

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASINDA KAMU DÜZENİNİN KORUNMASI VE SUÇUN ENGELLENMESİ KRİTERLERİNE AİHM KARARLARI AÇISINDAN BİR BAKIŞ

*Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ **

*Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL ***

I. GİRİŞ

İfade özgürlüğü, AİHM'nin içtihatlarının da öne çıkardığı gibi; çağdaş demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarından biri olmanın yanında, çoğulculuk, hoşgörü ve geniş görüşlülüğünün de bir gereğidir. İfade özgürlüğü, sadece genel kabul gören, zararsız veya önemsiz fikir ve haberler için değil, fakat aynı zamanda devlete veya toplumun bir kısmına aykırı gelen kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici olan fikir ve haberler için de geçerlidir.¹ Bu özgürlüğü, ifade edilen görüş ve düşüncelerin içeriğinden bağımsız olarak dikkate almak gerekir. Zira ilgili görüş ve düşüncenin içeriği, bunun ifade edilebilme serbestisinden apayrı bir konu niteliği taşımaktadır.² İfade özgürlüğü, insanın kendisini diğer bireylere ve topluma karşı nasıl ilişkilendirdiği hususu ile ilgili olup, bu aynı zamanda, demokratik veya otoriter nitelikte olsun, hükümetlerin vatandaşlarıyla etkileşiminin de merkezini oluşturur. Dolayısıyla bireylerin ne kadar ifade özgürlüğüne sahip olacağı sorunu, felsefi bir kılıf giydirilmiş siyasal argümanları içermektedir.³

İfade özgürlüğünün modern demokrasiler için vazgeçilmezliği, demokratik toplumların temellerini oluşturan çoğulculuk ve hoşgörü kavramlarının, bu hakkın korunmasını gerektirmesindedir. Çoğulculuk ve hoşgörü ise,

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

1 Mustafa ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007, s. 176-177.

2 Zühtü ARSLAN, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005, s.1-4.

3 Robert TRAGER / Dona L. DICKERSON, **21. Yüzyılda İfade Hürriyeti**, (Çev. Nuri Yurdusev), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 2.

toplumda birbirinden farklı, hatta birbiriyle çatışma halindeki düşünce, inanç ve uygulamaların bir arada yaşatılmasını hedeflemektedir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi (Divanı),⁴ ifade özgürlüğü ile bir çok kararında bu değerlerin önemine dikkati çekmiştir. Daha da önemlisi, Sözleşme organları, çoğulculuk ve hoşgörünün korunması için, bazı durumlarda bu özgürlüğün sınırlandırılabilmesine de vurgu yapmıştır.⁵

İfade özgürlüğüne atfedilen değer ve önemin arkasında başka değerlerin gerçekleştirilmesi ve korunabilmesini öne çıkaran yaklaşıma göre bu özgürlük, *hakikatin keşfi* gibi daha ulvi değerlere hizmet eden bir araç iken, bir başka yaklaşım da ifade özgürlüğünü, bizzat gerçekleştirilmesi gereken bir temel ilke ve amaç olarak kabul etmiştir. Ağır basan ilk yaklaşım açısından, gerçek ve doğruya ulaşmada fikirlerin serbest ve yarışmacı bir ortamda sunulması, ancak ifade özgürlüğünün hakkıyla tanınıp korunması ile mümkün olabilecektir.⁶ İfade özgürlüğünün varlığı ve koruma altında olması da, bir demokrasiyi gerçek anlamına kavuşturan temel unsurlardan birinin daha sağlanması anlamına gelecektir. İfade özgürlüğü olgusu, esas olarak görüşlerin açıklanması, bilgi ve fikirlerin alınması ve başkalarına bildirilmesini korumaktadır. Mahkeme ve Komisyon, ifade özgürlüğünün, diğer insan haklarının korunması için de temel bir güvence olduğu noktasına vurgu yapmak-

4 Komisyon ve Divan ikiliği 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokol ile yeniden yapılandırılmış ve bunların yerine *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi* adı altında tek ve tam zamanlı bir denetim organı çalışmaya başlamıştır. Bu tarihe kadar faaliyet gösteren İnsan Hakları Divanı (İHD), Sözleşme ile getirilmiş olan güvence sisteminin yargılama organı idi. Divan, Avrupa Konseyi'ne üye devle sayısı kadar hakimden oluşuyordu. 9 yıl için Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nce seçiliyorlardı. İHD'na doğrudan başvurarak dava açma imkanı yoktu. Bir başvurunun Divan önüne gelebilmesi için İnsan Hakları Komisyonu'nun (İHK) başvuruyu ön şartlar açısından kabul etmesi, esas hakkındaki raporunu Bakanlar Komitesi'ne vermesi ve İHK'nun ya da ilgili devlet veya devletlerin işi İHD'na götürülmesi talebinde bulunması gerekiyordu. İHD'nun verdiği kararlar kesindir. Divan'ın Sözleşme'yi yorumlama yetkisi de vardı. İHD kararı ile sadece Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit ile kalmaz, gerektiğinde şikayet edilen devletin, Divan'ın yargı yetkisini bir bildirimle tanınması gerekiyordu. Halil KALABALIK, **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Basım, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 130. Mehmet AKAD / Bihterin Vural DİNÇKOL, **Genel Kamu Hukuku**, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2004, s. 316. Ayrıca bkz. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, **İnsan Hakları**, 1. Basım, Ankara, 2006, s. 121-122.

5 ARSLAN, **AİHS'de...**, s. 4.

6 Zühtü ARSLAN (Der.), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 5.

tadır. Demokratik bir siyasal rejimde, iktidarın (hükümetin) eylem veya eylemsizliği, sadece yasama ve yargı organlarının denetimine tabi olmayıp, aynı zamanda kamuoyunun da denetimine tabidir.⁷

II. İfade Özgürlüğü ve Sınırlandırma Araçları

İHAS'nin m. 10 f. 2'si; ifade özgürlüğünün, 'kamu düzenini korumak' ve 'suç işlenmesini önlemek' amacı ile sınırlandırılabilceğini öngörmektedir. Nitekim ifade özgürlüğünün en güçlü savunucuları bile, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün bir takım sınırlamalara tabi olması konusunda hem fikirdirler.⁸ Ancak kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi kavramları bir hayli soyut nitelikte olup, öncelikle bunlardan ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır.

Kamu düzeni kavramı, çok kullanılmasına rağmen hakkında kesin bir görüş birliği olmayıp, çok tartışılan kavramlardan biri olmaya devam etmektedir. Bu kavrama, anayasa hukuku, ceza hukuku ve özellikle idare hukuku ile özel hukuk alanında pek çok olayda başvurulmakta ve hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) de sözleşme ile güvence altına alınan pek çok temel hak ve özgürlüğün kamu düzeni amacı ile sınırlandırılabilceğini öngörmektedir. Örneğin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde; özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8. madde; din, vicdan ve düşünce özgürlüğünü düzenleyen 9. madde; ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde; dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzenleyen 11. madde de bu hak ve özgürlüklerin *kamu düzenini korumak* amacı ile sınırlandırılabilceğine yer vermektedir. Ancak Mahkeme, *Engel ve Diğerleri/Hollanda* davasında, 10. maddenin 2. fıkrasındaki "*düzen*" kavramının, sözleşmenin 6/1 ve 9 /2 fıkrasında zikredilen sadece 'kamu düzenini' (public order) ifade etmediğini, aynı zamanda belli bir sosyal grubun içinde hüküm sürmesi gereken düzen anlamını da içerdiğini vurgulamıştır.⁹ Örneğin, silahlı kuvvetler gibi bir grubun içindeki düzensizliğin, bir bütün olarak toplumun düzeni üzerinde yankıları olabilir. Bu nedenle Mahkeme, *Engel ve Diğerleri/Hollanda* davasında Hollanda silahlı kuvvetleri içinde bir düzensizliği önleme amacıyla alınan önlemlerin kamu düzenini koruma amacıyla gerekli olduğu için, 10. maddenin ihlal edilmediği

⁷ T. Ayhan BEYDOĞAN, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti*, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003, s. 77-78.

⁸ Eric BARENDT, *Freedom of Speech*, Clerendon Press, Oxford, 1985, s. 192.

⁹ Engel ve Diğerleri / Hollanda, paragraf 98.

yönünde karar vermiştir. Yine özellikle hapishane ortamı söz konusu olduğunda, bu ortamın niteliği gereği kamu düzeni, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının en önemli gerekçelerinden biri olarak görülmektedir. Budist bir mahkum, ısmarladığı dini kitaba hapishane yönetimi tarafından el konulması nedeniyle Komisyon'a başvurmuştur. Komisyon, söz konusu kitabın savaş sanatlarına ve kendini savunma tekniklerine ilişkin bir bölüm içerdiğinin altını çizerek hapishane yönetiminin müdahalesinin kamu düzenini koruma amacını güttüğünü belirtmek suretiyle taraf devletin haklı olduğuna karar vermiştir.¹⁰

Kamu düzeni kavramının bu kadar geniş kullanımına rağmen, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği, kapsamının ne olduğu ve konusu hakkında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kamu düzeni kavramı, kamu huzuru, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gibi alt başlıkları da kapsamına alan hayli geniş bir kapsama sahiptir. Bu kavram içeriği bakımından değişken ve nispi olmasına karşılık, yine de değişmeyen asli bir özü içinde taşır. Bu ise, "toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, kaba kuvvetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine belli bir düzen ve barışın hakim olmasıdır."¹¹ Kamu düzeni kavramı içinde incelenen kamu huzuru kavramı; toplum halinde yaşayışın alışlagelmiş sakinlerini aşan ölçüde rahatsızlıkların, düzen bozukluklarının önlenmesi ya da giderilmesi anlamına gelir. Kamu güvenliği ise, bir topluluğa, o topluluğun bireyelerine ve eşyalarına karşı yönelecek tehlikelerin önlenmesi anlamına gelmektedir.

Kamu düzeni kavramının içeriğinin ne olduğu konusunda temelde iki yaklaşım olduğu söylenebilir¹². Buna göre, bu kavram bir kısım bilim adamları tarafından subjektif, diğer bir kısmı tarafından ise objektif açıdan ele alınmaktadır. Subjektif yaklaşım sahipleri, kamu düzeni kavramının tanımını yapmamakta, bir eylemin kamu düzenini ihlal edip etmediğini belirleme konusunu, normu uygulayacak olan organın takdir yetkisine bırakmaktadır. Özellikle sağlıklı bir biçimde, kamu düzeni kavramının tanımının ve içeriğinin belirlenememesi gerçeği karşısında, birden fazla kriter kullanarak her olayda yapılan eylemin kamu düzenine aykırı olup olmadığının yorumlan-

¹⁰ X/Birleşik Krallık, başvuru no. 6886/75, den naklen; Akif Emre ÖKTEM, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte Yayınları, Ankara, 2003, s.351.

¹¹ Bülent TANÖR, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 131.

¹² Çetin ÖZEK, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978, s. 324.

ması gerektiğini savunmaktadırlar.¹³ Kamu düzeni kavramını objektif bakımdan ele alanlar ise, bu kavramın ne anlama geldiğini belirlemeye çalışmaktadırlar. Fakat bu belirleme yapılırken de farklı görüşler ileri sürülmektedir.¹⁴

İlk görüşe göre kamu düzeni, toplumun moral yapısına uyulmasını sağlayan normlar bütünü olarak görülüp, bu açıdan genel ahlak ile kamu düzeni aynı anlamda kabul edilmektedir. İkinci görüşe göre ise, kamu düzeni çok geniş bir biçimde ele alınmaktadır. Buna göre toplumda mevcut, uyulması zorunlu, siyasal, toplumsal ve yasal kurallara aykırı, bu kuralların oluşturduğu düzeni bozan tüm eylemler kamu düzenine aykırı sayılmaktadır. Bu yaklaşıma göre de kamu düzenini korumak saiki ile herhangi bir ifade açıklamasının sınırlandırılması mümkün olmaktadır. Üçüncü görüşe göre ise, kamu düzeninin kendine özgü ve bağımsız bir kapsamının ve içeriğinin olduğu belirtilmektedir. Buna göre kamu düzeninin, hukuki niteliğinin yanı sıra politik bir içeriğe de sahip olduğu kabul edilmekle, toplumsal barış, sükun, disiplin ve güven içinde yaşamaya yönelik tüm düzenlemeler kamu düzenini oluşturmaktadır.

Zaman ve yer bakımından nispi ve değişken nitelikli olabilen kamu düzeni kavramının değişmez anlamı; belli bir siyasal ve sosyal hukuk düzeninin, düzensizliklere karşı korunmasıdır. Bu koruma ile kastedilen husus ise, belli bir siyasal iktidar felsefesinin değiştirilmemesi, eleştiri ve tartışmalara konu olmaması değil, toplum hayatında karışıklığa yol açacak faaliyetlerin engellenmesidir.¹⁵ Bu açıklamadan da anlaşıldığı gibi, kamu düzeni herhangi bir ideolojinin korunması ile değil, toplumun maddi ve fiziki düzeninin sağlanması ile ilgili bulunmaktadır. Bu nedenle bazı fikirlerin açıklanması ile kamu düzeninin bozulacağı şeklindeki soyut ihtimallere ve genellemelere gidilmesi, ifade özgürlüğünün özünü hedef alan sınırlamalara fırsat verecek ve bu da çoğulculuğun reddi anlamına gelecektir.¹⁶

Kamu düzeni ile ilgili kuralları genel olarak, “örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını belirli bir toplum ve belirli bir zaman içinde koruyan hukuk kuralları” olarak tanımlamak uygun olur.¹⁷ Buna göre, bir

¹³ ibid, s. 324.

¹⁴ ibid, s. 325.

¹⁵ Tanör, a.g.e., s. 85.

¹⁶ Reyhan SUNAY, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muh-tevası ve Sınırları, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 85.

¹⁷ Hüseyin HATEMİ, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 42-43.

davranış hukuka ve kanuna aykırı değil ise kamu düzenine de aykırı değildir. Diğer bir deyişle, kanunda ifadesini bulmamış, yazılı bir hukuk kuralı haline gelmemiş kamu düzeni kuralı yoktur.¹⁸ Ayrıca kanunda yer alan ve emredici olan kuralın kamu düzeni olabilmesi için anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gerekir. Aksi takdirde söz konusu kuralın kamu düzeni kuralı sayılması mümkün değildir. Anayasada belirtilen temel ilkelere aykırı olmamak şartı ile kamu düzeni toplum yararı açısından zaman içinde farklılık gösterebilir ve bu durumda yeni bazı kanunların çıkarılması gerekebilir. Bundan hareketle, kamu düzeni kavramının zaman ve konu bakımından değişkenlik gösterebildiği ileri sürülebilir.

Suç işlenmesinin önlenmesi ise kamu düzeni kavramına nazaran daha somut, anlaşılması daha kolay bir kavramdır. Dolayısıyla mahkemenin önüne suçun önlenmesi amacı ile ilgili davalar geldiğinde, sorun kamu düzenine nazaran daha rahat çözüme kavuşturulabilecektir. Mahkemenin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile önünü gelen davaların hepsinde kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi kavramları birlikte kullanılmıştır. Ancak mahkeme, bu iki kavramın ayrı ayrı ele alınması gerektiğine karar vermiştir.

Mahkeme'ye göre, m. 10/2'de sınırlama nedenleri arasında sayılan bu iki kavram arasında, Fransızca tercümesinde birlikte ele alındıklarını ifade eden '*et(ve)*' bağlacı kullanılırken, İngilizce'de seçenek ifade eden '*or(veya)*' ayracı kullanılmaktadır. Mahkemeye göre, 10. maddenin içeriği ve genel sistematığı dikkate alındığında, İngilizce versiyonu bu konuda daha yerinde olacaktır.¹⁹ Yani Mahkeme'nin önüne bir dava geldiği zaman, ifade özgürlüğüne karşı yapılan müdahalenin hem kamu düzenini korumak hem de suç işlenmesini önlemek amacı gütmemesi gerekmektedir. Yapılan müdahalenin bu amaçlardan herhangi bir amacı güdüyor olması, sınırlama için gerekli ve yeterlidir. Oysa Sözleşme'nin Fransızca metninde '*ve*' anlamına gelen '*et*' bağlacı, yapılan müdahalenin haklı olabilmesi için hem kamu düzenini koruma hem de suç işlenmesini önleme amacı gütmelidir. Nitekim mahkeme *Engel ve Diğerleri/Hollanda* davasında, başvuruçular Dona ve Schul, m. 10/2 'kamu düzeninin korunması'nın, 'suçun önlenmesi' ile birlikte ele alınması gerektiğini ileri sürmelerine rağmen, Mahkeme metnin İngilizce düzenlenmesini kaynak alıp, başvuruçulara yapılan müdahalenin kamu düzenini korumak için alındığını belirtip ayrıca suç işlenmesi amacı güdüp gütmemediğini araştırmamış ve bu nedenle de başvuruçuların talebini reddetmiştir.

¹⁸ ibid, s. 39.

¹⁹ Engel ve Diğerleri / Hollanda, 8 Haziran 1976, paragraf 98.

Kamu düzeni ve özgürlükler, demokratik toplum yaşamının iki temel unsurunu oluşturmaktadır. Demokratik toplumda bu iki temel unsurun dengelenmesi sırasında, kamu düzenine gereğinden fazla ağırlık verilmesinin, özgürlüklerin zararına olması kaçınılmazdır. Kamu düzeni gereklerini ihmal etmek de toplumda kargaşaya neden olabilir. Demokratik düzende, *düzen* ile *özgürlük* arasında tezat değil, bağlılık vardır. Çünkü demokratik düzen özgürlükler temeli üzerine kurulur. Özgürlük temelinin ortadan kaldırılması demokratik düzen olma niteliğini de bertaraf edecektir.²⁰ Dolayısıyla kamu düzeni ile ifade özgürlüğüne müdahale edilirken çok dikkatli davranılmalı, ne özgürlüğün ortadan kaldırılmasına ne de düzeninin bozulmasına izin verilmemelidir.

Bu bölümde Mahkeme'nin ve Komisyon'un vermiş olduğu çeşitli kararlar incelenerek, kamu düzeni ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi nasıl ortaya koyduğu incelenecektir. Bu inceleme sırasında ilkin, radyo-televizyon ve sinema işletmeciliğinin izne bağlanması, ikinci olarak hapisane düzenini koruma ve ifade özgürlüğü arasındaki ilişki, son olarak da askeri düzenin korunması gerekçesi ile ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar ele alınacaktır.

a- Radyo-Televizyon ve Sinema İşletmeciliğinin İzne Bağlanması

Teknolojik gelişmelerin hızla ilerlemesi ile günümüzün karmaşık ve kalabalık toplumlarında bireysel ifade özgürlüğü önemini kaybetmiş, bunun yerini kitle iletişim özgürlüğü almıştır. Baskıcı toplumlarda hiçbir kitle iletişim aracı ifade özgürlüğüne sahip değilken, demokratik toplumlarda ise bütün kitle iletişim araçlarının aynı düzeyde ifade özgürlüğüne sahip olduğu söylenemez.²¹ Radyo ve TV, diğer kitle iletişim araçlarına nazaran daha sıkı bir denetime tabi tutulabilmektedir. Bu nedenle İHAS m. 10/1, radyo-TV ve sinema işletmeciliğinin taraf devletlerin ruhsat sistemine engel olmadığını düzenlemiştir.

Radyo – TV yayınlarının yazılı basına nazaran daha fazla sınırlandırılması gerektiği konusunda farklı fikirler ileri sürülmektedir.²² İlk olarak, radyo ve TV yayınının aynı anda her yerde olabilirliliği ve pasif alıcılar üzerindeki muhtemel etkileri üzerinde durulmaktadır. Örneğin AİHM TV'de

²⁰ Münci KAPANI, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 1993, s. 229. Sevtap YOKUŞ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Yetkin Yay., Ankara, 2002, s. 70.

²¹ Robert TRAGER / Donna L. DICKERSEN, **Freedom of Expression in the 21 st Century**, Pine Forge Press, California, 1999, s. 153. ERDOĞAN, **a.g.e.**, s. 177.

²² *ibid.*, s. 154.

dini bir reklamın dava konusu olduğu *Murphy/İrlanda* davasında taraf devlet lehine karar verirken özellikle bu konu üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre reklam yasağı, işitsel-görsel medyayı kapsamaktadır. Başvuru sahibinin itiraf ettiği ve Mahkeme'nin de kabul ettiği gibi, böylesi medyanın özellikle pasif alıcılar üzerinde daha hızlı, kapsayıcı ve güçlü etkiye sahip olduğu gerçeği ışığında, devletin bu yayınların muhtemel etkileri konusunda endişe duyması normal karşılanmalıdır.²³ Başvuru sahibi, nihayetinde aynı konuyu (yerel ve ulusal gazeteler dahil) yazılı basında, kamuya açık toplantılarda ve diğer toplantılarda reklam etme konusunda serbesttir. Ayrıca Mahkeme'ye göre yasak sadece reklama ilişkindir. Dolayısıyla Mahkeme açısından bu sınırlama, reklam için bir yayın saati almakla program yoluyla (belgeseller, tartışmalar, filmler, dini konuların canlı olarak yayınlanması ve tartışılması dahil) dini meselelerin ele alınması arasında devlet tarafından yapılan makul ayrımı yansıtmaktadır. Programlar, bir taraf onun yayın saatini satın aldığı için yayınlanmaz ve hükümetin belirttiği gibi tarafsız olmalıdır. Mahkeme'ye göre dava konusu reklam, özellikle taraflı bir amaç taşıma eğilimindedir. Bu nedenle o reklamın, yukarıda belirtilen tarafsızlık ilkesine tabi olduğu ileri sürülemez. Ve reklam saatinin satın alınması gerçeği, daha büyük kaynaklara ve tanıtım imkanlarına sahip dini grupların lehine dengesiz bir kullanım durumu oluşturacaktır. Sonuç olarak Mahkeme, işitsel-görsel medyadaki reklamların dışında, başvuru sahibinin dinsel ifade özgürlüğünün sınırlandırılmadığı sonucuna varmıştır.²⁴

İkinci olarak, çocukların, ebeveynlerinin izni olmaksızın radyo ve TV yayınlarına maruz kalabilecekleri üzerinde durulmaktadır. Radyo ve özellikle TV, yazılı basından daha etkili olup, çocuklar açısından resim ve sesler kelimelerin çok ötesinde bir güce sahiptir.

Radyo ve TV yayınlarının daha sıkı bir düzenlemeye tabi tutulması konusunda üçüncü ve en önemli sebep olarak, yayıncıların yayın istasyonlarından radyo ve TV antenlerine sinyal göndermek için elektromanyetik dalga bantlarını kullanmaları üzerinde durulmaktadır. Dalga bandı, radyo sinyallerinin ve diğer frekansların, örneğin X ışınlarının, bir noktadan diğerine hareketine imkan veren doğanın fiziksel bir özelliğidir. Ancak, dalga bandının AM ve FM radyosu ve VHF ve UHF televizyonu için kullanılan kısmı sınırlıdır. Bir coğrafi bölgede dört yayın servisinin her birinde çalışabilecek istasyon sayısının azami bir sınırı vardır. Maksimum sayı aşıldığında, fazladan yayın yapan istasyonların sinyalleri mevcut istasyonlarınkine müdahale ede-

²³ Murphy / İrlanda, 10 Temmuz 2003, paragraf 74.

²⁴ ibid, paragraf 74.

cektir. Dolayısıyla, yayın yapmak isteyen kişi ve şirketlerin ancak belli bir kısmına bu hak tanınacaktır. Bu hakkın tanındığı şirketlerin halka karşı özel bir sorumluluk altına girecekleri de bir gerçektir. Bu durum ise kamu düzeni için belli düzenlemelerin kabulünü gerektirmektedir.

Ancak kablolu TV, radyo bandı kullanmayıp, sinyalleri radyo frekanslarının banda girişini engelleyen bir kablo vasıtasıyla dağıtılmakla birlikte, kablolu TV'nin yazılı basından daha sıkı bir şekilde denetime tabi tutulduğu da bir gerçektir.²⁵ Bu ise Amerikan mahkemeleri tarafından kablolu yayın için kullanılan kabloların kamuya ait alanları, caddeleri, sokakları ve bazen de kamu mülklerinin altından geçmesine dayandırılmaktadır. Bu nedenle, kamu alanlarını kullanma iznine karşılık, hükümetin kablolu yayın şirketlerinin gelirinin belli bir kısmını harç olarak almak ya da bazı kanallarının kamu yararı ve eğitim programları için kullanılmasını istemek gibi alternatifleri vardır.

Kablolu TV, yazılı basına nazaran daha fazla düzenlemeye tabi tutulmasına karşın, normal radyo-TV yayıncılığından daha fazla ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Çünkü kablolu yayıncılık dalga bandı kullanmayıp, belli bir coğrafi bölgede iş yapan ve rekabet eden kablolu sistemler için fiziksel bir sınırlama getirmemektedir. Nitekim AIHM'nin Avusturya ile ilgili *Tele1Privatfernsehgesellschaft kararı* da²⁶ bu yönde olmuştur.

10. madde bağlamındaki en önemli ve nazik konulardan biri de Radyo-TV yayınları üzerindeki denetimlerle ilgilidir. Komisyon ve Mahkeme'nin 10. madde çerçevesinde incelediği şikayetlerden bazıları, kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesi ile önlerine gelen radyo ve TV yayınlarının denetimi ile ilgili şikayetlerdir. Strazburg organları ilk olarak radyo ve TV yayınlarında devletin tekel hakkı olup olmadığını, daha sonra da yapılan yayınlara müdahalenin 10. madde çerçevesince haklı olup olmadığını incelemektedir. 10. maddenin 1. fıkrası 3. cümlesinde; devletlerin radyo, TV ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarının, ifade özgürlüğünü ihlal etmeyeceği açıkça düzenlendiği için, Strazburg organları devletlerin bu konularda tekel konumunu kabul ederek, özel işletmeleri ruhsata bağlamak sureti ile yayınları bazı kayıt ve şartlara tabi tutma yetkilerini kabul etmekte idi. Sözleşme'nin m. 10 f. 1'in 3. cümlesinin, sözleşmeciler devletlere radyo-TV ve sinema işletmelerinin ruhsat rejimine tabi tutmasının nedeni olarak; söz konusu iletişim araçlarının gerek teknik, gerekse etki bakımından klasik haberleşme

²⁵ TRAGER / DICKERSEN, a.g.e., s. 157.

²⁶ Tele 1 Privatfernsehgesellschaft / Avusturya, 31 Ağustos 2000.

aracı olan yazılı basından çok farklı niteliklere sahip olmaları gösterilmiştir.²⁷

10. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesindeki ibareye rağmen, radyo-TV ve sinema işletmeleri üzerindeki kısıtlamaların 10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama nedenlerine dayanması gerekmektedir. *Informationsverein Lentia ve Diğerleri* davasında, başvuru radyo istasyonu kuramamaktan ve Avusturya hukukunda bu hakkın Avusturya Yayın Birliği lehine kısıtlanmış olmasından yakınıyorlardı. Mahkeme, bu olay önüne geldiğinde, 1. fıkrasının 3. cümlesinin amacı ve hedefinin ve uygulama alanının, maddenin bütün bir bağlamı içerisinde ve özellikle de lisans sisteminin sınırlarını çizen ikinci fıkrasıyla ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, radyo ve TV yayınları ile ilgili yeni kararlarında özel radyo TV istasyonları kurulmasını anlayış ve hoşgörü ile karşılamakla beraber, bu alandaki devlet tekeli tartışma konusu yapmamakta, ancak ilgili devlet mevzuatının, ruhsat sistemine dayalı özel radyo ve TV istasyonları kurulmasına imkan vermemesini de, büyük bir eksiklik sayarak Sözleşme'ye aykırı bulmaktadır.²⁸ Mahkeme, *Autronic A. Ş ve Groppera* kararlarında, frekansın sınırlı olması veya radyo ve TV yayınlarının devletin tekelinde olmasına ilişkin politik çıkarlar nedeniyle bundan birkaç yıl öncesine kadar radyo ve TV'de devlet tekelinin haklı görülebileceğini, ancak bugünkü teknik gelişmeler karşısında tekelin ortadan kaldırılması gerektiğini vurgulamıştır.

Mahkemeye göre, AIHS'nin yürürlüğe girdiği tarihten bu yana kendini gösteren teknik gelişmeler ve özellikle kablolu yayınların ortaya çıkması, Avrupa ülkelerinde devlet tekelinin kaldırılmasına neden olmuştur. Artık devletler milli yayın şirketlerinin yayınlarını düzenlerken milletlerarası kuralları da göz önüne almak zorundadırlar. Bu nedenle 10. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesinin konu, amaç ve kapsamı (uygulama alanı) belirlenirken maddenin bütünü ve özellikle 2. fıkrada yer alan ölçüt ve gerekleri göz önünde tutmak gerekmektedir. Kısacası, 1. fıkranın ilk iki cümlesine istisna getiren bu 3. cümle kapsamı sınırlıdır. Bu hüküm devletlere izin rejimini uygularken, 2. fıkra şartlarından da muaf tutmuş değildir. Aksi durumda 10. maddenin bütünü bakımından konu ve amacına aykırı düşen bir sonuç ortaya çıkacaktır.²⁹ Şayet bir radyo-TV ya da sinema yayını üzerine bir sınırlama

²⁷ Feyyaz GÖLCÜKLÜ / Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 362.

²⁸ Şeref ÜNAL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001, s. 251.

²⁹ *Grappera Radio AG ve Diğerleri / İsviçre*, 28 Mart 1990, paragraf 60.

getirilecekse bu sınırlama 10. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen meşru amaçlardan birini taşımalıdır. Nitekim bu konu ile ilgili olarak Mahkeme'nin önüne gelen davalarda yapılan sınırlamanın kamu düzenini korumak için yapıldığı ileri sürülmüştür. Mahkeme yapılan müdahalelerin kamu düzenini koruma amacını güttüğünü kabul etmesine rağmen, bazı davalarda bu müdahalenin demokratik toplum için gerekli olmadığı yönünde karar vermiştir.

Şimdi burada, birinci alt kısımda, sınır-ötesi yeniden yayınların yasaklandığı bir dava ele alınacak olup, ikinci alt kısımda da ulusal otoritelerin, yayın lisansı başvurularını, yabancı bir ülkenin izni olmadığı gerekçesiyle veya bir kamu tekeli korumak amacıyla, reddedip edemeyeceği analiz edilecektir. Üçüncü alt kısımda ise araba reklamları yapmak için kurulacak olan TV kanalının ruhsat talebinin reddedilmesi incelenecektir.

aa- Sınır-Ötesi Yayınların Önlenmesi

Mahkeme, 28 Mart 1990 tarihli *Groppera Radio AG ve diğerlerinin İsviçre'ye karşı açtıkları davada*,³⁰ İsviçre'de 1984 yılında yürürlüğe giren bir kararname ile radyo ve telekomünikasyona dair uluslararası antlaşmaların gereklerine uygun olmayan vericilerden yapılan programların ortak anten imtiyazına sahip İsviçre kablolu şebeke işletme şirketleri tarafından alınıp tekrar dağıtımının yasaklanmasının sansür niteliğinde olmadığı ve amacının da kanuna karşı hileyi önlemek olduğu gerekçesi ile Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

İlgili davada Mahkeme'nin incelediği konu özetle şudur: 1983 Ekim ayında, İsviçre hukukuna göre kurulan bir limited şirket İtalya'da Pizza Groppera'da güçlü bir verici kullanarak, İsviçre'deki dinleyicilerine radyo yayınları yapmaya başlamıştır. Programların, bireysel antenlerle ulaşımı sağlanmış ve ayrıca ilk zamanlar kablolu yayın şirketleri tarafından dağıtımı yapılmıştır.

İsviçre Federal Meclisi 1 Ocak 1984'te bir kararname çıkararak, radyo ve telekomünikasyon alanındaki milletlerarası sözleşme gereklerini yerine getirmeyen, yayın lisansına sahip İsviçre kablolu yayın şirketlerinin yayın yapmalarını yasaklamıştır. Ancak bunlardan Zürih yakınlarında kurulu bir şirketin yayınlarını sürdürmesi üzerine, önce Zürih Kanton makamları, daha sonra da Federal Milli Posta ve Telekomünikasyon İdaresi, şirketten yayınların durdurulmasını talep etmiştir. Şirket, idarenin bu tasarrufu aleyhine Federal Mahkeme'ye başvurmuş, Groppera Radyo AG de davaya müdahil olmuştur. Ancak dava Haziran 1985'te İtalya'da bulunan vericinin 1984 yılında yıldırım isabet etmesi sonucu yıkılması nedeniyle davaya devamda yarar

³⁰ ibid, paragraf 60.

olmaması gerekçesi ile reddedilmiştir. 9 Şubat 1984 tarihinde Groppera Radio AG ve onun hissedarı ve yasal temsilcisi ile diğer iki gazeteci, İsviçre’de kablolu yayın aracılığıyla İtalya’daki radyo yayınlarının dağıtımının yasaklanmasının Sözleşme’nin 10. ve 13. maddelerini ihlal ettiği gerekçesi ile Komisyon’a başvurmuş ve yapılan incelemeler sonucunda Komisyon başvuruyu Sözleşme’nin 10. maddesi bağlamında haklı bulmuştur.

Sınır-ötesi radyo ve TV yayınlarının ortaya çıkardığı sorulara yönelik olarak Mahkeme’nin önüne gelen ilk olay olan bu davada Mahkeme, İsviçre’nin söz konusu radyonun programlarını bireysel alıcılara dinlenemez hale getirmeksizin, yalnızca İsviçre’deki yürürlükte bulunan telekomünikasyon yasal sisteminden kaçmak amacıyla sınır ötesinde faaliyet gösteren radyo istasyonuna karşı aldığı tedbirin demokratik bir toplum bakımından zorunlu bir müdahale olduğuna ve bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme bu kararı alırken üç temel gerekçeyi göz önünde tutmuştur. İlk olarak, müdahale oldukça küçük çaplıdır; çünkü 1983 tarihli Kararname yürürlüğe girdiğinde, kablolu yayın şirketlerinin çoğu, şikayetçi şirketin programlarının yayınlanmasını durdurmuşlardır. İkinci olarak, İsviçre makamları İtalya’da Pizza Groppera’dan yapılan yayınlara hiçbir şekilde müdahale etmemiş, yasak sadece bütün aboneleri İsviçre’de bulunan ve İsviçre hukukuna göre kurulmuş olan bir şirketin yayınlarına konmuştur. Son olarak da yasaklama, yayınlanan programların içeriği ve eğilimiyle ilgili olmaması nedeniyle bunun sansür olarak değerlendirilemeyeceği üzerinde durmuştur. Yapılan işlem, İsviçre mevzuatındaki kısıtlamalardan kurtulmak için sınırın diğer tarafında faaliyet gösteren ve makul olarak bir İsviçre istasyonu sayılabilecek bir istasyona karşı alınan bir önlemden ibarettir.³¹

Yine İsviçre ile ilgili Autronic AG kararında Mahkeme benzer bir olayı incelemiştir. Çanak antenler konusunda uzmanlaşmış bir İsviçre şirketi olan Autronic AG, Zürih’teki bir sergi sırasında bir Sovyet TV uydusundan doğrudan alacağı Sovyet TV programını halka göstermek için Federal Milli Posta ve Telekomünikasyon İdaresi’ne başvurur. Federal Milli Posta ve Telekomünikasyon İdaresi Ocak 1983’te Autronic AG’nin başvurusunu reddeder. İsviçre Federal Mahkemesi, Autronic AG tarafından açılan idari dava konusunda, korumayı gerektiren doğrudan bir ekonomik yarar olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddeder. Bunun üzerine Autronic AG, Sözleşme’nin 10. maddesinde güvence altına alınan haber alma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, kararında; 10. maddenin sadece haberlerin içeriği

³¹ Grappera Radio AG ve Diğerleri / İsviçre, paragraf 72.

ile değil, aynı zamanda bu haberlerin gönderilme yolları veya alınma imkânları konusunu da içerdiğini, zira bu konularda getirilen her türlü sınırlamanın da haber alıp verme hakkına ilişkin olduğuna karar vermiştir. Hangi nedenle ve hangi amaçla olduğunu araştırmaya gerek olmaksızın 10. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenen hak kapsamına, çanak veya diğer bir anten yoluyla TV programlarının alınması da dâhildir. Oysa İsviçre adli ve idari makamlarınca Autronic AG'nin G-Horizan şirketinin mesajlarını yasal yoldan alması engellenmiştir. Bu nedenle de ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından bir müdahale söz konusudur.³²

Mahkemeye göre, İsviçre makamlarının müdahalesinin iki temel amacı bulunmaktadır. Birincisi telekomünikasyon düzeninin korunması, ikincisi ise gizli bilgilerin açıklanmasının engellenmesi gereğidir. Mahkemeye göre, olayın olduğu tarihten sonra bir yandan teknik açıdan TV programlarını yayınlayan birçok telekomünikasyon uyduları hizmete girmiş, diğer yandan da Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Anlaşması³³ imzalanmış ve böylece yayın yapan ülke idaresinin izni olmaksızın ve ayrıca diğer sözleşmeciler devletlerin açıkça protestolarına neden olmaksızın şifreli olmayan telekomünikasyon uydularından gelen yayınların birçok devlette alınmasına izin verilmiştir. Divan'a göre bu gelişme, konunun daha iyi anlaşılmasına yaradığı için dikkate alınması gerekir. Bu nedenle İsviçre makamları sözleşmenin tanıdığı ulusal takdir marjını aşmışlardır.³⁴

Mahkeme'nin bu yorumuna göre, daha sonraki gelişmeler ilgili kuralların anlaşılması ve yorumlanmasına bir katkıda bulunursa, Mahkeme tarafından

³² ibid, paragraf 62.

³³ Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi 15 Mart 1989 tarihli olup, Türkiye bu sözleşmeyi 7 Eylül 1992 tarihinde imzalamış ve 4 Kasım 1993 tarihinde 3915 sayılı kanun ile onaylamıştır. (RG 12 Aralık 1993). Bu Sözleşmenin Başlangıç bölümünde, İHAS 10. maddeye gönderme yaparak ifade ve haberleşme özgürlüğünün demokratik toplumun temel ilkelerinden birisi ve toplumun ve bireyin gelişebilmesinin temel koşulu olduğu belirtilmiştir. Sözleşmenin 4. maddesinde, taraf devletlere, İHAS'nin 10. maddesine uygun olarak, ifade ve haber alma özgürlüğünü sağlayacak ve yayın izleme özgürlüğünü güvence altına alacak ve bu Sözleşme hükümlerine uygun bulunan program hizmetlerinin kendi toprakları üzerinde yeniden iletiminin kısıtlanamayacağı düzenlenmektedir. Sözleşmenin 3. maddesinde ise Sözleşmenin uygulama alanı, kablo, küresel verici ya da uydu ile olsun, Taraf Devletin yetki alanındaki teknik araçlarla iletilen ya da yeniden iletilen ve birden çok taraf ülkede doğrudan ya da dolaylı olarak alınan program hizmetlerini kapsamaktadır.

³⁴ Grappera Radio AG ve Diğerleri / İsviçre, paragraf 63.

dikkate alınabilecektir. Bu karardan da anlaşıldığı üzere, Mahkeme kararını verirken, olay meydana geldikten sonraki gelişmeleri de göz önünde bulundurmaktadır. Oysa bu durum hukuktan beklenen istikrar ve belirlilik ilkesi için çok ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. Mahkeme'nin görevi, ulusal otoritelerin, Mahkeme'nin kararını verdiği sırada değil, ifade özgürlüklerini kullanan kişilere kısıtlama getirildiğinde Sözleşme'ye aykırı hareket edip etmediklerini belirlemek olmalıdır.

bb-Kamu Tekelini Korumak İçin Yayın Lisansı Başvurusunun Reddedilmesi

İfade özgürlüğü, sadece bireylerin bu özgürlüğünü devletin olası müdahalesine karşı koruyan negatif bir özelliğe sahip değildir. Aynı zamanda devletlere bu hakkı koruma adına pozitif bir görev de yüklemektedir. Medya alanında tekelleşme, gücün bir elde toplanması da basın özgürlüğüne karşı potansiyel bir tehlike oluşturabilir. Bu nedenle devletler her şeyden önce basın yayında gerek kamusal gerekse özel tekelleşmeye karşı önlemler almak zorundadır. Nitekim basın özgürlüğünü korumak için tekelleşmeyi önlemeye yönelik tedbirler, hem basında çoğulculuğu hem de bilgi ve kültür bazında çeşitliliği güvence altına alacaktır.³⁵

10. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesinde devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarının, ifade özgürlüğünü ihlal etmeyeceği açıkça düzenlendiği için, Strazburg organları devletlerin bu konularda tekel konumunu kabul ederek, özel işletmeleri ruhsata bağlamak sureti ile yayınları bazı kayıt ve şartlara tabi tutma yetkilerini kabul etmekte idi. Mahkeme bu konu ile ilgili ilk kararlarında, frekansın sınırlı olması nedeni ile radyo-televizyon işletmesinde devlet tekelinin olmasının haklı görülebileceğini belirtmesine rağmen, bu günkü teknik gelişmeler karşısında devletlerin bu konudaki tekeli korumanın 10. maddenin amacı ile bağdaşmadığı kanaatindedir.³⁶

Mahkeme'nin devlet tekeli korumak için yayın ruhsatlarının reddedilmesi ile ilgili baktığı ilk davalardan biri, *Informationsverein Lentia'nın Avusturya aleyhine açtığı davadır*.³⁷ Informationsverein Lentia, Lints'te bulunan 458 daireli ve 30 işyeri içeren bir yerleşim biriminin müşterek mülkleri ile orada oturanların birlikte kurdukları dernek olup, 9 Haziran

³⁵ Dirk VOORHOOF, Critical Perspectives on the Scope and Interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights, Mass Media Files no: 10, Council of Europe Publications, Strasbourg, 1995, s. 58-59.

³⁶ Grappera Radio AG ve Diğerleri / İsviçre, paragraf 64.

³⁷ Informationsverein Lentia / Avusturya, 24 Kasım 1993.

1978’de Linz Telekomünikasyon Bölge Müdürlüğü’ne yerel haklarına ilişkin sorunlar konusunda yalnızca üyelerine dönük programlar içeren bir kablo yayını kurmak ve işletme için izin talebinde bulunur. Federal Ulaştırma Bakanlığı Telekomünikasyon Müdürlüğü yasal bir dayanak olmadığı gerekçeyle talebi reddeder. Anayasa Mahkemesi de bu karara karşı yapılan anayasa şikâyetini reddeder. Radyo yayıncılığına ilişkin olarak anayasa sözleşmesinin 10. maddesinin 3. cümlesi anlamında izin sistemi öngörmüştür. Objektiflik, tarafsızlık ve çoğulculuğu sağlamak amacı ile öngörülen bu yetki, Avusturya Radyo-TV idaresine verilmiştir. Bu konuda hiçbir uygulama kanunu yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi bu nedenle konuyu idare mahkemesine yollamış, o da Anayasa Mahkemesinin gerekçelerini dikkate alarak talebi reddetmiştir. Diğer dört başvurana da Lentia ile birlikte, benzer gerekçelerle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na, 10. maddede güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürer.

Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumda oynadığı temel rol üzerinde ısrarla durarak, bu konuda çoğulculuğun büyük önem taşıdığını belirtmiş, yazılı basın kadar görsel basının da çok daha geniş bir alanda programlarını yayması nedeniyle, ifade özgürlüğüne kamu tekelinin çok büyük bir sınırlama getirdiğini belirtmiştir. Bu derecede aşırılığın mutlak bir zorunluluk olması halinde haklı olabileceğini belirterek, son dönemlerdeki teknik gelişmeler sayesinde benzer sınırlamaların günümüzdeki frekans ve kanal sayısına bağlı gerekçelerle yapılamayacağını, ayrıca kararını, haberin objektifliği ve tarafsızlığı gerekçesine dayandıran Avusturya’nın Avusturya halkına dönük yabancı yayınların artması ve idare mahkemesinin kablo ile bunların yayınlanmasının yasal olduğunu kabul eden kararı karşısında değerini kaybettiğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, daha az sınırlayıcı çözüm yolları bulunmadığının ileri sürüleceğini belirtmiş, örnek olarak ulusal radyo TV kurumunun faaliyetlerine özel katılım şekilleri öngörerek veya bazı alanlarda katılım izni vererek bazı devletlerin bunu yumuşattıklarını vurgulamıştır. Avusturya Hükümeti’nin Avusturya pazarının özel tekeller oluşmasını önleyecek kadar yeterli özel radyo-TV istasyonlarını kaldıracak nitelikte olmadığı yönündeki ekonomik gerekçesinin ise, Avusturya ile aynı büyüklükte olan diğer bir çok Avrupa ülkesinde devlet istasyonları ile özel istasyonların bir arada faaliyet göstermesi nedeniyle doğru olmadığına ve bundan duyulan korkuların yersiz olduğuna dikkat çekmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, özel radyo –TV yayını yapmak isteyen başvuranlara yapılan müdahalenin güdülen amaçla orantılı olmadığını ve bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vererek 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Bu karardan da anlaşıldığı gibi Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğünü kısıtlayan en büyük etkenlerden birisi de kamu tekelidir. Yani ulusal bir yayın istasyonundan başka, yayın yapmanın tamamen imkânsız kılınması veya yerel kablolu bir istasyonla, sadece çok sınırlı bir şekilde yayın yapılabilmesi durumudur.³⁸ Buna bağlı olarak Mahkeme, bu şekilde çok ileri giden bir kısıtlamanın ancak acil bir ihtiyaç söz konusu olduğu zaman haklı görülebileceğini belirtmiştir. Acil sosyal bir ihtiyacın olup olmadığının incelenmesinde Mahkeme, yayın alanındaki teknik ve yasal gelişmelere başvurmuştur. Mahkeme, teknik gelişmenin sayesinde mevcut olan frekans ve kanal sayısının, kısıtlama için artık haklı bir gerekçe oluşturmadığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, Avusturya seyircilerini hedef alan, kablo ile yabancı programların yeniden yayınlarının giderek arttığını ve Avusturya otoritelerinin de bunları yasal olarak kabul ettiklerine işaret etmiştir. Sözleşmeye imza atan belli bazı üye milletlerin uygulamalarına işaret ederek, Mahkeme artık daha az kısıtlayıcı çözümlerin olduğuna hükmetmiştir.

Mahkeme yine Avusturya ile ilgili *Tele1Privatfernsehgesellschaft* kararında radyo-TV üzerindeki kamu tekelini incelemiştir.³⁹ İlgili olayda bir vatandaş 30 Kasım 1993 tarihinde Viyana ve çevresinde yayın yapan bir verici kurma ve işletme ruhsatı verilmesi için Aşağı Avusturya ve Burgerland Telekomünikasyon Kurumu'na başvurmuştur. Telekomünikasyon Kurumu'nun bu isteği reddetmesi üzerine başvuran, yukarıda incelenmiş olan *Informationsverein Lentia ve Diğerleri/Avusturya* kararına atıfta bulunarak, ret kararının Sözleşme'nin 10. maddesi ile korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne yazılı bir şikâyette bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından şikâyetin reddedilmesi üzerine, başvuran 10. maddenin ihlal edildiği gerekçesi ile bu kez de Komisyon'a başvurmuştur.

Mahkeme, 10. maddenin 1. fıkra 3. cümlesinin, ruhsat rejimi oluşturmak suretiyle devletlere ülkelerinde yayıncılığı -özellikle teknik gerekler yönünden- düzenlemelerine izin verdiğini, böyle bir düzenlemenin teknik şartlar yanında, örneğin kurulmak istenilen tesisin niteliği ve amaçları, ulusal, bölgesel ve yerel düzeydeki muhtemel dinleyici kitlesi, belli izleyici grubunun hakları ve ihtiyaçları, uluslararası sözleşmelerden çıkan yükümlülükler vb gibi diğer amaçları da içerebileceğini belirtmiştir. Mahkeme'nin bu yorumuna göre; 2. fıkrada belirtilen amaçlardan hiçbirine uymasalar bile, amacı 1. fıkranın 3. cümlesine göre meşru olan kısıtlamalara yol açabilecektir. Mah-

³⁸ ibid, paragraf 39.

³⁹ Tele 1 Privatfernsehgesellschaft / Avusturya, 31 Ağustos 2000.

keme, bununla birlikte bu tür müdahalelerin Sözleşme'ye uygunluğunun 2. fıkrada belirtilen diğer gerekler ışığında değerlendirileceğini vurgulamıştır.⁴⁰ Mahkeme, Avusturya'da yürürlükte olan tekel rejiminin -ilgili makamların kendilerine verilen basın yayın kurumlarını denetleme yetkileri vasıtasıyla-programların kaliteli ve dengeli olmasına katkıda bulunduğu ve bu rejimin 10. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesi ile uyumlu olduğunu belirtmiştir.⁴¹

Hükümet, Avusturya yayıncılık kanununun *Informationsverein Lentia ve Diğerleri* kararlarından bu tarafa kademeli bir değişim geçirdiğini ve şimdi sözleşmenin 10. maddesi ile uyumlu hale geldiğini ileri sürmüştür. Hükümet, Avusturya'nın topografik yapısı nedeniyle, karasal yayıncılık için kullanılacak sadece üç frekansın mevcut olduğunu ve bunlardan ikisinin de ORF'ye tahsis edildiğini belirtmiştir. Diğer Frekansı özel bir yayıncıya tahsis etmek ise özel bir tekel oluşturabilirdi. Bu nedenle taraf devlet, yasama organının, kıt bir kaynak niteliğindeki frekansları ORF için saklı tutarken, özel yayıncılara kablolu yayın ve uydu aracılığı ile yayın yapma hakkı vermesi, taraf devletlere bu alanda verilen takdir marjı içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.⁴²

Mahkeme davayı, kablolu yayın ve uydu aracılığı ile yayın yapmaya izin veren kanunun çıkarılmasından önceki ve sonraki dönemi birbirinden ayırarak iki aşamada incelemiştir. Birinci dönemde Mahkeme, ORF dışında herhangi bir istasyona bir televizyon vericisi kurma ve işletme belgesi verilmesinin hiç bir kanuni dayanağının olmadığını belirtip, başvuranın durumunun yukarıda incelemiş olduğumuz *Informationsverein Lentia ve Diğerleri* davasına benzediğini belirtip sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

İkinci dönem için ise Mahkeme, karasal TV yayıncılığı alanında hala ORF'nin tekel yetkisini korumasına rağmen, özel yayıncıların hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın programlarını oluşturmak ve kablolu TV yayıncılığı yapmak konusunda özgür olduklarını belirtmiştir. Mahkeme Viyana'da TV yayını alan hemen her hanenin kablolu TV ağına bağlanma ihtimaline dikkat çekip, başvuranın haber verme hakkına karasal yayın yapma ruhsatı verilmemesi nedeniyle ortaya çıkan müdahalenin, Yayıncılık Temel Kanunu'nun öngördüğü bir ulusal kanal aracılığıyla haberciliğin tarafsızlığı ve objektifli-

40 ibid, paragraf 25.

41 ibid, paragraf 29.

42 ibid, paragraf 33.

ğini ve fikirlerin çeşitliliğini güvence altına alma gibi amaçlarla orantılı olduğuna ve bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴³

Mahkeme ikinci dönem için, ifade özgürlüğü üzerinde ORF'nin karasal yayıncılık alanındaki tekel olmasından kaynaklanan olumsuz etkisinin, bu dönemdeki kablolu TV yayıncılığının güvenilir bir alternatif olması vasıtasıyla dengelendiği kanaatindedir. Ancak Mahkeme'nin burada gözden uzak tuttuğu nokta, gerçekten kablolu yayının karasal yayıncılığa alternatif olup olmadığı ve gerek yayıncı gerek seyirciler açısından maliyetinin eşit olup olmadığı konusudur. Şayet maliyet olarak ikisi arasında bir fark yoksa, bu durumda Mahkeme'nin kararı yerinde, eğer ikisi arasında maliyet açısından bir fark varsa -ki kararda bu konuda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır- Mahkeme'nin kararlarını yerinde bulmak mümkün olmayacaktır. Çünkü hâkim Bonello'nun da aynı yöndeki görüşünde belirttiği gibi, bir kimse benzer fikirleri ve bilgileri alırken veya yayarken başkalarına mali veya herhangi bir zarar yüklenmemelidir. Şayet böyle bir yüklenme gerçekleşirse ifade özgürlüğüne ciddi bir müdahale söz konusu olacaktır. Ayrıca, basın yayın alanında bir tekel oluşturmanın zararlı etkileri, ancak kolaylıkla ulaşılabilir seçeneklerin varlığı ile hakkıyla dengelenebilir. Böyle bir seçenek oluşturulmadığı sürece, kişilerin kendilerini özgürce ifade ettiklerini savunmak mümkün olmayacaktır. Eğer karasal ve kablolu TV eşit ölçüde ulaşılabilir ise 10. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmenin de bir anlamı kalmayacaktır.

Mahkeme'nin bu kararından anlaşıldığı gibi, Mahkeme olaydan sonra gelen bir kısım teknik ve yasal değişiklikleri de kararında dikkate almaktadır. Burada Mahkeme, yapılan yasal değişikliğin karasal yayıncılık alanında olmasa da, kablolu yayın ve uydu aracılığı ile özel kişilere TV yayıncılığı yapma imkânı tanıdığı için 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu davada Mahkeme'nin, olayı iki aşamalı olarak ele alıp birinci aşamada ihlal edildiği yönünde karar vermiş olması yerinde olmasına rağmen, olaydan daha sonra meydana gelen gelişmeleri kararında göz önünde bulundurması ise yerinde olmamıştır. Bu olayda Mahkeme'nin incelemesi gereken esas konu, ifade özgürlüğünün kullanıldığı dönem içinde bu hakkın ihlal edilip edilmediği olmalıydı.

Bu davada Mahkeme'nin birinci dönem için oybirliği ile bozma kararı vermesinden dolayı, Mahkeme'nin radyo ve TV yayıncılığı alanında tekelci bir sistemi onaylamadığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

⁴³ ibid, paragraf 41.

cc- Televizyon Programı İçeriği Nedeniyle Lisans Başvurusunun Reddedilmesi

Mahkeme, *Demuth / İsviçre kararında*⁴⁴ TV programlarının içeriğini de denetlemiş, tek amacı “reklam” olan ve toplumun kültürel çoğulculuğuna ve halkın bilgilendirmesine herhangi bir katkısı olmayan TV kanallarına ruhsat verilemeyebileceğine karar vermiştir.

1949 Zürih doğumlu başvuran, CAR TV AG adı ile sadece belli konulara tahsis edilmiş bir TV kanalı kurmak için başvuruda bulunur. TV programı, arabalar konusundaki her türlü değişikliği içerip, özellikle araba haberleri, araba yedek parçaları, trafik ve enerji politikaları, trafik güvenliği, turizm, otomobil sporları, tren ve trafik kazaları ile çevre şartları arasındaki ilişkiyi anlatan bir reklâm içeriğine sahip olacaktır.⁴⁵ Bu kişi 10 Ağustos 1995 tarihinde CAR TV AG adına yayın izni almak için İsviçre Hükümeti’ne başvuruda bulunur. 1996 tarihinde İsviçre Federal Meclisi, ne İsviçre kanunlarında ne de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 10. maddesinde, reklâm ruhsatını güvence altına alan herhangi bir hüküm olmadığı gerekçesi ile başvuruyu reddeder. Bunun üzerine başvuran, CAR TV AG’ye reklâm ruhsatı verilmesinin Federal Meclis tarafından reddedilmesinin, Sözleşme’nin 10. maddesi ile çeliştiği gerekçesi ile Komisyon’a başvurur. Başvuran, bu tip yayın yapan kanalların Almanya ve ABD’de oldukça yaygın olduğunu, bunların demokratik tartışmalara engel olmadığını belirtip yapılan müdahalenin demokratik toplum için gerekli olmadığını iddia etmiştir.⁴⁶

Hükümet ise İsviçre Anayasası’nın 55. maddesinin 2. fıkrasına göre görsel, işitsel medya alanında yayın izni verilmesi için bu yayınların toplumun kültürel çoğulculuğunun gelişimine katkıda bulunması gerektiğini, bunun da Sözleşme’nin 10. maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesi ile uyumlu olduğunu belirtmiştir. Amacı sadece reklam olduğu için bu TV kanalının topluma herhangi bir katkısı olmayacağı ve TV programlarının kalitesini artırmak ve programlar arasındaki dengeyi devam ettirmek için yapılan müdahalenin gerekli olduğunu ileri sürmüştür.⁴⁷ Mahkeme de bu konuda, taraf devletin sahip olduğu ulusal takdir marjını belirlerken, başvuranın böyle bir kanal kurmadaki amacının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, CAR TV AG’nin araba satışlarını ve de araba fiyatlarını arttırmayı amaçladığını, bu nedenle de yapılan müdahalenin gerekli olduğuna

⁴⁴ Demuth / İsviçre, 5 Şubat 2003.

⁴⁵ ibid, paragraf 10.

⁴⁶ ibid, paragraf 21.

⁴⁷ ibid, paragraf 25-26.

karar vermiştir. Oysa başvuranın amacı, sadece araba ve yedek parçalarının reklâmları değildir. Bunlara ek olarak trafik politikaları, yol güvenliği ve çevre sorunları konusunda da programlar yapmayı da hedeflemiştir. Bunların ise toplumun sosyal yapısına katkısının olmadığını söylemek mümkün değildir. Mahkeme'nin bakış açısından, bu belirtilenler asıl amacı gizlemek için gösterilmiş ikincil hedeflerdir. Bunu tespit etmek ise her zaman kolay olmasa gerektir. Bu nedenle Mahkeme bu davada kararını verirken daha dikkatli davranması gerekirdi. Aksi takdire herhangi bir yayın başvurusu bu ve benzeri gerekçelerle taraf devletler tarafından reddedilebilecektir.

United Christian Broadcasters Ltd / Birleşik Krallık davasında,⁴⁸ dini amaçlı bir örgüt olan başvuran, kendisine yetkili makamlar tarafından radyo yayın lisansı için aday başvuru formu verilmemesini şikayet etmiştir. Bu formun verilmemesi ise bu tür örgütlere ulusal radyo yayın lisansı verilmesinin kanun ile yasaklanması ilkesine dayanmakta idi. Mahkeme, dava konusu sınırlamanın keyfi olmadığını, zira kanunla öngörülen şartlara uymayan tüm adaylara uygulandığını belirtmiştir. Ayrıca, adaya yerel yayın yapma izni için başvuruda bulunmayı engelleyen herhangi bir nedende yoktu. Bu nedenle Mahkeme, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

b- Hapishane Düzenini Korumak

Hapishanelerdeki yaşamın özel durumundan dolayı, Sözleşme tarafından güvence altına alınan bazı hak ve özgürlükler hapishanelerde doğal olarak daha fazla kısıtlanabilmektedir. Ancak Komisyon ve Mahkeme'nin, bu hak ve özgürlüklerin sınırını çizmede pek titiz davrandığını söylemek de mümkün değildir. Yine de Komisyon ve Mahkeme'nin bazı kararlarından anlaşıldığı gibi, mahkûmlar Sözleşme tarafından güvence altına alınan bazı haklardan, sınırlı ölçüde de olsa, yararlanmaya devam etmektedirler.⁴⁹ Mahkûmların ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, ancak hapishane düzeni için gerekli ise söz konusu olmalıdır. Yoksa hiç bir zaman bu kısıtlamalar mahkûmları cezalandırma niteliği taşıyamamalıdır. Yapılan bir sınırlama, bu sınırı aşması durumunda 10. maddenin ihlalini oluşturacaktır.

Sözleşme organlarına göre, mahkûmların ifade özgürlüğüne kamu düzenini koruma gerekçesi ile daha fazla sınırlama getirilebilmektedir. Nitekim Komisyon, mahkûmlardan gelen ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını taşıyan başvurulara sıcak bakmamış, genellikle kabul edilebilirlik aşamasında bu başvuruları reddetmiştir.

⁴⁸ United Christian Broadcasters Ltd / Birleşik Krallık, 7 Kasım 2000.

⁴⁹ ÖKTEM, a.g.e., s. 294.

Benzer şekilde ABD’de de mahkûmlar bir kısım hakları kısıtlansa da, belli bir takım haklara sahiptirler. Nitekim Amerika’da bir mahkûmun anayasal hakları hapisane müdürü tarafından, eğer önemli bir takım cezai kaygılar bu kısıtlamayı gerekli kılıyorsa, kısıtlanabilmektedir. Buna ifade özgürlüğünün kısıtlanması da dâhildir. Fakat bir mahkûmun ifade özgürlüğü, ancak mahkûmun suçu veya hapisanenin işleyişi ile ilgili meşru bir sebep varsa kısıtlanabilmektedir. Meşru bir neden yokken ifade özgürlüğünün kısıtlanması haklı kabul edilmemektedir.⁵⁰ Oysa bir kısım ülkelerde mahkûmların ifade özgürlüğü bir yana, yaşama hakkının bile güvence altında olduğu şüphelidir. Örneğin, Ekvator ve Kamboçya gibi bazı ülkelerde, mahkûmların hiç bir hakkı bulunmamaktadır.⁵¹

Amerika’da mahkemelerin, hapisane yetkililerine mahkûmların ifade özgürlüğü hakkında belli bir takdir payı bıraktıkları görülmektedir. Örneğin Amerikan mahkemeleri, hapisane yetkililerinin mahkûmların hapisane görevlilerine ya da diğer mahkûmlara küfretmesine izin vermemesini onaylamıştır. Aynı şekilde hapisane yetkilileri, mahkûmların televizyonda röportaj yapmalarını kısıtlayabilmekte ve mahkûmlara posta ile gönderilen bazı gazete kupürlerine el koyabilmektedir. Mahkemelere göre bu kararlar hapisane yönetiminin takdir alanı içinde olduğu için ifade özgürlüğüne bir müdahale sayılmamaktadır. Ancak *Ametel v. Reno* davasında bir mahkeme, Kongre’nin mahkûmlara posta yoluyla açık saçık materyal almalarını yasaklamasına müsaade etmemiştir. Mahkeme, Kongre’nin kısıtlamasının rehabilitasyon değil, cezalandırma amacını güttüğünü, dolayısıyla mahkûmun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru bir amacının olmadığına karar vermiştir.⁵²

Bu alt bölümde Strasburg organlarının, mahkûmların ifade özgürlüğü ile ilgili kararlardan çarpıcı olanlarından bahsedilecektir.

aa- Mahkûmların Bilgi Edinme Hakkı

Komisyon, mahkûmların ifade özgürlüğü ile ilgili olarak önüne gelen ilk olaylardan birinde, mahkûmların bilgi edinme sorununu incelemiştir.⁵³ İlgili olayda başvuran, bilgi edinmek amacıyla, hapisanenin genel tüzüğü ile özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olanlara uygulanacak yönetmeliği edinmesine hapisane müdürü tarafından izin verilmemesinin, Sözleşme’nin 10.

⁵⁰ TRAGER / DICKERSEN, *a.g.e.*, s.144-145.

⁵¹ *ibid.*, s. 145.

⁵² *ibid.*, s. 145.

⁵³ Başvuru no. 1860/63 15 Aralık 1965’ten naklen; A. REYNAUD, **Hapishanede İnsan Hakları**, Çev. Kuntbay İhsan, TODAİE Yayınları, Ankara, 1992, s. 52.

maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Komisyon, aşağıdaki nedenlerle başvuranın talebini kabul edilemez bulmuştur:

“Komisyon, 10. madde ile bu hakka getirilen sınırlamaların tutukluluk durumundan kaynaklandığını; zira özgürlükten yoksun bırakma cezası, isminden de anlaşılacağı gibi bizatihi bazı hakların kısıtlanmasını içerdiğini, başvuranın hak ve yükümlülüklerinin kapsamını hapishane müdüründen öğrenme hakkına sahip olduğunu, ayrıca tutukluların nasıl davranacaklarına dair kuralların her koşulda asılı olduğunu, öte yandan temyiz mahkemesi kararına göre, hapishane makamlarının tüzük ve yönetmeliği vermeyi reddetmesinin gerekçesinin, ilgilinin bunları istemesinin amacının hak ve yükümlülüklerini daha iyi bilmek olmayıp, hapishane rejimini basınla tartışmak olduğunun anlaşıldığını dikkate alarak başvuranın ileri sürdüğü kısıtlama durumunun, 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen sınırları aşmadığını ve yukarıdan beri sıralanan nedenlerle başvurunun açıkça sakat gerekçelere dayandırılmış olduğuna karar vermiştir.”

Mahkûmların bilgi edinme hakkı ile ilgili diğer bir olayda, başvuran, birkaç çocuğu öldürmek suçundan ömür boyu hapse mahkûm olmuş ve ‘A kategorisine’ (tehlikeli mahkûmlar) ayrılmış olan bölümde cezasını çekmektedir.⁵⁴ Bunun üzerine ilgili mahkûm hapisanenin kollektif yaşamına katılmasının kısıtlandığından yakınarak çeşitli makamlara başvurmuş, bunun üzerine kendisine, durumunun her yıl özel bir komisyon tarafından gözden geçirildiği bildirilmiş, ancak bu komisyonun kimlerden oluştuğu açıklanmamıştır. Sonuçta ise ilgili, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyon’a başvurmuştur. Komisyon, Sözleşme’nin 10. maddesinin diğer konular yanında, resmi makamların müdahalesi olmaksızın bilgi edinme hakkını da güvence altına aldığını belirtmiştir. Ancak Komisyon, 10. madde anlamındaki bilgi edinme hakkının, resmi makamların bu tür bir komisyon üyelerinin isimlerini açıklamaya zorlayacak kadar geniş yorumlanamayacağı görüşünü benimsemiş ve bu olayda resmi makamların talebi reddetmesinin, müdahale sayılmayacağı ve bu nedenle de başvurunun kabul edilmez olduğunu belirtmiştir.

bb- Mahkûmların Kitap, Dergi ve Gazetelere Erişimi

Strazburg organları mahkûmlar söz konusu olunca, bunların istedikleri kitap, dergi ve broşürlerin, gerek içeriklerinden gerek başka bir dilde yayınlanmasından ya da günlük ve haftalık erişebilecekleri adet sayısını geçtiği

⁵⁴ Başvuru no. 8575/79’ten naklen; REYNAUD, a.g.e., s. 52-53.

için, mahkûmların bu yayınlara ulaşmasının hapisane yönetimi tarafından engellenmesinin Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. Nitekim Komisyon mahkûmların ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile önüne gelen davaların çoğunu dayanaktan yoksun bularak kabul edilmezlik kararı vermiştir.

*T.'nin İngiltere aleyhine açtığı davada*⁵⁵ davacı, hapisanenin ana kütüphanesine gidememiş, ama kendi seçtiği kitaplar kendisine yetkililer tarafından ulaştırılmıştır. Davacı ayrıca, kendi gazetesini sipariş edebilmiş ve hapisanenin ek kütüphanesindeki gazetelere erişebilmiştir. Ancak, içinde bulunduğu mali sorunlardan dolayı özel gazete sipariş vermemiş ve maruz olduğu düzenli disiplin cezasından dolayı da bazı zamanlar kütüphanenin ek binasındaki gazeteleri okuyamamıştır. Davacı dergi alacağını ayarlamışsa da, yine kendisine verilen disiplin cezası yüzünden bu dergiler kendisine ulaşmamıştır.

Komisyon her iki tip yayını da ayrı ayrı incelemiştir. Kitaplara erişim konusunda Komisyon, davacının kitaplara sınırlı da olsa, hapisane görevlileri aracılığıyla erişebildiğinden dolayı, bu tür bir kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Gazete ve dergilere ulaşım konusunda ise Komisyon, davacının aldığı cezadan dolayı, insanlarla irtibatının istisnai derecede kesilmesi gerektiği gerçeğinden dolayı, hapisane yöneticilerinin davacının bilgilere ulaşımının devamını başka yollarla temin etmeleri gerektiğini vurgulamıştır. Komisyon, idari olarak uygulanabilir başka vasıtaların da olabileceğini düşünmüştür. Davalı Hükümet bu alternatif vasıtaları sağlamadığından dolayı ve davacının tecritinin derecesi ve süresi göz önüne alındığında, davacının gazete ve dergilerden mahrum edilmesinin 10. maddeyi ihlal olduğuna hükmetmiştir.

Andreas Baader, Holger Meins, Ulrike Meinhof, Wolfgang Grundmann'ın Federal Almanya Cumhuriyeti aleyhine açtıkları davada,⁵⁶ 12 Haziran 1972 tarihinde Federal Mahkeme Soruşturma Hakimi, başvuranlardan Baader ve Meins ile ilgili olarak, mahkûmların yalnızca anne ve babası tarafından ziyaret edilebileceği, sadece anne-baba ve resmi görevlilerle yazışabileceği ve ulaşmak istedikleri dergi ve gazeteleri yalnızca hapisane görevlileri aracılığı ile elde edebileceklerine dair bir emir çıkartır. Daha sonra bu kısıtlamaların başvuranlardan Meinhof ve Grundmann için de geçerli

⁵⁵ T/Birleşik Krallık, başvuru no. 8231/78.

⁵⁶ Andreas Baader, Holger Meins, Ulrike Meinhof, Wolfgang Grundmann/ Federal Almanya Cumhuriyeti başvuru no. 6166/73, 30 Mayıs 1975, *Yearbook European Human Rights Law Review*, 1975, s. 132.

olduğuna dair bir emir çıkartılır. Bunun üzerine ilgililer sözleşmede güvence altına alınmış 3, 6, 8, ve 10. maddelerin ihlal edildiği gerekçesi ile Komisyon'a başvururlar. Başvuranlar özellikle kendilerinin siyasi mahkum oldukları ve kendilerinin hücreye konulmak suretiyle diğerlerinden tecrit edilmele-ri, ziyaretçilerinin kısıtlanması, yazışmalarının ve gazete okumalarının en-gellenmesi dolayısıyla dış dünya ve diğer mahkumlar ile ilişkilerinin kesildi-ğini iddia ederler.⁵⁷ Taraf devlet ise, başvuranların pek çok yaralama, adam öldürme ve bombalama eylemlerine karıştıkları için çok tehlikeli olduklarını belirtir. Taraf devlet yapılan bu kısıtlamaların, bu kadar tehlikeli olan başvu-ranların her türlü kaçma hazırlığından uzak tutulması için gerekli olduğunu ileri sürmüştür.

Komisyon, davacıların başka yollarla da bilgi edinebileceklerine karar vermiştir. Her bir mahkûm, günde bir saat başka bir mahkumla zaman geçi-rebilmekte, ruhsal ve bedensel sağlık danışmanlarıyla irtibat kurabilmekte ve anne baba ve avukatları tarafından ziyaret edilebilmektedir. Bu nedenle Ko-misyon, hakimın verdiği emrin, anarşi veya suç işlenmesini önlemek için gerekli olduğuna, bu nedenle yapılan sınırlamanın 10. maddeye aykırı olma-dığına karar vermiştir.⁵⁸

*X.'in Birleşik Krallık aleyhine açtığı davada,*⁵⁹ 1933 doğumlu olan baş-vuran Özgür Galler Ordusu adındaki bir örgütün üyesidir. 1970'te içinde bir kısım patlayıcılar kullanmayı da kapsayan bazı suçlardan dolayı 10 yıl hapis cezasına mahkûm olmuştur. Hapishane yönetiminin "Le Peuple Breton", "Irish Democrat", "Herald Cymraeg", "Sunday Express" gibi belli bazı dergi ve gazetelerin verilmediği için ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sür-müştür. Davalı Hükümet bu yayınların izni olmayan yetkisiz kaynaklardan geldiğini veya davacının kendisine hak olarak verilen, günde bir gazete ve haftada yedi dergi olarak öngörülen sayının ötesinde olduğunu arz etmiştir. Komisyon mahkûma sağlanan temel yayın alma hakkının oldukça yeterli olduğunu ve bu konuda aşırı tutumlu davranılmadığını bildirmiştir. Komis-yon, davacının, özellikle hapishane yöneticilerinin kolayca kontrol edemeye-ceği yabancı dilde yazılmış kaynakları almak istediği görüşündedir. Komis-yon, bu isteğin karşılanmış olması durumunda, hapishane yönetiminin ol-dukça zorlanacağına, bu nedenle de yapılan sınırlamanın demokratik top-lumda düzeni korumak için gerekli olduğuna karar vermiştir.

⁵⁷ ibid, s. 134.

⁵⁸ ibid, s. 146.

⁵⁹ X/Birleşik Krallık, başvuru no: 5270/72 .

*Malcolm Lowes'in Birleşik Krallık'a karşı açtığı davada,*⁶⁰ başvuranın 'Gothic Ripples' adlı yayının daha önce diğer sayılarının alınmasına izin verilmesine rağmen 16 ve 17. sayılarının açıkça anti-semitist olduğu ve hapishane düzenini tehdit ettiği için almasına izin verilmemiştir.

Davacının başvurusu üzerine Komisyon, söz konusu yayının 16 ve 17. sayılarının açıkça anti-semitizmi, ırkçı önyargılılığı ve silah kullanımını körükleyen yayınların reklâmlarını içerdiğini, derginin o sayısının içeriğinde de anti-semitist ve saldırgan bir dil ve resimler kullanıldığını düşünmüştür. Ayrıca yayında anti-siyonizmin herhangi bir tartışmasının yapılmadığını belirtmiştir. Komisyon derginin 19. sayısını incelemiş bu sayının mahkûmlar tarafından ulaşılmamasına herhangi bir kısıtlama konulmamış olduğunu saptayıp, bu sayısının tartışmacı bir üslubu olsa da, daha az saldırgan ve daha az anti-semitist içerikli olduğunu belirlemiştir. Hapishanenin yayının bütününe genel bir yasak koymadığı ve her bir sayıyı ayrı ayrı inceleyerek karar verdiğini göz önünde bulundurarak, Komisyon davalı Hükümetin takdir alanı içinde hareket ettiğine, yapılan müdahalenin düzeni korumak ve suç işlenmesini önlemek için gerekli olduğuna, bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmediği gerekçesi ile başvurunun kabuledilmez olduğuna karar vermiştir.

Bu kararlardan anlaşıldığı gibi Komisyon, özel bazı yayınlarla ilgili talepleri reddetmenin veya bunlara ulaşmayı kısıtlamanın, eğer bu kısıtlamalar bütün yayınları kapsayacak şekilde değil de, her sayı için ayrı bir şekilde ele alınıyorsa yapılan kısıtlamanın 10. maddeye uygun olduğunu düşünmektedir.

Hapishanelerdeki özel yaşamın zorluğundan dolayı, hapishane idarecilerinin mahkûmların bir kısım yayınlara ulaşmasının, normal yaşama nazaran daha sıkı incelenmesi ve dikkatli davranılması, kamu düzenini korumak ve suç işlenmesini önlemek adına gerekli olabilir. Ayrıca hapishanelerde mahkûmlar için her türlü ortamı sağlamalarını beklemek de güç olsa gerektir. Bu nedenle Komisyon'un, mahkûmların ifade özgürlüğü ile demokratik bir toplumun dahi ihtiyacı olan hapishane düzeni arasında bir denge kurmaya çalıştığı söylenebilir. Ancak yine de bu incelemeleri yaparken, kamu düzeni adına mahkûmların her türlü ifade özgürlüğü kısıtlanmamalı, kamu düzenini bozduğu iddia edilen yayının, gerçekten kamu düzeni için bir tehlike oluşturup oluşturmadığı ya da suç işlenmesini teşvik edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

c-Askeri Düzeni Korumak

Ordunun düzenli bir şekilde görevini yerine getirebilmesi için askeri yaşam, sivil yaşama nazaran daha fazla sınırlamalara tabi tutulabilmektedir. Bu

⁶⁰ Malcolm Lowes / Birleşik Krallık, başvuru no: 13214/87, 9 December 1988.

bağlamda Sözleşme organları kamu düzenini koruma adına askeri düzenle ilgili bir dava önüne geldiğinde, taraf devletlere daha geniş bir ulusal takdir marjı tanımaktadır.

Mahkeme, askeri disiplinle bağdaşmayan yayın nedeni ile açılan Engel ve Diğerleri / Hollanda davasında,⁶¹ askeri düzeni koruma adına taraf devletin daha geniş bir takdir yetkisi olduğu gerekçesi ile 10. maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.⁶²

Alarm adlı derginin editörü olan başvuru, bu derginin 1971’de çıkan 8. sayısının hazırlanmasına da katkıda bulunmuştur. Kışla komutanı, bu sayıda askeri disiplinle bağdaşmadığını düşündüğü yazılar nedeniyle, Savunma Bakanlığı’nın 21 Aralık 1967 tarihli ‘Yazılı Metinler Dağıtılması’ hakkındaki talimatına dayanarak, derginin Eylül sayısının dağıtılmasını geçici olarak yasaklamıştır. Başvurucuya da disiplini zayıflatmayı amaçlayan bir yazının yayınlanmasına ve dağıtımına katıldığı gerekçesi ile yetkili komutan tarafından disiplin cezası verilmiştir.

Başvurular bu cezalar aleyhine itirazda bulunma niyetlerini açıklamışlardır. Bunun üzerine kendilerinden bu davalar sürerken askeri disiplini zayıflatıcı yazılar yayınlamamaları için söz vermeleri istenmiştir. Başvurular bu tür yazılar yazma niyetinde olmadıklarını, yazıları okunmaları için yayınladıklarını belirtmişlerdir. Nitekim böyle bir söz vermedikleri için başvurular sıkı göz hapsinde tutulmuşlardır.

Başvuranlar yayınladıkları yazılarla askeri disiplini zayıflattıkları gerekçesiyle kendilerine ceza verilmesinin Sözleşme’nin 10. ve 11. maddelerini ihlal ettikleri gerekçesi ile Komisyon’a başvurmuşlardır. Komisyon, 11. maddeyle ilgili başvuruyu temelden yoksun bulurken, 10. maddenin ihlal edildiği gerekçesi ile başvuruyu kabul edilebilir saymıştır.

Mahkeme, taraf devlet tarafından yapılan sınırlamanın ‘düzensizliğin önlenmesi’ amacı ile yapılmasından dolayı, incelemesine, öncelikle ‘düzen’ kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklayarak başlamıştır. Mahkeme ‘düzen’ kavramının, Sözleşme’nin 6 (1) ve 9 (2) fıkraları ile 4. Protokol’ün 2(3) fıkrasında belirtilen *kamu düzenini* (public order) ifade etmediğini, ama aynı zamanda belirli bir sosyal grubun içinde hüküm sürmesi gereken düzen anlamını da içerdiğini vurgulamıştır. Örneğin, silahlı kuvvetler gibi bir grubun içindeki düzensizliğin, bir bütün olarak toplumun düzeni üzerinde yan-

⁶¹ Engel ve Diğerleri / Hollanda, paragraf 98.

⁶² Gregory P. PROPEL, “Wherefore Art Thou Deference? The European Court of Human Rights, Military Discipline, And Freedom of Expression”, **Houston Journal Of International Law**, 1996-1997, s. 297-298.

kıları olabilir. Tartışma konusu cezaların, Hollanda silahlı kuvvetleri içinde bir düzensizliği önleme amacıyla alınmış oldukları ölçüde meşru bir amacı gözetme şartını yerine getirmiş olacağına karar verilmiştir.⁶³

Mahkeme, ordunun düzenli bir şekilde işlemesi için askeri personele getirilen bir kısım sınırlamaların demokratik toplum için gerekli olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, askeri düzenin, askeri personelin askeri düzeni bozmasına yönelik önlemler alınmadan yerine getirilmesi imkânsızdır.⁶⁴ Mahkeme yapılan sınırlamanın demokratik toplum için gerekli olduğunu belirtirken, ayrıca askeri yaşamın özelliklerini, silahlı kuvvetler mensuplarının yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumluluklarının da olduğunu ve bu konuda taraf devletlerin ulusal takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu açıklamalara ek olarak bu dergilerin dağıtıldığı döneme de dikkat çekmiş, Ermole kışlasındaki atmosferin biraz gergin olduğu bir dönemde, yukarıda yapılan yazıların yayınlandığını belirtmiştir.⁶⁵ Mahkeme yukarıda açıklanan nedenlerle askeri disiplinin bozulmasını önlemek amacı ile verilen disiplin cezalarının demokratik toplum için gerekli olduğuna ve bu nedenle 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme bu kararında ifade özgürlüğü üzerine yapılan sınırlamanın kamu düzenini koruma için gerekli olduğuna karar verirken, askerlerin görev ve sorumluluklarına ve ortamın gerginliğine işaret etmiştir. Oysa Mahkeme dergilerde yer alan ifadelerin gerçekten askeri düzeni için bir risk oluşturup oluşturmadığı konusu üzerinde durmamıştır.

*Grigoriades'in Yunanistan aleyhine açtığı davada,*⁶⁶ eğitime alınmış yedek subay olan davacı, askere alınanlara karşı kötü muameleler yapıldığını ve bunun sonucunda üstleri ile ters düştüğünü iddia etmiştir. Kendisine karşı ceza ve disiplin davaları açılmıştır. Ceza davası beraatla sonuçlanmasına rağmen kendisine disiplin cezası verilmiş ve bu nedenle askerlik süresi uzatılmıştır.⁶⁷ Daha sonra başvurucuya 24 saat izin verilmiş ama bu izin süresi dolmasına rağmen birliğine dönmemiştir. Bunun üzerine başvurucu firari sayılmış ve hakkında soruşturma başlatılmıştır. Buna karşılık başvuran, bir taksi şoförü aracılığı ile birlik komutanına, orduda genç askerlere karşı yapılan kötü muameleleri belirten bir mektup göndermiştir. Mektupta askerlik kurumunun insanları aşağıladığını, ordunun insana ve topluma karşı bir ku-

⁶³ Engel ve Diğerleri / Hollanda, paragraf 98.

⁶⁴ ibid, paragraf 100.

⁶⁵ ibid, paragraf 101.

⁶⁶ Grigoriades / Yunanistan, 25 Kasım 1997.

⁶⁷ ibid, paragraf 11.

rum olup, niteliği gereği barışla çeliştiğini, askerliğin şiddet psikolojisi yaratarak şiddete karşı tüm ahlaki ve psikolojik direnci kırdığı için toplumda işlenen suçlardan ve saldırganlıktan sorumlu olduğunu, ordunun bir yıldırma havası oluşturarak ve radikal gençliğin ruh zenginliğini parçalayıp ufalamak sureti ile, bir suç ve terör kurumu olarak kalmaya devam ettiğini anlatmıştır.⁶⁸ Bu mektup sadece birlik komutanı ve başvurucunun arkadaşı olan bir başka subay tarafından görülmüştür. Davacı, orduya hakaret etme suçundan üç aylık bir hapis cezasına çarptırılmıştır. Bunun üzerine başvuran, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile Komisyon'a başvurmuştur. Komisyon bire karşı yirmisekiz oyla 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme, bu dava ile ilgili kararında ifade özgürlüğü ile ilgili temel yorumlarından biri olan, 10. maddenin ordunun kışla sınırına gelince durmadığı⁶⁹ şeklindeki açıklamasını tekrarlamıştır. Mahkeme'ye göre, 10. maddenin uygulaması kışlanın kapısında durmamaktadır. Bu madde sözleşmeciler devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla birlikte, Mahkeme'nin daha öncede belirttiği gibi, silah altındakilerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gerektiği şekilde görev yapmasını düşünmek mümkün değildir. Askeri disipline gerçek bir tehdidin bulunması halinde Sözleşmeciler devletler ifade özgürlüğüne yasaklar koyabilmelidirler.⁷⁰

Mahkeme'nin bu açıklamalarından da anlaşıldığı üzere, Sözleşme'yi imzalayan devletlerin bütün vatandaşları gibi askeri personeli de ifade özgürlüğüne sahip olup, 10. maddenin korumasından yararlanacaktır. Mahkeme, mektupta sert ve aşırı ifadeler yer verildiğine de karar vermiş olmasına rağmen, bu ifadelerin bu genel ve uzun yazı kapsamında, askeri yaşamı ve bir kurum olarak orduyu eleştirdiğine⁷¹ dikkat çekmiştir. Mahkeme ayrıca, mektubun geniş bir kitleye dağıtılmadığını ve kişisel olarak komutana veya başka şahıslara hakaret edilmediğini belirtmiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, söz konusu mahkûmiyetin demokratik bir toplumda olmaması gerektiğine hükmetmiştir.

Burada şunu belirtmekte fayda vardır: Mahkeme bu davada yukarıda incelenmiş olan Engel ve Diğerleri / Hollanda davasındaki gibi, askerinin görev

68 ibid, paragraf 14.

69 ibid, paragraf 45.

70 ibid, paragraf 45.

71 ibid, paragraf 47.

ve sorumluluklarına atıfta bulunmamıştır. Bunun yerine, ifade özgürlüğü hakkının ordu kışlasının giriş kapısında bitmediğini vurgulamıştır. Bu bakış açısı, Mahkeme'nin askerlerin ifade özgürlüklerini, diğer insanların ifade özgürlüğü hakkı ile aynı seviyede görmeye başladığı izlenimini vermektedir.

Mahkeme, mektubu sadece iki kişinin gördüğünü vurgularken, askerlerin ifade özgürlüklerinin, sözlerini sadece gizli ve özel bir şekilde ifade ettiklerinde korunabileceği gibi bir izlenim vermektedir. Eğer bir kişi hür ifade hakkını, çok fazla kısıtlanmış denetimli bir ortamda kullanabiliyorsa, buna hak demek oldukça zordur.

Ancak Komisyon, *Olivier Le Cour Grandmaison ve Laurent Fritz'in Fransa aleyhine açtıkları davada*,⁷² bunun tersi bir karar vermiştir. Fransız askerleri olan bu iki davacı, askeri görevlerini eski Federal Almanya Cumhuriyeti'nde yerine getirmişlerdir. Bu askerler, Fransız birliklerinin Batı Almanya'dan çekilmelerini talep eden broşürler bastırılmış ve dağıtmışlar ve bu talebi belirten bir dilekçe için imza toplamışlardır. Sonuç olarak aleyhlerine dava açılmış ve askerler emirlere karşı gelme ve disipline aykırı hareket etmeye kışkırtılmaktan suçlu bulunmuşlardır. Her iki davacı da, Fransız mahkemelerince bir yıllık hapis cezasına çarptırılmışlar, ancak cezaları tecil edilmiştir.

Komisyon dağıtılan broşürlerin ordu içinde ciddi düzensizliğe neden olabileceğine⁷³ ve yapılan hareketle hiyerarşi ve disipline karşı mücadele etmek için işbirlikçi bir örgüt kurma niyetinin gösterildiğine karar vermiştir. Komisyon, özellikle söz konusu suçların yurtdışında konuşlanan bir birimde gerçekleştiğine bakarak, Fransız mahkemelerinin, davacıların askeri disipline zarar vermeye çalıştıklarını düşünmeleri için iyi bir sebepleri olduğuna hükmetmiştir. Komisyon'un nihai kararında, müdahalenin sadece, davacıların ifade özgürlüğünü kötüye kullanmalarının cezalandırılması olduğu belirtilmiştir.

Saszman / Avusturya davasında, davacı, ordu mensuplarını basın aracılığıyla itaatsizliğe ve askeri yasaları çiğnemeye kışkırtma suçu dolayısıyla tecilli olarak üç ay hapse mahkûm edilmişti. Komisyon, Avusturya federal ordusunda düzenin sağlanması ve ulusal güvenliğin sağlanması açısından davacının mahkûm edilmesini haklı bulmuştu. Komisyona göre; "...askeri yasaların görmezlikten gelinmesi yönündeki kışkırtma, anayasaya uygun tarzda kabul edilmiş yasaların ilgasını amaçlayan anayasa dışı bir baskı

⁷² Olivier Le Cour Grandmaison ve Laurent Fritz / Fransa, Başvuru no: 11568/85, 6 Temmuz 1987.

⁷³ ibid, paragraf 161.

oluşturur. Bu tür anayasa dışı baskı demokratik bir toplumda hoş görülmez.”

Avrupa Mahkemesi, Engel ve Diğerleri davasından yaklaşık 20 yıl sonra benzer bir davada farklı bir sonuca ulaşarak, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi* davasında⁷⁴ görüşünü değiştirmiş ve ters yönde bir karar vermişti. Merkezi Viyana’da bulunan birinci davacı şirket VDSO, askeri yaşamla ilgili bilgiler ve makaleler içeren *der Igel* adlı bir dergi basmaktadır. Bu şirketin kendi dergisinin de, özel kurumlar tarafından basılan diğer iki dergi -Miliz-İmpuls ve Visier- gibi, kışla içinde dağıtılması yolundaki isteğine, Avusturya Federal Savunma Bakanlığı’ndan herhangi bir cevap gelmemiştir. Bu konuda parlamento üyeleri tarafından ilgili bakana soru sorulması üzerine Savunma Bakanı, 10 Mayıs 1989 tarihli bir mektupla bu derginin ordu kışlasında dağıtılmasına izin verilmediğini bildirmiştir. Savunma Bakanı, Askeri Kuvvetler Kanunu’nun 43. maddesinin 3. fıkrasına göre sadece, ordunun anayasal görevlerini tanımlayan, ordunun saygınlığına zarar vermeyen yayınlara izin vereceğini belirtmiştir. Bakanın görüşüne göre, davacı şirketin dergisi bu ölçütlere uymamaktadır.

VDSO’nun bir üyesi olan ikinci başvuran 1 Temmuz 1987 tarihinde zorunlu askerlik hizmetine Salzburg’da bulunan Schwarzanberg kışlasında başlamıştır. Yemin töreni sırasında doğrudan Cumhurbaşkanı’na karşı bir protestoda bulunmuştur. Bunun üzerine kendisine, uymakla yükümlü olduğu Askeri Kanun’a saygısızlık ettiği bildirilmiştir. 29 Aralık 1987 tarihinde *der Igel*’in 3/87 sayısını askeri kışlada dağıtırken, kendisine dağıtımın durdurulması bir subay tarafından emredilmiş olup, derginin söz konusu sayısında, askeri eğitim ve bir kısmı basında da yer almış olan askeri yaşamla ilgili eleştirel makaleler yayınlanmıştır.

12 Ocak 1988 tarihinde bu sefer başka bir subay tarafından ikinci başvuran 1975 ve 1987 tarihli genelge ve 4 Ocak 1988’de değiştirilen, yetkili komutanın izni olmadan herhangi bir yayının dağıtılmasını yasaklayan Schwarzenberg kışlası düzenlemelerine saygısızlık ettiği bildirilir. Bunun üzerine başvuran, bu yasaklamayı ve 29 Aralık 1987 tarihli emirle ilgili, Federal Savunma Bakanlığı bünyesindeki Askeri Şikâyetler Kurulu’na (Military Complaints Board) şikâyette bulunur. Başvuranın bu talebi bakanlığın şikâyetler birimi tarafından reddedilir. Başvuran Anayasa Mahkemesi’ne başvurmasına rağmen yine de olumlu bir sonuç alamaz. Bunun üzerine Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile ilk başvuran VDSO ve Bay Gubi Komisyon’a

⁷⁴ Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi / Avusturya, 19 Aralık 1994.

giderler. Komisyon 12'ye karşı 9 oyla her iki başvuranın da ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi nedeni ile davanın kabul edilebilirliğine karar verir.

Mahkeme her iki başvuran açısından olayı ayrı ayrı inceler. Mahkeme ilk başvuran açısından derginin askeri kışlada dağıtılmasının, başvuranın ifade özgürlüğüne hakkına bir müdahale oluşturduğuna, bu müdahalenin kanuni dayanağının olduğuna ve Engel ve Diğerleri / Hollanda davasında olduğu gibi, askeri düzeni koruma meşru amacını güttüğünü kabul etmiştir. Ancak Mahkeme yapılan sınırlamanın demokratik toplum için gerekliliğini incelerken, Engel ve diğerleri kararında olduğu gibi, askeri görev ve sorumluluklardan bahsetmeyip, ifade özgürlüğünün kışla kapısında durmayacağı yönündeki özgürlükçü kararını almıştır. Mahkeme'ye göre dergideki makaleler, eleştirel ve hatta iğneleyici bir şekilde yazılmış olmalarına rağmen, askerin, askeri kuvvetler içindeki itaat görevine ve hizmet amacına bir zarar vermemiştir. O halde bu dergi, askeri disipline ciddi bir tehdit teşkil etmemektedir ve askeri birimler içinde dağıtılması engellenmemelidir.⁷⁵

Mahkeme, ülkenin bütün kışlalarında özel ve devlet yayınlarının serbestçe dolaştırılabildiğini, ancak bu imkânın sadece *der Igel*'e kapatılmış olduğunu gözlemiştir. Buna bağlı olarak Mahkeme, bu kısıtlamanın sadece zorunlu gereklilikler olduğunda haklı olabileceğine karar vermiştir.⁷⁶ Mahkeme, Avusturya Hükümeti'nin, derginin içeriğinin ordunun disiplinini ve etkinliğini tehlikeye düşürdüğü iddiasını reddetmiştir. Mahkeme, derginin hiçbir sayısının itaatsizlik veya şiddet telkin etmediğine ve ordunun faydasını dahi sorgulamadığına karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, derginin tartışmacı üslubuna rağmen demokratik bir devletin ordusunda, aynen böyle bir ordunun içinde hizmet ettiği toplumda olduğu gibi, hoş görülmesi gereken, görüş alışverişi ve düşüncelerin tartışılması açısından izin verilebilirlik sınırlarını aşmadığı görüşündedir.⁷⁷ Bu nedenle Mahkeme, derginin askeri disipline ciddi bir tehdit unsuru olarak görülmesinin pek mümkün olmadığına bu yüzden ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁸

İkinci başvuran açısından da Mahkeme, dergideki makalelerin, eleştirel ve hatta iğneleyici bir şekilde yazılmış olmalarına rağmen, askerin, askeri kuvvetler içindeki itaat görevine ve hizmet amacına bir zarar vermediğine hükmetmiştir. Mahkeme bu derginin askeri disipline ciddi bir zarar vermediği için askeri kışlada dağıtılmasının yasaklanmasının Sözleşme'nin 10. mad-

⁷⁵ PROPES, a.g.m., s. 293-294.

⁷⁶ Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi / Avusturya, paragraf.37.

⁷⁷ ibid. Paragraf 38.

⁷⁸ PROPES, a.g.m., s. 294.

desinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Avusturya Hükümeti davacıların çıkarttıkları yayının ülkenin savunma sistemini ve ordunun etkinliğini tehlikeye soktuğunu ve kamu düzeninin bozulmasına ve suç işlenmesine yol açabileceğini ileri sürmesine rağmen, Mahkeme Hükümetin görüşüne katılmamıştır. Mahkeme'ye göre yayındaki yazıların çoğu; "...şikâyetleri dile getirmekte, reform önerileri yapmakta ve okuyucuları yasal yollara başvurmaya ya da temyiz işlemleri başlatmaya teşvik etmekteydi. Ancak sık sık polemik bir ton benimseseler de, demokratik bir devletin hizmet ettiği bir toplumda olduğu gibi ordusunda da hoşgörülmesi gereken bir fikir tartışması çerçevesinde izin verilebilecek olanın sınırını aşmadıkları söylenebilir."

Mahkeme, radikal dinci görüşleri nedeniyle Yüksek Askeri Şura kararıyla görevinden uzaklaştırılan bir Türk askeri hakimine ilişkin Kalaç/Türkiye davasında,⁷⁹ başvuru sahibinin tarikata mensubiyeti dolayısıyla askeri disipline aykırılık nedeniyle görevden alınmasının 9. madde tarafından güvence altına alınan haklara müdahale oluşturmadığına hükmetmiştir. Mahkeme taraf devletin tezini benimseyerek, başvuranın görevden uzaklaştırılmasının, onun dini tezahürlerinden değil, tarikata mensubiyeti nedeniyle askeri disipline aykırılıktan kaynaklandığını belirtmiştir. Mahkeme kanunilik, meşru amaç ve zorunluluk kriterlerini sorgulamayı gerekli görmemiştir. Dolayısıyla kararını verirken, ilgili sınırlama nedenlerinden birine dayanmamıştır. Ancak, başvuranın ordudan ihracı, ordunun hiyerarşik dengesini bozma gerekçesi ile verildiği için Mahkeme'nin, gerekçesini, 2. fıkrada düzenlenen düzenin korunması amacına dayandırması daha yerinde olurdu.⁸⁰

III. SONUÇ

İnsan hakları belgelerinde, hak ve özgürlükleri sınırlandırmanın çok değişik yolları vardır. Sınırlamalar madde metninde öngörülebileceği gibi, olağanüstü hal ve savaş dönemlerine özgü kısıtlamalar biçiminde de olabilir. AİHS'de ise genel bir sınırlandırma maddesi bulunmamaktadır. İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin, Sözleşme'nin öngördüğü korumanın dışında tutulabilen "*doğal sınırlandırmalar*" ile çevrili olduğu fikrini geliştirmiştir. Komisyon, doğal sınırlamaları, mahkûmlar, askeri personel, akıl hastaları devlet memurları gibi özel durumları olan kişilerden kaynaklanan olayları göz önünde bulundurarak geliştirmiştir.⁸¹

⁷⁹ Kalaç / Türkiye, 1 Temmuz 1997.

⁸⁰ ÖKTEM, a.g.e., s. 353.

⁸¹ BEYDOĞAN, a.g.e., s. 86.

Sözleşmenin 8 ila 11. maddeleri arasındaki her sınırlandırma, “demokratik toplum gerekleri”ne uygun olmalıdır. Bu deyim, Sözleşme ile uyumlu olmayı, yani yapılacak müdahalenin acil sosyal ihtiyacın karşılığı olmasına ve izlenen kanuni hedef ile orantılı olmasını belirtmektedir. Bu noktada AİHS, demokratik bir yaşam için vazgeçilmez hakları korumaya almış ve Komisyon ve Mahkeme’nin değişik kararlarında da buna vurgu yapılmıştır.⁸² Komisyon ve Mahkeme, hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama davalarını incelerken, sık sık “takdir yetkisi sınırı” kavramına yollama yapmakta, Sözleşme’nin 10. madde 2. fıkrasının “takdir yetkisi sınırı”nı taraf devletlere bıraktığı, ancak bunun sınırsız olamayacağını belirtmektedir. Bu da Mahkeme’ye Sözleşme ile uyumlu olup olmadıkları konusunda son kararı verme inisiyatifi bırakılması içindir.⁸³ Mahkeme, sıfat olarak “gerekli” kavramının, “zorunluluk” ile eş anlamda kabul edilmemesinin yanı sıra, “gerekli” deyimini ile “kabul edilebilir”, “olağan”, “faydalı”, “mantıki” veya “arzu edilir” gibi anlamların çıkabileceğine vurgu yapmaktadır. AİHM, sınırlandırma sorunlarına ve takdir yetkisi sınırına ilişkin olarak ayrıca, koruma altına alınan haklara istisna teşkil eden, Sözleşme’nin sınırlandırma hükümlerinin dar biçimde yorumlanması gerektiğinin de altını önemle çizmektedir.

AİHM, kamu düzeninin korunması ve suçun engellenmesi açısından, nisbeten daha geniş bir takdir yetkisinin Sözleşme ile taraf devletlere verildiğini kabul etmektedir. Mahkeme, her ne kadar bireyin hakları ile sınırlandırmalar arasında bir denge arayışında olsa da, bu konudaki kararlarda, ağırlığın devlet menfaatlerinden yana kaydığını göstermektedir. Bu da iç hukukta milli otoritelerin, çerçevesi belirsiz sınırlandırma gerekçelerine dayanarak suistimale kaymalarına fırsat verebilmektedir. Mahkeme’nin, normalde ifade özgürlüğü kapsamına giren konularda karar verirken, özgürlükçü bir yaklaşımla hareket ederek otorite-özgürlük dengesini kurmaya çalışması daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet / Bihterin Vural DİNÇKOL; **Genel Kamu Hukuku**, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2004.

⁸² Zühtü ARSLAN, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında “Demokratik Toplum” Kavramı, Türkiye’de İnsan Hakları, **TODAIİE**, Ankara, 2000, s. 194.

⁸³ BEYDOĞAN, **a.g.e.**, s. 100, 102.

- ARSLAN, Zühtü (Der.); **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003
- ARSLAN, Zühtü; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında “Demokratik Toplum” Kavramı, Türkiye’de İnsan Hakları, **TODAİE**, Ankara, 2000.
- ARSLAN, Zühtü; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005.
- BARENDT, Eric; **Freedom of Speech**, Clerandon Press, Oxford, 1985.
- BAŞBAKANLIK İNSAN HAKLARI BAŞKANLIĞI, **İnsan Hakları**, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- BEYDOĞAN, T.Ayhan; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2003.
- ERDOĞAN, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / Şeref GÖZÜBÜYÜK; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “*Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Hürriyeti*”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Yıl: 2, 1980, ss. 41-76.
- HATEMİ, Hüseyin; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.
- KALABALIK, Halil; **İnsan Hakları Hukuku**, 1.Baskı, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004
- KAPANİ, Münci; **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.
- ÖKTEM, Akif Emre; **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, Liberte Yayınları, Ankara, 2003.

- ÖZEK, Çetin; **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1978.
- PROPEL, Gregory P.; “Wherefore Art Thou Deference? The European Court of Human Rights, Military Discipline, and Freedom of Expression”, **Houston Journal of International Law**, 1996-1997.
- REYNAUD, A.; **Hapishanede İnsan Hakları**, (Çev. Kuntbay İhsan), TODAİ Yayınları, Ankara, 1992.
- SUNAY, Reyhan; Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberte Yayınları, Ankara, 2001.
- TANÖR, Bülent; Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969.
- TRAGER, Robert / Donna L. DICKERSEN; **Freedom of Expression in the 21 st Century**, Pine Forge Press, California, 2003.
- ÜNAL, Şeref; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2001.
- VOORHOFF, Dirk; Critical Perspectives on the Scope and Interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights, Council Of Europe Publishing, Strasbourg, 1995.
- YOKUŞ, Sevtap; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin, Ankara, 2002.