

AIHM İÇTİHATLARI IŞIĞINDA DANIŞTAY KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF ECtHR FREEDOM OF EXPRESSION IN DECISIONS OF COUNCIL OF STATE

Hakemli Makale

Sezal ÇINAR ÖZKAN*

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	555
I- TEORİK KÖKENLER, SÖZLEŞME VE AIHM İÇTİHATLARINDA GENEL OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	557
II- DANIŞTAY KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	565
A- Sözleşmenin 10/2 maddesindeki Kısıtlama Sebeplerinin Danıştay Kararlarına Yansımaları	567
B- İfadenin Niteliği Bakımından	570
1- Terörü Öven ya da Tasvip Eden İfadeler	570
2- Eleştiri Sınırını Aşan Kişilik Haklarının İhlali Niteliğindeki İfadeler	571
3- Masumiyet Karinesi ve İfade Özgürlüğünün Çatışması	573
4- Kamu Görevlisinin Siyasal Faaliyetleri ve İfadeleri	575
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	579
KAYNAKÇA	582

ÖZ

İfade özgürlüğü bugün demokratik toplumlar arasında asli bir değer olarak kabul edilmektedir. Anayasamızda ve de imzacı devletlerden olduğumuz AIHS’te koruma altına alınmış olan ifade özgürlüğünün korunması, sınırlandırılması konusunda AIHM’ce geniş bir içtihatlar ağı oluşturulmuştur. Kamu gücünden kaynaklanan ifade özgürlüğü ihlalleri adli uyuşmazlıklar kadar olmasa da idari uyuşmazlıklarda da karşımıza çıkabilmektedir. İfade özgürlüğü ile ilgili idari yargıda karşımıza çıkan uyuşmazlıklar, idarenin tüzük yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle, bir disiplin cezasının verilmesi ya da idari yaptırım uygulanması gibi bireysel nitelikli olarak tesis ettiği idari işlemlerden kaynaklanmaktadır. Bu çalışmada AIHS 10/2. maddesi kapsamında ifade özgürlüğünün idare tarafından sınırlandırılması niteliğinde olan idari işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde, son dönem kararlarında Danıştay’ca uygulanan kriterlerin AIHM içtihatlarıyla ve ilkeleriyle uyumunun değerlendirilmesi amaçlanmıştır. İnceleme AIHM’in ifade özgürlüğü ile ilgili çeşitli kriterleri başlık

DOI: 10.32957/hacettepehdf.618689

Makalenin Geliş Tarihi: 11.09.2019

Makalenin Kabul Tarihi: 02.12.2019

* Dr., Danıştay 12. Dairesi Başkanlığı Tetkik Hakimi. E-posta: sezalcinar@hotmail.com

ORCID: 0000-0001-5950-982X

olarak seçilerek bunun altında o konunun örneği olacak Danıştay kararları üzerinden gerçekleştirilmiştir. İncelemelerimiz neticesinde denebilir ki; Danıştay ülkemizdeki meri yasal mevzuatla uyumsuz nitelikte olan AİHM içtihatları dışında, AİHM içtihatları ile bağdaşır bir tutum göstermektedir. Danıştay ifade özgürlüğü ile ilgili güncel kararlarında sıklıkla Sözleşme'nin 10. maddesine yer vermekte, anılan maddenin 2.fikrasında yer alan müdahale ölçütlerini kullanmakta, AİHM içtihatlarına her zaman kararda yer vermese de gerekçedeki tutumu genel olarak AİHM içtihatları ile uyumlu olmakta ve yeri geldiğinde AİHM kararlarına gerekçesinde doğrudan yer vermektedir.

Anahtar Kelimeler: ifade ve basın özgürlüğü, AİHM, Danıştay

ABSTRACT

Freedom of expression today is regarded as an essential value among democratic societies. ECtHR has established a wide network of jurisprudence in terms of the protection and limitation of freedom of expression, which has been guaranteed in The Constitution of the Republic of Turkey and in the European Convention on Human Rights to which Turkey is one of the signatory countries. Violations of freedom of expression arising from public power can be seen in both administrative and judicial disputes. The disputes that emerge in the administrative jurisdiction regarding the freedom of expression stem from the regulatory procedures of administration, such as the statutes and the regulations by which administration functions as an executive organ, or individual administrative actions such as disciplinary action or administrative sanction. In this study, it is aimed to evaluate the appliance of the criteria put by the case laws and principles of the ECtHR decisions, in resolution of disputes arising from administrative procedures which emerges from limitation of freedom of expression by the administration, within the context of article ECtHR 10/2. The review sample has been selected among the decisions of the Council of State, which have the headings of the various criteria related to the freedom of expression of the ECtHR. As a result of our study, we can say that, except from the ECtHR case law which is incompatible with the legislation in our country, the Council of State has a compatible attitude with the case law of the ECtHR. The Council of State often refers Article 10 of the Convention in its current decisions on freedom of expression, and uses the intervention criteria contained in paragraph 2 of the said article, although the Court's case-law is not always included in the verdict essay, but its justification is in line with the case-law of the ECtHR.

Keywords: freedom of expression and press, ECtHR, Council of State

GİRİŞ

İnsanı diğer canlılardan ayıran temel yetisi düşünme kapasitesidir. Düşünme yetisi, insana bir benlik ve değer bilinci kazandırmış, medeniyetler kurdurmuş, diğer canlılardan farklı olarak zihni varoluşuna bir temel oluşturmuştur. Düşünce ise insanın toplumsal bir varlık olması sebebiyle ancak düşüncenin ifade edilmesi ile anlamlı olacaktır. Bir diğerine ifade edilmeyen düşünce yalnızca o insanın varoluşu bakımından anlamı olabilir de, diğerine ulaştırılmadıkça gerçek anlamda yaşamayacak ya da sınıranabilirlik testinden geçemeyecektir. İnsanın kendi düşüncelerini oluşturabilmesi, diğerlerine ulaştırabilmesi, onları etkilemesi ya da onlardan etkilenmesi, düşüncesini işitsel, görsel, sanatsal, yazım ve çeşitli vasıtalarla ifade etmesine bağlıdır. Kısaca denebilir ki insanın benlik olarak varoluşunun, edimlerinin ve medeniyet kurmasının temelinde düşünmesi ve düşüncesini ifade etmesi yatmaktadır. Bu sebeple düşünce ve düşünceyi de çeşitli vasıtalarla ifade etme özgürlüğünün gerçekte pek çok özgürlüğün temelinde yatan özgürlük olduğunu savunmak çok da yanlış olmayacaktır. Düşünce özgürlüğünün teorik temelleri ilk çağ göz ardı edilirse XVII. ve XVIII. yy. doğal hukuk ve liberal hukuk öğretilerine dayanır.¹ Felsefi olarak Spinoza, John Locke, Voltarie, John Stuart Mill, K.Kautsky gibi düşünürler tarafından savunulmuş, tarihsel süreçte ise birinci kuşak haklar arasında gelişmiştir. İfade özgürlüğü bugün demokratik toplumlar arasında asli bir değer olarak kabul edilmektedir.

İfade özgürlüğüne ilişkin uyuşmazlıklar genellikle adli yargı alanında ortaya çıktığından, yapılan çalışmalar da bu alanda yoğunlaşmaktadır. Ancak, ifade özgürlüğü konusunda AIHM'de, adli yargı önünde görülen uyuşmazlıkların yanı sıra idari yargıdan kaynaklanan uyuşmazlıklar da karara bağlanmaktadır. Kamu gücünden kaynaklanan ifade özgürlüğü ihlalleri adli uyuşmazlıklar kadar olmasa da idari uyuşmazlıklarda da karşımıza çıkabilmektedir.

İdare kamu gücünü kullanarak çeşitli işlemler tesis etmekte ve eylemlerde bulunmakta, bunlarla kimi zaman çeşitli hak ihlallerine sebep olabilmektedir. Kişinin

¹ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, **Düşünsel Özgürlük**, İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1995-1996, Cilt 17-18, Ankara, s. 16.

ifade özgürlüğü hakkı da idarenin çeşitli eylem ve işlemleriyle ihlalinin muhtemel olduğu haklardan biridir. İdari yargı, idarenin bu eylem ve işlemlerini denetlemekle yükümlüdür. Bu denetimi Anayasal hükümler ve meri mevzuat kadar AİHS ve Sözleşme'nin maddelerinin yorumu ile genişleyen AİHM kararlarından oluşan içtihat ağı ışığında da gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü ile de düzenleme altına alınmıştır. Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasında usulünce yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler kanun hükmünde sayılarak iç hukukun bir parçası haline getirilmiş, devam eden cümlesinde bunlardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanların kanunla çatışması halinde, Sözleşme hükmüne öncelik tanınarak kanunun üstünde değil ama öncelikli uygulanmasını hükmeden *sui generis* bir yapıya kavuşturulmuştur. AİHS'in uygulanmasından kaynaklanan içtihatlar ağı da iç hukukun bir parçası olarak gözetilmek durumundadır. Sözleşme AİHM'in içtihatları ile yorumlanır. Kısa tutulmuş madde metinleri içtihatlar yolu ile ete kemiğe bürünmüştür.² Bunun anlamı aynı şekilde içtihatların da artık iç hukukun bir parçası haline gelmiş olmasıdır. Teorik durum böyleyken acaba fiili durum nedir? Mahkemelerimiz uygulamada Sözleşme'yi ve içtihatları iç hukukun bir parçası haline getirebilmiş midir? Türk idari yargısı içtihatları ne ölçüde benimsemekte ve uygulamaktadır?

Bu çalışmada amaçlanan Anayasa'nın 90. maddesinden kaynaklanan bu hukuki gerekliliğin ifade özgürlüğü bakımından son dönem idari yargı kararlarına fiilen yansıdığı ya da yansımadığı durumları görmek, ifade özgürlüğü ile ilgili Danıştay kararlarının resmini çekmektir. İdari yargı makamlarının son mercii olan Danıştay, Sözleşme'nin 10. maddesine ve Sözleşme'nin ete kemiğe bürünmüş hali olan AİHM içtihatlarına kararlarında yer vermekte midir? AİHM içtihatlarına yer vermese bile Danıştay'ın ifade özgürlüğü hakkında verdiği kararlar AİHM ile uyumlu mudur? Sözleşme ve içtihatlar ile Danıştay nerede buluşmakta ve nerede ayrı düşmektedir?

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinde Danıştay, Bölge

² KARAN, Ulaş, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, ed. İnceoğlu, Sibel, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, 2013, s. 355.

İdare Mahkemeleri ile İdare ve Vergi Mahkemelerinden verilen kararlar hakkında yargılamanın yenilenmesi sebepleri sayılmaktadır. Anılan maddenin (1) bendine³; “Hükmün İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin AİHM’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması” halinde yargılamanın yenilenmesi istenebileceği düzenlemesi eklenmiştir. Söz konusu düzenleme idari yargı kararlarının AİHM içtihatlarıyla uyumluluğu gereğini pekiştirmektedir.

İdari yargıda ortaya çıkan ifade özgürlüğü uyuşmazlığı halleri adli yargıya göre oldukça sınırlıdır. En sıklıkla rastlanan durumların tespiti amacıyla Danıştay’ın ifade özgürlüğü ile ilgili 2017-2018 kararları taranmıştır. Danıştay kararlarında ifade özgürlüğü ile ilgili uyuşmazlıkların en sıklıkla kamu görevlilerine/öğrencilere verilen disiplin cezaları ile radyo ve televizyon yayıncı kuruluşlarına uygulanan idari yaptırımlardan kaynaklandığı görülmüştür.

Bu doğrultuda çalışmada ilk olarak ifade özgürlüğü ile ilgili teorik kökenler, Sözleşme ve AİHM içtihat alanında genel olarak ifade özgürlüğü, sonrasında Danıştay kararlarında ifade özgürlüğü incelenmiştir. İdari işlem, Sözleşme’nin 10/2. maddesi kapsamında ifade özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır. Danıştay işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde yasal mevzuat kadar Sözleşme’nin 10/2. maddesindeki sınırlandırmayı meşru kılan kriterleri de gözetmelidir. İkinci başlık altındaki ilk incelememiz bu konuya ilişkin, sonraki incelememiz AİHM’in ifadenin niteliği bakımından yaptığı ayrımlar ışığında karar değerlendirmesine yönelik olmuştur.

I- TEORİK KÖKENLER, SÖZLEŞME VE AİHM İÇTİHATLARINDA GENEL OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İfade özgürlüğü teorik gelişimde çağlar boyunca farklı tezlerle temellendirilmiştir. En bilineni Milton, Mill, Holmes, Frankfurter, Hand tarafından savunulan gerçeğin keşfi teorisidir. Bu teori ‘fikirlerin pazaryeri’ olarak da tanımlanabilir. Fikirlerin ticareti için açık ve denetlenmeyen bir piyasa var olduğunda, tüm fikirler serbestçe ifade edilebildiğinde gerçeğe daha kolay ulaşılacaktır. Tartışma, fikirlerin serbestçe alış

³15.07.2003 tarihli 4928 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile eklenen Ek Bent

verişinin gerçeğin keşfi sürecinin etkin işlemesi için olmazsa olmaz koşuldur.⁴

Önemli olan tezlerden bir diğeri ise Spinoza, Hume ve Kant tarafından savunulan demokrasiye dayanan tezdır. En ayrıntılandırılmış haliyle Alexander Meiklejon⁵ tarafından ifade edilen bu tez iki temel unsura dayanır. İlk olarak seçmen hangi fikirleri kabul edip, hangilerini reddedeceğine karar verebilmek için tüm fikirlere ve bilgi materyaline tam olarak ulaşabilmelidir. İkinci olarak, halkın egemenliği demek olan demokrasilerde yöneticiler hükmediciden çok halkın hizmetkârı konumundadır. Halkın isteklerini ifade etmesinin yasaklanması ya da sınırlanması, iktidarın halkın taleplerine cevap vermek şeklindeki kesin varoluş şekliyle bağdaşmaz.⁶ Gerçekliğe dayanan tez ve demokrasi tezi, bireylerin tek tek çıkarından çok toplumun çıkarına vurgu yapmışlardır.⁷

Tamamıyla bireyden hareket eden teoriler de vardır. Psikolojik açıdan insan kendini ifade edemediği zaman elem, keder duyar.⁸ İfade özgürlüğü insan doğasının tamamlayıcı bir parçası olduğundan, toplumsal hedefler için bir araç değil, özerk bir değer olarak kendiliğinden iyidir. Bu sebeple iyi bir hayatın parçasıdır.⁹ İnsan yeteneklerini azami ölçüde kullanma ve ne olması olanaklıysa o olma hakkına sahip olmalıdır. İnsanın gelişimi içinse haberleşme, bilgiye erişim, ifade ve konuşma içinde olmak gerekir. Bu onun iyi yaşamı için doğal bir hakkıdır.¹⁰

Birey kalkışlı bir diğeri ifade özgürlüğü anlayışı liberal ideolojiye ait olandır.

⁴ERDOĞAN, Mustafa, **Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif**, s. 10;

MILL, John Stuart, **Özgürlük Üstüne**, İkinci baskı, 2000, İstanbul Belge Yayınları, s. 33, 34.

⁵MEIKLEJON, Alexander, **Free Speech and Its Relation to Self Government**, Harper Brothers Publishers, 1948, New York.

⁶SCHAUER, Frederick, **İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme**, 1983, Cambridge University, America, s. 31-32.

⁷ *ibid*, s. 37.

⁸BURY, John B., **Düşünme ve Söz Özgürlüğü**, çev. Avni Başman, Kavaklıdere Kültür Yay., 1995, Ankara, s. 3.

⁹SCHAUER, 1983, s. 37.

¹⁰ *ibid*, s. 41.

Liberalizm bireysel farklılıklara, tercihlere ve özerkliğe büyük bir saygıyı temsil eder.¹¹ İnsan onuru saygınlık, eşitlik, kişiliğin bağımsızlığı vb. kavramlar üzerinde temellenir.¹² Devlet kişinin ifadesini yasakladığında, o kişinin haysiyeti, saygınlığı çığnemiş olur. Kişinin ifadesinin yasaklanması o kişinin düşünce ve inançlarının diğer kişilerinki kadar değerli, önemli olmadığını söylemektir. Kişi topluluğun eşit üyesi olarak muamele görmemiş olur. Liberal toplumdaki tüm bireyler eşit olarak farklı olma ve bunu ifade edebilme saygınlığına sahiptir.¹³

Başka bir tez faydacı teoriden gelir. Yöneticiler doğal hakka, liberal ilkelere vs. aldırılmazlar, gerçeklik ve demokrasi tezinin de bir takım zaafı vardır. Yöneticiler üzerinde en etkili olacak şey, yasaklamanın işe yarayıp yaramayacak olduğudur. İfade özgürlüğünü yasaklamak işe yaramaz. Temel argüman psikolojiktir. İnsan üzerindeki baskıcı ve kısıtlayıcı uygulamalar arzu edilenin aksine yol açar. Yanlış öğretiler gün ışığına çıkmaya maruz bırakılırlarsa, kolaylıkla yanlışlanıp öleceklerdir.¹⁴ Toplumda ifadesine izin verilmeyen düşünceler çıkış yolu bulamayıp şiddete neden olacaktır. Bu sebeple ifade özgürlüğüne “güvenlik vanası”, “istim boşaltma” ya da “catharsis” gibi yakıştırmalar yapılmaktadır.¹⁵

Farklı bir özgür ifade ilkesini destekleyen tezlerde az çok bir birliktelik bir ölçüde bir uyum görülmektedir. Gerçekliğin ortaya çıkarılması, demokrasi, insan doğası, liberal ya da faydacı tezlerin farklı şekillerde de olsa temel kaygısı, bireyi çeşitli güç odaklarının otoritesinden ve iktidardan korumaktır. İfade özgürlüğü bireyin özgül tekil ifadesini güç odaklarına karşı korurken bunu iktidarın yapamayacağını gizli güvensizliğine dayanır. Gücü elinde tutanların ve iktidarın doğruyu ve yanlışını belirlemesine ve onun yanılabilirliğine karşı bir güvencedir. İfade özgürlüğü kişilerin düşüncelerini serbestçe ifade ederken, kamu otoriteleri tarafından engellenmemeleri,

¹¹YAYLA, Atilla, **Liberalizm**, 1992, Turhan Yayınları, Ankara, s. 140.

¹²DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları**, çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, 1995, Ankara, s. 27-29.

¹³SCHAUER, 1983, s. 45.

¹⁴ *ibid* .s. 51-52.

¹⁵ *ibid*, s. 54.

baskıcı tutumla karşılaşmamalarının yanı sıra, çeşitli kişi ya da gruplardan gelebilecek baskılara karşı kişinin korunması anlamına gelir.¹⁶

AİHS'in 10. maddesinde düzenmiş olan ifade özgürlüğü de benzer kaygıdan yola çıkar. Sözleşmeciler devletleri, bireylerin ifadeleri konusunda iktidarlarının sınırlarını çizmek durumunda bırakır. İfade özgürlüğü Sözleşme'de yer alan diğer haklar gibi devlete pozitif yükümlülük yükler. Devletin bu özgürlüğe müdahale etmeme yükümü yanında, üçüncü kişilerin engellemelerinden koruma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü de vardır. Örneğin özel bir şirketin sendikal faaliyetler kapsamında çalışanlarının çeşitli ifadeleri nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda devletin 10. madde kapsamındaki bu müdahaleye karşı güvence sağlaması gerekmektedir.¹⁷

Maddenin ilk fıkrasında ifade özgürlüğünü bir hak olarak tanıma yolunda tanımlı yapılır:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "İfade Özgürlüğü" başlıklı 10. maddesi 1. fıkrası; "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

İfade özgürlüğünün konusu, düşünce, kanaat, fikir, vicdan, inanç, ahlak ve din gibi kavramlarla anlatılmak istenen değerlerdir.¹⁸ Madde kapsamında korunan ifadeler, yazılı, sözlü, resim, fotoğraf, eylem, kültürel miras, kılık, kıyafet şeklinde ortaya çıkabilir. Hatta şiddet içermeyen sivil itaatsizlik eylemini de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirenler bulunmaktadır.¹⁹ Bunların ifade ediliş şekli olarak her türlü basılı doküman, radyo tv yayınları, tablolar, filmler, şiirler, romanlar, elektronik

¹⁶ERDOĞAN, Mustafa, **Demokratik Toplumda Düşünce İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif**, Liberal Düşünce D.,Yıl: 6, Sayı: 24,Güz 2001, s. 9.

¹⁷KARAN, 2013, s. 356, Palomo Sanchez and others v Spain, 12.09.2011, s. 60.

¹⁸KABOĞLU, İbrahim, **Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları**, s. 213.

¹⁹SUNAY, Reyhan, **İfade Özgürlüğünün Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu Y., 2001, Ankara, s. 11-12.

bilgi sistemleri korunmaktadır.²⁰

İfade özgürlüğü düşünceyi çeşitli vasıtalarla başkalarına aktarabilme, anlatabilme, yayabilme, onları ikna edebilme, tercihleri doğrultusunda tutum ve davranışlara girebilme serbestisini ifade eder.²¹ Öncesini insanın düşünce yetisinde bulur. Düşünceye ya da fikre sahip olma, ifade özgürlüğünün önkoşuludur. Bu sebeple, ifade özgürlüğünün ilk unsuru, bir fikir sahibi olabilmektir. Bunun için de bilgiye, başkalarının fikir ve düşüncelerine ulaşabilme, fikir ve bilgi alış verişinde bulunabilme imkânına sahip olmalıdır. AİHS 10. maddesi fikir sahibi olma, bilgi ve düşünceyi edinme özgürlüğü ile bilgi ve düşünceyi yayma özgürlüklerini kapsar. Ancak 10. madde bilgiye erişim hakkını güvence altına almamıştır. Mahkeme bilgi edinme hakkını bireyler arasındaki iletişime müdahale etmemek, erişilebilir bilginin devlet eliyle erişiminin engellenmemesi şeklinde bir negatif yükümlülük olarak yorumlamıştır. Ayrıca, Mahkeme'ye göre, madde bireye kendisi ile ilgili tutulan kayıtlara erişim hakkı ya da kamu makamlarına bu bilgileri bireye sunma hakkı vermemektedir.²² Ancak Mahkeme'nin yaklaşımı ilerde devletlere bu yönde bir pozitif yükümlülük yükleyeceğinin emarelerini vermektedir. Medya organlarına ve sivil toplum kuruluşlarına 10. madde uyarınca bilgi edinme hakkını tanımıştır. Mahkeme'nin bir kararında başvuru sivil toplum örgütünün bilgi edinme hakkı ve diğer insan hakları ile ilgili konularda çalışan bir örgüt olarak erişmek istedikleri bilgiyi kamusal tartışmaların temel bir unsuru yapmak amacı taşıdığı için bazı bilgilerin kendilerine verilmesini talep edebileceği belirtilmiştir. Kararı, 10. maddenin bilgi edinme hakkını da kapsadığı şekilde yorumlamak mümkün olmasa da ileriki içtihatlarına ilişkin bir ışık olabileceğini düşünmek olasıdır.²³

İfade özgürlüğü mutlak haklardan değildir.²⁴ 10. maddenin ikinci fıkrasında

²⁰ BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması**, çev. Tuğçe Duygu Köksal, 2018, Avrupa Konseyi, Ankara, s.18.

²¹ TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, s. 27.

²² KARAN, 2013, s. 357, Leander v. Sweden, 26.03.1987, s. 74.

²³ *ibid*, s.357, Tarsasag a Szbadzagjogokert v. Hungary, 14.04.2009, s. 27.

²⁴ KARAN, Ulaş, **İfade Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, 2018,

özgürlüğün sınırlarının tespiti yoluna gidilir:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "İfade Özgürlüğü" başlıklı 10. maddesinin 2. fıkrası; "Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

Sözleşme m.10/2 ifade özgürlüğünün geniş biçimde kısıtlanmasına izin vermektedir. Özgürlüğün ulusal makamlarca sınırlanmasına izin veren meşru amaçlar dizisi örneğin Sözleşme'nin 8, 9 ve 11. maddelerinde sayılanlardan daha fazladır.²⁵ Sınırsız bir ifade özgürlüğünü benimsemeyen Sözleşme devletlerin otorite alanını da gözetken bir yaklaşım tercih etmiştir.

Anılan madde ile getirilen koruma alanı, sınırlandırılması ve bunların ölçütleri birlikte değerlendirilmelidir. İfade özgürlüğünü sınırlayan ilk kriter, müdahalenin hukuken öngörülmüş olmasıdır. Hukuken öngörülmüş olma yeterince açık ve öngörülebilir olmayı gerektirmektedir. Sınırlamanın hukuki dayanağının bulunması yalnızca yasa ile düzenlenmek anlamına gelmez. Meslek örgütleri tarafında çıkarılan düzenleyici işlemler, kararnameler, uluslararası hukuk kuralları da bu kapsamda değerlendirilmektedir.²⁶ İkinci kriter, özgürlüğe müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmasıdır. Sözleşme'nin önsözünde yer almakta olan "demokratik toplumda gerekli olma" kriteri sözleşmenin önemli bir parçasıdır. Bu kriterin alt bileşenleri; sınırlamanın "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç"tan kaynaklanması ve "ölçülü" olmasıdır.²⁷ Mahkeme bir tedbirin orantılı ve demokratik toplumda gerekli olarak nitelendirilmesi için, aynı amacı yerine getirirken, söz konusu temel hakka daha az zarar verecek

Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, s.103.

²⁵ ÖZDEK, Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİ İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2004, Ankara, s. 240.

²⁶ HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi, 2013, s. 485.

²⁷ KARAN, 2018, s.150,153, KARAN, 2013, s. 371.

alternatif bir tedbir uygulama ihtimalinin bulunmaması gerektiğine dikkat çeker. Üçüncü kriter müdahalenin meşru bir amacının bulunmasıdır. Sözleşme'nin 10/2 maddesinde sınırlamayı haklı kılabilecek dokuz meşru amaca yer verilmiştir. Bunlar; ulusal güvenliğin korunması, toprak bütünlüğünün korunması, düzensizliğin önlenmesi, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlakın korunması, başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması, gizli olarak elde edilen bilgilerin açıklanmasının önlenmesi, yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesidir. Sınırlamanın gerekliliği ve meşru amaç, orantılılık ilkesine yol açar. Ulaşılmak istenen meşru amaçla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması orantılı olmalıdır. Sözleşme'nin 10/2. maddesi anılan kriterler çerçevesinde sözleşmeciler devletlere belirli bir takdir alanı açar. Ulusal makamların belirli bir takdir hakkı bulunmaktadır.²⁸ Sınırlandırıcı “gereklilik” kavramı öncelikle devlet organları tarafından değerlendirilmelidir.²⁹ Mahkeme'nin denetimi takdir yetkisinin kullanışında ortaya çıkar.³⁰ Mahkeme yerleşik içtihatlarında sınırlama sebeplerinin istisnai nitelikte olduğunu ve dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.³¹

İfade özgürlüğü, yalnız taraftar bulan, zararsız ve ilgilenilmeye değmez bir mesele olarak görülen bilgi ya da düşünceler için değil, aynı zamanda devlete ya da nüfusun bir bölümüne kırıncı gelen, şok eden ya da rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereğidir. Bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.³² Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası ise ancak sınırlama sebeplerinin ikna edici bir şekilde tespiti ile uygulanmalıdır.³³

²⁸ ÖZDEK, 2004, Ankara, s. 241.

²⁹ Ezelin/Fransa, 26.04.1991, s. 35, <https://swarb.co.uk/ezelin-v-france-echr-26-apr-1991> (erişim tarihi: 22.02.2019).

³⁰ BIÇAK, Vahit, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, Ankara, s. 16.

³¹ Vogt/Almanya, 26.09.1995, s. 52, hukukvizyon.net/aihs-kapsaminda-ifade-ozgurlugu-ve-memuriyetten-cikarilma-vogt-karari (erişim tarihi:22.02.2019).

³² Handyside/Birleşik Krallık, 07.12.1976, s. 49, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi:26.02.2019)

³³ Sunday Times/Birleşik Krallık (No:1), 26.04.1979, s.65, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, (erişim tarihi:26.02.2019).

Mahkeme'ye göre, bir bireye, kamu personeline ya da nüfusun bir kesimine karşı şiddete kışkırtıcı ifadeler söz konusu olduğunda, devletin ifade özgürlüğüne müdahale konusundaki takdir yetkisi genişleyecektir.³⁴ Örneğin Mahkeme kullanılan bazı siyasal ifadelerin cezalandırılmasını, zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştireceğinden bahisle “zorlayıcı toplumsal ihtiyaca” makul bir yanıt olacağı gerekçesiyle müdahale olarak değerlendirmemiştir.³⁵ Mahkemenin bir diğer ölçütü ise, açıklanan ifadelerin etki alanının genişliği ya da sınırlılığı ile ilgilidir. Küçük bir grupta paylaşılan ifadenin ulusal güvenlik, kamu düzeni ya da bölgesel bütünlük üzerindeki potansiyel etkisinin sınırlı olduğu dile getirilmiştir.³⁶

Mahkeme'nin tamamen yasakladığı ifadeler de vardır. Nefret söylemi ve ırkçılık taşıyan ifadeleri Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanılması sebebiyle kabul edilemez bulur.³⁷ Nazi ideolojisini destekleyen ve soykırımı inkâr eden söylemler de ifade özgürlüğü koruması dışındadır.³⁸

İfade özgürlüğü ile kişilerin, şeref haysiyet ve ününün çatıştığı durumlarda Mahkeme bir derecelendirme yapar. Eleştirinin izin verilebilir sınırları, hükümet söz konusu olduğunda sade bir vatandaş ve hatta bir siyasetçi için olan sınırlardan daha geniştir. Demokratik bir toplumda, hükümetin fiil veya ihmalleri sadece yasama ve yargı organlarının değil, kamuoyunun da yakın denetimine tabi olmak zorundadır.³⁹ Üst düzey devlet görevlileri ve kamu görevlilerine siyasilere yönelik eleştirilerle karşılaştırıldığında siyasetçiye yönelik daha düşük seviyede bir koruma tanınmıştır. Mahkeme kamu görevlilerine ya da kamu kurumlarına yöneltilecek eleştiri ve hakaret

³⁴Ceylan/Türkiye,08.07.1999,s.34,www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/.../AİHM%20Türkiye%20Kararları/CEYLAN.pdf (erişim tarihi: 22.02.2019).

³⁵ Zana/Türkiye, 25.11.1997, s.60, <https://hudoc.echr.coe.int/.../pdf> (erişim tarihi: 22.02.2019) .

³⁶ Gerger/Türkiye, 08.07.1999, (24919/94), www.tohav.org/gerger-turkiye-davasi (erişim tarihi: 26.02.2019).

³⁷ Norwood/Birleşik Krallık, 16.11.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi:26.02.2019).

³⁸ PETA/Almanya, 08.11.2012, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi:26.02.2019).

³⁹ Incal/Türkiye, 09.06.1998, s.54, askerihukuk.net/?pnum=539&pt=INCAL%2FTÜRKİYE (erişim tarihi: 26.02.2019).

sınırında kalan ifadeler için takdir alanını genişletmiştir.⁴⁰ Ancak hâkimlere yönelik ifadelere karşı Mahkeme daha az korumadan yana olmuştur.⁴¹

II- DANIŞTAY KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ⁴²

Giriş bölümünde de açıkladığımız gibi, son iki yıllık Danıştay kararlarının incelenmesinde ifade özgürlüğü ile ilgili uyuşmazlıkların çoğunlukla kamu görevlerine/öğrencilere uygulanan disiplin cezaları ile radyo televizyon yayıncı kuruluşlarına uygulanan idari yaptırımlardan kaynaklandığı görülmüştür.

Kamu görevlisi bir vatandaş olarak ifade özgürlüğüne sahip olmasının yanı sıra bir statü hukukuna tabi olması nedeniyle çeşitli ifade, söz, durum, eylemleri sebebiyle ifa ettiği kamu görevinden kaynaklı birtakım idari yaptırımlarla karşılaşabilmektedir.

⁴⁰ BYCHAWSKA-SINIARSKA, 2018, s.73 (Uj/Macaristan, 19.07.2011).

⁴¹ *ibid*, s.75 (Lozowska/Polonya, 13.01.2015).

⁴² Öncelikle, idari yargıda en yüksek karar mercii olan Danıştay'ın hangi neviden kararlarının ifade özgürlüğü ile ilgili olduğunu tespit etmek gerekmiştir. Son ve güncel eğilimi anlamak için Danıştay'ın ifade özgürlüğü ile ilgili 2017- 2018 kararları taranmıştır. İş bölümü kuralları nedeniyle ifade özgürlüğü ile ilgili her dairede ortaya çıkan uyuşmazlık konularının değişmekte ve çeşitlilik gösterdiği görülmüştür. Yaptığımız taramada genel olarak ortaya çıkan ana konuların; 1. Dairede, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun uyarınca, kamu görevlisinin kullandığı ifadelerden dolayı soruşturma izni verilmesine ilişkin işlemde kaynaklanan uyuşmazlık, 2., 5. ve 12. Dairelerde kamu görevlilerine verilen disiplin cezaları kamusal alanda ya da sosyal medyada kullandıkları ifadeler, bir siyasi parti lehine söylem, eylem veya davranış ya da sendikal eylem hakkının kullanımı nedeniyle verilen disiplin cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, 8. Dairede öğrencilerin çeşitli fiillerinden dolayı verilen disiplin cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, 10. Dairede vergi dairelerine bakan dava daireleri hariç, diğer dava dairelerinin görevi dışında kalan uyuşmazlıklara baktığından, sınıflandırılmayan çeşitli idari işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıklar (örn:belediyeye ifade özgürlüğü kapsamında bir faaliyet için yapılan başvurunun reddinden kaynaklı uyuşmazlık, icra dairelerinde uygulanan kamera takip sisteminin ve makam odasının kamera ile izlenmesi uygulamasının kaldırılması talebiyle yaptığı başvurunun reddinden kaynaklanan uyuşmazlık) 13. Dairede kişilerin eylemleri sebebiyle verilen idari para cezaları ve Radyo Televizyon Üst Kurulu'nun yayın kuruluşlarına uyguladığı yaptırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar olduğu görülmüştür. 3, 4, 6, 9, 14 ve 15. daire kararlarında ise iş bölümünden dolayı baktıkları konular nedeniyle ifade özgürlüğü ile ilgili uyuşmazlığa rastlanmamıştır. Yoğunlaşma kamu görevlisine ya da üniversite öğrencisine verilen disiplin cezaları ile ilişkili olarak 5, 8 ve 12. dairelerdedir. Bunlarda tekrar eden konular, kamu görevlilerinin sendikal eylem hakkını kullanmasından kaynaklı disiplin cezaları, kamu görevlisinin bir siyasal partinin basın açıklamasına katılmasından dolayı verilen disiplin cezaları ya da kamu görevlisinin genellikle sosyal medyada ve daha çok da bir parti lehine ya da aleyhine görüş bildiren ifadelerinden kaynaklı, öğrencinin pankart asma ya da yasaklanan bir eyleme iştirakinden kaynaklanan disiplin cezalarıdır. Yoğunluğun ortaya çıktığı diğer daire 13. Dairedir. RTÜK'ün radyo ve televizyon yayınları üzerinde mevzuata aykırılık bulması halinde yayın durdurma dâhil idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. RTÜK'ün uyguladığı idari yaptırımlar nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar anılan dairenin görev alanı içinde olduğundan bunların ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini tartışma konusu yapan çok sayıda 13. daire kararına rastlanmıştır.

Kamu hizmetinin bir düzen içinde yürütülmesinde kamu görevlisinin uyması gereken bir takım yükümlülükleri vardır. Memurlara yönelik disipline ilişkin hükümler genel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin kanunda menfi ve müspet olarak belirtilen yükümlülüklerle uymaması disiplin cezası adı verilen idari yargıya özgü bir cezalandırma sistemine tabi tutulmuştur. Bunlar anılan Kanun'un 125. maddesinde yer alan hallerin ortaya çıkması koşuluna bağlı olarak verilecek olan uyarı, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarılma cezası olarak belirlenmiştir. Genel nitelikteki 657 sayılı Kanun'un haricinde, ayrıca bazı kamu görevlileri hizmet verdikleri alana ilişkin özel mevzuata bağlı olarak çalıştığından bu mevzuat uyarınca da disiplin cezalarına tabi tutulabilmekteyse de esas olarak bunlar da 657 sayılı Kanun'la paralellik göstermektedir.

İdarenin kamu görevlisine kanun gereğince verdiği disiplin cezası kimi hallerde onun ifade özgürlüğünün ihlali sebebi olabilmektedir. Çünkü idare, burada da tıpkı adli yargıda olduğu gibi, kamu gücünü kullanarak, bireye cezai nitelikte bir yaptırım uygulamakta, ifade özgürlüğüne Sözleşme'nin 10/2 maddesi kapsamındaki sınırlandırma kriterlerine uyan ya da uymayan bir müdahalede bulunmaktadır.

Sıklıkla görülen diğer uyuşmazlık türü RTÜK'ün 6112 sayılı Kanun'dan doğan ve yayıncı kuruluşlara uyguladığı idari yaptırımlarıdır. Ülkemizde, radyo ve televizyon yayıncılığı, AİHS'in ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine uygun olarak izin sistemine bağlanmıştır.⁴³ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 8. maddesiyle yayın hizmet ilkeleri belirlenmiş, 32. maddesinde ise Kanun'da yer alan yayın ilkelerine aykırı yayın yapılması halinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından uygulanacak idari yaptırımlar belirlenmiştir. Aykırılığı tespit edilen ilkeye göre değişecek şekilde bu idari yaptırımlar uyarı, idari para cezası, yayın durdurma ve lisans iptali olarak

⁴³ DEMİRKOL, Selami, ÖZCAN, Emrah, ERMAN, Emre, **Radyo ve Televizyon Yayıncılığı Kuruluşlarına Uygulanan İdari Yaptırımlar Hakkında Danıştay'ın İfade ve Basın Özgürlüğü Yaklaşımı**, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı içinde, 2016, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara, s. 21-42, 29.

belirlenmişlerdir.⁴⁴ Radyo ve Televizyon yayınlarını idari yaptırıma konu eden söz konusu düzenleme, basın yoluyla ortaya çıkan ifade özgürlüğünün yine Sözleşme'nin 10/2. maddesi kapsamında sınırlandırılması niteliğindedir.

A- Sözleşmenin 10/2 maddesindeki Kısıtlama Sebeplerinin Danıştay Kararlarına Yansıması

Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale varsa, bunun ifade özgürlüğünün ihlali sebebi sayılmaması için, bakılacak ilk kriter müdahalenin hukuken öngörülmüş bir müdahale olmasıdır.

Danıştay'ın da bu kriteri benimsediği ve kullandığı görülmektedir. Danıştay'ın idari yaptırımın kanuniliği unsurunu gözeterek ihlal saptamasında bulunduğu bir uyuşmazlık TİB'in "twitter.com" isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesi sonucunu doğuran işlemiyle ilgilidir.⁴⁵

İdare mahkemesince; işlemle, internet sitesine erişimin sadece ilgili yargı kararına konu bölümler ile sınırlı olarak değil, tüm kullanıcıların erişimi engellenecek biçimde internet sitesinin tamamına yönelik engellenmesinin AİHS ve Anayasa ile güvence altına alınan ifade özgürlüğüne zarar verdiği, bu sebeple işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. İdare; erişimin engellenmesi kararının 5651 sayılı Kanun'un 8/4. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi durumuna bağlı olarak verildiğini iddia etmektedir. Daire tarafından anılan düzenlemenin Anayasa'nın 22. maddesine aykırı olduğundan bahisle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi'nce; itiraz konusu kuralda TİB tarafından müstehcenlik suçu oluşturan yayınlara re'sen erişimin engellenmesi kararı verileceği belirtilmekle yetinildiği, erişimin kademeli olarak engellenip engellenmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, böylece itiraz konusu kuralla idareye kapsam ve sınırları belirsiz şekilde erişimin engellenmesi yetkisi tanındığı, erişimin engellenmesi kararı verilmesinin dayanağı olan itiraz konusu kuralın anlaşılır, açık ve net olma zorunluluğunu karşılamadığından

⁴⁴ *ibid*, s.21-42, 30.

⁴⁵ Danıştay 13. Dairesi 23.02.2018 tarih, E: 2015/935, K:2018/686.

Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması güvencesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle anılan kanun maddesinin ilgili bölümleri iptal edilmiştir. Danıştay 13. Dairesi'nce; iptale dair idare mahkemesi kararı, dava konusu işlemin dayanağı olan yasal düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi ve kanun koyucu tarafından bu konuda henüz bir düzenleme yapılmamış olması karşısında, hukuka aykırılığı Anayasa Mahkemesi kararı ile tespit edilmiş bulunan Kanun maddesi uyarınca tesis edilen, "twitter.com" isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesi ile gerekçe değiştirilerek onanmıştır.

Burada daire Sözleşme madde 10/2'ye atıfta bulunmasa da, hukuki düzenlemenin belirsiz niteliğinden hareketle, Anayasa Mahkemesi'ne aykırılık başvurusunda bulunmuş, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında da, kanuni bir düzenleme bulunmadığından bahisle ihlal edilen ifade ve basın özgürlüğünü koruyucu yönde bir karar almıştır.

AİHM hukuken öngörülmüş olma yanında, sınırlamayı içeren düzenlemede öngörülebilirlik ve açıklık niteliği aramaktadır.⁴⁶ Danıştay 8. Dairesi⁴⁷; iki yarıyıl için uzaklaştırma cezası gerektiren halleri düzenleme altına alan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 2. maddesinin iptali istemi yönünden yapmış olduğu incelemede, anılan maddenin c bendindeki "Suç sayılan eylemleri işlemek veya bir kimseyi veya grubu, cebir veya tehditle suç sayılan eylemi düzenlemeye veya böyle bir eyleme katılmaya zorlamak" düzenlemesindeki "suç sayılan eylemleri işlemek" ibaresinin belirsiz olduğu ve bir düzenleyici işlemde bulunması gereken açık ve belirgin olma" niteliğini taşımadığından hukuka aykırı bularak iptal etmiştir.

İfade özgürlüğüne müdahaleyi haklı kılan kriterlerin ikincisi, demokratik toplumda gerekli olmasıdır. Bu kriter zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç ve ölçülülük

⁴⁶ Olsson/İsveç (No:1), 24.03.1988, s.61/a, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi:26.02.2019), The Sunday Times/Birleşik Krallık (No.1), 26.04.1979, s.49.

⁴⁷ Danıştay 8. Dairesi, 29.11.2018 tarih ve E:2013/11920 K:2018/7538.

ilkelerine dayanır. Üçüncü kriter müdahalenin meşru bir amacının bulunmasıdır. Sınırlamanın gerekliliği ve meşru amaç, orantılılık ilkesine yol açar. Ulaşılmak istenen meşru amaçla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması orantılı olmalıdır. Orantılılık-ölçülülük müdahalenin niteliği ile bağlantılıdır.

Danıştay bir kararında⁴⁸ bir kamu görevlisinin facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde diğer kamu görevlisi E. T. hakkında; "*E. biliyor ..ona sorun..bu arada Sivas kangalları çok ürüyormuş.. ama ben kangalları severim.. Ona uygun kocabaş kafes yaptırım.. Çok şeker.. Öptüm.. Öpüldünüz..*" şeklindeki ifadeleri nedeniyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılması işleminin iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesinin davanın reddi yolundaki kararını, yapılan sınırlama, hak ve özgürlüğün özüne dokunarak bu hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hâle getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacağı ve yazının bütünü değerlendirildiğinde yazıda, ironik bir yaklaşım bulunmakla birlikte doğrudan ilgililere bir hakaret ve küçük düşürücü unsurlar içermediği gerekçesiyle davacı lehine olacak şekilde bozmuştur. Kararda demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesinin birlikte kullanılmış olduğu görülmektedir.

Aynı Daire ölçülülük kriterini kullandığı bir başka kararında ise, davacının facebook sosyal paylaşım sitesi üzerinden, PKK terör örgütüne karşı yürütülen operasyonları devlet katliamı olarak nitelendirerek yaptığı paylaşım nedeniyle verilen devlet memurluğundan çıkarılma cezasının iptaline dair Mahkeme kararını kaldıran ve davayı reddeden İstinaf Mahkemesi kararını, verilen cezayı, davacının fiili ile orantılı bularak davacı aleyhine olacak şekilde onamıştır.⁴⁹ Danıştay'ın ölçülülük ilkesini terör örgütü ile ilgili ifadelerde devlet lehine olacak şekilde yorumlamayı tercih ettiği görülmektedir.

⁴⁸ Danıştay 12. Dairesi 13.12.2016 tarih ve E:2016/6667 K: 2016/6358.

⁴⁹ Danıştay 12. Dairesi 19.09.2018 tarih ve E:2018/1828, K:2018/3244.

B- İfadenin Niteliği Bakımından

1- Terörü Öven ya da Tasvip Eden İfadeler

AİHM siyasi meseleler söz konusu olduğunda şiddet çağrısı yapmadıkça, nefret söylemi içermedikçe ifadeye geniş bir alan tanımakla birlikte, zorlayıcı toplumsal ihtiyaç durumunda, teröre destek mahiyetindeki ifadelerin cezalandırılmasını ifade özgürlüğünün ihlali mahiyetinde görmemektedir. AİHM'e göre, bir bireye, kamu personeline ya da nüfusun bir kesimine karşı şiddete kışkırtıcı ifadeler söz konusu olduğunda, devletin ifade özgürlüğüne müdahale konusundaki takdir yetkisi genişleyecektir.⁵⁰ Ayrıca Mahkeme kullanılan bazı siyasal ifadelerin cezalandırılmasını, zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştireceğinden bahisle “zorlayıcı toplumsal ihtiyaca” makul bir yanıt olacağı gerekçesiyle müdahale olarak değerlendirmemiştir.⁵¹

Danıştay ise kamu görevlisi söz konusu olduğunda ifadenin içeriğine bakarak, terörü, terör eylemlerini, araçlarını öven, tasvip eden, meşrulaştıran, olumlayan ifadeleri, “zorlayıcı toplumsal koşullar” kriteri ile bağlı olmaksızın ifade özgürlüğü kapsamında bulmamaktadır. Bir önceki başlık altında, ölçülülük kriteri örneği olarak yer verdiğimiz Danıştay 12. Dairesi'nin 19.09.2018 tarih ve E:2018/1828, K:2018/3244 sayılı kararı bu yöndeki kararlardan biridir.

Danıştay'ın bir başka kararı, özel hayatındaki sohbetlerinde terör örgütü olan PKK'yı onaylayıcı ve övücü ifadeler kullanan hâkimin meslekten çıkarma cezasının kaldırılması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemle ilgilidir. Danıştay 12. Dairesince verilen iptale ilişkin karar İDDK tarafından davacı aleyhine olacak şekilde bozulmuştur.⁵² Danıştay, 25.11.1997 tarihli Zana/Türkiye davası üzerinden yaptığı değerlendirme ile burada söz konusu olan yaptırımın hürriyeti bağlayıcı ceza olduğu ve siyasilerin ifadesine daha fazla koruma veren AİHM içtihadı ışığında, davacının hâkim olarak görev yaptığı sırada PKK lehine söylemiş olduğu sözleri ifade özgürlüğünün

⁵⁰ Ceylan/Türkiye, 08.07.1999, s. 34.

⁵¹ Zana/Türkiye, 25.11.1997, s.60, <https://hudoc.echr.coe.int/.../pdf> (erişim tarihi: 22.02.2019).

koruması kapsamında görmemiştir. Karar gerekçesi doğrudan AİHM'in Zana/Türkiye kararına atıfla tesis edilmiştir. Zana/Türkiye kararındaki ifadeler bir gazetede yayınlanması nedeniyle kamusal alanda ortaya çıkan ve zorlayıcı toplumsal koşulları tetikleyen ifadelerdir. Dava konusu olayda ise kişinin diğer kamu görevlileriyle ve diğer şahıslarla özel sohbetlerindeki ifadelerdir. Danıştay burada, kişinin hâkim olarak özel bir statüye sahip olması sebebiyle söz konusu AİHM içtihadını davacıyı da kapsar şekilde yorumlamayı tercih etmiştir.

2- Eleştiri Sınırını Aşan Kişilik Haklarının İhlali Niteliğindeki İfadeler

İfade özgürlüğü ile kişilerin, şeref haysiyet ve ününün çatıştığı durumlarda AİHM bir derecelendirme yapar. Eleştirinin izin verilebilir sınırları, hükümet söz konusu olduğunda sade bir vatandaş ve hatta bir siyasetçi için olan sınırlardan daha geniştir. Demokratik bir toplumda, hükümetin fiil veya ihmalleri sadece yasama ve yargı organlarının değil, kamuoyunun da yakın denetimine tabi olmak zorundadır.⁵³ Üst düzey devlet görevlileri ve kamu görevlilerine siyasilere yönelik eleştirilerle karşılaştırıldığında siyasetçiye yönelik daha düşük seviyede bir koruma tanınmıştır. Mahkemenin kamu görevlilerine ya da kamu kurumlarına yöneltilen eleştiri hakaret sınırında kalan ifadeler için takdir alanını genişletmiştir.⁵⁴

Danıştay kararlarında da, kişilik haklarına müdahale niteliğinde ve eleştiri sınırını aşan ifadelerin korumasında AİHM'in yukarıda anılan içtihadıyla uyumlu bir tutum sergilenmektedir.

Danıştay'ın bu konudaki bir kararı bir yayın kuruluşuna programda kullanılan ifadeler nedeniyle RTÜK'ce verilen uyarı cezasına ilişkindir. Danıştay 13. Dairesi bu kararda ifadelerde eleştiri sınırının ötesine geçilmediği gerekçesiyle ret yolundaki idare mahkemesi kararının davacı lehine olmak üzere bozulmasına karar vermiştir.⁵⁵ Cezaya konu programda; bir gazetenin "*Deutche Bank, gezi eylemlerini fırsata çevirdi. Banka,*

⁵² İDDK 05.04.2017 tarih, E: 2016/4580, K:2017/1555.

⁵³ Incal/Türkiye, 09.06.1998, s. 54.

⁵⁴ Uj/Macaristan, 19.07.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/.../pdf> (erişim tarihi: 22.02.2019).

⁵⁵ Danıştay 13. Dairesi 07.02.2018 tarih E:2015/5126 K:2018/318.

aracı kurumu aracılığıyla borsada işlem gören 8 şirketinin hisselerini Citybank'tan aldı. Şüpheli takasta kâr 187 milyon TL'yi geçti." şeklindeki başlığın okunup, "Aydın Doğan'ın bu banka ile ortak olduğu, yine Başbakan Erdoğan'a 'Hitler, diktatör' benzetmesi yapan Bild Gazetesi'nin Axel Springer şirketine ait olduğu ve Doğan Grubu'nun aynı zamanda bu şirkete de ortak olduğu ve Bild'in yayın yönetmeninin aynı zamanda Hürriyet Yönetim Kurulu üyesi olduğunun nasıl bir tesadüf olduğu, Doğan Grubu'nun, Alman derin devleti tarafından öldürüldüğü anlaşılan toplam 10 Türk'le ilgili hiç bir zaman derin kazmadığını, bu olayları MİT'in ortaya çıkardığını, Taraf Gazetesi'nin yaşlı kurtlar medyasına ait ve Doğan Grubu'nun da zaten bu grubun amiral gemisi olduğu" şeklinde ve "Türkiye'deki baronların, içerideki ve dışarıdaki sermaye çevrelerinin moralini bozacak, Türkiye'de militan medyanın, iştirilmiş medyanın moralini bozacak bir haber, özellikle de Rahmi Koç'un moralini bozacak bir haber" tarzında ifadeler kullanılmış, bu ifadeler sebebiyle ilgili yayın kuruluşunun uyarı cezası alması işleminde hukuka aykırılık bulunmayarak İdare Mahkemesince ret kararı verilmiştir.

Bu kararında dairenin cezalandırmaya konu ifadeler bakımından yayın özgürlüğü ile kişilik hakları arasındaki dengeyi gözeten ve bu denge hakkında ölçütler veren AİHM kararına (Axel Springer AG) atıfta bulunan Anayasa Mahkemesi Kararından yararlandığı görülmektedir. AİHM'nin içtihatlarına uygun bir değerlendirme ile; dava konusu yayında yer alan ifadelerin, ülke gündemini ilgilendiren güncel bir konunun değerlendirilmesi sırasında dile getirildiği, yorum yapan kişinin gazeteci olduğu ve gazeteci bakış açısıyla yazılı veya görsel medyada daha önce yer almış olan hususlar hakkında değerlendirme yaparak farklı noktalara değinmeyi amaçladığı, bu yorumların toplum tarafından tanınmış kişiler hakkında yapıldığı, sıradan bir insana göre kamuya mal olmuş kişilere yönelik eleştiri sınırının daha geniş olduğu, ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü esasları göz önünde bulundurulduğunda, yaptırma konu yayında hakaret ve aşağılama niteliğinde olmayan ağır eleştiri seviyesinde ifadeler kullanıldığı, bu ifadelerle eleştiri sınırının ötesine geçilmediği gerekçesiyle İdare Mahkemesi Kararının bozulmasına karar vermiştir.

Ancak Danıştay kamu görevlisinin ifadeleri bakımından takdir alanını geniş

tutmamaktadır. Bunun sebebi, 657 sayılı Kanun'dan gelen yükümlülüklerdir. Danıştay, bir kararında facebook paylaşım sitesinde başbakana yönelik olarak "vicdansız" ifadesini kullanarak yapmış olduğu bir paylaşım nedeniyle "Amirine ve maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak" eylemi sebebiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-(1) maddesi uyarınca bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırılmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmemiş, davacının ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinden bahisle verilen ilk derece mahkemesinin işlemin iptali yolundaki kararı davacı aleyhine olacak şekilde bozmuştur.⁵⁶ Danıştay, davacının kamu görevlisi olması sebebiyle başbakanı amiri olarak değerlendirmekte, kamu görevlisinin 657 sayılı Kanun'dan gelen sorumluluğu kapsamında verilen disiplin cezasını hukuka uygun bulmaktadır. Burada kişinin özel hayatındaki ifade özgürlüğü ile bir statü hukukuna tabi olmasından kaynaklanan sorumluluklarının çatışması söz konusudur.

3- Masumiyet Karinesi ve İfade Özgürlüğünün Çatışması

Anayasal düzeyde koruma bulan masumiyet karinesi ilkesi ifade özgürlüğü ile çatışması durumunda Danıştay'ca koruma bulan ilkelere biridir. Masumiyet karinesine göre hiç kimse yargı kararı ile hüküm altına alınmadıkça suçlu sayılamaz.

AİHM'nin ise ifadenin korunması bakımından, masumiyet karinesi ile ilgili kurulabilecek nitelikte, olgu ve değer ayrımına ilişkin içtihadı vardır. Olguların kanıtlanabilir hususlar olduğuna dikkat çeken AİHM olgu isnadı içeren ifadelerin korunması için en azından güvenilir görünen bir delil sunulması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁷

Danıştay bir kararında, bir yayın kuruluşuna programda kullanılan ifadeler nedeniyle RTÜK'ce verilen uyarı cezasına karşı açılan davada, herhangi bir yargı kararı olmaksızın, subjektif nitelermelerle suçlamalarda bulunulduğu, bir iddiadan çok bir

⁵⁶Danıştay 12. Dairesi 20.12.2018 tarih E:2015/1894 K:2018/6633.

⁵⁷Jerusalem/Avusturya,27.02.2001; Dichand ve Diğerleri/Avusturya, 26.02.2002; Feldek/Slovenya,12.07.2001; KulisveRozychi/Polonya,06.10.2009,https://hudoc.echr.coe.int/eng (erişim tarihi:26.02.2019).

hüküm şeklinde formüle edilerek ifade edilen görüşlerin ifade özgürlüğü kapsamında olmadığı değerlendirilmesi ile iptale ilişkin idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.⁵⁸ Dava, bir yayın kuruluşunda yapılan bir yayımla Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde yer alan "Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimse suçlu ilân edilemez veya suçluymuş gibi gösterilemez; yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte olamaz." düzenlemesinin ihlâl edildiğinden bahisle "uyarı" cezası verilmesine ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır. Cezaya konu radyo programında; *"Şimdi bir tır var ortada, şimdi bir tır yok ortada. Neticede şöyle bir durum var son 2-3 haftadır Türkiye'de yaşadıklarımız işte onun savaşı bunun savaşı bilmiyorum ama onlar hikaye hepsini bir kenara bıraktığın zaman ortada bir şeyler var, bir yolsuzluk var, ne biliyim ben, bir silah sevkiyatı var ki Suriye'deki bu muhalif örgütlere Türkiye'nin silah yardımı yaptığı artık hani bütün dünya tarafından biliniyor. Geçen hafta konuşmuştuk ya hatırlarsan bu bir şey var resmen böyle bir Birleşmiş Milletler raporu var; orada Türkiye'nin ihracat rakamları Suriye'ye yazıyor; hangi ürünleri ihraç ettiği kalem kalem yazıyor; bu bilgileri de oraya veren Türkiye İstatistik Kurumu zaten yani orada bile silah geçiyor zaten. Neyse işte daha önce yakalanan o roketatar başlıklarını hatırlayın, daha önce Adana'da Hatay bombalaması sonrasında yakalanan kimyasal maddeleri hatırlayın falan filan..."* ifadelerine yer verilmiştir. İdare Mahkemesince; söz konusu yayında geçen ifadelerin içeriğinin ismi geçen herhangi birilerini suçlu gösterir nitelikte bulunmadığı, yer verilen ifadelerin kişisel bir değerlendirme olduğu, yaklaşık iki saat süren programda dava konusu işleme konu ifadelerin birkaç saniye sürerek programın tamamında savunulan hâkim görüş olmadığı, ifade ve basın özgürlüğü ile suçlanmama ve kişilik hakkı arasındaki menfaat dengesi de gözetilerek yer verilen ifadelerin ifade ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir. Danıştay'ca düşünce özgürlüğünün Anayasa ve AİHS ile teminat altına alındığı ve bu özgürlüğün haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerdiği açık olmakla birlikte, bu

⁵⁸Danıştay 13. Dairesi 07.02.2018 tarih E:2015/5126 K:2018/318.

özgürlüğün sınırsız olmadığı, kamu tüzel kişilerinin başında bulunan Devlet de dâhil olmak üzere hiç kimsenin, hakkında kesinleşmiş yargı kararı bulunmadıkça suçlu olarak ilân edilemeyeceği, radyo ve televizyon yayınlarında suçluymuş gibi gösterilemeyeceği; bu kapsamda, adli olaylara ilişkin haberlerin verilmiş şekilleri ile habere yönelik eleştirilerde objektif sınırların aşılması gerektiği ve masumiyet karinesini ihlâl edecek uygulamalardan kaçınılması gerektiği, söz konusu programın yayınında sunucunun Türkiye Cumhuriyeti Devleti tüzel kişiliğine yönelik olarak, *"ortada bir şeyler var; bir yolsuzluk var ki, Suriye'deki muhalif örgütlere Türkiye'nin silah yardımı yaptığı artık bütün dünya tarafından biliniyor"* şeklindeki ifadeleri ile, bir iddiayı dile getirmekten ziyade bir hükmü ifade eden "biliniyor" ibaresi kullanılarak, herhangi bir yargı kararı olmaksızın, subjektif nitelermelerle suçlamalarda bulunulduğu; bu görüşlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle idare mahkemesi kararının davacı aleyhine olacak şekilde bozulmasına karar verilmiştir.

Dairenin kararında AİHM'in herhangi bir içtihadına yer vermediği, sözleşmenin 10. maddesini ve özgürlüklerin sınırsız olmadığını zikretmekle yetinmiş olduğu görülse de, uyuşmazlığa konu olaydaki ifadelerin veriye dayanmayan değer yargısı ve güvenilir delil sunmayan olgu isnadını içerdiği görüldüğünden, söz konusu içtihadın bu kararda uygulama alanı bulduğu değerlendirilmektedir.

4- Kamu Görevlisinin Siyasal Faaliyetleri ve İfadeleri

Ülkemizde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 125/E-g maddesinde siyasi partiye üyelik, devlet memurluğundan çıkarılma sebebi, 125/D-o'da ise herhangi bir siyasi parti yararına ya da zararına fiilen faaliyette bulunmak, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılan disiplin suçudur.

AİHM asker, polis gibi bazı kamu görevlilerine siyasi partiye üye olamayacaklarına ve siyasi faaliyetlerde bulunamayacaklarına ilişkin düzenlemeyi orantılı bulmuş⁵⁹, yargı görevlileri bakımından ise, onların ifa ettikleri görevin

⁵⁹ SAĞLAM, Abdi, **AİHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı**, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı içinde, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2016, Ankara'da bkz. Ahmed ve Diğerleri/Birleşik Krallık, s.61-65.

özellikleri ile yargısal faaliyetlerin diğer rutin kamu hizmetine benzerlik göstermemesinden dolayı, herhangi bir siyasi parti lehine ya da aleyhine kullanma hakları olmadığı, siyasi konularda tarafsız ve sınırlı davranma yükümünde olduklarını belirtmiştir.⁶⁰ Ancak AİHM bunların dışındaki sıradan bir kamu görevlisi söz konusu olduğunda siyasi partiye üye olarak aktif faaliyet göstermesi nedeniyle işten çıkarılması durumunda müdahaleyi orantılı bulmamış⁶¹, bir Devletin kamu görevlilerine, bu statülerinden dolayı, bir sadakat yükümlülüğü dayatmasını meşru kabul etmesine karşın, kamu görevlilerinin de birey olduklarını ve bu nedenle sözleşmenin 10. maddesinin korumasından yararlandığını belirtmiştir.⁶²

Gözden geçirdiğimiz Danıştay kararları arasında, siyasi partiye üyelik sebebiyle verilen bir disiplin cezasından kaynaklanan bir uyuşmazlığa rastlanmamıştır. Ancak, kamu görevlisinin siyasal açıklamaları ya da bir siyasi parti lehine ya da aleyhine olan ifadeleri sebebiyle disiplin cezası verilen çok miktarda uyuşmazlık görülmüştür. Danıştay bu tür uyuşmazlıklarda kamu görevlisinin siyasal faaliyetlerini ve ifadelerini sıradan vatandaşa göre daha dar çerçevede yorumlamaktadır. Aktif katılımları ya da siyasi partileri açıkça destekler ya da eleştirir tarzındaki ifadeleri korumamakta, ancak pasif katılımları ya da belirli bir siyasi partiye özgülenmeyen genel siyasi ifadeleri koruma kapsamında görmektedir.

Kamu görevlisi davacının internet üzerinden bir sosyal paylaşım sitesinde, bir siyasi partiye yönelik küfür ve hakaret içerikli paylaşımları ve yürüyüşlerine de katıldığı bir diğer siyasi parti lehine ise açık destek veren paylaşımları sebebiyle, bir siyasi parti yararına ve zararına fiilen faaliyette bulunduğu bahisle disiplin cezası ile cezalandırılmasının iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesince, davacının eylemleri ifade özgürlüğü kapsamında bulunarak işlemin iptaline karar verilmiş, Danıştay tarafından kullanılan ifadelerin devlet memuru vakarına yakışmadığı, davacının bu filleri ile memurlara yüklenen tarafsızlık ödevine uygun davranmadığı,

⁶⁰SAĞLAM, 2016, s. 96-97'da bkz. Baka/Macaristan, 27.05.2014.

⁶¹Vogt/Almanya, 26.09.1995, s.59, 61, hukukvizyon.net/aihs-kapsaminda-ifade-ozgurlugu-ve-memuriyetten-cikarilma-vogt-karari (erişim tarihi:22.02.2019).

⁶²Vogt/Almanya, 26.09.1995, s. 59, 53.

kullanılan ifadelerin içeriği itibariyle ifade özgürlüğü hakkının kullanımı kapsamında değerlendirilmeyeceği, fillerin oluş şekli ve içeriği itibarıyla sendikal faaliyet kapsamında bir fiil olarak da kabulüne imkân bulunmadığı gerekçesiyle iptale ilişkin ilk derece mahkemesi kararı davacı aleyhine olacak şekilde bozulmuştur.⁶³

Danıştay'ın kamu görevlisinin siyasi faaliyetleriyle ilgili bir başka kararı, sendika üyesi kamu görevlisinin bir siyasi partinin basın açıklamasına katılması sebebiyle verilen disiplin cezasına ilişkindir.⁶⁴ Danıştay'ca, demokratik eğilim dışına çıkan, şiddet içeren eylemlerde bulunduğu veyahut herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını ve zararını hedef tutan bir davranış gösterdiğine ilişkin bir tespitin bulunmadığı hususları birlikte değerlendirerek davacının salt yürüyüşe katılma ve yürüyüş sonunda yapılan konuşmaları dinleme eyleminin, "siyasi parti yararına fiilen faaliyette bulunmak" eylemi kapsamında değerlendirilmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle ret yönündeki idare mahkemesi kararı bozulmuştur.

Danıştay bu kararının gerekçesinde doğrudan doğruya, AİHM'nin ifadenin korunacağı hallerin tespitini yapan 07.12.1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık, devletin koruma yükümünün altını çizen 16.03.2000 tarihli Özgür Gündem/Türkiye ve "zorlayıcı sosyal ihtiyaç" şeklinde somutlaştırarak, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemeyeceğini ifade eden 07.02.2012 tarihli Axel Springer AG/Almanya ile 07.02.2012 tarihli Von Hannover/Almanya kararlarına yer verdiği görülmektedir.

Bir diğer Danıştay kararı⁶⁵, sendika üyesi kamu görevlisinin bir topluluğa konuşma yapan Bakanının dinlenmemesi yolunda protestoya kışkırtan eylemi nedeniyle disiplin cezası verilmesi durumuna ilişkindir. Danıştay'ca, davacının eylemi sendikal eylem kapsamında kaldığından bahisle redde ilişkin ilk derece mahkemesi kararının davacı lehine olacak şekilde bozulmasına karar verilmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinin

⁶³ Danıştay 12. Dairesi 14.11.2017 tarih E:2017/61 K:2017/5554.

⁶⁴ Danıştay 12. Dairesi 14.11.2017 tarih E:2014/1572 K:2017/5549.

⁶⁵ Danıştay 12. Dairesi 21.11.2017 tarih E:2014/1432 K:2017/5817.

son fıkrasına ve Sözleşme'nin 10. maddesine atıfla tesis edilmiş olan ilgili daire kararında AİHM içtihatlarına açıkça yer verilmediği görülmekle birlikte, kamu görevlisinin üyesi olduğu sendikanın aldığı bir karar sonucu sendikanın düzenlediği bir eyleme katılan memura verilen disiplin cezasında AİHS'in 11. maddesi anlamında gösteri yapma özgürlüğünü etkili bir şekilde kullanma haklarının orantısız olarak çiğnendiği, cezalandırmanın “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı ve “acil bir sosyal ihtiyaca” tekabül etmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin AİHM kararlarıyla⁶⁶ uyumlu verilmiş bir karar olduğu görülmektedir.

Öte yandan düşüncenin toplu olarak ifadesi sayılabilecek sendikal eylem olaylarında⁶⁷ Danıştay sendikanın düzenlediği eylemin sebebi bakımından bir alt ayrıma gitmektedir. Danıştay, kamu görevlilerinin, ekonomik, sosyal, mesleki hak ve menfaatlerinin, özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi amacını taşıyan eylemlere katılan kamu görevlilerine göreve gelmemeleri sebebiyle verilen disiplin cezalarını sendikal eylem kapsamında görmektedir. Ancak, sendikanın eylemi anılan sebeplerin dışında siyasi bir düşünce nedeniyle düzenlemiş olduğu durumlarda, kamu görevine devamsızlığı sendikal eylem kapsamında görmemektedir. Davacının üye olduğu sendikanın IŞİD isimli terör örgütünün saldırılarını kınamak ve Kobane kenti ile dayanışma sağlamak amacıyla düzenlemiş olduğu eyleme katılan⁶⁸ kamu görevlilerinin ve yine üye olduğu sendikanın gezi parkı eylemlerini desteklemek, eylemcilerle dayanışma sağlamak amacıyla düzenlediği eyleme katılan⁶⁹ kamu görevlilerinin göreve devamsızlıklarını sendikal eylem kapsamında değerlendirmeyerek, cezalandırmaya esas işlemi hukuka uygun bulmuştur.

⁶⁶ Kaya ve Seyhan/Türkiye, 15.09.2009, 27.03.2007 tarihli, Karaçay (Yapı Yol Sen/Türkiye(Yapı Yol Sen) 27.03.2007 ve Satılmış ve diğerleri (Yapı Yol Sen)/ Türkiye(Yapı Yol Sen) 17.07.2007

⁶⁷ TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, 1969, Öncü Kitapevi, İstanbul, s.29-30; AKIN, İlhan, **Temel Hak ve Hürriyetler**, İÜHF, 1968, İstanbul, s.145.

⁶⁸ Danıştay 12. Dairesi 25.12.2018 tarih, E:2018/1277 K:2018/6736.

⁶⁹ Danıştay 12. Dairesi 14.02.2018 tarih E:2014/8234 K:2018/644.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İnsanın benlik olarak varoluşunun, edimlerinin ve medeniyet kurmasının temelinde düşünmesi ve düşüncesini ifade etmesi yatmaktadır. Düşünce ve düşünceyi de çeşitli vasıtalarla ifade etme özgürlüğünü pek çok özgürlüğün temelinde yatan özgürlüktür. Tarihsel süreçte teorik olarak doğal hukuk ve liberal öğretilerde temellenen düşünce ve basın özgürlüğü geçirdiği sosyolojik süreçler neticesinde bugünün devletlerinin temel demokratik değerinden sayılmaktadır. Dünyada pek çok ulusları belgede yer bulmakta, ülkemizde ise anayasanın 26. maddesi ve imzacısı olduğumuz AİHS'in 10. maddesi kapsamında hukuki koruma bulmaktadır. AİHS'i imzalayan ülkelerin Sözleşme ile teminat altına alınan hakların korunmasında aktif ve pasif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülük, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere tüm devlet organlarını kapsamına almaktadır.

İdarenin kamu gücünü kullanarak tesis ettiği işlem ve eylemlerini denetlemekle yükümlü son idari yargı mercii olan Danıştay da kararlarında anılan yükümlülüğü gözetmelidir. Bu aynı zamanda Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrası ve İdari Yargılama Usulü Kanununun 53. maddesinin gereğidir. Sözleşme aynı zamanda AİHM içtihatlarıyla bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu gereklilikten yola çıkan çalışmamızda, Danıştay'ın son dönem kararlarında AİHM içtihatlarıyla uyumunu araştırmak amaçlanmıştır.

Sözleşme'nin 10. maddesinin ilk fıkrasında ifade özgürlüğüne koruma getirilmekte, 2. fıkrasında ise müdahale niteliğinde sayılmayan sınırlama sebepleri sayılmaktadır. İfade özgürlüğünün korunmasında bu ikisi bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Kamu gücü kullanılarak tesis edilen idari işlem, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahaledir. İdare işlemi Sözleşme'nin 10/2. maddesindeki sınırlama sebeplerine uygun tesis etmeli, Danıştay da işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde Sözleşme'nin 10/2. maddesini de gözetmelidir. 10/2'deki sınırlama kriterleri müdahalenin hukuken öngörülmüş olması, demokratik toplumda gerekli olması, "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç"tan kaynaklanması ve "ölçülü" olması, meşru bir amacının bulunmasıdır. Sınırlamanın gerekliliği ve meşru amaç, orantılılık ilkesine yol açar. Ulaşılmak istenen meşru amaçla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması orantılı

olmalıdır. Yaptığımız incelemede Danıştay'ın kural olarak genel kriterleri gözettiği hatta zaman zaman AİHM içtihatlarına kararlarında yer verdiği görülse de daha az sayıdaki kimi kararlarında, yoruma açık ölçülülük ve orantılılık kriterlerinde AİHM'e oranla daha az bireyi gözetemeyen tutum içinde olduğu gözlenmiştir.

Diğer bir incelememiz ise ifadenin niteliğine bakımından alt ayrımlara gidilerek konuya AİHM'in ve Danıştay'ın hangi ölçütler çerçevesinde yaklaştığı, çakışma ya da ayrışma durumlarının tespitine yönelik olarak gerçekleşmiştir. Danıştay toplumun bir kesimine karşı gelen, sarsan veya rahatsız eden ifadeler ile teröre övgü/tasvip eden, başkalarının kişilik haklarını ihlal eden masumiyet karinesini ihlal eden ifadeler bakımından ifadenin niteliğini değerlendirmekte, AİHM içtihatlarına da kararlarında yer vererek, anılan ifadelerin ilkinin koruma kapsamında diğerlerini ise koruma kapsamında bulmamaktadır.

Danıştay kararlarının AİHM içtihatları ile kısmen uyumsuz olduğunun görüldüğü bir konu kamu görevlilerinin siyasal alandaki faaliyetlerine ilişkindir. Danıştay kararlarında kamu görevlisinin siyasi faaliyetler bakımından izleyici olarak pasif katılımcı, konumunu, herhangi bir siyasi partiye özgülünmeyen genel siyasi ifadelerini ve sendika hakkı kapsamındaki ifade ve faaliyetlerini korumakta, ancak siyasi parti üyeliğini, bir siyasi parti lehine veya aleyhine olan ifadelerini, aktif katılımını koruma kapsamında görmemektedir. Bu uyumsuzluk ülkemizdeki yasal düzenlemeler nedeniyle ortaya çıkmıştır. Burada, AİHM içtihadı ile ulusal kanunun çatışması durumu gündeme gelmektedir. Öncelikle kanunun Anayasaya uygun bir yorum tarzı kabul edilmelidir. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası hükmüne göre, insan hakları ile ilgili Uluslararası anlaşmaların kanuna önceliği vardır. Anayasa Mahkemesi böyle bir çatışma durumunda, uluslararası hukuka aykırı kanun hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir.⁷⁰ Burada dikkat çekici olan çatışmanın kanun hükmü ile sözleşme hükmü arasında değil, sözleşme hükmünün yorumuna ilişkin AİHM kararı arasında çıkmasıdır.⁷¹ Ancak sözleşme hükümlerinin, onların yorumuna ilişkin

⁷⁰ KARAN, 2018, s. 129; AYM, Sevim Akat Eşki Kararı, 19.12.2013, s. 41.

⁷¹ *ibid*, s.129.

içtihatlar ile bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, idarenin tarafsız, objektif, genel ve eşit bir işleyişe sahip olması kamu görevlisinin siyasi bir tarafgirlik ya da kutuplaşma ile hareket etmemesiyle yakından ilişkilidir. Ulusal makamların burada dikkat etmesi gereken nokta, bu çatışmayı her uyuşmazlık bazında gözeterek, kamu görevlisinin siyasi parti üyeliğinin ya da siyasi parti yararına ya da zararına faaliyetinin ifa etmekte olduğu kamu görevine etkisi bakımından değerlendirmeye almaktır. Bahse konu durum, kamu görevinin yerine getirilmesinde kamu görevlisinin objektiflik, tarafsızlık, eşit ve genel hareket etme yükümünün ihlaline neden olacak şekilde ortaya çıkması durumunda, 657 sayılı Kanun ile öngörülmuş olan cezaların uygulanması ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturmayacaktır. Ancak, kamu görevlisinin ifa ettiği göreve hiçbir etkisi yoksa, anılan cezaların uygulanması ifade özgürlüğüne müdahale oluşturabilecektir. Ulusal makamlar bakımından bir diğer tercih, AİHM içtihadı ile uyumlu yasal düzenlemeye gidilmesi olabilir. Ancak bunu önermeden önce, henüz ülkemiz bakımından bu konuda bir uyuşmazlık ile AİHM'e gidilmiş olmadığını, yani bu konuda sosyal ya da hukuki bir ihtiyacın doğmadığı ayrıca AİHM'in her olaya ve duruma özgü, o durumun koşullarını irdeleyerek karar verdiği hatırlanmalıdır. Bu konudaki tek tavsiyemiz idari yargı makamlarının AİHM içtihadı farkındalığı ile kamu görevlisinin ifade özgürlüğü kapsamını daha geniş yorumlamaları olacaktır. Kanaatimizce kamu görevlisi bir statü hukukuna tabi olsa da öncelikle bir bireydir ve temel hak ve özgürlüklerin korumasından sıradan vatandaş kadar yararlanmalıdır. AİHM'nin de özel bazı özel statüdeki kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü sıradan vatandaş kadar korunma kapsamında görmediği değerlendirildiğinde Danıştay'ın bu bakımdan AİHM kararları ile uyumlu olduğu gözlemlense de, AİHM'nin ifade özgürlüğünün koruma kapsamını bu özel statüdeki kişiler lehine de genişletmesi temenni olunmaktadır.

Yaptığımız incelemelerin sonucu olarak, ülkemizdeki idari yargının ifade ve basın özgürlüğü ile ilgili kararlarında AİHM içtihatları ile kısmen uyumsuz olanlarının meri yasal düzenlemeler nedeniyle ortaya çıktığı, Danıştay'ın kamu görevlisinin ifadeleriyle ilgili özellikle terör örgütü ile ilgili ifadelerde verilen ceza ile ilgili olarak ceza konusu ifadenin yorumunu genellikle ölçülülük ilkesini birey-devlet ekseninde

devleti koruyucu bir yaklaşımla esnettiği, sendikal eylem olarak ortaya çıkan ifade özgürlüğü durumlarında genel bir tutum izlemeyerek sendikanın eylem kararı aldığı konunun niteliğine göre değişen daha bireyden devlete kayan bir yaklaşım sergilediği, ancak genel görünümde AİHM içtihatları ile uyumlu olduğu ve içtihatları kararlarında da zaman zaman kullanıyor olduğunu söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, **Düşünsel Özgürlük**, İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1995-1996, Cilt 17-18, Ankara

AKIN, İlhan, **Temel Hak ve Hürriyetler**, İÜHF, 1968, İstanbul

BIÇAK, V. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, Ankara

BURY, John B., **Düşünme ve Söz Özgürlüğü**, çev. Avni Başman, Kavaklıdere Kültür Yay., 1995, Ankara

BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması**, çev. Tuğçe Duygu Köksal, 2018, Avrupa Konseyi, Ankara

DEMİRKOL, Selami, ÖZCAN, Emrah, ERMAN, Emre, **Radio ve Televizyon Yayıncılığı Kuruluşlarına Uygulanan İdari Yaptırımlar Hakkında Danıştay'ın İfade ve Basın Özgürlüğü Yaklaşımı**, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı içinde, 2016, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara, s. 21-42

DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt**, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, 2013, Yargıtay Başkanlığı

DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları**, çev. Mustafa Erdoğan, Levent

Korkut, 1995, Ankara

ERDOĞAN, Mustafa, **Demokratik Toplumda Düşünce İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif**, Liberal Düşünce D., Yıl: 6, Sayı: 24, Güz 2001

HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, 2013, Avrupa Konseyi

KARAN, Ulaş, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, ed. İnceoğlu, Sibel, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, 2013, Avrupa Konseyi

KARAN, Ulaş, **İfade Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, 2018, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara

MEIKLEJON, Alexander, **Free Speech and Its Relation to Self Government**, Harper Brothers Publishers, 1948, New York

MILL, John Stuart, **Özgürlük Üstüne**, ikinci baskı, 2000, Belge Yayınları, İstanbul

ÖZDEK, Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİ İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 2004, Ankara,

SAGLAM, Abdi, **AIHS'ye Göre İfade Özgürlüğü Kapsamında Kamu Görevlileri Açısından Görev ve Sorumluluk Kavramı**, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı içinde, 2016, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara, s. 79-103

SCHAUER, Frederick, **İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme**, 1983, Cambridge University, America.

SUNAY, Reyhan, **İfade Özgürlüğünün Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu Y., 2001, Ankara

TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, 1969, Öncü Kitapevi, İstanbul

YAYLA, Atilla, **Liberalizm**, 1992, Turhan Yayınları, Ankara

AIHM KARARLARI

Akkoç/Türkiye, 10.10.2000, (<https://hudoc.echr.coe.int/.../pdf> (erişim tarihi: 22.02.2019))

Ceylan/Türkiye, 08.07.1999, www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/.../AIHM%20Türkiye%20Kararlari/CEYLAN.pdf (erişim tarihi: 22.02.2019)

Dichand ve Diğerleri/Avusturya, 26.02.2002, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi: 16.03.2019)

Ezelin/Fransa, 26.04.1991, <https://swarb.co.uk/ezelin-v-france-echr-26-apr-1991> (erişim tarihi: 22.02.2019)

Feldek/Slovakya, 12.07.2001, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi: 16.03.2019)

Gerger/Türkiye, 08.07.1999, (24919/94), www.tohav.org/gerger-turkiye-davasi (erişim tarihi: 26.02.2019)

Handyside/Birleşik Krallık, 07.12.1976, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi: 26.02.2019)

Incal/Türkiye, 09.06.1998, askerihukuk.net/?pnum=539&pt=INCAL%2FTÜRKİYE (erişim tarihi: 26.02.2019)

Jerusalem/Avusturya, 27.02.2001, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi: 16.03.2019)

KayaveSeyhan/Türkiye, 15.09.2009, hudoc.echr.coe.int/.../pdf/?...CASE%20OF%20KAYA%20AND%20SEYHAN (erişim tarihi: 22.02.2019)

Kulis ve Rozychi/Polonya, 06.10.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi: 16.03.2019)

Lozowska/Polonya, 13.01.2015, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi:16.03.2019)

Nilsen ve Johnsen/Norveç, 25.11.1999, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi:16.03.2019)

Olsson/İsveç (No:1), 24.03.1988, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi:16.03.2019)

Rommelfanger/Almanya Federal Cumhuriyeti, 06.09.1989, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>,
(erişim tarihi:26.02.2019)

Sunday Times/Birleşik Krallık (No:1), 26.04.1979, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim
tarihi:26.02.2019)

Uj/Macaristan, 19.07.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi:16.03.2019)

Vogt/Almanya,26.09.1995, [hukukvizyon.net/aihs-kapsaminda-ifade-ozgurlugu-ve-
memuriyetten-cikarilma-vogt-karari](http://hukukvizyon.net/aihs-kapsaminda-ifade-ozgurlugu-ve-memuriyetten-cikarilma-vogt-karari) (erişim tarihi:22.02.2019)

Will/Linkkeyştayn, 28.10.1999, <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (erişim tarihi:12.03.2019)

Zana/Türkiye, 25.11.1997, <https://hudoc.echr.coe.int/.../pdf> (erişim tarihi: 22.02.2019)

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

AYM, Sevim Akat Eşki Kararı, 19.12.2013

www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140107-8.pdf (erişim tarihi:26.02.2019)

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 8. Dairesi, 29.11.2018 tarih ve E: 2013/11920 K: 2018/7538

Danıştay 12. Dairesi 13.12.2016 tarih ve E:2016/6667 K: 2016/6358

Danıştay 12. Dairesi 19.09.2018 tarih ve E:2018/1828, K:2018/3244

Danıştay 12. Dairesi 14.11.2017 tarih ve E:2017/61 K:2017/5554

Danıştay 12. Dairesi 14.11.2017 tarih ve E:2014/1572 K:2017/5549

Danıştay 12. Dairesi 21.11.2017 tarih ve E:2014/1432 K:2017/5817

Danıştay 12. Dairesi 20.12.2018 tarih ve E:2015/1894 K:2018/6633

Danıştay 12. Dairesi 25.12.2018 tarih ve E:2018/1277 K:2018/6736

Danıştay 12. Dairesi 14.02.2018 tarih ve E:2014/8234 K:2018/644

Danıştay 13. Dairesi 23.02.2018 tarih ve E: 2015/935, K:2018/686

Danıştay 13. Dairesi 07.02.2018 tarih ve E:2015/5126 K:2018/318

Danıştay 13. Dairesi 07.02.2018 tarih ve E:2015/5126 K:2018/318

İDDK 05.04.2017 tarih ve E: 2016/4580, K:2017/1555