

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE VE TÜRK ANAYASASINDA İFADE HÜRRİYETİNİN KORUNMASI *

Dr. Reyhan SUNAY**

I-GİRİŞ

Çoğu hürriyetin kullanımında temel araç fonksiyonu gören ifade hürriyetinin, hürriyet problemi içindeki farklı konumu, onu sadece iç hukukun değil, uluslararası hukukun da üzerinde titizlikle durulan bir konusu haline getirmiş bulunmaktadır. Uluslararası alandaki koruma sistemleri arasında ağırlıklı bir yer teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde ifade hürriyetiyle ilgili esaslar düzenlenmiştir. Fakat ifade hürriyeti konusundaki temel esaslar hukuken bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olan Divan içtihatlarıyla açıklığa kavuşturulmaktadır. 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 Nolu Protokolden (1)önceki dönemde mevcut koruma mekanizmasına Komisyon da dahil olduğundan bu organın karar ve içtihatları da sözüedilen süreçte önemli bir fonksiyon icra etmiştir.

İfade hürriyetine ilişkin Sözleşme esaslarının hemen hemen aynı hükümlerle Türk Anayasasında da düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Fakat normatif alandaki benzerliğe karşılık, yargısal planda ve uygulamada bazı farklılıklar sözkonusudur. Normatif alandaki düzenlemelerin varlığı hiç şüphesiz önem arz etmekle beraber, ifade hürriyetinin çoğulculuk esasına dayanan demokrasinin temel bir unsuru olduğu düşünüldüğünde, güvencenin tam anlamıyla sağlanabilmesi bakımından, yalnızca normatif kuralların varlığı ile yetinilemeyeceği de bir gerçektir. Nitekim bu hürriyetten herkesin yararlanabilmesinin birey ile devletin karşılıklı konumlarına, Anayasaya hakim olan felsefeye ve yargı organlarının tutumlarına bağlı oluşu da, sözkonusu hürriyetin güvencesinin sadece şekil sorunundan ibaret bir konu olmadığını ortaya koymaktadır.

Şekil yanında özün de önemli olduğunu gösteren bu yaklaşım ışığında ifade hürriyetinin, her iki sistem açısından benzer ve farklı yönleriyle incelenmesi,

* Bu çalışma S. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan ve 28.9.1999 tarihinde savunulan "(Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında) İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları konulu Doktora tezinin özetidir.

** Dr., S.Ü.H.F. Genel Kamu Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) 11 Nolu Protokol Komisyon ve Divan ayrımına son vermekte, bunun yerine sürekli çalışan tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi-Divanı kurmaktadır. Yapılan değişikliğe göre, şikayet başvuruları sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından sonuçlandırılacaktır. Ayrıca bireysel başvuru hakkının sürekliliği kabul edilmekte, sözkonusu hakkın bir devlet tarafından geri alınması da, ancak Sözleşmeden çıkılması ve bunun da 6 ay önceden ihtarına bağlı bulunmaktadır. Bu konuda bkz. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz A., "11 Nolu Protokolden Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ", Yeni Türkiye, sy. 22, y. 4, 1998, s. 1274-1276.

Selçuk Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

tartışılması ve çeşitli problemlerin ortaya konulması, esas inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

II- İFADE HÜRRİYETİNİN GENEL KAPSAMI

Sözleşme sisteminde ifade hürriyeti, bir fikrin sadece dışa vurulması a-nyla sınırlı görülmemen, o fikre ve bilgiye ulaşma fırsatı ve serbestisi ile birlikte düşünülen bir hürriyet konumundadır. Nitekim 10. maddede, ifade hürriyetinin resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini kapsadığı belirtilerek bu temel unsura işaret edilmektedir⁽²⁾. Bunun dışında ifade hürriyetinin, ulaşılan fikirler arasında tercih yapma, bunları dışa vurma ya da vurmama serbestisini de içerdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla Sözleşme sisteminde ifade hürriyetinin, düşüncelerin serbestçe oluşumu da dahil olmak üzere kanaat hürriyetinden açıklama hürriyetine uzanan geniş bir süreç şeklinde algılanması sözkonusu olmaktadır.

Anayasa yönünden ifade hürriyetinin böylesine geniş kapsamlı olarak ele alındığı yorumunu yapabilmem, Anayasa koyucunun görüşleri esas alındığında mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Anayasada, düşünce ve kanaat hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ayrı maddelerde düzenlenmiş olup, kanaat hürriyetinin düzenlediği 25. madde gerekçesinde, 1961 Anayasası döneminde verilmiş olan içtihadın⁽³⁾ etkisinde kalınarak, her iki hürriyetin birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte nitelikleri ve sonuçları bakımından farklılık arzettiği ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte sözüedilen duruma yine Anayasa Mahkemesinin 1990/8 sayılı kararıyla, oldukça farklı bir muhtava kazandırılmış olduğu da görülmektedir. İlgili kararında Mahkeme, düşüncelerin serbestçe oluşumunun, ifade hürriyetinin bir başka yönünü oluşturduğunu belirtmiş ve düşüncelerin serbestçe oluşabilmesi için tek yönlü etkilemelerden, koşullandırmalardan kaçınılması gerektiğine işaret etmiştir⁽⁴⁾. Mahkeme bu yöndeki yorumu ile, 1961 Anayasası dönemindeki içtihadından ayrılarak, düşüncelerin tek yönlü

Ayrıca Sözleşmede haber alma ve vermenin ülke sınırları sözkonusu olmaksızın geçerli olacağı öngörülmektedir. Böylelikle ifade hürriyetinin kapsamı genişlemekte ve uluslararası bir boyut kazanmaktadır. İlgili kararlar için bkz. Groppera Radio AG vd. / İSVİÇRE, Series A. No. 173, 28.3.1990 ve Autronic AG/ İSVİÇRE, Series A. No.178, 22.5.1990, nakl. JACOBS, Francis G./ WHITE Robin C. A., The European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Second Edition, Oxford 1996, s. 230-231.

Anayasa Mahkemesi bu dönemde, düşünce ve açıklama hürriyetleri tek maddede düzenlenmiş olmalarına rağmen, ifade hürriyetini iki aşamalı bir hukuk süreci olarak algıladığını açıklamıştır. Mahkemeye göre, düşünce ve kanaat hürriyeti iç hürriyet olarak kaldığı sürece mutlak ve sınırsızdır, kişinin iç alemi kişiyi ilgilendiren bir alan olduğundan, bu alana yönelik herhangi bir kanuni müdahale sözkonusu olamaz. Buna karşılık düşünce hürriyeti toplum hayatını ilgilendirdiği (sözle, yazıyla vs. ifade edildiği) andan itibaren hukukun ilgi alanına girecek ve çeşitli sınırlamalara tabi tutulabilecektir. Bkz. E. 1963/16, K. 1963/83, KT. 8.4.1963, AMKD, sy.1, s. 199; E. 1963/17, K. 1963/84, KT. 8.4.1963, AMKD, sy.1, s.216.

E. 1989/9, K. 1990/8, KT. 18.5.1990, RG.26.7.1990, sy.20586,s.28.

etkilemelerle kişinin iç dünyasında da yönlendirilebileceklerini ve bu sebeple mutlak ve sınırsız olmadıklarını kabul etmiş olmaktadır. İfade hürriyetinin asıl anlamını kazanabilmesi de gerçekte onun bütün unsurlarıyla birlikte ele alınıp yorumlanmasına bağlı bulunmaktadır⁽⁵⁾.

Normatif açıdan değerlendirildiğinde Sözleşme sisteminde de esas itibariyle düşünce, din ve vicdan hürriyetlerinin, ifade hürriyetinin yer aldığı 10. maddeden ayrı olarak düzenlenmiş oldukları görülmektedir. Fakat uygulamada bu maddelerin birbirleriyle bağlantılı olarak yorumlanmaları sözkonusudur. Düşünce, vicdan ve din hürriyetlerinin düzenlendiği 9. maddeye yönelik başvuruların genellikle din hürriyeti üzerinde yoğunlaştığı görülmekle beraber; din, inanç ya da düşünceler açıklandığında bu açıklamalar ifade hürriyetinin genel olarak düzenlendiği 10. madde çerçevesinde değerlendirilmektedirler⁽⁶⁾.

İki hürriyet arasında gözetilen bu sıkı bağlılık, Sözleşme organlarının kararlarında iki temel unsurun önemle vurgulanmasına yol açmıştır. Bunlardan ilki olan bilgiye ulaşma serbestisi Sözleşme sisteminde, demokratik yönetimin işlemesindeki etkisinden dolayı temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Ancak 10. madde ile her ne kadar sadece genel bilgi kaynaklarına ulaşmanın garanti edildiği, fakat genel bir ulaşılabilirliğin kastedilmediği belirtilmekte ise de⁽⁷⁾, yetkili makamlar tarafından bilgi verilmesinin reddedilmesi halinde mücadele edilebilecek elverişli bir hukuk yolunun hükümetçe sağlanması gereğine işaret edilmeside⁽⁸⁾, sözkonusu hakkın ifade hürriyetinin kullanılabilmesi bakımından ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Türkiye’de bu alanı düzenleyen genel bir kanunun varlığından sözedilemez. Fakat genel bir kanunun yokluğu şüphesiz bilgi edinmenin Anayasal bir hak olarak savunulmasının imkansız olduğu anlamına da gelmemektedir. Örneğin 74. maddede yer alan dilekçe hakkının bu konuda vatandaşlar lehine önemli bir güvence teşkil ettiği ileri sürülebilir. Aynı şekilde ifade hürriyetinin düzenlendiği 26. maddeden Sözleşme sisteminde olduğu gibi, genel bilgi kaynaklarına ulaşma hakkının garanti edildiği sonucu da çıkarılabilir. Bununla bir-

⁽⁵⁾ Bu konuda bkz. KUZU, Burhan, “Düşünceleri Açıklama Hürriyeti ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü (TMK. md. 8)”, 21. Asra Girerken Çağdaşlaşma, Demokrasi ve İnsan Hakları, Haz. Mustafa E. Erkal/Şahin Ceylanlı, İstanbul 1996, s. 33-34; TANÖR, Bülent, Siyasal Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s. 23 vd.

⁽⁶⁾ Anlamı ve muhtevası daha geniş olan 10. maddenin *lex generalis* nitelikte yorumlanması konusunda bkz. Ezelin/FRANSA, Series A. No.202, 26.4.1991, EHRR, Vol. 14,1992, s. 362; Ayrıca bkz. CLEMENTS, Luke, European Human Rights Taking a Case Under the Convention, Sweet and Maxwell, London 1994, s. 172.

⁽⁷⁾ Bkz. Leander/İSVEÇ, Seris A.No. 116, 26.3.1987, nakl. MERRILLS, J.G., The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Second Edition, Manchester University Press 1993, s.131-132.

⁽⁸⁾ Gaskin/İNGİLTERE, Series A. No.160, 7.7.1989, nakl. MERRILLS, s. 104,106.

likte bilgi edinme hakkının özellikle bu ikinci dayanağı yönünden, gerçek anlamda kullanılabilmesinin ifade hürriyetinin meşru sınırlama sebeplerine verilecek anlamlardan ve Anayasanın temel felsefesinden bağımsız olarak ele alınmayacağını da belirtmek gerekir. Fakat Anayasal dayanağın varlığına rağmen, bilgi edinmenin temel hak niteliği konusunda yargı organları düzeyinde yeterli bir kabulün bulunmayışı ifade hürriyetinin kullanım serbestisini büyük ölçüde olumsuz etkileyen bir faktör olmaktadır.

Sözleşme organlarının kararlarında, ifade hürriyetinin kapsamı ile ilgili olarak, önemi vurgulanan ikinci temel unsur ise kanaat hürriyeti oluşturmaktadır. “Açıklamaya zorlanmama” güvencesinden dolayı konuşmama hürriyeti olarak da nitelendirilen kanaat hürriyeti özü itibarıyla, kişinin inandığı şeyleri açıklamama ya da inanmadığı şeyleri söylememe hakkını kapsamaktadır. Ayrıca kişinin bildiği bir şeyi söylemekten kaçınabilmesi de konuşmama hürriyetinin farklı görünümleri arasında yer almaktadır⁽⁹⁾.

Sözleşme hakları kişiyi, kamu makamları önünde inandığı veya inanmadığı düşünce, kanaat ve inançları (dini, siyasi vs.) itiraf etmeye zorlanmasına karşı korumaktadırlar. Dolayısıyla bu hakların ihlali devletin tarafsızlığı ilkesinin zedelenmesi anlamına gelecektir⁽¹⁰⁾. Çünkü fikir ve inançların öğrenilmesi çabaları bireylerin kanaatlerine göre işlem yapılmasıyla sonuçlandırıldığı ya da farklı bir inanca sahip olmak, baskıya uğramaya ya da düşmanlık görmeye sebep olduğu takdirde, seçme ve tercih yapmayı ifade eden kanaat hürriyeti de gerçek anlamını yitirecektir⁽¹¹⁾.

Belirtilen sonuçları dikkate alındığında, zihin içinde geçen bir olay olmakla birlikte kanaat hürriyetinin asıl önemli yanının, dış dünyayı ilgilendiren boyutu olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle hiç kimsenin kanaatleri nedeniyle kaygı duymaması ve bunları itiraf etmeye zorlanmaması kişilere, bir fikre sahip olmanın muhtemel sonuçlarına karşı önemli bir güvence sağlamaktadır⁽¹²⁾. Bu özelliklere sahip olan ve ifade hürriyetinin önemli bir parçası durumundaki kanaat hürriyeti esas itibarıyla kamu görevlileri dahil herkes için geçerli bulunmaktadır. Ancak Sözleşme uygulamasında, özellikle kamu görevlilerinin bu alandaki güvenceleri konusunda Divanın her zaman aynı görüşleri ifade ettiğini söylemek de mümkün değildir. Nitekim Divan ilk olarak, Komünist Partisinden ayrıldıkları ve Nazi rejimini ve üstün ırk fikrini savunan bir kitap yayınladıkları için Alman

(9) Bkz. GELLHORN, Walter, Amerikan Hakları, Çev. Ünsal Oskay, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, Ankara 1965, s.88 vd.; HARRIS, D.J./O'BOYLE, M./WARBRICK C., Law of the European Convention on Human Rights, Butter Worths, London 1995, s.372-373,379.

(10) Bkz. SELÇUK, Sami, “Düşün Özgürlüğü”, Yeni Türkiye, sy. 17, y. 3, 1997, s. 238.

(11) GELLHORN, s. 92.

(12) Bkz. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 379; KABOĞLU, İbrahim Ö., “Düşünce Özgürlüğü Avrupa Ölçütleri ve Türkiye”, İnsan Hakları Yılığ, c. 15, 1993, s. 47.

Anayasa düzenine sadakat şartını yerine getirmedikleri gerekçesiyle, aday memurluk statülerine son verilen Kosiek ve Glasenapp'la ilgili başvuruları Sözleşmeye aykırılığın bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Somut olayda Divan, kamu görevine girişte istenen sadakat mecburiyetinin kanaat hürriyetini zedelediği değerlendirmesinde bulunarak, buradaki asıl sorunun kamu görevine girme ve bu görevde kalma hakkı olduğunu açıklamıştır⁽¹³⁾. Buna karşılık yine Almanya ile ilgili olan bir başka başvuruda Divan daha farklı bir değerlendirmede bulunarak, Alman Komünist Partisindeki faaliyetlerinden dolayı bir memurun Anayasaya sadakat görevini çiğnemiş sayılmasını ve bu sebeple işten atılmasını ifade hürriyetinin ihlali olarak yorumlanmıştır. Divana göre ilgili kişi, siyasal etkinliklerini okula taşımadığı gibi, Alman Komünist Partisi Anayasa Mahkemesi tarafından da yasaklanmamıştır. Divan, yalnızca memurluk görevinin yerine getirilmesinin, bu şartlarda devletin iddia ettiği türden bir güvenlik riski taşıyamayacağını belirtmiştir⁽¹⁴⁾.

Memurlara ilişkin sadakat ödevi Anayasanın 129. maddesinde de düzenlenmektedir. Bu hükme göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Fakat Anayasaya sadakatin belli bir ölçüsünün olup olmayacağı ya da belli kanaat ve inançların bu konuda ölçü olarak değerlendirilmesinin doğruluğu gerçekte tartışmaya açık bir konudur. Öte yandan böylesine genel ve yaygın bir kuralın Anayasada ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı da ileri sürülebilir. Ancak Anayasanın toplumsal ve siyasal hayata yönelik tercihleri bulunduğu dikkate alınırsa, buradaki sadakatin kurallara uymanın ötesinde, kuralların dayandığı ilke ve anlayışlara uygun davranma anlamını taşıyacağı da açıktır. Bu durumda Anayasa ya da kanunların felsefesi (özü) sadakat ödevinin çerçevesini oluşturacaktır⁽¹⁵⁾. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde tercihlerin belirli yönde olması öngörüldüğünden sadakat ödevinin, memurları diğer vatandaşlardan daha fazla sınırlandıracağı da bir gerçektir⁽¹⁶⁾.

Bireylerin fikir ve inançlarının öğrenilmesinde her şeyden önce devletin herhangi bir yararının bulunup bulunmadığı haklı olarak tartışılabilir. Nitekim dini inançların öğrenilmesi çerçevesinde böyle bir tartışma Anayasa Mahkemesi-

(13) Kosiek/ALMANYA, Series A. No. 105, 28.6.1986, nakl. CLEMENTS, s. 178-179; Glasenapp /ALMANYA, Series A. No. 104, 28.8.1986, nakl. JANIS, Mark W. / KAY, Richard S. / BRADLEY, Anthony W., European Human Rights Law Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1995, s. 218.

(14) Bkz. Vogt / ALMANYA, Series A. No. 323, 26.9.1995, EHRR, Vol. 21, 1996, s. 236-239.

(15) AKILLIOĞLU, Tekin, "Düşünce ve Anlatım Özgürlüğü ve Kamu Görevlileri", İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri Sempozyumu, Haz. Mesut Gülmez, TODAİE Yayınları, Ankara 1992,, s. 31; Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın felsefesinin ne olduğuna yönelik açıklamaları konusunda bkz. E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25.10.1983, AMKD, sy. 20, s. 364; E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AMKD, sy. 25, s. 158.

(16) AKILLIOĞLU, s. 30-31.
Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

nin önüne gelen iki ayrı davada sözkonusu olmuştur. Nüfus Kanununun, din kaydı ile ilgili maddesinin Anayasa aykırılığının ileri sürüldüğü ilk davada Mahkeme, din kaydının bireye özgü bilgilerden olduğu, ulusun demografik yapısının bilinmesinde devlet açısından kamu yararının bulunduğu görüşünü açıklamıştır. Mahkemeye göre, Nüfus Kanunu demografik bilgi olarak seçilen dinin kütükte yer almasını öngörmekte, bireyi açıklamaya zorlamamaktadır⁽¹⁷⁾.

Anayasa Mahkemesi çok kısa bir süre sonra verdiği ikinci kararında ise daha farklı bir yorumda bulunarak, CMUK' nun "Tanığa tanıklığından önce dini sorulur" hükmündeki "dini" sözcüğünün Anayasanın laiklik ve vicdan hürriyetini düzenleyen maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir. Dinin, kanuni düzenlemelerde kaynak olamayacağı ve kamusal ilişkilerde belirleyici rol oynaması ihtimaline yol açılmayacağı hususlarına dayanan Mahkeme sonuç itibarıyla dinin, kişilerin iç dünyasını ilgilendiren bir olgu olduğu ve kişilerin dinlerini açıklamaya zorlanamayacakları görüşünü ileri sürmüştür⁽¹⁸⁾.

Sözkonusu kararların öncelikle, Mahkemenin din ve devletin karşılıklı konumlarına ilişkin farklı tutumlarını yansıtmaları yönünden bir anlam taşıdıklarına şüphe bulunmamaktadır. Fakat birbirinden oldukça farklı mahiyetteki bu kararlar aynı zamanda, ifade hürriyetinin ikinci boyutunu teşkil eden kanaat hürriyetine ilişkin normatif güvencelerin uygulamada nasıl bir fonksiyon ifa ettiklerini göstermeleri bakımından da ayrı bir anlam taşımaktadırlar.

Buraya kadar sözüedilen bilgiye ulaşma serbestisi ve kanaat hürriyeti dışında ifade hürriyetinin üçüncü boyutunda ise kişinin edindiği bilgiler arasından yapmış olduğu tercihleri dış dünyaya yansıtabilmesi hürriyeti bulunmaktadır. Fikirlerin açıklanabilmesi hürriyeti olarak da adlandırılan bu serbesti, seçme işlevi ile tespit edilen hedeflere ulaşmak için çeşitli faaliyetlerde bulunabilme anlamına gelmektedir. Sözkonusu faaliyetler Anayasa ve Sözleşme hükümlerine göre sözle, yazıyla ya da başka vasıtalarla tek başına veya toplu olarak yapılabilecektir. Ancak bu hükümlerin gerçek değerini, ifade hürriyetinin fonksiyonel konumundan ve ona her iki sistem çerçevesinde nasıl bir anlam yüklediği hususundan bağımsız olarak tespit edebilmek mümkün bulunmamaktadır ve bu konu öneminden dolayı ayrı bir başlık altında incelenecektir.

III- İFADE HÜRRIYETİNİN ANLAMİ VE FONKSİYONU

Sözleşme uygulamasında ifade hürriyetinin fonksiyonu ve anlamı konusundaki genel yorum bu hürriyetin, sadece olağan karşılanan zararsız ya da önemsiz görülen bilgiler ve düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve endişe verici düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğu şeklinde-

(17) E. 1995/17, K. 1995/16, KT. 21.6.1995, AMKD, sy. 31, c. 2, s. 545-548.

(18) E. 1995/25, K. 1996/5, KT. 2.2.1996, AMKD, sy. 32, c. 2, s. 558-560.

dir. Divan, ifade hürriyetini böyle yorumlamının, demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirliliğin bir gereği olduğunu açıklamaktadır⁽¹⁹⁾. Basın hürriyeti ile ilgili olarak yapılan bu yorum benzer şekillerde, ifade hürriyetin çeşitli kullanım şekilleri açısından da tekrarlanmaktadır. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü hürriyeti ile ilgili bir davada Divan, ifade hürriyetinin fonksiyonuna ilişkin olarak, resmi görüşe ve statükoya karşı olan görüşlerin de kendilerine siyasi arenada yer bulabilecekleri yorumunu yapmaktadır⁽²⁰⁾. Öte yandan Türkiye ile ilgili Sosyalist Parti ve Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararlarında, partilerin demokratik çoğulculuk ilkesinin bir gereği olarak çoğunluğa ters gelen görüşleri de savunabilecekleri ve bunları parti programlarında belirtmek suretiyle halkın onayına sunabilecekleri ileri sürülmektedir⁽²¹⁾.

Yapılan değerlendirmelerden ifade hürriyetinin öncelikle bilgi ve fikirlerin karşılıklı değişimine imkan sağlayan bir araç olarak yorumlandığı anlaşılmaktadır⁽²²⁾. Ayrıca fikir ve görüşlerin serbest kamuoyu rejimini yaratıcı ve geliştirici özelliklerine işaret edilerek tüm kullanım şekilleri açısından sözkonusu hürriyetin, muhalefet hürriyeti olarak değerlendirilmiş olduğu görülmektedir. İfade hürriyetinin böyle değerlendirilmesi ise herşeyden önce kişilerin, Anayasa koyucu gibi düşünmek zorunda olmadıkları anlamına gelmektedir. Dolayısıyla sadece kurulu düzene uygun olan ifadeler değil, hoş gitmeyen, düzeni sarsabilecek nitelikteki ifadeler de ifade hürriyeti kapsamında kabul edilmektedirler.

Türk yargı organları arasında ifade hürriyetinin bu anlamda yorumlandığı karar, alt derece Mahkemesine intikal eden bir davada verilmiştir. Basın hürriyetiyle ilgili olan bu davada Mahkeme, ifade hürriyetinin çoğunluğun inandığı ve iktidarı kullananların dile getirdiği görüşlerin açıklanabilmesiyle sınırlı olmadığını, bunlardan farklı ve bunlara zıt görüş ve düşüncelerin de açıklanabilmesi anlamına geldiğini belirtmiştir⁽²³⁾. Bunun dışında ise Danıştay, devlet dairesinde müdür olarak çalışan birinin, yakınlarına gönderdiği yılbaşı katında dile getirdiği görüşlerinden dolayı, görevinden alınıp başka bir yere tayin edilmesi ile ilgili davada, açık ve somut bir kışkırtma ya da suça iteleme niteliğinde olmadıkça herkesin düşüncelerini serbestçe açıklayabilmesinin, demokratik toplumun temel

(19) Handyside / İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. MERRILLS, s. 134; Jersild / DANİMARKA, Series A. No. 298, 23.9.1994, EHRR, Vol. 19, 1995, s. 25; Oberschlick / AVUSTURYA, Series, A. No. 204, 23.5.1991, EHRR, Vol. 19, 1995, s. 421.

(20) Piermont / FRANSA, Series A. No. 314, 27.4.1995, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 341.

(21) Sosyalist Parti vd. / TÜRKİYE, 20/1997/804/1007, 25.5.1998, s. 29-30; Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd. / TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s. 25.

(22) Bkz. MERRILLS, s. 135.

(23) Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi, KT. 20.1.1997, Milliyet, 21.1.1997.

ilkelerinde biri olduğunu ve somut olayın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde düşünülmesi gerektiğini açıklamıştır⁽²⁴⁾.

Sözüdedilen örnekler dışında Türk hukuk uygulamasında ifade hürriyetinin, muhalefet hürriyeti anlamına geldiğini gösteren açık ve belirgin nitelikte genel bir içtihadın bulunmadığı görülmektedir. Anayasa ve Sözleşme uygulamasındaki bu farklılığın öncelikle her iki belgeye hakim olan felsefe ve ifade hürriyeti alanında benimsenen tercihlerle bağlantısı olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

Sözleşmenin 1. maddesinde esas itibarıyla Yüksek Sözleşmeci taraflarla ilgili olarak, "... yetki alanlarındaki herkes için bu Sözleşmenin birinci bölümünde tanımlanan hak ve hürriyetleri tanırlar" hükmü yer almaktadır. Burada "tanımayı üstlenirler" ibaresi yerine, "tanırlar" ibaresinin kullanılması, Sözleşmenin asıl amacının gerçekte, taraf devletlerin ülkelerindeki herkese Sözleşmede öngörülen hak ve hürriyetleri doğrudan doğruya tanımak olduğunu ortaya koymaktadır⁽²⁵⁾. Ayrıca hakların meşru sayılan sınırlarının bulunduğu ve onların görev ve sorumluluk içerdiği belirtilmekte, buna karşılık diğer hürriyetler gibi ifade hürriyeti ihlal edilen herkesin denetim mekanizması aracılığıyla ihlalin giderilmesini talep edebileceği öngörülmektedir. Öte yandan Sözleşmenin Avrupa ülkeleri arasında insan haklarına dayalı ortak kamu düzeni anlayışını kuran bir belge niteliğinde bulunuşu⁽²⁶⁾ ve genel olarak Sözleşmenin değişen sosyal şartlara göre yorumlanması ve yorumda ağırlıklı olarak amaçsal, gelişmeci yorum tekniğinin tercih edilmesi de hürriyetlerin kapsamını bir hayli genişletmektedir⁽²⁷⁾. Böylelikle genel olarak insan haklarının ve özel olarak da ifade hürriyetinin, iktidarın gücünü sınırlayan ve onun davranışlarına yön veren özelliği gözardı edilmemekte, otorite ile hürriyet arasındaki denge korunmaktadır.

Otorite ile hürriyet arasındaki dengenin korunabilmesi, daha somut olarak insan haklarının devlete karşı öne sürülebilmesi; öncelikle benimsenen hak anlayışı ve devlet ile bireyin karşılıklı konumlarına ilişkin tercihlerin niteliği ile bağ-

²⁴⁾ D. 5. Da., E. 1986/1723, K. 1991/933, KT. 22.5.1991, DD, sy. 84-85, s. 321.

²⁵⁾ Bkz. FAWCETT, J.E.S., The Application of the European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Second Edition, Oxford 1987, s.3; Ayrıca bu maddenin devletin objektif koruyucu yükümlülüğünü (hakların herkes için güvence altına alınmasını ve geçerli kılınmasını) gerektirdiğine ilişkin karar için bkz. Airey/IRLANDA, Series A. No. 32, 9.10.1972, nakl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 19-20.

²⁶⁾ Bkz. SALCEDO, J. Antonio Carrillo, "The Place of the European Convention in International Law", MACDONALD, R. St. J. /MATSCHER, F./PETZOLD, H.(eds.), The European System for the Protection on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, s.15-17; Divanın görüşü için bkz. Sosyalist Parti vd. / Türkiye, 20/1997/804/1007, 25.5.1998, s.27 vd.; Ayrıca bkz. BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s.2.

²⁷⁾ Bkz. MERRILLS, s. 69 vd.; BERNHARDT, Rudolf, " Human Rights and Judicial Review: The European Court of Human Rights", BEATTY, David M. (ed.), Human Rights and Judicial Review a Comparative Perspective, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht 1994, s. 305 vd.

lantılı bir husustur. Hak anlayışı konusunda Anayasanın 12. maddesinde esas itibarıyla herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu maddeden hürriyetten yana bir ilke çıkarmanın mümkün olduğu ileri sürülebilir. Ancak Başlangıçta yer alan, “bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden ... yararlanarak” ve “bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi” şeklindeki ibareler, demokrasi ve insan hakları konularının Anayasa çerçevesi ile sınırlandırılmış olduğunu ortaya koymaktadırlar⁽²⁸⁾.

Öte yandan yine Başlangıçta yer alan ve otorite lehine tercih yapıldığının en açık kanıtlarından biri olan “Kutsal Türk Devleti” ibaresindeki “Kutsal” sözcüğünün, 23.7.1995 günlü 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle çıkarılması, insan haklarının konumu açısından olumlu bir adım olmakla birlikte, pozitif metin düzeyinde gerçekleşen bu değişikliğin aynı ölçüde uygulamaya yansıdığını söylemek mümkün bulunmamaktadır. Her ne kadar bu süreçte bazı olumlu değişikliklerin yapıldığı, (dernek, vakıf, sendika hürriyetlerine yönelik siyasi faaliyet yasaklarının kaldırılması vb.) belirtilebilirse de; siyasi katılma kanallarını açıcı nitelikteki bu değişikliklerin gerçekte, insan hakları ve hukuk devleti anlayışı yansıtan tedbirlerle desteklenmedikleri görülmektedir⁽²⁹⁾.

Bu genel nitelikteki tercihlerin yanında, ifade hürriyetine yüklenen anlam ve fonksiyon konusundaki bilgi verici en somut hükmün ise, Başlangıcın 5. Paragrafında yer alan, “hiçbir düşünce ve mülahazanın ... karşısında korunma göremeyeceği” şeklindeki hüküm olduğu görülmektedir⁽³⁰⁾. Böyle bir hükmün ifade hürriyeti açısından uygulamaya yansıyan olumsuz sonucu, çoğulcülüğün gerçekleşmemesi olmaktadır. Çünkü herhangi bir ideolojik tercihin resmileştirilmesi ve koruma altına alınması bireylerin, kültürel, siyasal bütün faaliyetlerinin belli bir kalıba sokulmak istenmesi anlamına gelmektedir⁽³¹⁾.

Sözüedilen anlayış maddeler düzeyinde ve ifade hürriyetinin çeşitli kullanım şekilleri açısından ele alındığında ise örneğin, 68/4. maddeye göre, tüzük ve programında Başlangıçta belirtilen temel ilkelerin algılanış şeklini sorgulayan, farklı bir görüş ya da öneri sunan bir parti temelli kapatılabilecektir. Ayrıca aynı nitelikteki fikirler süreli yayın aracılığıyla ifade edilmişse o yayın 28. maddeye

⁽²⁸⁾ Bkz. TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, c.1, 2. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul 1991, s. 255.

⁽²⁹⁾ Bkz. ERDOĞAN, Mustafa, Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji, Siyasal Kitabevi, Ankara 1995, s. 111-113.

⁽³⁰⁾ Başlangıç hükümleriyle resmi ideolojinin ortaya konulduğu hususunda bkz. ÇAĞLAR, Bakır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, Anayasa Yargısı c. 7, Ankara 1990, s. 67; ERDOĞAN, Mustafa, Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 132-135.

⁽³¹⁾ Bkz. ERDOĞAN, Resmi İdeoloji, s. 58-59.
Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

göre yasaklanabilecek, 34. maddenin 4. fıkrasına göre de aynı sebepler, toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasaklanmasına ve ertelenmesine neden olabilecektir. Yine 27/2. maddede bilim ve sanat hürriyetinin 1., 2. ve 3. madde hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla Anayasanın Başlangıç hükümleriyle birlikte sözüedilen madde hükümleri ifade hürriyeti konusundaki yasak alanı oluşturmaktadırlar. Bunun anlamı, belirtilen hükümlerde geçen kavramların şu veya bu tarzdaki algılanış şekillerinin dışında kalan farklı görüş açıklamalarının, ciddi ve somut bir zarar, önlenemez ve kaçınılmaz bir tehlike, maddi düzenin bozulması gibi herhangi bir etki meydana getirip getirmediklerine bakılmaksızın salt o nitelikte olmaları nedeniyle suç sayılıp cezalandırılmalarıdır.

Böyle bir sonuç belirtilen madde hükümleri yanında esasen, hürriyetlerin kötüye kullanılamayacağını öngören 14. madde açısından da ortaya çıkmaktadır. Benzer nitelikteki bir hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesinde de bulunmakla birlikte, bu maddede hürriyetleri yok etme yasağı gerçekte bireyler yanında devlete de getirilmekte ve devletin, Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetleri, ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerin dışına çıkarak sınırlayamayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla 17. madde bağımsız bir varlığa sahip olmayıp, Sözleşmenin sınırlama öngören hükümleriyle birlikte uygulanmaktadır⁽³²⁾. Buna karşılık 14. maddede her şeyden önce kötüye kullanma teriminin anlamı gözardı edilmekte ve hak kullanımının fiilen ve doğrudan doğruya başkalarının haklarına zarar verip vermediğine bakılmamaktadır. 14. maddeye göre, yalnızca yanlış olduğu tespit edilen amaçları gütmek hakların kötüye kullanılmış sayılmaları için yeterli olmakta ve bu yönüyle madde genel ve soyut nitelikli bir yasaklamaya sebebiyet vermektedir⁽³³⁾.

Buraya kadar yapılan açıklamalar esas itibarıyla demokratik rejimlerde geçerli olan, "hürriyetin asıl sınırlamanın istisna olması" ilkesinin, ifade hürriyetinin Anayasada belirtilen çeşitli kullanım şekilleri açısından tersine çevrilmiş olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum, genel olarak ifade hürriyetinin ayrıcalıklı konumunu zedelediği gibi, demokratik yönetim fikri ile olan bağlantısı düşünüldüğünde muhalefet hürriyeti olarak beliren asıl fonksiyonunu görebilmesini de engellemektedir.

IV- İFADE HÜRRİYETİNİN SINIRLANMASI

Anayasa ve Sözleşme uyarınca kişilere istedikleri fikirleri açıklama ve yayma hakları mutlak bir şekilde verilmiş olmayıp, belirli sebeplerin varlığı ha-

(32) Bkz. CLEMENTS, s. 179-180; Van DIJK, P. / Van HOOFF, G. J. H., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Third Edition, Kluwer Law International, Dordrecht 1998, s. 750-751.

(33) Bkz. ERDOĞAN, Resmi İdeoloji, s. 199-200; ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 93.

linde bu hürriyetin sınırlanabileceği kabul edilmektedir. Fakat ifade hürriyetinin sınırlanabileceğinin kabul edilmiş olması, sınırlama konusundaki tartışmaları sona erdirmemekte aksine; sınırlamanın niteliği, sınırlama sebeplerine verilen anlam, sınırlamaların demokratik rejimle bağdaşıp bağdaşmadığı ya da otorite hürriyet dengesinin sağlanıp sağlanmadığı sorunlarını ortaya çıkarmaktadır.

Bu konuda her iki belgede öncelikle, ifade hürriyetine yönelik bir sınırlamanın meşruluk kazanabilmesi için bazı ölçülere uyulması gerektiği öngörülmektedir. Söz konusu ölçüler sebebe bağlılık, araç ile amaç dengesi (ölçülülük ilkesi), demokratik toplum düzenine aykırı olmama ve kanunilik şartı olarak sıralanmaktadır. Anayasanın 13. maddesinde ayrıca bu ölçülere ilave olarak, sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılacağı belirtilmektedir.

Söz üedilen ölçütlerden demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kavramı gerçekte, davaların sonucunu belirlemede esas rolü oynayan ölçüt konumunda bulunmaktadır. Demokratik toplumu belirleyen temel unsurlar Sözleşme sisteminde çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik olarak açıklanmakta⁽³⁴⁾ ve bu ölçüt genel olarak “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” şeklinde somutlaştırılmaktadır. Bu kavram gereğince devletlerin ifade hürriyeti üzerindeki sınırlamaların zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını ve çok önemli nedenlerden kaynaklandığını gösterme yükümlülükleri bulunmaktadır⁽³⁵⁾. Bununla birlikte, belirtilen yükümlülüğün uygulamada, ulusal makamlara tanınmış olan takdir yetkisi (değerlendirme serbestliği) ile dengelenmiş olduğu da görülmektedir. Sözleşmenin ikincil ve tamamlayıcı niteliğine dayanan bu ilke her ne kadar sınırlı olup Sözleşme organlarının denetimine tabi bulursa da devletlere, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın bulunup bulunmadığını tespit etme açısından önemli bir değerlendirme serbestliği getirmektedir⁽³⁶⁾.

Devletlerin, zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığını gösterme konusundaki yükümlülükleri araştırılırken, esas itibarıyla soyut bir değerlendirme yapılmayıp; ifadenin türü, sınırlama sebepleri ve ifadenin kullanım çeşidi vb. unsurlara göre farklılaşan değerlendirmelerde bulunmaktadır. Örneğin ifadenin siyasi, ticari, sanatsal türleri olduğu düşünüldüğünde, ifade hürriyetinin muhalefet hürriyeti

(34) Otto-Preminger- Institut/ AVUSTURYA, Series A. No. 295-A; 20.9.1994, EHRR, Vol. 19, 1995, s. 57; Piermont/FRANSA, Series A. No. 314, 27.4.1995, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 341.

(35) Bkz. Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi/AVUSTURYA, Series A. No. 302, 19.12.1994, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 76; Vogt/ ALMANYA, Series A. No. 323, 26.9.1995, EHRR, Vol. 21, 1996, s. 234; Goodwin/İNGİLTERE, 27.3.1996, EHRR, Vol. 22, 1996, s. 143.

(36) Bu konuda bkz. MERRILLS, s. 159-160; MACDONALD, R. St. J., “The Margin of Appreciation”, MACDONALD, R. St. J. / MATSCHER, F./PETZOLD, H. (eds.), The European System for the Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, s. 83-85.

fonksiyonu ve serbest tartışmayı sağlayıcı özelliği dikkate alınarak, siyasi ifadelerin daha çok korunmaları gerektiği kabul edilmektedir⁽³⁷⁾.

Sınırlama sebepleri bakımından da farklı ihtimallere göre değerlendirme yapıp karara varılmaktadır. Örneğin genel ahlak⁽³⁸⁾ ya da milli güvenliğin korunması⁽³⁹⁾ sebeplerinde devletlerin takdir alanlarının daha geniş olacağı kabul edilirken; yargılamanın tarafsızlığının korunmasında bütün devletler için geçerli olabilecek, objektif ölçütlerin varlığından sözedilerek değerlendirme serbestliğinin alanı daraltılmaktadır⁽⁴⁰⁾. Ayrıca başkalarının haklarını koruma sebebi değerlendirilirken de, resmi sıfatı bulunan ve bulunmayan kişiler arasında ayırım yapılmakta; örneğin, siyasi kimliği olan kişiler ya da hükümet için yapılan eleştirilerin sınırlarının, normal vatandaşlara oranla daha geniş olacağı kabul edilmektedir⁽⁴¹⁾.

Sözüedilen yöntem büyük ölçüde, ifade hürriyetinin çeşitli kullanım şekillerine de uygulanmaktadır. Örneğin basın, toplantı ve örgütlenme hürriyetleri demokratik yönetim fikri ile yakından ilişkin hürriyetler olarak değerlendirilmelerine rağmen, bunların belirli kullanım şekillerine sağlanan güvenceler arasında bazı farklılıklar gözetilmektedir. Örneğin terörle ilgili yayınlar üzerindeki sınırlamalarda zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığının ispat edilmesi, siyasi karar ve uygulamaları eleştiren yayınlardaki sınırlamalara göre daha kolay bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir⁽⁴²⁾. Aynı şekilde maddi düzeni bozan toplantı ve gösterilerle ilgili sınırlamalarda devlete geniş bir takdir alanı bırakılırken⁽⁴³⁾, açılan sözlerin muhtevasının etkili olduğu sınırlamalarda alınan tedbirin sınırlı ya da maddi oluşuna, sözlerin şiddet içerip içermediğine, bozulan maddi düzenin daha hafif tedbirlerle önlenip önlenemeyeceği hususlarına bakılmaktadır⁽⁴⁴⁾. Öte

⁷⁾ Nitekim İsviçre ile ilgili bir davada Komisyon, siyasi fikirleri ifade etmeye tanınan korumanın, ticari nitelikli fikir açıklamalarına tanınan korumadan daha geniş kapsamlı olduğunu açıklamıştır. Bkz. Pastor X vd./İSVEÇ, Başvuru No. 7805/77, 5. 5. 1979, nakl. GOMIEN, Donna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kısa Rehberi, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara 1995, s. 84.

⁸⁾ Bkz. Handyside/İNGİLTERE, Series A. No. 24, 7.12.1976, nakl. MERRILLS, s. 134.

⁹⁾ Arrowsmith/İNGİLTERE, Başvuru No. 7050/75, 12.10.1978, nakl. GÖZÜBÜYÜK, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararlarından Seçme Özetler", İHMD, c. 3, sy. 1, 1995, s. 37-38.

¹⁰⁾ Sunday Times/İNGİLTERE, Series A. No. 30, 26.4.1979, nakl. MANN, F.A., "Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights", The Law Quarterly Review, Vol. 95, July 1979, s. 351-352; Van DIJK/Van HOOFF, s. 583-584.

¹¹⁾ Bkz. Lingens/ AVUSTURYA, Series A. No. 103, 8.7.1986, nakl. MERRILLS, s. 137; JANIS/ KAY/ BRADLEY, s. 183 vd.; GOMIEN, s. 87-88.

¹²⁾ Örnek kararlar için bkz. Purcell/ İRLANDA, Başvuru No. 15404/89, 16.4.1991, nakl. HARRIS / O'BOYLE/WARBRICK, s. 385, 408; Oberschlick /AVUSTURYA, Series A. No. 204, 23.5.1991, EHRR, Vol. 19, 1995, s. 421-424.

¹³⁾ G/ALMANYA, Başvuru No. 13079/87, 6.3.1989, nakl. JACOBS/WHITE, s. 238.

¹⁴⁾ Bkz. Piermont/FRANSA, Series A. No. 314, 27.4.1995, EHRR, Vol. 20, 1995, s. 340-341.

yandan örgütlenme hürriyeti bakımından 11. maddede belirtilen istisnaların siyasi partiler sözkonusu olduğunda dar yorumlanmaları gerektiği, sadece inandırıcı ve zorunlu nedenlerin örgütlenme hürriyetinin sınırlandırılmasını haklı kılabilceği belirtilmektedir. Sözleşme organları bazı istisnalar dışında, parti kapatma için sadece program ve tüzüğe bakılmasının yeterli olmadığını, varolduğu iddia edilen gizli amaçların faaliyetlerle ortaya konulması gerektiğini ve bu konuda şiddete teşvikin belirleyici unsur olduğunu açıklamaktadırlar⁽⁴⁵⁾.

Karara varılmasında belirleyici olan bu unsurlar sebebiyle zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ölçütünün, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından kullanılan açık ve mevcut tehlike ölçütü⁽⁴⁶⁾ ile büyük ölçüde benzerlik taşıdığı görülmektedir. Çünkü davalar sonuca bağlanırken genellikle açıklanan fikir ya da görüşlerin meydana getireceği etki, savaş ya da barış durumu, kamu düzeninde normal bir huzursuzluğu aşacak şekilde açık ve mevcut (önlenemez) bir tehlikeye sebebiyet verilip verilmediği, sözün şiddet içerip içermediği gibi hususlar dikkate alınmaktadır.

Türk yargı organlarının ifade hürriyeti ile ilgili davalarda esas itibarıyla bu hürriyetin türü, sınırlama sebeplerinin niteliği, ifadenin açıklanma şekli, ortamı, yeri, zamanı vs. gibi unsurlara göre değişen ayrıntılı bir değerlendirme yaptıklarını söyleme imkanı bulunmamaktadır. Herşeyden önce demokratik toplum kavramının anlamı konusunda hoşgörü, çoğulculuk ve geniş fikirlilik şeklinde unsurları belli, genel bir tanım ortaya konulmuş değildir. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında genellikle, somut olay çerçevesinde kalarak demokrasinin bazı temel ilkelerine (hürriyetçi olmak, hukuk devleti olmak, kişiyi ön planda tutmak, eşitlik ilkesi, katılımcılığın sağlanması vs.) işaret etme yoluna giderken⁽⁴⁷⁾, bazı kararlarında da demokratik toplum düzeni kavramının hangi demokrasi anlayışını yansıttığı sorunuyla ilgilenmiş ve farklı sonuçlara varmıştır⁽⁴⁸⁾. Bununla birlikte Mahkeme 1986/27 sayılı kararında Sözleşme uygulamasında görüldüğü gibi, hürriyetlerin yalnızca ne ölçüde sınırlandırıldığının değil, sınırlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, sınırlamaya karşı öngörülen kanun yollarının da, demokratik toplum düzeninin gerekleri içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, somut şartların belirleyici olduğunu

(45) Türkiye Birleşik Komünist Partisi vd. /TÜRKİYE, 133/1996/752/951, 30.1.1998, s. 24-26.

(46) Bu konuda bkz. CAPALDI, Nicholas, Clear and Present Danger the Free Speech Controversy, Western Publishing, New York 1969, s. 71-75.

(47) Bkz. E. 1984/1, K. 1984/2, KT. 1.3.1984, AMKD, sy. 20, s. 196-197; E. 1985/8, K. 1986/27, KT. 26.11.1986, AMKD, sy. 22, s. 365; 1988/14, K. 1988/18, KT. 14.6.1988, AMKD, sy. 24, s. 270-271.

(48) Milli demokratik toplum düzeni yaklaşımının benimsendiği kararlar için bkz. E. 1985/21, K. 1986/23, KT. 6.10.1986, AMKD, sy. 22, s. 224; E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AMKD, sy. 25, s.150,152; Ayrıca klasik demokrasi anlayışına atıf yapılan karar için bkz. E. 1985/8, K. 1986/27, KT. 26.11.1986, AMKD, sy. 22, s. 365.

açıklamaktadır⁽⁴⁹⁾. Öte yandan aynı kararda hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamaların da gerçekte, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamayacakları belirtilmektedir⁽⁵⁰⁾. Fakat sözü edilen kavramlar ifade hürriyeti ile ilgili uyumsuzluklarda, çeşitli unsurlara göre farklılaşan değerlendirmeler yapılmasını sağlayacak şekilde somutlaştırılmadıkları gibi, öz, kavramı da sürekli bir uygulama alanı bulmamış ve farklı ifade şekilleri açısından geliştirilmemiştir. Oysa sınırlamayı haklı kılan ve çoğulculuk, geniş fikirlilik ve hoşgörü unsurları çerçevesinde yorumlanan bir sebebin (ciddi ve somut bir zarar, önlenemez ve kaçınılmaz bir tehlike) varlığı ölçüsünde, sınırlamaların öze dokunup dokunmadıkları yorumu yapıldığı takdirde demokratik toplum kavramının, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ölçütü gibi somutlaştırılması ve güvenceli hale getirilebilmesi mümkün olabilecektir.

Türk yargı organları ile Sözleşme organları arasında belirtilen hususlar açısından ortaya çıkan farklılık, doğal olarak açık ve mevcut tehlike ölçütüne yaklaşım konusunda da ortaya çıkmaktadır. Sözleşme organları esas itibarıyla adını açıkça kullanmamakla beraber açık ve mevcut tehlike ölçütünün unsurlarından yaralanırken, sözkonusu ölçütün Türk yargı organlarının kararlarında oldukça istisnai bir uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Bu konudaki en somut kararı Danıştay'ın yukarıda belirtilen 1991/933 sayılı kararı oluşturmaktadır⁽⁵¹⁾. Bunun dışında Sosyalist Birlik Partisinin kapatılması davasında Anayasa Mahkemesi, parti programında yer alan hususların Türkiye Cumhuriyeti için yakın ve görülebilir bir tehlike oluşturduğunu belirtmiştir⁽⁵²⁾.

Demokratik toplum kavramının belirli bir ölçütle adlandırılıp somutlaştırılması, (zorlayıcı sosyal ihtiyaç, açık ve mevcut tehlike, öze dokunmama) hiç şüphesiz uygulamaya kolaylık sağlaması açısından önem taşımaktadır. Fakat herhangi bir ad altında somutlaştırma kadar önemli bir sorun, bu kavramların içeriklerinin nasıl doldurulacağıdır. Burada esas itibarıyla ciddi ve somut bir zararın, kaçınılmaz ve önlenemez bir tehlikenin varolup olmadığı tespitinde bir ülkenin içinde bulunduğu şartların gözardı edilmesi gerçekte mümkün değildir. Ancak ifade hürriyetinin korunması bakımından hangi ifade türü, şekli ya da sınırlama sebebi açısından geçerli olursa olsun yine de soyut ve genel bir sınırlandırmaya gidilmesi sözkonusu değildir.

Bunun önlenmesi için öncelikle hoşgörü, çoğulculuk ve geniş fikirlilik unsurları çerçevesinde yorumlanan bir demokratik toplum anlayışının benimsenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Demokratik rejimlerde Anayasa Mahkemeleri-

(49) E. 1985/8, K. 1986/27, KT. 26.11.1986, AMKD, sy. 22, s. 365-366.

(50) Aynı karar, s. 365.

(51) D. 5. Da., E. 1986/1723, K. 1991/933, KT. 22.5.1991, DD, sy. 84-85, s. 321.

(52) E. 1993/4, K. 1995/1, KT.19.7.1995, AMKD, sy. 33, c.2, s.635.

nin; insan onuru, eşitliği ve hürriyeti kavramlarından kaynaklanan hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesi rolleri⁽⁵³⁾, ifade hürriyetinin güvencesi niteliğindeki bir kavramın dar ve sınırlı bir alanda değerlendirilmesini engellemektedir. Bu kavramlar her şeyden önce, ihtilaf konusu hükümlerin sadece yazılı metinler çerçevesinde değil, hukukun genel ilkelerini kapsayan geniş bir perspektifte ele alınmalarını gerektirmektedirler. Bu anlamda ifade hürriyetine etkinlik kazandırılması açısından Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin önündeki sınırlamaların kaldırılması konusunda devlete belli bir rol yükleyen 5. maddesi ile herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve hürriyetine sahip olduğunu belirten 17/1. maddesi hükmü Mahkemeye büyük ölçüde rehberlik edebilecektir.

İfade hürriyetinin korunması bakımından sözkonusu kavramların ve normatif hükümlerin bir dayanak teşkil edebilmesinde de şüphesiz Mahkemece kullanılacak yorum yönteminin türü önem taşımaktadır. Anayasanın felsefesi ve ifade hürriyeti alanındaki temel tercihlerin niteliği dikkate alındığında, ifade hürriyetinin kapsamı tayin edilirken Anayasa veya kanun koyucunun amacı ya da ilgili kuralın Türkiye açısından ifade ettiği özel anlamdan ziyade, sözkonusu hürriyetin kendine özgü niteliğinin gözönüne alınması gerektiği açıktır. Bu konuda esas itibariyle Sözleşme organlarının değişen sosyal şartları göz önüne aldıkları gelişmeci, dinamik yorum yönetimi örnek alınabilir.

Şüphesiz sadece yorum yöntemi bakımından değil daha genel düzeyde Türk hukuku ile Sözleşme uygulaması arasındaki etkileşimin sağlanması, gerçekte Sözleşmenin taşıdığı özellikler nedeniyle bir zorunluluk teşkil etmektedir. Sözleşmenin kendine özgü niteliği herşeyden önce, Sözleşme ile iç hukuk ilişkisinin anlaşmaların genel düzeni çerçevesinde anlaşılmasına engeldir. Çünkü devletler Sözleşmeyi onaylamakla klasik uluslar arası anlaşmalardan farklı olarak karşılıklılık ilkesine dayanmayan, Avrupa ortak kamu düzeni kurma amaçlı yeni bir hukukla bağlanmışlardır⁽⁵⁴⁾. Sözleşmenin hem Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi hem de devletlere yükümlülükler getiren bir belge olarak yorumlanması, siyasal karar organlarını Sözleşmeye aykırı olabilecek işlem ve eylemlerden kaçınmak durumunda bırakırken; yargı organları da bu süreçte Sözleşmeyi uygulamak ve karar işlemlerinin Sözleşmeye uygun olmasını gözetmek

(53) Bu konuda Bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine, İmge Kitabevi, Ankara 1994, s. 121-122; ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 3.baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s.82; HAZIR, Hayati, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar ve Siyasal Rejimler), Konya 1990, s.83; TUNÇ, Hasan, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları), Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.27 vd.

(54) Bkz. ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s. 83.

durumunda bulunmaktadır⁽⁵⁵⁾. Böyle bir gereklilik de sonuç itibariyle demokratik toplum kavramının dar ve sınırlı bir alanda değerlendirilmesini engelleyici bir faktör olmaktadır.

Demokratik toplum kavramının yargı organlarınca bu yönde anlaşılıp uygulanabilmesi sorununun şüphesiz normatif düzenlemeleri ilgilendiren boyutu da bulunmaktadır. Başta Anayasa olmak üzere ifade hürriyeti ile ilgili mevzuatın demokratik toplum anlayışı çerçevesinde ele alınıp düzenlenmesi, farklı düşünce ve inanç alanlarına serbestlik tanınması açısından önem taşımaktadır. Aksine bir tutum devletin kendisini koruma kaygısıyla herhangi bir görüşün yanında yer alıp, bunun dışında kalanlara karşı siyasal tavır almasına neden olacaktır. Gerçekte devletin kendisine yönelik tehditlere karşı korunması gerekli olmakla birlikte, devletin korunması ihtiyacı hiç bir şekilde onun metafiziksel bir kurum olarak güçlendirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Çünkü, güçlü devlet anlayışı devlete göre birey modelinin ortaya çıkmasına neden olmakta, bu da kişilerin Anayasaya uygun düşünmek zorunda olmadıkları şeklindeki demokratik ilkenin uygulanmasını imkansız hale getirmektedir. Oysa böyle bir yorum Anayasa koyucunun görüş ve tercihlerinin mutlak gerçeği temsil ettiği anlamına gelmektedir ki bunu, muhalif kalabilme serbestisi anlamına gelen ifade hürriyetinin özü ile bağdaştırmak mümkün değildir.

V- SONUÇ

Hürriyetlerin ve demokrasinin korunması esasına dayanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ifade hürriyeti, bilgiye ulaşma serbestisinden açıklama hürriyetine uzanan geniş bir süreç şeklinde ele alınmaktadır. Nitekim Sözleşme organlarının kararlarında da, bilgi edinme ve kanaat hürriyeti önemle vurgulanmakta, fikir ve kanaatlerin açıklanması hürriyeti de kişilerin ve toplumların ilerlemesinin temel şartı olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa yönünden ifade hürriyetinin böylesine geniş kapsamlı olarak ele alındığı yorumunu yapabilmek, Anayasa koyucunun görüşleri esas alındığında mümkün bulunmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 1990/8 sayılı kararı⁽⁵⁶⁾, sözkonusu hürriyetin sadece açıklama hürriyeti ile sınırlı olmadığını göstermesi açısından önem taşımaktadır.

Sözleşme uygulamasında ifade hürriyetinin anlamı ve fonksiyonuna ilişkin genel yorum ise bu hürriyetin, sadece olağan karşılanan, zararsız ya da önemsiz görülen bilgiler ve düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve

⁵⁵⁾ Bkz. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 29-30; POLAKIEWICZ, Jörg, "The Application of the European Convention on Human Rights in Domestic Law", HRLJ, Vol. 17, No.11-12, 1996,s.407-408.

⁵⁶⁾ E. 1989/9, K. 1990/8, KT. 18.5.1990, RG. 26.7.1990, sy.20586, s.28.

endişe verici düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğu şeklindedir. İfade hürriyetinin tüm kullanım şekilleri bakımından da tekrarlanan bu yorumla sözkonusu hürriyet, muhalefet hürriyeti olarak değerlendirilmiş olmaktadır. Türk hukuk uygulamasında ise alt derece Mahkemesince verilmiş olan bir karar⁽⁵⁷⁾ dışında, ifade hürriyetinin muhalefet hürriyeti olduğu anlamına gelen açık ve belirgin nitelikte genel bir içtihadın bulunmadığı görülmektedir. Anayasa ve Sözleşme uygulamasındaki bu farklılık ise öncelikle her iki belgeye hakim olan felsefe ve ifade hürriyeti alanında benimsenen tercihlerle bağlantılı bulunmaktadır.

Anayasanın, ifade hürriyetine yüklenen anlam ve fonksiyon konusundaki bilgi verici en somut hükmünün esas itibarıyla Başlangıçta yer alan, “hiç bir düşünce ve mülâhazanın ... karşısında korunma göremeyeceği” şeklindeki hüküm olduğu görülmektedir. Çoğulculuğun gerçekleşmesini engelleyici nitelikteki bu hüküm, ifade hürriyetinin çeşitli kullanım şekillerini de etkilemektedir. Oysa Sözleşme uygulamasında çoğulculuğun sağlanması bakımından, ifade hürriyetinin esash bir fonksiyon ifa ettiği kabul edilmektedir.

İki sistem açısından anlam ve fonksiyon konusunda ortaya çıkan farklılık, esas itibarıyla davaların sonuca bağlanmasında belirleyici ölçüt durumundaki demokratik toplum kavramının yorumlanması açısından da sözkonusu olmaktadır. Demokratik toplum kavramı Sözleşme sisteminde zorlayıcı sosyal ihtiyaç şeklinde somutlaştırılmakta ve bu kavramın varlığı araştırılırken, açık ve mevcut tehlike ölçütünde olduğu gibi ifadenin türü, sınırlama sebepleri ve ifadenin kullanım çeşidi vb. unsurlara göre farklılaşan değerlendirilmelerde bulunmaktadır.

Türk yargı organlarının ifade hürriyeti ile ilgili kararlarında, bu gibi unsurlara göre değişen ayrıntılı bir değerlendirme yaptıklarını söyleme imkanı da bulunmamaktadır. Her şeyden önce demokratik toplum kavramının anlamı konusunda, Sözleşme sisteminde olduğu gibi hoşgörü, çoğulculuk ve geniş fikirlilik şeklinde açıklanan genel bir tanım ortaya konulmadığı gibi, açık ve mevcut tehlike ölçütünün de oldukça istisnai bir uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Demokratik toplum kavramının belirli bir ölçütle somutlaştırılması, gerçekte uygulamaya kolaylık sağlaması açısından önem taşımakla birlikte, soyut ve genel bir sınırlandırmaya gidilmemesi de ifade hürriyetinin koruması bakımından bir o kadar önem arz etmektedir.

Bunun için öncelikle hoşgörü, çoğulculuk ve geniş fikirlilik unsurları çerçevesinde yorumlanan bir demokratik toplum anlayışının benimsenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sorunun şüphesiz normatif düzenlemeleri ilgilendiren boyutu bulunduğu gibi, demokratik rejimlerde Anayasa Mahkemelerinin hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesi şeklinde beliren rolleri, sözkonusu kav-

(57) Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi, KT. 20.1.1997, Milliyet, 21.1.1997.
Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Cilt 8 Yıl 2000 Sayı 1-2

ramın sınırlı bir alanda değerlendirilmesini engellemektedir. Öte yandan Sözleşmenin devletlere objektif nitelikte yükümlülükler getiren bir belge olması sebebiyle ulusal makamların (bu arada yargı organlarının), karar ve işlemlerinde Sözleşmeyi uygulamak durumunda bulunmaları da, demokratik toplum kavramının esas itibarıyla dar ve sınırlı bir alanda değerlendirilmesini engelleyici bir faktör olmaktadır.