

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

*Erol ASLAN\**  
*Fazlı DAĞDEVİREN\*\**

## I. GİRİŞ

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokratik toplumlar açısından son derece önemlidir<sup>1</sup>. Düşünme, bireyin zihinsel etkinlikleriyle dış uyaranlar arasında kurduğu bağlantıdır. Düşünce özgürlüğü insanların bilgi kaynaklarına özgürce ulaşarak serbestçe fikir edinebilmeleri, edindiği fikir ve kanaatlerinden ötürü kınanmama ve fikirlerini meşru yollardan faydalanarak açıklayabilme imkan ve serbestisidir. İnsanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliklerden biri onun düşünen, bu suretle çevresindeki olguları gözlemleyerek değerlendirmeler yapan ve bunlardan sonuçlar çıkararak kendisine ve içinde yaşadığı toplumun diğer bireylerin hayatına yön veren bir varlık olmasıdır<sup>2</sup>. Açıklama kavramı, bireysel veya toplu olarak düşünceleri savunma, başkalarına anlatma, yayma, telkin ve tavsiyelerde bulunma, propaganda yapmak gibi eylemleri de içermektedir.

Düşünce özgürlüğü, demokratik bir toplumun gelişiminde, rol oynayan en temel haklardandır<sup>3</sup>. Toplumlardaki siyasal gelişim ve dönüşüm ancak düşünce özgürlüğünün var olması ile açıklanabilir. Düşünce özgürlüğünün bulunmadığı toplumlarda ileri demokrasiden ve insan haklarında bahsetmek olanaklı değildir.

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün gerçekleşebilmesi için, düşünme yeteneğini ortaya koyan bir bireye, bu düşüncenin ifade edilebilmesi için çeşitli araçlara, en önemlisi de bunların bir anlam taşıyabilmesi için demokratik bir topluma ihtiyaç duyulmaktadır. Bireylerin ve toplumların gelişmesi ise bu düşüncelerin özgürce ifadesine bağlıdır. Dolayısıyla burada birey ile toplum arasında karşılıklı menfaatlerden bahsedilebilir. Gelişmiş demokratik bir toplumun

---

\* İstanbul 1. Vergi Mahkemesi Hakimi

\*\* İstanbul 7. İdare Mahkemesi Hakimi

<sup>1</sup> H. Gökçe Zabunoğlu, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Düşüncü Özgürlüğüne Yaklaşımı”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 7, Temmuz 2006, s.2.

<sup>2</sup> Ahmet Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m.312/2)**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu-Avrupa Komisyonu, 2001, s.1.

<sup>3</sup> Zabunoğlu, **a.g.m.**, s.2.

vazgeçilmez unsuru, “düşünceyi açıklama özgürlüğü”dür<sup>4</sup>. Korkularak sınırlandırılmaya çalışılan düşünceler, aslında toplumun gelişmesine katkıda bulunacak en değerli unsurlardır. Zıt fikirlerin çatışmasından doğan yeni fikirler olmadan toplumun gelişemeyeceği aşikârdır. Ünlü İrlandalı yazar ve şair olan Oscar Wilde‘ın da bu konuda isabetli olarak belirttiği gibi “Düşünceyi açıklama özgürlüğü asıl amacına, hiç kuşkusuz tedirginliği kışkırttığı ve hoşnutsuzluk doğurduğu, dahası bireyleri hiddete sürüklediği takdirde ulaşır ve topluma hizmet etmiş olur.”

Birey, varmış olduğu kanılarını, fikirlerini açıkça söyleyebilmesi durumunda insan olduğunu hissedeceğinden düşünce özgürlüğü ile insan onuru arasında da sıkı bir bağ da mevcuttur. Düşünce özgürlüğü, diğer özgürlükler açısından bir aracı olmasının yanı sıra besleyici bir işlev de yerine getirdiğinden temel hak ve özgürlükler açısından olmazsa olmaz niteliktedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10. maddeye ilişkin inceleme yaptığı kararların sonuçlarına ve davalı devletlere göre dağılımına bakıldığında, çoğunlukla gelişmiş ülkelerin, 10. maddeyi daha az ihlal ettikleri görülmektedir. Düşünceyi özgür bırakan devletlerin gelişmiş olduğu, düşüncelere pranga vurmuş devletlerin ise olduğu yerde saymaya devam ettikleri görülmektedir ve devam edeceklerini söylemek kehanet sayılmayabilir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin en çok başvurunun Türkiye aleyhine yapılmış olması, düşünce özgürlüğü sorununun Türkiye açısından önemini koruduğunu ortaya koyar<sup>5</sup>.

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlandırılması, Türk Hukuk Düzeni açısından büyük bir sorun teşkil etmekte ve hiçbir zaman güncelliğini kaybetmemektedir. Ünlü Fransız yazar ve filozof olan Voltaire; “Görüşlerinizin hiç birine katılmıyorum ama bunları özgürce açıklayabilmeniz için sonuna kadar yanınızda olacağım.” demekte ve asıl önemli olanın düşüncenin açıklanmasına saygı olduğunu belirterek, hoşgörü temeline dayanmaktadır. Bu açıdan metinde eleştiriye tabi tutulan ve değerlendirilen hukuksal düzenlemelerin ancak ve ancak toplumsal bilinç ve hoşgörünün oluşmasıyla anlam ifade edeceğini düşünmekteyiz.

<sup>4</sup> İbrahim Şahbaz, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.36.

<sup>5</sup> Ömer Korkmaz, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararlar ve Türkiye'de Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ile Sınırlarına İlişkin Birkaç Not”, **Terazi-Ayhk Hukuk Dergisi**, Ankara, Seçkin Yayınları, Sayı 7, Yıl 2, Mart 2007, s.7.

## **II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ**

### **A. GENEL OLARAK**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) düşünce ve ifade özgürlüğünün düzenlendiği ve korunduğu en önemli uluslararası sözleşmelerden biridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan ve korunan haklara yönelik ihlaller Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından somut olarak denetlenmekte ve yaptırıma tabi tutulmaktadır. Böylece düşünce özgürlüğünün korunması ciddi ve etkin bir biçimde gerçekleşmektedir. Mahkeme tarafından verilen kararlar sözleşmeye taraf olan devletler için bağlayıcıdır. Mahkeme tarafından verilen ihlal kararları doğrultusunda sözleşmecı devletler iç hukuklarını AİHM kararlarına göre düzenlemekte veya yorumlamaktadırlar<sup>6</sup>. Bu bölümde AİHS'nin düşüncayı açıklama özgürlüğü ile ilgili maddelerine ve bu sözleşmenin uygulanmasında göz önünde bulundurulacak kriterler göz önüne alınacaktır. 1987 yılından itibaren 20 yıl içerisindeki AİHM tarafından sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki kararların yarısından fazlasının Türkiye aleyhine çıkması<sup>7</sup> bir hayli düşündürücüdür. Diğer taraftan 27.03.1962-07.10.2010 tarihleri arasında AİHM'e sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla toplam 561 başvuru yapılmışken, bu başvuruların 232 adedinin Türkiye aleyhine yapılmış olması dikkat çekicidir.

AİHS'in 10'uncu maddesinin; sözleşmenin en temel ve önemli hükümlerinden birini içerdiği genel olarak kabul edilmektedir<sup>8</sup>. AİHS Madde 10 ile düşüncayı açıklama özgürlüğü konusunda düzenleme getirmiş, öncelikle düşüncayı açıklama özgürlüğünün bir hak olduğu, istisnai durumlarda bu hakkın sınırlanabileceği öngörülmüştür.

AİHS 10'uncu maddesinde ifade özgürlüğünün sınırları çizilirken herkesin görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahip olduğu, bu hakkın, kaniyet özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerdiği, bu durumun, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel olmayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Madde de ifade edilen ifade özgürlüğüne şu üç farklı amaca yönelik olarak sınırlama getirme imkanı tanınmıştır: a) genel yararı koruma (ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliğini ve düzeni koruma, suç önleme, sağlığı ya da ahlakı koruma); b) diğer kişisel hakları koruma (başkalarının şöhret ya da haklarının

<sup>6</sup> Ümit Kocasakal, Emine Eylem Aksoy, Pınar Memiş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", **Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:1-İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, İstanbul, 2003, s.2.

<sup>7</sup> Korkmaz, **a.g.m.**, s.8.

<sup>8</sup> Kocasakal, Aksoy, Memiş, **a.g.m.**, s.3.

korunması, gizli haberlerin açıklanmasının engellenmesi); c) yargı erkinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması<sup>9</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi devletler için, güvence sistemi bakımından minimum (aşgari), sınırlama sistemi bakımından maksimum (azami) standartlar oluşturmuştur. Yani, ulusal mevzuat ile AİHS’de tanınan özgürlüklerden daha azı tanınmaz; yine, AİHS’de öngörülen kısıtlama sebeplerinin de ötesine geçen sınırlamalara gidilemez<sup>10</sup>.

Sözleşmenin 10. maddesinde koruma altına alınan düşünceyi açıklama özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel yapılarından biri olmasının yanı sıra toplumun ve bireyin ilerlemesi için olmazsa olmaz bir unsurdur. Eğer bu özgürlükler toplumda, bireylere tam olarak sağlanamıyor ve sınırlandırılıyorsa, bu özgürlük, bir hak olmaktan çıkar ve baskıcı bir rejimin tutsağı olarak kalır.

Maddenin genel kapsamında, siyasi ve kamuyu ilgilendiren beyanlar, ahlaki değerler ve dini inançlar, sanatsal ifadeler, ticari konuşmalar, değersiz ifadeler yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasında, ifade hürriyeti, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme, ayrıca bunları yayma özgürlüğünü de kapsamına alarak mevcut haklara ilişkin norm alanını belirlemiştir. Bu alan içerisinde ifade kadar ifadeyi açıklama araçları da güvence altındadır. Bunlara örnek olarak, reklamlar, resimler, duvar yazıları, video sinema, protesto ve düşünceyi aktarma amaçlı yazılar gösterilebilir. Maddenin birinci fıkrasında, düşünceyi açıklama özgürlüğü bir hak olarak verilmiş olup, kapsamı ve alanı belirlenmiştir. Ancak düşünceyi açıklama özgürlüğünün de sınırsız olduğu düşünülemez. Bu amaçla maddenin ikinci fıkrası, davaların sonucunu kararlaştırma da belki de en büyük rolü oynayan ‘sınırlamaları’ düzenlemiş bulunmaktadır.

Mahkeme başvuruları incelerken, şu kriterleri göz önünde bulundurmaktadır<sup>11</sup>

### 1. Sınırlamanın Kanun ile Olması

Toplumsal müdahale, yasalardan kaynaklanmalıdır. Ulusal hukukun öngörmediği engellemeler, Sözleşmeye de aykırı bulunmaktadır. Yani sınırlama veya müdahale için ‘yasa’ olmalıdır. Bu ilke temel hak ve özgürlükler açısından önemli bir güvence olup, temel hakları devletin keyfi müdahalelerine karşı korumaktadır. Bu yasanın da ulaşılabilir ve açık olması, mahkemeye aşırı

<sup>9</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Genişletilmiş 3.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010, s.277; Safa Reisoğlu, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, 2001, s.74-83.

<sup>10</sup> İbrahim Kaboğlu, **Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğü’nün Sınırları**, 3. Baskı, İstanbul, Düşünce Özgürlüğü, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları, 1998, s.219; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, **a.g.e.**, s.277; Korkmaz, **a.g.m.**, s.9.

<sup>11</sup> Kocasakal, Aksoy, Memiş, **a.g.m.**, s.6 v.d.

takdir yetkisi verecek belirsizlikte olmaması gerekmektedir<sup>12</sup>. Yeterli belirginliğe sahip olmayan, etkileri bakımından öngörülebilir olmayan yasalar sözleşmeyle uyumlu değildir. Bu konuda AİHM, yasaların, sadece yazılı hukuku değil ayrıca, yazılı olmayan örf ve adet hukukunu da içerdiğini kabul etmektedir. Zira AİHS’inde maddi ve şekli yasa ayırımı yer almamaktadır<sup>13</sup>.

## **2. Sınırlamanın Meşru ve Haklı Bir Amaca Dayanması**

Yasalarla getirilen kısıtlamalar, genel yarara yönelik olmalıdır. Böylece keyfiliğin önlenmesi amaçlanmıştır. Kısaca bu sınırlamaların ‘meşru bir amacı’ bulunmalıdır. Meşru amaç Sözleşmenin 10/2’inci maddesinde sayılmıştır<sup>14</sup>. AİHM tarafından kabul edilen ve yukarıda sayılan müdahale sebepleri, sınırlayıcıdır<sup>15</sup>.

## **3. Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli (ve Orantılı) Olması**

Demokratik bir toplum için gerekli (zorunlu) olması; öngörülen kısıtlamaların “demokratik bir toplumun gerektirdiği” sınırlamaların dışına taşmamasıdır. AİHM kamu müdahalesinin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığını incelerken bazı öğeleri göz önünde bulundurur. Bunlar; takdir yetkisi, orantılılık ve sınırlamanın istisnai oluşudur. AİHM özgürlüğün sınırlandırılmasında, ilgili devlete bir hareket alanı olarak belirli bir takdir yetkisi tanır. AİHM ulusal mahkemenin yerine geçerek, karar vermekle yetkili değildir. Ancak akit devletler tarafından bu takdir yetkisinin, Sözleşmenin 10. madde tarafından korunan düşüncüyü açıklama özgürlüğüyle bağdaşıp bağdaşmadığını kontrol etmekle görevlidir. Ayrıca devletlerin düşüncüyü açıklama özgürlüğü düzenlemelerini değerlendirirken, ifadenin özgürce ortaya konulabilmesi için, buna getirilecek sınırlamaların istisnai nitelikte olmasını aramaktadır. Kural olan ‘özgürlük’ iken sınırlama ‘istisna’dır. Bu kapsamda getirilecek cezalarında yasallık ilkesine uygun olarak, izlenen meşru amaçla ‘orantılı’ olmalıdır.

Sınırlama nedenlerine bakmak gerekirse; ulusal güvenliğin veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığın sağlanmasıdır

Öncelikle ulusal güvenlik kavramı; devletin bağımsızlık ve bütünlüğüne yönelik dış, iç tehdit ve tehlikelerden korunması olarak tanımlanabilir. Kamu düzeni kavramı ise anlam olarak ulusal güvenlik kavramına göre daha dar bir anlam içermektedir. Ulusal güvenliği bozan her husus, kamu güvenliğini bozsa

<sup>12</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, **a.g.e.**, s.279.

<sup>13</sup> Şahbaz, **a.g.e.**, s.57.

<sup>14</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, **a.g.e.**, s.278.

<sup>15</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, **a.g.e.**, s.279.

da, kamu güvenliğini bozan her husus, ulusal güvenliği bozmayabilir. Dolayısıyla, bu durum karşısında olayın işlendiği yer, zaman ve şekle bakılmalı, her olay için somut olarak değerlendirme yapılmalıdır.

Kamu güvenliği, toprak bütünlüğü ve suçun önlenmesi kavramlarında ise önemli olan, açıklanan düşüncelerin suça teşvik edici olması veya devletin toprak bütünlüğünün bozulmasına yönelik olmasıdır. Ancak bu durumda ifade hürriyeti sınırlandırılabilir.

Genel ahlakın korunması ile ilgili başvurular, genellikle müstehcen yayınlara yönelik olup, mahkeme, ‘ortak bir ahlak anlayışı’ olmadığından dolayı, devletlerin mahkemelerindeki ulusal yargıçların bu nitelikteki kararlarını göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmanın daha isabetli olduğunu düşünmektedir.

Yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının korunması da bir sınırlama nedeni olarak sayılmıştır.

İfade hürriyetinin başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla sınırlandırılmasında dikkat edilmesi gereken konu ise, politikacıların ve kamu görevlilerinin eleştiriye daha açık olması gerektiği, ancak bu eleştirilerin sadece görevleri ile ilgili sınırlar içinde kalması, bu konunun dışında kalan özel yaşamları ile ilgili konularda, diğer kişilerin yararlandıkları haklara tam olarak sahip olmalarıdır.

Özetlemek gerekirse, AİHM kararlarını verirken öncelikle, yasaklamanın ‘yasa’ ile getirilip getirilmediğine bakmakta, sonra bu sınırlamanın toplum için ‘zorunlu’ olup olmadığını değerlendirmekte ve en son olarak da bu düşüncüyü açıklama özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığına bakmaktadır<sup>16</sup>.

## B. AİHM KARARLARINDA YAPILAN DEĞERLENDİRMELER

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin sözleşmenin 10. maddesi kapsamında yapılan başvurularda yukarıda belirtilen kısıtlama sebepleri bakımından yaptığı değerlendirmeler sonucunda verdiği bazı kararlardan örnekler vermek gerekirse;

### 1. AİHM’nin 14.09.2010 günlü “Dink/Türkiye” Kararı<sup>17</sup>

Fırat Dink, 1996 yılından beri İstanbul’da yayın yapan çift dilli haftalık Türk-Ermeni gazetesi Agos’un genel yayın yönetmeni ve yazı işleri müdürü iken, 7 Kasım 2003 tarihi ile 13 Şubat 2004 tarihleri arasında, Agos gazete-

<sup>16</sup> Fikret İlkiz, “İşkencenin Önlenmesi ve İfade Özgürlüğü”, **Kopenhag Kriterleri–Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği’nin Ortak Paylaşımı mı?**, Yayına Hazırlayan: İbrahim Kaboğlu, İstanbul, 2001, s.355.

<sup>17</sup> Kararın tam metnine ulaşmak için

“<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=13160>”

sinde, kendisinin Ermeni kökenli Türkiye Cumhuriyeti yurttaşlarının kimlik sorunlarına ilişkin bakış ortaya koyan sekiz makalelik bir yazı dizisi yayınlamıştır. 27 Şubat 2004 tarihinde, “Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur” cümlesinin Türkleri aşağıladığı gerekçesiyle suç duyurusunda bulunulmuştur.

16 Nisan 2004'te “Türklüğe hakareti” yaptırım altına alan Türk Ceza Kanununun 159. maddesine dayanılarak Şişli Asliye Ceza Mahkemesi önünde bir ceza davası açılmıştır. Yapılan yargılama sonucunda Dink Türklüğe hakaretten dolayı suçlu bulunarak altı ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. AİHM Dink'in yaptığı başvuru neticesinde, yukarıda belirtilen ilkeler bakımından ayrı ayrı irdelemeler yaparak Dink'in mahkumiyet kararını sözleşmeye uygunluk bakımından değerlendirmiştir.

Eski Ceza Kanununun 159. maddesi hükmünde olduğu gibi, bu hükmü yeniden düzenleyen yeni TCK'nın olayların yürürlükte olduğu dönemdeki 301. maddesinin Türklüğü aşağılamayı da yaptırım altına aldığını böylece Sözleşmenin 10/2. maddesi anlamında « yasayla öngörülmüş olma » şartının gerçekleştirildiğini; « Meşru Amaca Dayanma » ilkesi açısından, başvuruçunun şiddet kullanımına çağrıda bulunmadığı bir durumda, devlet organlarının değerden düşürülmesini engelleme amacının « kamu düzeninin korunmasına » hizmet edip etmediği konusunda, Mahkeme'nin derin şüpheleri olduğunu; « Demokratik bir toplumda gerekli olma » ilkesi açısından ise, ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun temel değerlerinden birini oluşturduğunu, 10. maddenin ikinci fıkrasındaki kayıtlar altında, ifade özgürlüğünün, sadece olumlu karşılanan ya da zararsız ve önemsiz « haber » ve « fikirler » için değil; Devlet ya da halkın herhangi bir kesimi için sarsıcı, şaşırtıcı ve rahatsız edici nitelikte olan haber ve fikirler için de geçerli olduğu; Basının, demokratik bir toplumda seçkin bir role sahip olduğu; Özellikle de şöhretin korunması açısından bazı sınırları aşmaması gerekse de, kendi görev ve sorumlulukları çerçevesinde genel yarara ilişkin tüm konularda haber ve fikirleri yayma zorunluluğunun da yine basına düştüğü; basın özgürlüğünün, belli bir dozda abartıyı ve hatta provakasyonu da içerdiği; Genel bir biçimde, ifade özgürlüğünün kullanımına getirilen herhangi bir sınırlamanın « gerekliliğinin » inandırıcı biçimde sabit olmasının gerekli olduğu; bu sınırlamayı haklı kılmaya elverişli « üstün bir toplumsal gereksinim »in mevcudiyetini değerlendirme yetkisinin, ilk olarak kendisi de bir takdir marjına sahip olan ulusal makamlara düştüğü; Somut olaydaki gibi basın söz konusu olduğu zamanlarda, ulusal takdir yetkisinin, demokratik toplumun, basın özgürlüğünün sağlanması ve korunması alanındaki menfaatleriyle karşı karşıya geldiği; Mahkeme'nin, bu denetimi yerine getirirken, hiçbir şekilde ulusal yargı organlarının yerine geçme görevi bulunmadığı; Mahkemenin, uyumsuzluk konusu « müdahaleyi », ulusal makamlar tarafından

bunu haklı kılmak için ileri sürülen gerekçelerin « uygun ve yeterli » olup olmadığını belirlemek için olayın bütünü ışığında ele aldığı; Dink'in uyuşmazlık konusu ifadeleri kullandığı yazı dizisinin bütünüyle incelenmesi, “zehir” olarak nitelenen şeyin, Ermenilerdeki “Türk algısı” ve diaspora Ermenilerinin 1915 olaylarının Türkler tarafından soykırım olarak tanınması yönündeki çabasının “saplantılı” niteliği olduğunu açıkça ortaya koyduğu; Fırat Dink'in, bu saplantının Ermenilerin kendilerini « kurban » olarak hissetmelerine neden olduğunu, Ermeni diasporası mensuplarının yaşamını zehirlediğini ve sağlıklı temeller üzerine kendi kimliklerini inşa etmelerine engel olduğunu savunduğunu; « Türkleri » hiçbir şekilde hedeflemeyen bu sözlerin nefret söylemi olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, Yargıtay'ın, Fırat Dink tarafından kullanılan « zehir » ifadesinin « Türk kanına » yönelik olduğu şeklinde farklı bir sonuca vardığını; Somut olayda bu beyanlardan dolayı başvurusunun mahkum edilerek, Yargıtay'ın aslında başvurusunun, 1915 olaylarına ilişkin soykırım tezini inkar eden Devlet organlarını eleştirmesini dolaylı olarak yaptırım altına aldığını; Sözleşme'nin 10(2) maddesinin, siyasal söylem ve genel yarara ilişkin konular alanında, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına hiçbir şekilde yer verilmediği; Hükümete karşı kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının, sıradan bir yurttaşta hatta bir politikacıya göre daha geniş olduğu; Bunun dışında, Hükümetin işgal ettiği baskın konum, özellikle de muhaliflerinden gelen, haklı olmayan saldırı ve eleştirilere cevap vermek için başka yollar bulunuyorsa, cezai yolları kullanma konusunda daha ölçülü davranılması gerektiği; Dink tarafından kaleme alınan makale dizisinin bütünüyle dikkate alındığında ne şiddet kullanımına, ne isyana ne de başkaldırıya teşvik içerdiğini gözlemlenmediği; Tarihi gerçeğin araştırılmasının ifade özgürlüğünün bütünleyici bir parçası olduğu; Fırat Dink'in makalelerinin hiçbir şekilde “haksız bir saldırı” niteliği taşımadığı, hakaret içermediği; saygısızlığa ya da nefrete teşvik etmediği; Bu nedenle, Fırat Dink'in Türklüğe hakaretten dolayı mahkum etmenin, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün meşru biçimde sınırlandırılmasının temel koşulu olan « üstün toplumsal gerekliliğe » hiçbir şekilde hizmet etmediği bildirilmiştir.

Öte taraftan Dink'in öldürülmesinden sonra diğer aile bireylerinin yaptığı başvuru da Fırat Dink'in yaptığı başvuru ile birleştirilmiş olup, diğer başvuruların dilekçelerinde belirttikleri hususlar bakımından AİHM'nin aynı karar içerisinde yaptığı değerlendirmede; ifade özgürlüğü alanındaki Devletin pozitif yükümlülüklerinin devletlere, diğerlerinin yanında, yazar ve gazetecilerin de etkili bir biçimde korunması için bir sistem inşa ederek; kamusal tartışmalara tüm ilgililerin katılımı için uygun bir ortam yaratma ve resmi makamlar tarafından savunulanlara ya da kamuoyunun önemli bir bölümüne ters olsa, hatta onları şaşırtıcı ve rahatsız edici nitelikte olsa bile ilgililerin fikir ve düşüncelerini korkusuzca ifade etmelerine izin verme zorunlulukları bulunduğunu; Somut olayda, güvenlik güçlerinin aşırı milliyetçi bir grubun saldırılarına karşı



Fırat Dink'in yaşamını korumadaki ihmallerinin hiçbir üstün toplumsal gereksinime dayanmayan mahkumiyet kararıyla birleşerek, Hükümetin başvuru-  
nun ifade özgürlüğünün korunmasındaki pozitif yükümlülüğünü ihmal etme-  
siyle sonuçlandığına hükmetmiştir.

## **2. AİHM'nin 22.02.2005 Pakdemirli/Türkiye" kararı<sup>18</sup>**

Ekrem Pakdemirli, dönemin Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel hakkındaki sözlerinden ötürü büyük miktarda tazminat ödemeye mahkum edilmesi nedeniyle, AİHS'nin 10. maddesine aykırı olarak ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme ilke olarak genel ilkeleri sıralamıştır. AİHM'e göre, İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birisi olup, toplumsal ilerlemenin ve her kişinin gelişiminin başlıca koşullarından birini teşkil etmektedir. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğünün, yalnızca iyi karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olduğu düşünülen değil, aynı zamanda kırııcı, hoş karşılanmayan ya da kaygı uyandıran "bilgiler" ya da "düşünceler" için de geçerli olduğu; çoğulculuk, hoşgörü ve açık düşüncenin bunu gerektirdiği ve bunlar olmaksızın "demokratik bir toplum"unda olamayacağı; haklı kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir biçimde ortaya konulması gerektiği belirtilmektedir.

AİHM, başvuranın tazminata mahkum edildiği konuşmanın içeriği ile ilgili olarak, başvuranın kullanmış olduğu bazı kelimelerin ("yalancı", "iftiracı", "Çankaya'nın şişmanı", "dar kafalı", "lastikleri patlasın", "öbür dünyaya gince Allah affetmez"), siyasi bir eleştiri olmaktan çok bir hakaret ve beddua tufanı olduğunu; Polemik gibi görünen ve belli ölçüde asılsız bir kişisel saldırı içeren bu sözlerin, ilgili kişiler ve konuşmanın çerçevesi politik alanda yer alsın bile siyasi bir tartışma içindeki bir görüş kapsamında çözümlenebilmesinin zor olduğu; Başvuranın yerel mahkemeler ve AİHM önünde, Süleyman Demirel'in rakip parti yöneticilerine karşı kullanmış olduğu sözlerle gönderme yaptığını; Siyaset adamlarının birbirlerine karşı kullandıkları bu sözlerin açıkça şiddetli tepkiler yaratmaya yönelik olduğunu belirtmiştir.

AİHM, daha önce de, suç alanında özel bir yasa ile artırılan korumanın ilkesel olarak AİHS'nin ruhuna aykırı olduğunu; güdülen amaçla orantılı olarak karaçalma ve hakaretin yasayla suç sayılmasının, herkes için olduğu gibi devlet başkanları için de, şeref ve haysiyetlerine yönelik bir saldırı ya da hakaret dolu sözlerin cezalandırılmasını sağlamaları açısından yeterli olduğunu; hakim, Cumhurbaşkanı'nın maruz kaldığı manevi zarar konusundaki son derece katı anlayışına ("Burada, hiçbir şekilde telafi edilemeyecek olan eksilen kişilik değerleri söz konusudur") ve aynı kavramsal mantığı izleyen tazmine ilişkin tak-

<sup>18</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, **a.g.e.**, s.280 v.d.

dirine ("İşte bu nedenle hiç olmazsa, manevi tazminatın miktarını yüksek tutarak faili caydırma ve mağduru tatmin amacına ilişkin görüş, batı hukuk sisteminde yürürlüktedir") dikkat çekerek; Ulusal mevzuat ve içtihatlardaki orantılılık ilkesine aykırı olarak hakimın cezalandırıcı düşünme biçiminin, tazminatı hukuki bir cezaya dönüştürdüğü; mahkumiyet verilmesiyle gözetilen amacın Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan ve AİHS'nin 10/2 maddesine göre meşru olan amaçla aynı olmadığı ve yasanın bu şekilde uygulanmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap vermediği; Tazminata ilişkin tüm kararların haysiyete yönelik saldırı ile makul bir orantılılık ilişkisi kurması gerektiği; AİHM içtihatlarına göre bir hukuk davasında başvurana yüklenen tazminat tutarının, AİHS'nin 10. maddesine yönelik bir müdahale teşkil ettiği; Başvuranın tazminat cezası ödemeye mahkum edilmesinin "kanunla öngörülmediği" ve AİHS'nin 10/2 maddesi uyarınca "meşru bir amaç" güttüğü kanaatine varıldığı ancak mevcut davada yasanın uygulanış biçiminin şüpheli olduğu; Sonuç olarak da verilen tazminat cezasının miktarının, bu tür davalarda genellikle verilen tutarlarla ve sözkonusu konuşmanın ağırlığıyla karşılaştırıldığında, ulusal yasalarla gözetilen amaç ile makul bir orantılılık ilişkisinin kesin olarak bulunmadığı için, bu kadar büyük bir miktarda tazminat cezası verilmesinin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğu kabul edilemeyeceği ve AİHS'nin 10. Maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

### **3. AİHM'nin 25.11.1997 tarihli "Zana/Türkiye" kararı**

Diyarbakır eski belediye başkanı olan Mehdi Zana'nın 1987 Ağustos ayında Diyarbakır Askeri Cezaevinde hapis yatarken özetle, PKK'nın ulusal kurtuluş hareketinde bulunduğunu ve hareketi desteklediğini, katliamdan yana olmadığını ancak yanlış şeylerin her yerde olduğunu, insanların yanlışlıkla öldürüldüğü yönünde ifadelerini içeren bir röportaj yapmıştır. Zana, Türk Ceza Kanununun 312. Maddesi uyarınca " kanunun cürüm saydığı bir fiili övmek" suçunu işlediği gerekçesiyle hapis cezasıyla cezalandırılır. Konu AİHM'nin önüne gelince mahkemece yapılan değerlendirmede, başvurusunun ceza aldığı hükmüm (TCK 312.maddesi) hukuk tarafından düzenlendiğini tespit ettikten sonra; verilen cezanın, sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan meşru amacın gerçekleştirilmesine uygun olarak, "zorlayıcı bir toplumsal gereksinime yanıt verip vermediği", ve "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.

AİHM bu konudaki kararının içeriğinde, Türkiye'nin Güneydoğusunun içerisinde bulunduğu şiddet ortamı; başvurusunun terör örgütünü savunduğunu bildirmesi ve ardından katliamlardan yana olmadığını ifade etmesinin çelişki olduğunu belirttiğinden sonra Zana'nın mahkumiyetinin izlenen meşru amaçla

orantılı olduğuna AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>19</sup>.

## KAYNAKÇA

GÖKÇEN, Ahmet; **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK M.312/1)**, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu-Avrupa Komisyonu, 2001.

İLKİZ, Fikret; “İşkencenin Önlenmesi ve İfade Özgürlüğü”, Kopenhag Kriterleri Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin Ortak Paydası mı?, Yayına Hazırlayan: İbrahim Kaboğlu, İstanbul, 2001, s. 355.

KABOĞLU, İbrahim, **Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğü'nün Sınırları**, 3. Baskı, İstanbul, Düşünce Özgürlüğü, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları, 1998.

KOCASAKAL, Ümit, AKSOY, Emine Eylem, MEMİŞ, Pınar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:1-İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**, İstanbul, 2003, s.2.

KORKMAZ, Ömer, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararlar ve Türkiye'de Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü ile Sınırlarına İlişkin Birkaç Not”, **Terazi-Aylık Hukuk Dergisi**, Ankara, Seçkin Yayınları, Sayı 7, Yıl 2, Mart 2007, s.7

REİSOĞLU, Safa, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, 2001.

SANCAR, Türkan Yalçın; “Yine Düşünce Özgürlüğü, Yine 301. Madde”, **İfade Özgürlüğü İlkeler ve Türkiye**, İstanbul, 2007, s. 141.

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

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, ÖNOK, Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Genişletilmiş 3.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.

ZABUNOĞLU, H. Gökçe, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Düşüncü Özgürlüğüne Yaklaşımı”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı 7, Temmuz 2006, s.2.

---

<sup>19</sup> Şahbaz, **a.g.e.**, s. 71.; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, **a.g.e.**, s.280.