibi kesin olmayan bir ifade kullanıldığını ve mahkemelere belirli ölçüde takdir yetkisi verilmiş olduğunu tespit etmektedir. "Meşru çıkarlar" kavramının Yüksek Mahkeme içtihadında yorumlandığını ve Viyana Temyiz Mahkemesinin Telif Hakları Kanunu'nun 78'inci maddesini makul olanın ötesinde yorumlamadığını değerlendirerek müdahalenin hukuken öngörülmüş olduğu sonucuna varmıştır.

3.2.8.2.2. Meşru Amaç

Meşru amaç ile alakalı olarak, müdahalenin "başkalarının itibarını veya haklarının korunması" amacında mutabakata varıldı. AİHM tedbir kararlarının B'yi hakaret ve iftiraya karşı ve masumiyet karinesinin ihlaline karşı korumayı amaçladığı görüşündedir. Başkalarının itibarlarının ve haklarının korunması davacıların haklarını korunmasını

içerecek şekilde yorumlandığı ölçüde "yargı otoritesini ve tarafsızlığını" da koruma amacını taşımakta olduğu değerlendirilmiştir. Bu itibarla, AİHM'in konuya ilişkin varmış olduğu sonuç, müdahalenin AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca meşru amaç kriterinin karşıladığını tespit etmiştir.

3.2.8.2.3. Demokratik Toplum Gereklerine Uygunluk

AİHM öncelikle, ihtiyati tedbir kararına neden olan makalelerin arka planında kamuoyunun yakından ilgilendiren, Avusturya'da siyasetçilere ve kamuoyu gözü önünde olan diğer kişilere gönderilen ve birçok kurbanın ağır yaralanmasına neden olan bombalı mektup saldırısı olduğunu belirtmektedir. Bombalı mektup saldırılarından daha önce de kamuoyunda tanınan aşırı sağcı B ve aşırı sağın faaliyetlerini konu alan makalelerde zikredilen, Yasaklama Kanunu'na aykırılık ve bombalı mektup saldırısına yardım etme suçlamalarının nev'inin demokratik bir toplumun temellerine yönelik siyasi arka plana sahip olduğunun akılda tutulması gerektiği ifade edilmektedir.

AİHM B'nin bir düğün fotoğrafı dışında özel hayatına dair hiçbir ayrıntıyı ifşa etmediğini değerlendirmekte ve B'nin özel hayatının ihlal edildiği yöndeki argümanın geçerli olmadığını kabul etmektedir. Bu koşulların ulusal mahkemelerce hükmedilen tedbir kararlarını haklı göstermek için sunulan gerekçelerin "ilgili" ve "yeterli" olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır.

AİHM'e göre, AİHS'in 6'ncı maddesinin 1'nci fıkrası uyarınca duruşmaların aleni olması gerekliliğiyle uyumlu şekilde mahkeme işlemlerinin haberleştirilmesi ve yorumlanması, basının kamu yararını ilgilendiren tüm konularda bilgi verme görevi kapsamındadır. Nitekim halkın da bu bilgi ve fikirlere ulaşma hakkı vardır. Ancak, devam etmekte olan bir ceza davasına ilişkin izin verilen yorum sınırları, kasıtlı olsun veya olmasın bir kişinin adil yargılanma hakkına zarar verebilecek ya da halkın adaletin yerine getirilmesinde mahkemelerin rolüne olan güvenini sarsabilecek ifadeleri kapsamayabilir. Dolayısıyla AİHS'in 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenen masumiyet karinesi AİHM'in çatışan menfaatlerin dengelenmesinde dikkate alacağı hususlardan biri olarak değerlendirilmiştir.

AİHM, söz konusu suçun niteliği, davanın özel koşulları göz önüne alındığında bir şüphelinin fotoğrafının yayınlanmasının yasaklanması için geçerli nedenler olabileceğini kabul etmektedir. Nitekim bu noktada Yüksek Mahkeme ile uzlaşılmış, bir fotoğrafın doğru ve gerçek bir beyan eşliğinde yayınlanması bile kişilerin meşru çıkarlarına halel

getirebileceği yönünde benzer bir argüman takip edilmiştir. Ancak Viyana Temyiz Mahkemesi tarafından bu yönde bir argüman sunulmamış ve Viyana Ticaret Mahkemesinin aksine B'nin fotoğrafının korunmasındaki çıkar ile Telif Hakkı Kanunu'nun 78'inci maddesi uyarınca fotoğrafın yayınlanmasındaki kamu menfaati arasındaki yapılması gereken tartım tatbik edilmemiştir. AİHM, bu hususu şüphelinin fotoğrafının yayınlanması şüpheli çocuk değilse veya suçlar sadece küçük nitelikte değilse Basın Kanunu'nun 7/a maddesi uyarınca genellikle yasaklanmadığından şaşırtıcı bulunmuştur. Özetle, Viyana İstinaf Mahkemesi tarafından sunulan gerekçeler "ilgili" olmakla birlikte "yeterli" bulunmamaktadır.

AİHM hükümetin tedbir kararlarının başvuru şirketin B aleyhindeki ceza yargılamasına ilişkin yorum yayınlama hakkını hiçbir şekilde kısıtlamadığı yorumuna iştirak etmektedir. Ancak, tedbir kararları başvurucu şirketin haberlerinin sunumuna ilişkin seçimlerini kısıtlarken diğer medyanın B aleyhindeki ceza yargılaması boyunca B'nin fotoğrafını yayınlamaya devam etmekte özgür olduğu tartışmasızdır.

AİHM, B'nin haklarına müdahale edenin başvurucu şirket tarafından kullanılan fotoğrafların değil, yalnızca bunların metinle birleştirilmesi olduğu yönündeki ulusal mahkemelerin tespitleri göz önüne alındığında, B'nin fotoğrafının yayınlanmasına getirilen mutlak yasağın B'yi hakarete veya masumiyet karinesinin ihlaline karşı korumak için gerekenden daha ileri gidildiği sonucuna varmaktadır.

Dolayısıyla Viyana Temyiz Mahkemesi tarafından formüle edildiği şekliyle tedbir kararları ile izlenen meşru amaçlar arasında makul bir orantılılığın bulunmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu müdahale bakımından demokratik bir toplumda gerekli bulunmamış ve AİHM, AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlalini tespit etmiştir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK YÜKSEK MAHKEMELERİNCE VERİLEN KARAR ÖRNEKLERİ

Bu bölümde, öncelikle AYM kararları ile birlikte Danıştay kararlarına yer verilecektir.

4.1. Anayasa Mahkemesinin Ölçülülük İlkesini Gözeterek Vermiş Olduğu Kararlar

AYM'nin de konuya ilişkin verdiği kararlarda genel olarak AİHM'le aynı düzlemde hareket ettiği görülmektedir. Çokça AYM kararında AİHM ölçütlerinin kabul edilip AİHM kararlarına atıf yaptığı görülmektedir. Nitekim, AİHM'in geliştirdiği üçlü test mantığını AYM de kendi önüne gelen bireysel başvurularda işletmektedir.

4.1.1. Metin Yalçın Başvurusu[67]

Başvurucu Balıkesir Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odasına (Oda) kayıtlı faaliyet gösteren bir mali müşavirdir. Başvurucu, Katılımcı Demokrat Muhasebeci Mali Müşavirler isimli bir grup tarafından çıkartılan "Fername" isimli dergide Oda kurulunun faaliyetlerine ilişkin birtakım iddialara yer verdiği "Soruyoruz!..." başlıklı yazıyı kaleme almıştır.

4.1.1.2. AYM Öncesi Süreç

Oda yönetim kurulu kararı ile Oda disiplin kuruluna sevk edilen başvurucu hakkında, Oda disiplin kurulu söz konusu yazıda yer vermiş olduğu ifadeler gerekçe gösterilerek kınama cezası uygulamış, hafifletici nedenlerin varlığı dolayısıyla söz konusu yaptırım uyarma cezasına dönüştürülmüştür. Başvurucunun Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğine (TÜRMOB) yapmış olduğu itiraz neticesinde; Oda disiplin kurulu kararlı kaldırılmış ve söz konusu fiilin uyarma cezasına karşılık geldiği gerekçesiyle uyarma cezası verilmiştir. TÜRMOB verdiği cezanın

[67] AYM'nin 2014/5959 Başvuru Numaralı ve 6/2/2019 Karar tarihli yargılamasıdır. Erişim Adresi: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5959

gerekçesini, başvurucunun gazetede yer verdiği yorumların Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Disiplin Yönetmeliği'nin 5/m maddesini ihlalini teşkil edecek nitelikte mesleğin vakar ve onuruna aykırı bir davranış olmasına dayandırmaktadır.

Başvurucunun Ankara 14. İdare Mahkemesinde açtığı iptal davasında cezanın iptaline karar verilmiş olup itiraz üzerine incelenen karar Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1.Kurul'u (Kapatılan) tarafından bozulmuş ve dava esastan reddedilmiştir. Başvurucu tarafından yapılan karar düzeltme talebi de reddedilmiştir.

4.1.1.3. AYM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

AYM, meslek odası yönetimi hakkında yazılan bir yazı nedeniyle verilen uyarma cezasının iptali talebiyle açılan davanın reddedilmesini ifade özgürlüğüne karşı yapılan bir müdahale olarak değerlendirmiştir. AYM söz konusu müdahalenin Anayasa'nın 13'üncü maddesinde öngörülen koşullara uyulmadıkça Anayasa'nın 26'ncı maddesinin ihlali anlamına geleceği kanaatindedir.

Anayasa'nın 13'üncü maddesi "*Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" şeklinde düzenlenmekte olup yargılamaya konu müdahalenin kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığı doğrultusunda değerlendirilecektir.

4.1.1.3.1. Kanunilik

Müdahalenin 3568 sayılı Kanun'a dayanarak çıkartılan Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Disiplin Yönetmeliği olduğundan, AYM müdahalenin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

4.1.1.3.2. Meşru Amaç

AYM, başvurucuya verilen disiplin cezası başvurucunun mesleğin onur ve vakarına aykırı hareket ettiği gerekçesine dayandığını tespit etmektedir. Mesleğin icrası için üyeliğin

zorunlu koşulduğu meslek odalarında, meslek mensuplarının birbirleriyle ve üçüncü kişilerle olan ilişkileri, meslek disiplini ve ahlakını korumak üzere kendine özgü disiplin kuralları düzenlendiğini kabul etmektedir. Bu itibarla AYM uygulanan disiplin cezası yaptırımının Anayasa'nın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan kamu düzenin sağlanması meşru amacının sağlandığı kanaatindedir.

4.1.1.3.3. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

Müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygunluk araştırması genel ilkeler açıklanarak başlamaktadır. AYM öncelikle açıklamalarına demokratik toplumda ifade özgürlüğünün önemini zikretmektedir. Nitekim, demokratik toplumun gereklerinin ne olduğunu pek çok kez kararında zikrettiğini hatırlatan AYM, açıklamalarını ifade özgürlüğünün ne anlama geldiğini açıklayarak sürdürmektedir. AYM'ye göre ifade özgürlüğünün anlamı; haber, bilgi ve fikirlere ulaşım serbestliği, düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmama ve bunların tek başına yahut birlikte serbestçe ifade edilebilmesi, anlatılabilmesi, savunulabilmesi, başkalarına aktarılabilmesi ve yayılabilmesidir.

AYM'ye göre, çoğulcu demokratik düzende çoğunluğa muhalif ifadeler dahi her türlü araçla açıklanabilmeli, açıklanan düşüncelere paydaş sağlanabilmeli, düşünceyi geliştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları hoş görüyle karşılanmalıdır. Bu itibarla, toplumsal ve siyasal çoğulculuk her türlü düşüncenin barışçıl ve serbestçe ifadesine bağlı olup demokrasinin işleyişinde ifade özgürlüğünün hayati öneme sahip olduğu belirtilmektedir.

AYM demokratik bir toplum gereklerine uygun bir müdahalede zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılama ve orantılı olma unsurlarının temin edildiğini vurgulamaktadır. Buna göre, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde müdahalenin gerçekleştirilmesinde gözetilecek "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" ve "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" unsurlarının bir arada zikredilmesi, müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygunluğunun denetiminde bu iki unsurun sıkı ilişkide olduğunu ve birbirinden ayrı düşünülemeyeceğini göstermektedir.

AYM bir görevini de bireylerin ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin varlığının denetimi olarak belirlemektedir. Meşru amaçların varlığının hakkın varlığını ortadan kaldırmadığı, meşru amaçlar ile hak arasında olayın gereklerine uygun adil bir dengenin gözetilmesinin gerekli olduğu belirtilmektedir.

Kararda orantılılık ilkesine ilişkin açıklamalara da yer verilmekte ve ilke, sınırlamayla ulaşılmak istenen amacın başvurulan tedbir arasında dengesizlik bulunmaması olarak ifade olunmaktadır. Nitekim ilkenin, kamusal menfaatler ile bireyin hakları arasında veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise bunun karşısında olan bireyin hak ve menfaatleri arasında kurulması gerekli bir adil denge olduğu söylenmektedir. Söz konusu ilişkide; müdahaleye muhatap hak sahibine, kamu menfaati veya bireylerin menfaatine göre açıkça orantısız bir külfet yüklendiği tespit ediliyorsa, orantılılık ilkesi yönünden bir sorun olduğu ifade edilmektedir.

Ayrıca AYM, Düşüncenin açıklanması ve yayılmasına kamu gücü kullanılarak yapılacak müdahaleyle amaçlanan ve ifade özgürlüğüne ağır basan menfaatin karşısında kişiye yüklenen külfetin dengeleneceği mekanizmaların somut olgularla gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu itibarla AYM, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahale zorunlu bir ihtiyaca karşılık gelmiyorsa ya da bu ihtiyaca orantılı şekilde cevap vermiyorsa demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmayacağını not eder.

AYM'ye göre, demokratik toplumda seçimle iş başına gelen kişileri eleştirme hakkı Anayasal bir hak olsa da Anayasa'nın 26'ncı maddesi sınırsız bir ifade özgürlüğünü temin etmemekte; temel hak ve özgürlüklerin kullanımında gözetilmesi gerekli ödev ve sorumluluklar Anayasa'nın 12'nci maddesinden doğmaktadır. "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."* hükmünü haiz Anayasa'nın 12'nci maddesinin öngördüğü sorumluluklar başvurucunun durumu ve ifade özgürlüğü için kullanılacak vasıtalara göre belirlenecektir. AYM, demokratik toplumun gerekliliklerine dair değerlendirmelerini meselenin bu yönünü göz ardı ederek yapmayacağını belirtmektedir.

Genel ilkeleri açıkladıktan sonra somut olaya ilkelerin uygulanmasına aşamasına geçen AYM; bireysel başvurularda derece mahkemeleri tarafından yapılan olguların değerlendirmelerine veya hukuki yorumlarına müdahale edilmeyeceğini belirtmekte, ancak olayda ifade özgürlüğü ve kamu düzeninin korunmasında adil bir denge kurulmadığını ifade etmektedir. Mahkeme kararlarında başvurucu tarafından kullanılan ifadenin, türü ve kamusal tartışmalara katkı kapasitesi tartışılmamış, hangi yönden mesleğin onur ve vakarına aykırılık teşkil ettiği açıklanmamış, başvurucunun Oda yönetimine yöneltmiş olduğu iddiaların kanıtlanması için bir savcı gibi hareket etmesini beklenmiştir.

Başvurucunun mesleki faaliyetini yürütebilmesi için kaydolması gerekli meslek odalarının kuruluşu, organlarının seçimleri kanunla düzenlenmiş ve sorumlu organları seçimle iş başına gelmektedir. Odanın bir üyesi olarak başvurucu da mevzuatta öngörülen

koşulları taşıdığı müddetçe üye seçme ve seçilme hakkını haizdir. Başvurucu üyesi olduğu Oda yönetim kurulu faaliyetlerini eleştiren bir yazı kaleme almış ve çeşitli iddialarda bulunup Oda yönetim kurulundan hesap sorulmuştur. Herhangi bir kişinin isminin zikredilmediği yazıda; ağırlıklı olarak Oda binasının yapımında yapılan hatalardan, Oda meclisi toplantısının yapılmamasına, kullanılan krediden Maliye Bakanlığı ile yaşanan sorunlara, inşaat için ayrılan bütçenin oldukça üstüne çıkılıp yetkisiz kredi kullanımına değin çeşitli konularda eleştiri ve iddialar dile getirilmektedir.

AYM tarafından, Oda yönetiminde söz sahibi, seçme ve seçilme hakkı bulunan başvurucunun; Odanın kuruluş amacıyla bağdaşmadığını düşündüğü faaliyetlere muhalefet etmesi ve taraftar kazanmak amacıyla görüşlerini açıklaması demokratik bir katılım için vazgeçilmez olarak nitelendirilmektedir. AYM, başvurucunun yazısının yayınlandığı yazının meslek mensuplarına yönelik ücretsiz şekilde dağıtılan bir bültende yayınlandığından ve suçlamalara konu kişilerin kimlikleri Oda üyesi olmayanlara ifşa girişiminde bulunmadığından söz konusu eleştirilerin oldukça dar bir kesime hitap ettiği kanaatindedir. Nitekim, suçlamalara konu kişilerin kimlikleri yalnızca Oda üyeleri tarafından belirlenebilir durumdadır.

Tüm bu anlatılar ışığında AYM, söz konusu yazı ile başvurucunun muhalefet etme hakkını kullandığı kanaatine varmaktadır. Başvurunun muhatap kaldığı ifade özgürlüğüne yönelen müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu bir ihtiyaca karşılık gelmediğinden, Anayasa'nın 26'ncı maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

4.1.2. Hulusi Özkan Başvurusu [68]

Olayların yaşandığı dönemde başvurucu polis memurudur. Facebook isimli sosyal medya platformunda polis memurlarınca oluşturulan bir sayfada "Emniyet-Sen Başkanı'na Mobbing" başlık konuya "...eyyyy rütbeli zevat Size de Ölüm Var Bize de... Bunun hesabını orada Allah zaten soracak burada da Emniyet-Sen ..." şeklinde yorum yapmıştır.

[68] AYM'nin 2015/18638 başvuru numaralı ve 15/11/2018 karar tarihli yargılamasıdır. Erişim Adresi: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/18638

4.1.2.1. AYM Öncesi Süreç

Başvurucu hakkında sosyal medya platformu üzerinden paylaştığı yorum dolayısıyla disiplin soruşturulması açılmış ve Ankara Valiliği Emniyet Müdürlüğü İl Polis Disiplin Kurulu Başkanlığınca (İdare) başvurucu hakkında kınama cezası uygulanmıştır. Başvurucunun cezanın iptali talebiyle açmış olduğu dava Ankara 2.İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Davanın reddi kararına karşı yapılan itiraz Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurul tarafından onaylanmıştır. Nitekim, başvurucunun karar düzeltme talebi de reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir.

4.1.2.2. AYM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine dair iddiası açıkça dayanaktan yoksun bulunmamış ve AYM tarafından işin esasının incelenmesine geçilmiştir. AYM, başvurucunun yazmış olduğu yorum dolayısıyla kınama cezasıyla cezalandırılmasını başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelen bir müdahale olarak kabul etmiştir.

4.1.3.3.1. Kanunilik

AYM, müdahalenin Emniyet Teşkilatı Kanunu'na dayanarak çıkarılan Tüzük uyarınca uygulanması neticesinde kanunla sınırlanma ölçütünün karşılandığı hususunda tatmin olmuştur.

4.1.3.3.2. Meşru Amaç

Güvenlik kuruluşlarının iyi hizmet üretebilmesi ve belirli düzen içinde görev yapabilmesi için kendine özgü disiplin kuralarının olacağı kanaatiyle AYM, üstleri hakkında yaptığı yorum neticesinde disiplin cezası alan başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kamu düzeni meşru amacına karşılık geldiğini tespit etmektedir.

4.1.3.3.3. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

Müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu denetimine AYM öncelikle, genel ilkeleri hatırlatmakla başlamaktadır. Devamında ifade özgürlüğünü güvenlik görevlileri bakımından ele alınmaktadır. Buna göre, polis memurları da diğer kamu

görevlileri gibi ifade özgürlüğünden Anayasa'nın 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasındaki ödev ve sorumlulukları göz önünde bulundurarak istifade edebilecektir.

AYM yapılacak değerlendirmede; somut olayın şartlarında hangi saik ile beyanda bulunulduğu, beyanın hukuki fiili esası, beyan tarzı, beyanın muhtemel yorumları ve kamu kurumuna etkileri ile başvurucunun maruz kaldığı yaptırımın birlikte ele alınması gerektiğini işaret etmektedir. Bunun yanında başvurucunun emniyet personeli olması karşısında, üstlenilen kamu görevinin niteliği de göz önünde bulundurulması gerekli görülmüştür. Nitekim AYM Emniyet Teşkilatının kamu düzeni ve iç güvenliğe dönük özel konumu Emniyet Teşkilatının hiyerarşik yapısını ve iç düzenini düzenleyen özel kanunlar olmasını anlaşılır bulmaktadır.

Buna göre AYM olayların bütünselliği içinde yapılacak değerlendirmelerinde, belirli vasıflara sahip kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerin, sır ifşası içermeyen, kurumsal disiplinle uyumlu ve dengeli ifade biçimlerinin mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülüğü ile bir denge içinde gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleyecektir. Bu itibarla AYM incelemesine konu ettiği müdahaleyi bütünsel bir yaklaşımla ele alarak, müdahale için sunulan gerekçelerin inandırıcılığını, ilgili ve yeterli olup olmadığı ekseninde araştıracak ve söz konusu müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirecektir. AYM denetiminde şu iki şartın varlığını araştırmaktadır: Kamu gücü kullanan organlar ve derece mahkemeleri Anayasa'nın 26'ncı maddesinde yer alan ve AYM'nin belirlediği kriterlerle uyumlu standartları uygulamış ve maddi olaylar kabul edilebilir şekilde takdir ederek karar vermiş olmalıdır.

Genel ilkelere ilişkin açıklamaları zikrettikten sonra ilkeleri somut olaya uygulamaya koyulan AYM, başvurucu tarafından yorum yapılan yazının içeriğine dair ne idare tarafından uygulanan disiplin cezasında ne de mahkeme karar gerekçelerinde herhangi bir açıklamanın yer almadığını belirtmektedir. Nitekim AYM, başvurucuya uygulanan disiplin cezasının gerekçesinin görev dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunulduğu gerekçesiyle uygulanmış olduğunu, ilk derece mahkemesinin karar gerekçesinde yalnızca idarenin tespitine iştirak edildiği ancak daha ileri bir değerlendirmede bulunmadığını tespit etmiştir. AYM ilk derece mahkemesinin başvurucunun ifade özgürlüğünün kullanımı kapsamındaki sözlerinin dengeli, kurumsal disiplinle uyumlu ve sır ifşası içermemesinin sağlanması için mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülükleri arasında dengeleme işlemi yapılmadığını, yargılamaya konu ifadelerin anlamının ve bağlamının araştırılmadığını vurgulamaktadır.

AYM Emniyet Teşkilatı personeline, hiyerarşik kuralların sivil devlet memurlarına kıyasla daha katı disiplin kuralları uygulanmasını anlaşılır bulsa da bu yöndeki kabulün teşkilatın ya da hiyerarşik üstlerin eleştirilemeyeceği anlamına gelmediğini zikretmektedir. AYM'ye göre başvurucu Emniyet Teşkilatı yönetiminden duyduğu memnuniyetsizliği isim vermeden zikretmekte olup bir sırrın ifşa niteliğinde sayılabilecek teşkilata zarar verebilecek veya itibar kaybına neden olabilecek bir söylemde bulunmamıştır.

Netice olarak, AYM mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi maksadıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki üstün bir yarar tespit edememiştir. İlk derece mahkemesi olayı bütünsellik içinde ele almamış, somut olayın kendi şartları değerlendirmemiş, başvurucunun hangi amaçla yorum yazdığı, beyan tarzı, beyanın muhtemel sonuçları, kamu hizmeti ve kurum disiplinine etkileri üzerine durulmamış ve dahi tartışma konusunun ne olduğu değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla AYM müdahale için ilgili ve yeterli olduğu iddia olunan gerekçelerin, olayın bağlamından ve bütünlüğünden koparılarak ele alındığı kanaatindedir. Tüm bu gerekçeler ışığında AYM başvurucunun kullandığı ifadeler dolayısıyla kınama cezası almasını demokratik toplumda gerekli bulmamış ve başvurucunun Anayasa'nın 26'ncı maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.

4.1.3. Cengiz Şimşek Başvurusu[69]

Başvurucunun, kendisini temsille yetkili kıldığı avukatlar Ç.D.A ve Ü.A (müştekiler) arasındaki vekalet ilişkisini azilname ile sonlandırması üzerine avukatlık ücret sözleşmesine dayanılarak başvurucu aleyhine icra takibi başlatılmış ve itirazın iptali davası İstanbul 5.Tüketici Mahkemesinde görülmüştür. Başvurucunun itirazın iptali davası görülürken cevap dilekçesinde yer verdiği "...hali hazırda sunmadığı hizmetlerin karşılığını tarafımı kendisinin azletmeye yönelterek kolay yoldan kazanmanın derdine düşmüş davacı taraf, bir avukatlık hizmeti sunmaktan çok adeta bir dolandırıcılık faaliyeti yürütmektedir…" şeklindeki ifadeler nedeniyle başvurucu hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyette bulunulmuştur.

[69] AYM'nin 2018/19950 başvuru numaralı ve 13/9/2022 karar tarihli yargılamasıdır. Erişim Adresi: https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/19950

4.1.3.1. AYM Öncesi Süreç

Yürütülen soruşturma neticesinde başvurucu hakkında Hakaret suçundan iddianame hazırlanmış ve İstanbul 13.Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde yürütülen yargılamada kamu görevlisi olan müştekilere karşı görevlerinden dolayı hakaret edildiği tespit edilerek başvurucu hakkında 1 yıl 2 ay 17 gün hapis cezasına hükmedilmiş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararına karşı yapılan başvuru ise reddedilmiştir.

4.1.3.2. AYM Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Başvurucuya verilen hapis cezasının hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eden bir müdahale olduğuna kanaat edilmiştir.

4.1.3.2.1. Kanunilik

TCK'nın hakaret suçunu düzenleyen 125'inci maddesi uyarınca verilen mahkeme kararının kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

4.1.3.2.2. Meşru Amaç

Yargılamaya konu müdahalenin başkalarının şeref ve saygınlığının korunması amacına matuf tatbik edildiği kanaatine varan AYM, müdahalenin meşru amaç taşıdığı sonucuna varmıştır.

4.1.3.2.3. Demokratik Toplumun Gereklerine Uygunluk

AYM, demokratik toplum gereklerine uygun bir müdahalenin zorunlu bir ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerektiğini zikrederek başlamaktadır. Zorunlu bir toplumsal ihtiyacın karşılanması tatbik edilecek müdahalenin de amaca ulaşmaya elverişli, başvurulacak son çare olması ve alınabilecek en hafif önlem olması gerektiği belirtilmektedir.

AYM ifade özgürlüğünü yaşamsal önemde olarak nitelerken, ifade özgürlüğüne yönelen müdahalenin meşru amaç taşımasının tek başına yeterli olmadığını ve meşru amaçla

hak arasında adil bir denge kurulması gerektiğinin altını çizmektedir. Diğer yandan, bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekli manevi bütünlüğe, şeref ve itibara yönelen müdahaleler adli makamlara verilen dilekçelerde veya mahkeme önünde söylenen sözler ile de gerçekleşebilecektir. Bireylerin şeref ve itibarı devletin bireylerin şeref ve itibarına keyfi müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemek de devletin yükümlülükleri arasında görülmüştür.

AYM'ye göre, bir hukuka uygunluk nedeni olan TCK'nın 128'inci maddesine göre isnat ve değerlendirmelerin gerçek ve somut vakalara dayandığı ve uyuşmazlıkla bağlantılı müddetçe kabul edilebilirdir. Yargılama esnasında ifade ve eleştiri özgürlüğünün makul ölçüyü aşacak şekilde sınırlandırılması durumunda hem ifade özgürlüğünün güvence altına alındığı Anayasa'nın 26'ncı maddesi, hem de adil yargılanma hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 36'ncı maddesinin ihlal edileceği tespit edilmektedir. Davanın tarafları ve avukatların herhangi bir ceza veya müeyyide tehdidi altında kalmadan iddia ve savunma haklarını kullanabilmesi, yargı işleyişinin sekteye uğratmaması adına elzem görülmektedir.

Bu itibarla, iddia ve savunma hakkı her türlü etkiden uzak, kaygıya kapılmadan serbestçe kullanılmalıdır. Nitekim, iddia ve savunuların serbestçe ileri sürülebilmesi ve bu sınırlar içinde kalan ifadelerin suç teşkil etmemesi, kişilerin suç kastı barındırmıyor olmalarından değil adaletin yerine getirilmesine, davanın aydınlatılmasına ve hakkın meydana çıkmasına hizmet ettiği belirtilmektedir.

AYM somut olayda, iddia ve savunma hakkının kullanımı yoluyla ifade özgürlüğünün, maddi ve manevi varlığın korunması çerçevesinde bireyin şeref ve saygınlığının korunması arasında adil bir denge kurulması gerektiğini bildirmektedir. Bu dengenin korunması için AYM birtakım kriterler getirmektedir. Buna göre, iddia ve savunma dokunulmazlığını haklı gösterecek emarelerin varlığı gerekmekte ve üçüncü kişilere zarar verme amacı taşımamalıdır. Kamı görevlilerine karşı görevin yerine getirilmesiyle ilgili olup olmadığı gözetilmeli ve oldukça zayıf bir bağ ile de olsa uyuşmazlık konusuyla ilgisinin varlığı ve uyuşmazlığın çözümüne katkısı araştırılmalıdır.

Yukarıda zikredilen ilkelerin somut olaya üzerinde değerlendirilmesinde AYM, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu önceki kararlarda detaylı olarak ele aldığını ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasından kaynaklı müdahalelerin kanunilik ilkesini karşılamadığı sonucuna ulaştığını hatırlatmaktadır. İncelemeye konu başvuruda da bu görüşten ayrılmayı gerektiren bir yön olmadığı, somut başvurunun esasına ilişkin değerlendirmeler yapılmasının uygun olacağı kanaati ifade edilmektedir. Bu itibarla

değerlendirilmeyi gerektiren ilk husus, avukat müştekilerin başvuruya konu olaydan önce başvurucunun vekilliğini yaparak yargısal bir görev icra ediyor olmalarıdır.

Başvurucu müştekilerin ihmalkâr davranışları nedeniyle zarara uğradığından bahisle vekalet ilişkisini sona erdirmiş, bunun üzerine avukatlık sözleşmesine dayanılarak başvurucu aleyhine açılan icra takiplerinin iptali davasında başvuruya konu sözleri sarf etmiştir. Buna göre AYM, avukatların meslek icrası bakımından kamu görevi ifa eden kişiler olduğunun açık olduğu, kamu görevini yürüten kişilere yöneltilen eleştiri sınırlarının daha geniş ve bu kişilerin eleştirilere karşı daha toleranslı kişiler olması gerektiği yönündeki kabulün somut olay bakımından dikkate alınması gerektiği kanaatindedir.

AYM'ye göre, her ne kadar sarf edilen sözler rahatsızlık verici incitici olsa da başvurucu aleyhindeki icra takibinin haksız olduğunu ve görevlerini ihmal ettiğini düşündüğü müştekileri azledildikten sonra hak etmedikleri bir parayı almaya çalıştığını ima etmektedir. Başvurucunun savunması dikkate alındığında, bir bütün olarak uyuşmazlıkla ilgili kullandığı sözlerin sıfat yükleme niteliğinde olmayıp azil sonrasındaki davranışların eleştirisini içeren bir değer yargısı olduğunu ifade etmiştir. AYM, başvuruya konu sözlerin müştekiler tarafından özenli bir şekilde temsil edilmediğini düşünerek vekalet ilişkisini sonlandıran başvurucunun hukuki kızgınlığının ve sorgulamaları olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Nitekim, söz konusu ifadeler dava dilekçesinde yer almış mahkeme dışına dava dışı amaçlarla veya sırf müştekilere zarar verme amacıyla çıkarılmamıştır. Dolayısıyla AYM, başvuruya konu sözlerin adil yargılanma hakkının bir parçası olduğunun kabulü ve ceza ile sınırlandırılmanın sadece istisnai durumlarda gerekli olduğunu ifade etmektedir.

Tüm bu tespit ve değerlendirmelere rağmen ilk derece mahkemesi, yargılamaya konu ifadelerin bağlamını, sözlerin açıklandığı yeri ve bu ifadelerin uyuşmazlıkla bağlantılı olup olmadığıyla savunma dokunulmazlığı kapsamında kalıp kalmadığı da değerlendirilmeden başvurucuyu mahkûm etmiştir. AYM'ye göre, şikâyete konu sözlerin ifade ediliş şekli, nedeni ve arka planı gözetilmeksizin ulaşılan bu sonuç; başvurucunun ifade özgürlüğü ile müştekilerin şeref ve itibarının korunması arasında bir denge kurulma çabasının gözetilmediğine işaret etmektedir. Bu itibarla, mahkemenin mahkûmiyet için sunduğu gerekçelerin ifade özgürlüğüne yapılan müdahale için ilgili ve yeterli bulunmadığından, Anayasa'nın 26'ncı maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

4.2. Danıştayın Ölçülülük İlkesini Gözeterek Almış Olduğu Karar Örnekleri

Danıştay kararlarında da AİHM ve AYM kararlarının dikkate alındığı görülmektedir. Danıştay kararlarında AİHM ve AYM tarafından ifade özgürlüğüyle ilgili belirlenmiş kıstas ve ilkelerin yapılan değerlendirmelerde önemsendiği değerlendirilebilir.

4.2.1. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 2009/1637 Esas 2013/1160 Karar Sayılı Kararı

01/04/2013 karar tarihli yargılamasına konu olayda, yaşanan terörist saldırılar ile ilgili olarak Başbakan Yardımcısı ve Devlet bakanı tarafından imzalı 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 25'inci maddesi uyarınca verilen radyo ve televizyon yayınlarının durdurulmasına ilişkin kararın iptali talebiyle açılmıştır.

Danıştay ilk derece sıfatıyla gördüğü davada, yayınların önceden denetlenemeyeceği ve durdurulamayacağı kuralının istisnasının milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde veya kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dahilinde ise söz konusu olabileceğine dair hükmün "yayının önceden durdurulması" niteliğinde olması nedeniyle yayın özgürlüğünü kısıtlaması ve "yasaklama" niteliği taşıdığı görüşü ifade olunmuştur. Bu itibarla kapsam ve sınırlarının açık ve somut bir biçimde durdurma kararında belirlenmesinin zorunlu olduğu ve bu hususun demokratik toplumun rejimlerinin önemli unsurlarından birini oluşturan yayın özgürlüğü ilkesinin gereklerinden olduğu belirtilmektedir. Aksi takdirde istisna olarak getirilen hüküm amacını ortadan kaldıracağı gibi sınırları belirsiz bir yayın durdurmanın ve yayıncı kuruluşları yapılacak yayınlarla ilgili olarak bu yasağı uyma konusunda tereddüde düşüreceği değerlendirilmiştir.

Her ne kadar söz konusu davada idari işlem gerekçesi kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle ihtimal dahilinde olduğu değerlendirilerek ve bu sebeple olarak güvenlik güçlerinin moral değerlerinin yüksek tutulması, toplumsal psikolojinin ve çocuklarının ruh sağlığının korunması olarak açıklanmışsa da radyo ve televizyon yayınlarının çeşitliliği göz önüne alınarak işlemin iptaline karar verilmiştir. İptal kararı yayın durdurma kararının hangi tür yayınlar için verildiğinin açık ve somut şekilde ortaya konulmadığında durdurma kapsamı ve sınırının belirli olmadığı ve kararın bu yönüyle 3984 sayılı Kanun'un 1'inci fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle verilmiştir.

4.2.1.1. İdari Dava Daireleri Kurulu Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Temyiz başvurusu üzerine İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelen uyuşmazlıkta, öncelikle "yayın yasağının", düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile bağlantılı olduğunu ve meselenin öncelikle bu açıdan inceleneceğini ifade etmiştir. Anayasanın 26'ncı ve 13'üncü maddeleri ile AİHS'in 10'uncu maddesi hükümleri hatırlatılarak, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın kanun ile öngörülmesi, meşru bir amaç taşıması ve demokratik toplum için zorunlu olması ile ölçülü olması gerektiği hatırlatılmaktadır. Düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşüncelerin özgürce açıklanması, yayılması ile öğrenilmesini de içermekle; basın özgürlüğünün, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü tamamladığı ifade olunmaktadır

Somut olaya ilişkin değerlendirmelerde, "istisnai" olduğu belirtilen yetkinin Anayasa'nın 13, 26 ve 28'inci maddeleri ile AİHS'in 10'uncu maddesine uygun olarak yasayla düzenlendiği ve Anayasa ve AİHS'te düzenlenen ve meşru bir müdahale nedeni olan kamu düzeni ve kamu güvenliğine dayanılarak kullanılabileceğinin öngörüldüğü anlaşıldığı belirtilmektedir. Yayın yasağının öngörülen amacı taşıması, amaç ile bu amaç için öngörülen araç arasında makul bir dengenin bulunmasının zorunlu olduğunun ve yaşanan terörist saldırının kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına neden olacak bir olay olduğu hususunu da kabul edilmektedir.

Ancak, meşru bir sebebin bulunması ve yasayla yürütmenin bu yönde yetkilendirilmesi işlemin hukuka uygun olduğunun kabulü için yeterli kabul edilmemekte; yasağın demokratik toplumun gereklerine uygun ve ölçülü olduğunun da tespiti gerekmektedir. Radyo ve televizyon yayınlarının kapsamını genişliği yayın yasaklarının hangi tür yayınları kapsadığını ve sınırlarının açıkça belirtilmesi, radyo ve televizyon yayınlarının yasak kapsamını öngörebilmesi için zorunludur. Fakat, somut olayda durdurulan yayınların hangi tür yayınlar olduğu açıkça ortaya konulmadığından yayın yasağı kapsamı ve sınırları belirsiz kalmaktadır.

Bu itibarla, Anayasa ve yasaya göre yürütme organına istisnai olarak verilen yetkinin sınırlarının aşıldığı ve halkın olay hakkında bilgi alma hakkının tamamıyla kapanmasıyla "ölçülülük" ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca, idari işlemin ne kadarlık bir süre ile öngörüldüğü açıklanmadığından yasağın süresiz olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Halbuki yasağın yayın öncesi sansür niteliğinde olduğu göz önüne alınarak söz konusu yasağın süresinin kararda belirlenmesinin zorunlu olduğu, sınırsız süre ile öngörülen yayın yasağının uygulanmasının hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir. Diğer

koşullar sağlansa dahi yayın yasağının süresinin öngörülmemiş olması tek başına iptal kararı vermek için yeterli geleceğinden temyiz isteminin reddine ve temyize konu hükmün onanmasına karar verilmiştir.

4.2.2. Danıştay 12. Dairesinin 2013/6667 Esas 2016/6358 Karar Sayılı Kararı

13/12/2016 karar tarihli yargılamaya konu olayda, sağlık memuru olan davacı tarafından görev yaptığı dönemde çalıştığı ilin sağlık müdürü hakkında "E. biliyor ..ona sorun..bu arada Sivas kangalları çok ürüyormuş.. ama ben kangalları severim.. Ona uygun kocabaş kafes yaptırdım. Çok şeker.. Öptüm.. Öpüldünüz... ve E. T. bunu sen bul peki neyi bulacaksın.." mesajını bir sosyal medya platformunda paylaşması üzerine DMK'nın davacının eylemine denk düşen 125'inci maddesinin (D) fıkrasının (d) bendi gereğince 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmıştır. Verilen cezaya yapılan itiraz reddolunmuş ve davacının kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı idare mahkemesi nezdinde açmış olduğu dava da reddedilmiştir.

4.2.2.1. Danıştay Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

Danıştay değerlendirmelerine Anayasa'nın 26'ncı ve 13'üncü maddelerini hatırlatarak başlamaktadır. AYM'nin Fatih Taş başvurusuna atıfla, kamu görevlilerinin tabi oldukları disiplin kurallarına ve bu hükümler dairesinde uygulanacak yaptırımlarda adil bir denge bulunması gerektiğini vurgulamaktadır. Ölçülülük ilkesi olarak adlandırılan bu adil dengenin elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktan müteşekkil üç alt ilkesinin bulunduğu ifade edilmiştir. Buradan hareketle, elverişlilik ilkesi uygulanacak yaptırımın ulaşılmak istenen sonuç bakımından elverişli olmasını, zorunluluk ilkesinin söz konusu yaptırımın uygulanması bakımından zorunlu olmasını ve orantılılık ise ulaşılmak istenen amaç ve yaptırım arasında kurulan adil bir denge olarak tariflenmektedir.

AİHM'in Handyside v. Birleşik Krallık kararına atıfla, ifade özgürlüğünün yalnızca devletin ve toplumun kabul ettiği, doğru veya zararsız bulduğu haber ve bilgiler için değil olumsuz veya yanlış bulunan, toplumun olumsuz veya yanlış bulduğu rahatsız eden haber ve düşünceler için de geçerlidir. Nitekim, çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörü demokratik toplumun gereklerinden olup ifade özgürlüğünün olmadığı bir toplum demokratik olarak addedilemeyecektir.

Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan manevi varlık kavramına bireyin şeref ve itibarı da dahildir. Devletin kişilerin şeref ve itibarına yönelen saldırıları önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Üçüncü kişilerin şeref ve itibarına yönelen saldırılar birçok yöntemle olabileceği gibi elektronik iletiler gibi haberleşme vasıtalarıyla gerçekleşebilecektir. Bir kişi haberleşme vasıtalarıyla kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa bile kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğüne dahildir. Bu anlamda devletin ifade özgürlüğü ve başkalarının şöhret ve itibarları arasında menfaatlerin çatışması durumunda menfaatlerin dengelenmesi için bazı kriterler öngören AİHM'in Axel Springer AG v. Almanya kararına atıf yapılmıştır. Bu kriterler; söz konusu yazı ve ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin tartışmaya sağladığı katkı, ifadelere muhatap kişinin tanınırlık düzeyi ve yazının yazılma amacı, hedefe alınan kişinin yayından önceki davranışı, ifadelere ilişkin bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, ifadelerin içeriği, biçimi ve sonuçları ile yaptırımın ağırlığı olarak ifade edilmiştir.

Danıştay söz konusu kriterlerden ifadelere muhatap kişinin kimliği ve yazının yazılma amacını odak noktasına almış ve AİHM'in kamuya mal olmuş kişilerle sade vatandaşlar arasında, kamu görevlileri ile siyasetçiler arasında düşünceyi açıklama özgürlüğüne yapılacak müdahalenin gerekliliği konusunda ayrım yapıldığını ifade etmiştir. Siyasetçiler ve kamuoyunca tanınan kişiler gördükleri işlev veya kamusal yetki kullanan kişiler sade vatandaşlara göre eleştiriye daha açık olmalıdırlar.

AYM'nin Bekir Coşkun başvurusunda yapılacak müdahalenin hak ve özgürlüğe yapılacak sınırlamanın hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durduruyor veya kullanımını aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyor veya ölçülük ilkesine aykırı şekilde sınırlama amacı ve aracı arasındaki dengeyi bozuyorsa demokratik toplum düzenine uygun olmayacağı ifade edilmiş, Danıştay da hüküm gerekçesinde bu karara atıf yapmıştır.

Öte yandan kamu görevlilerinin iş yerlerinde gördüğü yolsuzluğu ve hukuka aykırı uygulamaları yasal yollardan şikâyet etme hakları vardır ve davacı da bu hakkını kullanmıştır. Ancak, adli makamlar tarafından verilmiş iddiaların doğruluğuna ilişkin kesinleşmiş bir karar bulunmadan ilgilileri zan altında bırakacak ifadeleri de sosyal paylaşım sitesinde yayımlamıştır. Yazı bütün itibariyle değerlendirildiğinde ironik bir yaklaşım bulunmakla birlikte ilgililere yönelen hakaret ve küçük düşürücü unsurların varlığı da tespit edilmemiştir.

Tüm bu açıklama ve değerlendirmeler ışığında davacının eylemini "Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak" şeklinde düzenlenen DMK'nın 125'inci maddesinin (D) fıkrasının (d) bendinde düzenlenen

hükmünde yer alan "tipiklik" şartının gerçekleşmediği değerlendirilmiş ve idari işlemde hukuka uygunluk, idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılarak hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

4.2.3. Danıştay 13.Dairesinin 2022/2182 Esas 2023/1448 Karar Sayılı Kararı

28/03/2023 karar tarihli yargılamaya konu olayda, bir yayıncı kuruluşun, süt üreticilerine 2020 yılına ilişkin destek ödemelerinin hiç yapılmadığına dair anlatımlara yer verdiği ancak resmî açıklamalarda ödemenin yapıldığı tespit edilmiştir. Yalnızca röportaj yapılan kişinin beyanları dikkate alınarak yapılan haberin ilgili 6112 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (ı) bendini ihlal ettiği tespit olunarak yayıncı kuruluşa idari para cezası uygulanmıştır. Davacı idari para cezası verilmesine ilişkin Üst Kurul kararının iptali talep edilmektedir.

4.2.3.1. Danıştay Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

AİHM kararlarına atıfla açıklamalarına başlayan Danıştay, AİHM'in siyasi tartışma özgürlüğünü tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi olarak gördüğünü belirtmektedir. Buna göre, hükümetler yalnızca yasama ve yargı organlarınca değil, aynı zamanda halk ve kitlesel medya tarafından da denetlenmelidir. AİHM'e göre, ifade özgürlüğü ile sağlanan güvence sadece toplumun ve devletin olumlu doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşünceler" için değil çarpıcı gelen, rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Buna göre, bireyler dile getirdiği ifadeler dolayısıyla herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmalıdır. Nitekim Handyside v. Birleşik Krallık kararına atıfla, ifade özgürlüğünün, demokratik çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin temeli olduğunu ve bunlar olmaksızın bir demokratik toplumdan söz edilemeyeceği belirtilmektedir. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı; müdahalenin ihtiyaç baskısına karşılamasına, AİHS'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında sayılan meşru amaçlardan biri bakımından ilgili ve yeterli olmadığına göre tartılmalıdır.

Somut olayda, süt üreticisi iki kişiyle röportaj yapılmış ve üreticilerin süt üreticilerinin yem ve süt desteği alamadıklarına ilişkin sıkıntılarını dile getirdiği anların yayına verildiği; röportajda süt üreticilerinin 2020 yılına ait süt ve yem destek ödemelerini 2021 yılına girilmesine rağmen hiç alamadıklarını belirttiği, ancak haberi müteakip yapılan resmi açıklamada yayına yer verilen röportajlardaki çiftçiye 2020 yılında yapılan ödemelere

yer verilerek iddiaların doğru olmadığı belirtilmiştir. Yapılan açıklama neticesinde ekrana taşınan ifadelerin gerçeği yansıtmadığı ve röportaj yapılan kişinin beyanları esas alınarak, teyit etme ve gerekli araştırma doğrulama yapılmaksızın yayın yapılmasından bahisle idari para cezası tesis edildiği tespit edilmektedir.

Olayda 2020 yılına ait desteklerin alınamadığına ilişkin husus bizzat üreticilerden izleyiciye aktarılmaktadır. Haberin yayın tarihi itibariyle kendilerine ödenmemiş desteklere dikkat çekilerek üreticilerin yaşadığı sorunlara dair sorunların çözümüne yönelik basın yoluyla kamuoyu oluşturmak amaçlandığı değerlendirilmektedir. Danıştay, süt üreticilerinin kendi beyanlarına yer vererek ekonomik sorunlara dikkat çekilmesi olarak ele almaktadır. Nitekim Danıştay yayını "kişilerden edinilen ve haber niteliği taşıyan bilgi ve fikirlerin izleyici kitlesine aktarılması" olarak nitelendirmektedir. Bu nitelendirme doğrultusunda Danıştay yayının Anayasanın basın hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında kaldığını değerlendirmiş ve davanın reddi yönündeki idare mahkemesi kararının bozulmasına hükmetmiştir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SONUÇ VE ÖNERİLER

Sonuçlar

Anayasal bir özgürlük olan ifade özgürlüğü, birçok hak ve hürriyetle doğrudan yakın ilişki içerisindedir. Nitekim, düşünce ve kanaat özgürlüğünden, bilim ve sanat özgürlüğüne değin geniş bir yelpazede çeşitli anayasal özgürlüklere temas edilmesi ifade özgürlüğünün önemini kanıtlar niteliktedir. Bu yakın ilişkiyi bizzat anayasada görmenin mümkün olduğunu da ifade etmek gerekir. Zira, Anayasada birçok anayasal hakkın ve hürriyetin sınırlamasının ifade özgürlüğünün sınırlama nedenlerine atıf yapılarak işaret edilmesi, kurulan alakanın göstergelerindendir.

Demokratik toplumun esaslarından sayılan ifade özgürlüğünün kullanımı da belirli sınırlamalara tabidir. İfade özgürlüğüne getirilen bu sınırlamalar hem anayasal hem de uluslararası sözleşmelerle öngörülmüş durumdadır. Demokratik toplumun esaslarından sayılan ifade özgürlüğünün kullanımında; özgürlüğün kapsamı ve özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin usulün bilinirliği önem arz etmektedir. Sınırsız olmadığı öngörülen özgürlüğün sınırlarına ve sınırlamalarına ilişkin yapılacak tespit ve belirlemeler, ifade özgürlüğünün değer ve anlamına ortaya çıkartılmasında rol oynayacaktır.

Gerek ifade özgürlüğü gerekse diğer hak ve özgürlüklerin sınırlarının hukuka uygun düzenlenip uygulanması hukuk devleti ilkesinin önemli meselelerindendir. Bu itibarla, bireylerin devletle olan ilişkisine direkt temas eden hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması meselesi hukuk devletine uygun şekilde belirli ölçütler ve kurallar gözetilerek gerçekleştirilmektedir.

Ulusal düzeyde ifade özgürlüğünün sınırlanması, anayasal hükümler kapsamında söz konusudur. İfade özgürlüğünün olağan dönemde ne şekilde sınırlandırılacağına ilişkin ilk hüküm Anayasanın genel hükümlerinden olan 13'üncü maddesidir. Anayasadaki hak ve özgürlüklerin olağan dönemde nasıl sınırlanacağının açıklandığı bu madde hükmü diğer maddelere olduğu gibi, ifade özgürlüğünün düzenlendiği 26'ncı maddeye de sirayet ettiği için, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamada doğrudan göz önünde bulundurulmaktadır.

Anayasal hak ve özgürlüklerin hangi şartlar altında nasıl sınırlanacağının ifade edildiği bu hükümde, sınırlamaların, "kanunla" yapılması, "Anayasanın sözüne ve ruhuna

uygun olması", "demokratik toplumun ve laik cumhuriyetin gereklerine uygun olması", hakların "özüne dokunmaması" ve "yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler" dairesinde ölçülülük ilkesine uygun gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere, ölçülülük ilkesi yapılacak sınırlamalara doğrudan kıstas olarak kabul edilmiştir. Bu itibarla, ifade özgürlüğü yönünden yapılacak sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı, 13'üncü maddedeki ilkeler ve ifade özgürlüğüne özgü öngörülen sınırlama nedenlerine bağlı olarak yapılacağı sonucuna varılmaktadır.

Hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi, bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlüklere ilişkin bir muğlaklık içerisinde bulunmamasını temin etmeyi amaçlar. Bu itibarla, Anayasada ölçülülük ilkesi bir sınırlama kriteri olarak öngörülmüşse de, ölçülülük ilkesinin ne olduğu, nasıl anlaşıldığı ve nasıl olması gerektiğine ilişkin önemli başvuru kaynaklarından biri de yargısal içtihatlardır.

Hukuk devletinin gereği olduğu ileri sürülen ölçülülük ilkesi, AYM tarafından ölçülülük ilkesi Anayasada yer almadan önce de varmış gibi uygulanmaktaydı. Amaç ile araç arasındaki makul denge olarak formulize edildiği görülen ölçülülük ilkesinin AYM tarafından alt ilkeleri de ortaya konulmuş durumdadır. Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Ölçülülük ilkesine uygunluk bakımından yapılacak denetimde her bir alt ilke tek tek ve sırasıyla incelenmektedir. Ölçülülük ilkesine uygun bir sınırlamadan söz edebilmek için elverişli ve gerekli bir müdahalenin orantılı bir şekilde uygulanması gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesi, Anayasada açıkça ifade edilmiş ve AYM tarafından birçok kararda inceleme konusu yapılmıştır. AYM'nin ortaya koyduğu ölçüt ve kriterlerin yanında, hukuken doğrudan bağlayıcılığı olan AİHS'in ve AİHS ile öngörülen AİHM'in de kural ve tespitleri önemlidir.

AİHM ile AYM'nin ölçülülüğe ilişkin değerlendirmelerinin yakın olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim her iki yüksek mahkeme de ölçülülük ilkesi denetimini elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerini inceleyerek gerçekleştirmektedir. Ancak, AİHM'in de hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin tek ölçütünün ölçülülük olmadığını belirtmek gerekir.

AİHM, yaptığı yargılamalarda öncelikle bir müdahalenin varlığını sorgulamaktadır. Müdahalenin varlığı tespit olunmuş ise, üç aşamalı test olarak adlandırılan yöntem uygulanarak AİHS hükümlerinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin hüküm kurulmaktadır. AİHM, müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmadığını, müdahalenin bir meşru amaca yönelip yönelmediğini, müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygun olup

olmadığını sırasıyla incelemektedir. Müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için hiçbir unsur bakımından aykırılık barındırmaması gerekmektedir.

Ölçülülük ilkesi de yapılan müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygunluğu aşamasında değerlendirilmektedir. Elverişli, gerekli ve orantılı bir müdahalenin AİHM tarafından da diğer şartların da sağlanması koşuluyla AİHS'i ihlal etmediği sonucuna varılmaktadır.

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği noktasında, her amaca yönelik müdahaleyi aynı değerlendirmeyip, "genel sağlık", "genel ahlak" gibi sınırlama nedenlerine ilişkin müdahalenin ölçülü olup olmadığı yönündeki değerlendirmede devlete daha geniş takdir yetkisi belirlediği görülmüştür.

Öneriler

AİHS'te öngörülen düzenlemeler doğrudan hukukumuz bakımından bağlayıcıdır. AİHS'in değerlendirmesi ve yorumunu yapan AİHM'in de vermiş olduğu kararlar doğrudan hukukumuza etki etmektedir. Şu kadar ki, AİHM kararları iç hukukta yargılamanın nedeni olarak görülmektedir. AİHM'in ihlal tespit etmesi iç hukuktaki bir yargılamanın yenilenmesine neden olabilmektedir.

Yüksek mahkeme kararlarının, bilhassa AİHM kararlarının takibini yapmak, ifade özgürlüğü bakımından ortaya koyduğu kıstas ve kriterleri bilmek son derece önemlidir. AİHM'in devletin takdir marjını dar yorumladığı konulara özellikle dikkat edilerek, kamu gücü kullanarak tesis edilen işlemlerin AİHM ve diğer yüksek mahkeme içtihatlarına uyumlu olmasını sağlamak elzemdir.

Üst Kurul yönünden, 6112 sayılı Kanun'da idari yaptırımların "ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak" uygulanacağı esasının bulunması sevindiricidir. Nitekim, bu hükmün uygulanacak yaptırımın ölçülü olması gerektiğine işaret ettiği değerlendirilebilir. Ancak, bu husus 6112 sayılı Kanun'da "ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden beşine kadar idarî para cezası verilir." şeklinde ifade olunduğu için ihlalin ağırlığının yayının ortamı ve yayın alanının dikkate alınması esasının yalnızca idari para cezası yaptırımı bakımından geçerli olduğuna dair bir yoruma sebebiyet verebilir. Bunun yerine, 6112 sayılı Kanun'un 32'nci maddesinin 1'inci fıkrasına Üst Kurul tarafından uygulanacak yaptırımın ölçülülük ilkesine uygun olmasının esas olduğuna dair bir hüküm eklenebilir. Bu önerinin 6112 sayılı Kanun'un yorumunda açıklığa

katkı sağlaması itibariyle hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerinin temini yönünde faydalı olacağı düşünülmektedir. Nitekim, yargı organları kanunların açık ve anlaşılabilir olması yönündeki gerekliliği ilk elden kanunilik incelemesinin yapıldığı esnada değerlendirmektedir. Bu yöndeki öneriye dayanak olarak Birleşik Krallık'ın 2003 tarihli İletişim Yasası'nın (Communication Act) 97'inci maddesi gösterilebilir. Nitekim ilgili 97'inci maddede İletişim Ofisi (OFCOM) tarafından uygulanacak yaptırımın "uygun ve uygulanan ihlalle ölçülü olacağı" hususu doğrudan hüküm altına alınmıştır.

Diğer yandan, 6112 sayılı Kanun'un 32'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, fıkra hükmünde zikredilen yayın ilkelerinin ihlal edilmesi durumunda idari para cezasının ve idari tedbirin birlikte uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, 32'nci maddenin 3'üncü fıkrasında yükümlülük veya yasak ihlalinin suç oluşturması halinde idari para cezasının veya idari tedbir uygulanmasının soruşturma veya kovuşturma yapılmasının beklenmeden uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Şüphesiz ki, suç teşkil eden yükümlülük veya yasağın ihlali, kabahatlerden daha ağır hukuka aykırılıklardır.

Her iki hükmün bir arada değerlendirilmesiyle varılabilecek sonuç şu şekildedir: 32'nci maddenin 1'inci fıkrası hükmü kapsamında değerlendirilebilecek bir ihlalin karşılığında ihlalin mahiyetine bağlı olarak idari para cezası ve idari tedbir uygulanması mümkünken, 32'nci maddenin 3'üncü fıkrası halinde ise suç oluşturabilecek ağırlıkta bir hukuka aykırılığın idari para cezası veya idari tedbir tecziye edilebileceği belirtilmektedir. Diğer bir söyleyiş ile daha hafif bir ihlalin idari para cezası ve idari tedbirle tecziye edilebilmesi mümkün iken; daha ağır bir ihlalin yaptırımının idari para cezası veya idari tedbir olması, düzenlemenin ölçülülük ilkesi açısından yeniden değerlendirilerek ele alınmasını gerektirmektedir. Ölçülü bir yaptırımın aynı zamanda caydırıcı olması da arzulandığından; 32'nci maddenin 1'inci fıkrasındaki düzenlemeyle örtüşür şekilde, söz konusu hükme konusu suç oluşturan yasak veya yükümlülük ihlallerinde de soruşturma veya kovuşturma yapılması beklenmeden idari para cezası veya idari tedbir uygulanabileceği gibi her ikisinin de uygulanmasının mümkün olduğuna dair bir cümle eklenmesi önerilmektedir.

Nitekim bu önerinin ölçülülük ilkesi yönünden anlam ve önemine dair şunları ifade etmek mümkündür: Ölçülülük ilkesi gereğince idarenin uygulayacağı yaptırımda aşırıya kaçmaksızın, bir denge gözetmesi zorunludur. Ölçülülük ilkesi adil bir denge olarak nitelendirildiğinden ağır ihlal oluşturan kural ihlallerine uygulanacak yaptırımının da ihlalin ağırlığı nispetinde orantılı olması gerekir. AYM'nin, ölçülülük ilkesini 2001 yılından önce de hukuk devleti ilkesinin doğal bir unsuru olarak değerlendirdiği göz önüne alındığında, anılan hükmün ölçülülük ilkesi dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesinin, hukuki

belirlilik ve güvenlik ilkelerine uygunluk yönünde bir adım olmasıyla önemli olduğu düşünülmektedir.

Bunun yanında hâlihazırda, uygulanacak idari yaptırımların nispi olarak belirli bir aralıkta takdir edilecek olması da ölçülülük ilkesinin doğasına daha uygundur. Nitekim ihlalin ağırlığına göre uygulanacak yaptırımın kanunen durumun gereklerine göre adil bir denge bulunmaya elverişli olmaması takdirinin ölçülülük ilkesi bakımından sakıncalar doğurabilirdi.

Nitekim, ölçülülük ilkesinin yayıncılık mevzuatında da karşılık bulduğu ve dikkate alındığı görülmektedir. AYM'nin 3984 sayılı Kanun'da ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu tespit ederek iptaline hükmettiği bazı kurallar, 6112 sayılı Kanun'a dahil edilmemiştir. Örneğin, AYM 09/06/2011 tarihli ve 2010/91 Esas, 2011/98 Karar sayılı kararı ile, 3984 sayılı Kanun'da, yayıncı kuruluşların reklam yayınlarından elde ettikleri gelirlerin Üst Kurul'a ödemekle yükümlendirildikleri belirli bir kısmını ödememeleri halinde Üst Kurul tarafından uyarılması, uyarının ardından Kanun'da gösterilen 2 aylık sürenin geçmesine rağmen ödemenin yapılmaması halinde yayıncı kuruluşların yayın lisansının iptal edileceğine dair hükmü ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Esasında, düzenlemenin önce uyarma, ardından süre verme ve iptal etme şeklinde bir kurguya sahip olması ve doğrudan yayın lisansının iptali gibi ağır sonuçlar doğuran yaptırımlar önermemesi, hükmün düzenlenirken ölçülülük ilkesinin dikkate alındığını düşündürtmektedir. Ancak en nihayetinde AYM bütün olarak hükmü incelediğinde düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu göz önüne almış ve iptal etmiştir.

Söz konusu AYM kararı dikkate alındığında, aşamalı olarak artan ve neticeten yayın lisansının iptali sonucuna varılan bir kurgunun da 6112 sayılı Kanun'un 32'nci maddesinin 5'nci fıkrasında yer aldığı ve zaman içerisinde bu düzenlemenin yeniden ele alınması ihtiyacı hasıl olabileceği düşünülmektedir. Nitekim, ölçülülük ilkesi zamanla değişen demokratik toplum düzeninin gerekleriyle yakından ilişkilidir. Düzenleme tarihinde ölçülü olduğu düşünülen kanuni düzenlemelerin zaman içerisinde ölçülülük ilkesine aykırı olduğu değerlendirilebilir.

İfade özgürlüğünün demokratik toplumun esaslarından olduğu dikkate alındığında, yayın lisansının iptali yaptırımının uygulanmasının mümkün olduğunca zorlaştırılmasının demokratik toplumun gereklerine daha uygun bir tutum olacağından bahsedilebilir. Bu itibarla, söz konusu düzenlemenin ölçülülük ilkesi bakımından tekrar gözden geçirilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir.Özellikle isteğe bağlı yayıncılık hizmeti bakımından, hali hazırda literatürde geleneksel yayıncılık ile isteğe bağlı yayıncılık hizmetinin sunumunun aynı yayın

ilkeleri kurallarına tabi olmasının, ifade özgürlüğüne zarar verebilecek hassas bir zemin olduğuna dair değerlendirmelerin varlığı (Maraşlı, 2022, s. 281) dikkate alındığında, en azından isteğe bağlı yayıncılık hizmetleri yönünden farklı bir düzenlemenin öngörülebileceği düşünülmektedir. Zira, ölçülülük ilkesine daha uygun bir yaptırım sisteminin geliştirilmesi, yukarıda zikrolunduğu üzere, geniş hareket alanına sahip olmayı da gerektirmektedir. Bu anlamda, OFCOM'a 1990 tarihli Yayıncılık Yasası'nın (Broadcasting Act) 110'uncu maddesi uyarınca tanınmış olan belirli hallerde lisans süresinin kısaltılması yaptırımına benzer bir düzenlemenin de 6112 sayılı Kanuna eklenerek, Üst Kurul'a daha orantılı, adil dengeye uygun yaptırımların tatbik edilmesini sağlayabilecek yaptırım çeşitliliğinin sağlanması önerilmektedir. Nitekim, lisans süresinin kısaltılması yönündeki yaptırım şüphesiz ki lisans iptali yaptırımına nazaran daha hafif bir yaptırım olup yaptırım yelpazesinin genişlemesinin; incelemeye tabi olayın somut şartlarına daha uygun işlem tesisinde faydalı olacağı düşünülmektedir.

Ancak tüm bunların yanında genel olarak, 6112 sayılı Kanun'un idari para cezalarına yönelik yapısının ölçülülük ilkesine uygun olduğu değerlendirilmektedir. Kanunun tatbikinde de ölçülülük ilkesine riayet etmek son derece elzemdir. Yapılan her idari işlemde ölçülülük ilkesinin hatırda tutulması gerekir.

Bu itibarla, AİHM ve AYM içtihatlarının yakından takip edilerek, yüksek mahkeme kararlarıyla getirilen ölçü ve kriterler dairesinde işlem yapan Üst Kurul'un AİHM güncel içtihatları takip etmeye devam etmesi önerilmektedir. Aynı zamanda işlem gerekçelerinde AİHM ve AYM'nin ölçülülük kriterlerinde gözetilen ilkelere atıf yapılmasının idari işlemi hukuken daha tatmin edici kılacağı düşünülmektedir. Bu minvalde, Üst Kurul kararlarında işlemin ölçülü olduğuna dair açıklama ve gerekçelerine AİHM ve diğer yüksek mahkeme kararlarından yapacakları atıflara yer vermeye devam etmesinin uygun olduğu değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Acaray, D. (2022). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Temel Hak ve Hürriyetleri Sınırlama Nedeni Olarak Milli Güvenlik. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(71), 167-206.

Akgül, M. E. (2012). İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğün Kısıtlanması. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1), 1-42.

Akyılmaz, B., Sezginer, M., & Kaya , C. (2023). Türk İdare Hukuku. Ankara: Seçkin.

Aliefendioğlu, Y. (1996). Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi. Ankara: Yetkin.

Anayurt, Ö. (2022). Anayasa Hukuku Dersleri. Ankara: Seçkin.

Arslan, Z. (2002). Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Düşünceler. Anayasa Yargısı, 18(1), 139-155.

Atakan, A. (2010). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 16(3-4), 29 - 36.

Atar, Y. (2023). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Seçkin.

Aybay, R. (2006). Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları

Aydın, N. (2008). 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri. Bursa: Ekin.

Bahçe, A., & Demir, A. (2017). Uluslararası Belgelerde İfade Özgürlüğü. Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 1(2), 18-48.

Baykan, M. (2011). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü. Ankara: Adalet.

Bozkurt, E., & Dost, S. (2002). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye. Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 7(1), 47-74.

Can, O. (2002). Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü. Anayasa Yargısı, 18(1), 503-542.

Cannie, H., & Voorhoof, D. (2011). The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection? Netherlands Quarterly of Human Rights, 1(29), 54-83.

Çakmak, U. R. (2016). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Basın Özgürlüğü ve Devletin Yükümlülükleri. [Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi].

Çakmak, U. R. (2021). İkincillik İlkesi Çerçevesinde Türkiye'de İnsan Hakları Tazminat Komisyonu. Terazi Hukuk Dergisi, 16(177), 882-890.

Çalık, T. (2016). Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 24(1), 69-120.

Çamak, S. (2015). Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(4), 1067-1090.

Dalar, M. (2015). BM'NİN İnsan Haklarıyla İlgili İkiz Sözleşmelerine Türkiye'nin Beyan ve Çekinceleri. AİBÜ Sosyal Bilimler Dergisi, 15(2), 207-234.

de Morree, P. E. (2016). Rights and Wrongs Under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights. Intersentia.

Didinmez, M. A. (2021). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Üç Aşamalı Testi. Kırıkkale Hukuk Mecmuası, 1(1), 149-174.

Dolzhikov, A. V. (2011). The European Court of Human Rights on the Principle of Proportionality in 'Russian' Cases. Teise, 82,215-224.
Eissen, M.-A. (1972). The European Convention on Human Rights and the United Nations Covenant on Civil and Political Rights: Problems of Coexistence. Buffalo Law Review, 22(1), 181-216.
Erdem, B. (2022). The Elements of Freedom of Expression in the Light of the European Convention on Human Rights. European Journal of Interdisciplinary Studies, 8(2), 70-80.
Erdem, J. G. (2013). Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımdaki Yeri. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62(4), 971 - 1006.
Eren, A. (2002). 2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen "Laik Cumhuriyetin Gerekleri" Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 14(3), 37-69.
Eren, A. (2023). Anayasa Hukuku Dersleri. Ankara: Seçkin.
Erkul, F. (2023). "Common Law" Hukukunun Gelişimi. Vakanüvis Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi, 8(2), s. 2087-2105.
Erman, R. B. (2017). İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme (TCK m.115). Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 271-291.
Fendoğlu, H. T. (2002). 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13. Anayasa Yargısı, 18(1), 111 - 149.
Gerards, J. (2013). How to Improve The Necessity Test of the European Court of Human Rights. International Journal of Constitutional Law, 2(11), 466-490.
Gözler, K. (2001). Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme. Ankara Barosu Dergisi,4, 53-67.
Gözler, K. (2018). Türk Anayasa Hukuku. Bursa: Ekin.
Hannum, H. (1996). The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. Georgia Journal of International & Comparative Law, 25(1), 287-397.
Hatipoğlu, M. (2019). Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 143, 181-220.
Hazar, Z. (2021). İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması. Ankara: Adalet.
Howie, E. (2018). Protecting The Human Right To Freedom Of Expression In International Law. International Journal of Speech-Language Pathology, 20(1), 12-15.
Joseph, S., & Castan, M. (2013). The International Covenant On Civil And Political Rights. Oxford: Oxford University Press.
Kapani, M. (1993). Kamu Hürriyetleri,(7.b). Ankara: Yetkin.
Karan, U. (2018). İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2. Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara: Avrupa Konseyi.
Keskin, E. (2020). AİHM'in Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69(3), 1379-1414.
Kumm, M. (2009). Democracy is Not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review. NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series(9-10). http://www.ssrn.com/link/nyu-public-law.html adresinden alındı
Loof, J.-P. (2015). Restricting Free Speech in Times of Terror: An ECHR Perspective. A. Ellian, & G. Molier (Eds.), Freedom of Speech Under Attack içinde, 185-216. The Hague: Eleven International Publishing.
Maraşlı, M. C. (2022). İsteğe Bağlı Yayın Hizmetlerinde Çocukların Korunması: "Minnoşlar" Filmi Örneği. Yeni Medya(13), 265-287.

Mendel, T. (2010). Restricting Freedom of Expression: Standards and Principles Background Paper for Meetings Hosted by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression. Centre for Law and Democracy, 1-23.
Metin, Y. (2017). Temel Hakların Sınıflandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir İlke Midir?. Süleyman Demirel Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 1-74.
O'Flaherty, M. (2012). Freedom of Expression: Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Human Rights Committee's General Comment No 34. Human Rights Law Review, 12(4), 627-654.
Oğurlu, Y. (2001). Aihm Kararları Ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi". Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan içinde, 485-522.
Özbey, Ö. (2013). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(62), 93-146.
Özbudun, E. (1992). Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin.
Öztürk, N. K. (2021). Anayasa Hukuku (3 b.). Ankara: Seçkin.
Rumph, C. (1993). Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi Niteliği. Anayasa Yargısı Dergisi, 10(1), 25-48.
Sağlam, F. (1982). Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
Sağlam, F. (2019). İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25(2), 1236-1252.
Sağlam, M. (2002). Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu. Anayasa Yargısı Dergisi, 18(1), 233-266.
Sargent, N. (1917). Press Censorship. Central Law Journal, 85(Temmuz-1917), 60-68.
Schlink, B. (2011). Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here? Duke Journal Of Comparative & International Law, 22(2), 291-302.
Sunay, R. (1999). İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları. "İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları (Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında)", [Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi].
Sunay, R. (2000). Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-2),615-632.
Tan, F. (2018). The Dawn of Article 18 ECHR:A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding? Goettingen Journal of International Law, 1(9), 109-141.
Tanju, E. (2017). AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü. Ankara: Seçkin.
Tikveş, A. Ö. (1964). Basın ve Basın Dışı Haberleşme Vasıtaları ile Yapılan Yayınlarda Sansür ve 1961 Anayasası. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 30(3-4), 722-744.
Trykhlib, K. (2020). The Principle Of Proportionalıty In The Jurisprudence Of The European Court Of Human Rights. EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), 4,128-154.
Turan, S. (2016). İfade ve Basın Özgürlüğü. Ankara: Adalet.
Turhan, M. (1988). Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(4), 87-117.
Turhan, M. (1991). Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri. Anayasa Yargısı Dergisi, 8, 401-420.
Tümay, M. (2009). The Subsidiary Protection of European Convention on Human Rights. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1), 185-214.

Türk Dil Kurumu. (2023). Türk Dil Kurumu Sözlükleri. Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük: https://sozluk.gov.tr/ adresinden alındı Erişim Tarihi: 24.01.2024
Türkiye Büyük Millet Meclisi. (1982). Danışma Meclisi Tutanak Dergileri. Ankara.
Ulusoy, S. (2019). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü. Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 2(2). 119-153.
Venice Commission of the Council of Europe. (2016). Rule of Law Checklist.
Villiger, M. E. (2012). AİHM Uygulamasında AİHS 17. Madde ve İfade Özgürlüğü. Avrupa Konseyi, İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başjanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler içinde, 297-305.
Yılmaz, A. (2023). Türk Anayasa Metinlerinde İfade Özgürlüğü. Adalet Dergisi, 71,313-340.
Yılmaz, P. (2011). Görsel İşitsel Medyada İfade Hürriyeti ve Sınırlandırılması. [Uzmanlık Tezi, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu]. Ankara.

MAHKEME KARARLARI

AİHM'in 07/12/1976 tarihli ve 5493/72 Başvuru Numaralı Handyside v. Birleşik Krallık yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 26/04/1979 tarih ve 6538/74 Başvuru Numaralı The Sunday Times v. Birleşik Krallık yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 25/03/1985 karar tarihli ve 8734/79 Başvuru numaralı Barthold v. Almanya yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 24/06/1986 tarihli ve 9815/82 Başvuru Numaralı Lingens v. Avusturya yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 21/01/1994 tarihli ve 25716/94 Başvuru Numaralı ve Janowski v. Polonya yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 23/09/1994 tarihli ve 15890/89 Başvuru Numaralı Jersild v. Danimarka yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 21/01/1995 tarihli ve 29183/95 Başvuru Numaralı Fressoz ve Roire v. Fransa yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 26/09/1996 tarihli ve 18748/91 Başvuru Numaralı Manoussakis ve Diğerleri v. Yunanistan yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 30/01/1998 tarihli 133/1996/752/951 Başvuru Numaralı Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 11/01/2000 tarihli 31457/96 Başvuru Numaralı News Verlags Co.KG v. Avusturya yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 25/07/2001 tarihli ve 48898/99 Başvuru Numaralı Perna v. İtalya yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 22/02/2005 tarihli 35839/97 Başvuru Numaralı Pakdemirli v. Türkiye yargılamasına ilişkin kararı
AİHM'in 03/05/2007 tarihli ve 58756/00 Başvuru Numaralı, Kar ve Diğerleri v. Türkiye yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 02/12/2008 tarihli ve 25471/02 Başvuru Numaralı Gemici v. Türkiye yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 07/09/2011 tarihli 23459/03 Başvuru Numaralı Bayatyan v. Ermenistan yargılamasına ilişkin kararı.
AİHM'in 18/12/2012 tarihli ve 3111/10 Başvuru Numaralı Ahmet Yıldırım v. Türkiye yargılamasına ilişkin kararı.

AİHM'in 19/01/2020 tarihli 59347/11 Başvuru Numaralı Magosso ve Brindani v. İtalya yargılamasına ilişkin karar.
AYM'nin 04/01/1963 tarih ve 1962/208 Esas, 1963/1 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 23,24,25/10/1969 tarihli ve 1967/41 Esas, 1969/57 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 09/02/1972 tarihli ve 1970/48 Esas, 1972/3 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 09/02/1972 tarihli ve 1970/48 Esas 1972/3 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 06/10/1986 tarihli ve 1985/21 Esas 1986/23 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 06/10/1986 tarihli ve 1985/21 Esas ve 1986/23 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 19/04/1988 tarih ve 1987/16 Esas 1988/8 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 23/06/1989 tarihli ve 1988/50 Esas, 1989/27 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 23/01/1993 tarihli ve 1992/36 Esas ve 1993/4 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 21/09/2004 tarihli ve 2002/100 Esas 2004/109 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 09/06/2011 tarihli ve 2010/91 Esas, 2011/98 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 21/06/2012 tarihli ve 2011/44 Esas 2012/99 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 23/01/2014 tarihli 2013/2602 Başvuru Numaralı Emin Aydın Başvurusu.
AYM'nin 02/04/2014 tarihli 2014/3986 Başvuru Numaralı Yaman Akdeniz ve diğerleri Başvurusu.
AYM'nin 25/06/2014 tarihli ve 2014/256 Başvuru Numaralı Tuğba Arslan Başvurusu.
AYM'nin 25/03/2015 tarihli 2013/7199 Başvuru numaralı Yücel Yaşar Başvurusu.
AYM'nin 04/06/2015 tarihli 2014/12151 Başvuru Numaralı Bekir Coşkun Başvurusu.
AYM'nin 04/06/2015 tarihli ve 2013/9343 Başvuru Numaralı Mehmet Ali Aydın Başvurusu.
AYM'nin 05/05/2016 tarihli ve 2016/16 Esas, 2016/37 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 01/02/2017 tarihli ve 2014/11503 Başvuru Numaralı Özgür Güleç Başvurusu.
AYM'nin 15/03/2017 tarihli ve 2016/165 Esas, 2017/76 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 28/09/2017 tarihli ve 2014/101 Esas 2017/142 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 15/11/2018 tarihli 2015/18638 Başvuru Numaralı Hulusi Özkan Başvurusu.
AYM'nin 09/01/2019 tarihli 2015/3782 Başvuru Numaralı Naif Şaşma Başvurusu.
AYM'nin 06/02/2019 tarihli 2014/5959 Başvuru Numaralı Metin Yalçın Başvurusu.
AYM'nin, 10/09/2020 tarihli ve 2020/12 Esas 2020/46 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 26/01/2022 tarihli ve 2021/22 Esas, 2022/6 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 15/06/2022 tarihli ve 2019/41543 Başvuru Numaralı Cebrail Padak Başvurusu.
AYM'nin 13/10/2022 tarihli ve 2018/78 Esas., 2022/114 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 26/10/2022 tarihli ve 2018/76 Esas 2022/125 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 11/01/2023 tarihli 2019/38252 Başvuru Numaralı İdil Alakuş Dere Başvurusu.
AYM'nin 25/01/2023 tarihli ve 2018/94 Esas ve 2023/10 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 05/04/2023 tarihli ve 2022/152 Esas 2023/66 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 05/04/2023 tarihli ve 2022/83 Esas ve 2023/69 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 13/9/2023 tarihli ve 2022/70 Esas, 2023/152 Karar sayılı kararı.
AYM'nin 13/9/2023 tarihli ve 2022/70 Esas, 2023/152 Karar sayılı kararı.
Danıştay 10.Dairesinin 24/06/2005 tarihli 2006/946 Esas 2008/6084 Karar sayılı kararı.
Danıştay 12. Dairesinin 13/12/2016 tarihli 2013/6667 Esas 2016/6358 Karar sayılı kararı.
Danıştay 13.Dairesinin 28/03/2023 2022/2182 Esas 2023/1448 Karar sayılı kararı.
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 01/04/2013 tarihli 2009/1637 Esas 2013/1160 Karar sayılı kararı.
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 03/06/2015 tarihli ve 2015/284 Esas ve 2015/284 Karar sayılı kararı.
Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 30/03/2017 tarihli 2016/13439 Esas 2017/2910 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 03/05/2016 tarihli 2015/7099 Esas 2016/6008 Karar sayılı kararı.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 17/04/2019 tarihli ve 2016/15458 Esas 2019/2368 Karar sayılı kararı.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 18/01/2018 tarihli ve 2016/2312 Esas 2018/199 Karar sayılı kararı.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22/05/2017 tarihli ve 2015/9781 Esas 2017/3124 Karar sayılı kararı.
Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 11/03/2020 tarihli ve 2018/4040 Esas, 2020/1249 Karar sayılı kararı.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.04.2019 tarihli ve 2017/1321 Esas, 2019/415 Karar sayılı kararı.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı ve Soyadı: Oguzhan ELMALI

E-Posta Adresi: oguzhanelmali@rtuk.gov.tr

İş Deneyimi

Unvan	**Görev Yeri**	**Yıl**
Üst Kurul Uzman Yardımcısı	Radyo ve Televizyon Üst Kurulu	2019- Devam

Akademik Bilgiler

Öğrenim Durumu:

Derece	**Bölüm/Program**	**Üniversite**	**Yıl**
Lisans	Hukuk	Gazi Üniversitesi	2018

Yayınlar:


RTÜK