

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ¹

Freedom of Expression in the Decisions of European Court of Human Rights

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU²

ÖZET

AİHM, kendisine gelen davalara uygulamak üzere oluşturduğu içtihatlarla bazı ölçütler belirlemiştir. Sınırlama, kanunla düzenlenmiş olmalı, meşru amaçlardan birisi için yapılmış olmalı, demokratik toplumda gerekli olmalı ve kullanılan araç müdahalenin amacıyla orantılı olmalıdır. Orantılılık ölçütünde akit devletler, söz konusu temel hakka mümkün olduğunca az kısıtlama getirmeli, mevzuatı belirlenen amaçları gerçekleştirmek için dikkatli bir şekilde hazırlamış olmalı, kanun hakkaniyete aykırı olmamalı ve temelsiz düşüncelere dayanmamalıdır. Orantılılık ölçütünün denetiminde ve belirtilen hususların belirlenmesinde sınırlamaya ilişkin gerekli ve yeterli sebepler verilmiş olmalı, daha az sınırlayıcı bir önlemin mevcut olup-olmadığı araştırılmalı, karar verilirken yöntem bakımından adil bir süreç izlenmiş olmalı, kötüye kullanmaya karşı koruyucu önlemler alınmalı ve müdahale hakkın özünü zedelememelidir. AİHM, akit devletin, AİHS’ndeki bir hak ve özgürlüğe müdahalesinin gerekli olup-olmadığına karar verebilmek için araç-amaç orantısını aramaktadır. Aynı amacı elde etmek için daha az sınırlayıcı alternatif bir hak ve özgürlük varsa veya müdahale ile bu amaç elde edilemezse AİHM, AİHS’nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir. 1982 Anayasasının 13 üncü, 14 üncü ve 15 inci maddelerinin değişikliklerinde özellikle AİHS ile uyum sağlanmasına büyük çaba gösterildiği anlaşılmaktadır. Akit devletlerin takdir yetkisini AİHM denetlemektedir. Takdir yetkisi kavramı, AİHM’nin elinde etkili ve esnek bir silah olup, karşılıklı iddia ve çıkarları değerlendirme ve dengeleme tekniği olarak kullanılmaktadır. AİHM’nin bir amacı da devletin yasaları ile uygulaması arasında uyum sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Orantılılık, Sınırlama, Takdir Yetkisi, 13 üncü Madde, Araç-Amaç Dengesi, İnsan Hakları, Anayasa, Hakkın Öz, Avrupa Mutabakatı, Terör.

ABSTRACT

Contracting states should be restrict as little as possible to the fundamental rights on question on the criteria of proportionality, they should be prepare to realize the objectives set in legislation carefully, the law should not be contrary to equity and it should not be based on unfounded thoughts. Limitations should be regulated by

¹ Bu konu, Fendoğlu, H.T., Anayasa Hukuku, Yetkin, 2015, Ankara, ss. 368-388’den yararlanılarak hazırlanmış, burada güncellenmiştir.

² Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.
fendoglu@hacettepe.edu.tr

law, must be made for one of the legitimate aims, must be necessary in a democratic society and must be proportionate to means-end. European Court on Human Rights, precedents some criterias to cases, created by applying brought before them. In the determination of the points should be given proportionality of the audit and the necessary and sufficient reasons for the limitations, must be given a legal decision process in terms of method, should be taken preventive measures against abuse and intervention should not be injure the essence of the right. European Court on Human Rights, seeking the means-end ratio, rights and freedoms of intervention is necessary to decide whether on the European Convention on Human Rights at the Contracting States. European Court on Human Rights decides that there has been violation if there is less restrictive alternative to the rights and freedoms for to achieve the same purpose or this aim can not be achieved by the intervention. It is understood that considerable effort especially 13th, 14th and amendment of article 15 of 1982 Constitution, ensuring compliance with European Convention on Human Rights. European Court on Human Rights audits discretionary powers of the Contracting States. European Court on Human Rights uses the concept of discretionary powers as effective and flexible arm as mutual claims and interests assessment and balancing techniques. The aim of European Court on Human Rights ensure compliance between state laws with practice.

Keywords: EuropeAn Convention on Human Rights, European Court on Human Rights, Proportionality, Limitation, Discretionary Powers, Article 13, Balance of Means-end, Human Rights, Constitution, the Essence of Right, European Reconciliation, Terrorism.



A. GENEL OLARAK

Avrupa Konseyi, 5.5.1949 tarihinde kurulmuştur ve Türkiye, Konseyin kurucu üyelerinden biridir. Avrupa Konseyinin iki ana organı vardır; Bakanlar Komitesi ki üye devletlerin dışişleri bakanlarından oluşur ve yılda 2 kez toplanır. Parlamenterler Meclisi ki üye devletlerin parlamenterlerinden oluşur; danışma organı niteliğindedir. Avrupa Konseyi bünyesinde ayrıca uzmanlık komiteleri bulunmaktadır.

4 Kasım 1950’de Roma’da 10 devletin onaylamasından sonra 3 Eylül 1953’te yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) (*European Convention on Human Rights*), taraflara zorunluluk yüklemektedir. Türkiye, Sözleşmeyi 10.3.1954 tarihli kanunla onaylamıştır³. Sözleşme, kanun gibi bağlayıcılık kazanmış olup Anayasaya aykırılığı öne sürülemez.⁴

³ RG. 19.3.1954, Sayı 8662.

⁴ Bkz. 1982/90.

ÂİHM, üye devletlerin sayısı kadar hâkimden oluşmakta ve gelen şikâyetleri kesin olarak karara bağlamaktadır.⁵ Sözleşmeye göre, iki tür başvuru hakkı vardır; birincisi, devletlerin başvuru hakkı, ikincisi bireylerin başvuru hakkıdır. Ancak bireysel başvuru için iki şartın oluşması gerekir; iç hukuk yolları tüketilmiş olmalı ve insan hakları ihlal edilmiş olmalıdır.

Bilindiği gibi ÂİHS ve ek protokoller bir bütündür. Ek Protokoller, Sözleşmenin donmuş bir metin olmadığını göstermektedir. ÂİHM de Sözleşme ve Protokollerin bir bütün olduğunu her fırsatta belirtmiştir.

ÂİH Sözleşmesinde, sadece kişi hakları ve siyasi haklar olup, sosyal ve ekonomik haklara yer verilmemiş, Sözleşmenin uygulanması için etkili bir denetim mekanizması kurulmuştur. 1961 de kabul edilen, 1965 de yürürlüğe giren “Avrupa Sosyal Haklar Anlaşması (Avrupa Sosyal Şartı)”, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”nde yer verilmeyen ekonomik ve sosyal hakları düzenlemek için yapılmıştır. Bu şart, üye devletlere yol gösterir ama aynı zamanda onları denetlemeyi öngörür. Türkiye, bu sözleşmeyi ilk imzalayanlardandır. TBMM, bu sözleşmeyi uygun bulmuştur.⁶

Türkiye, bunların dışında Avrupa Konseyi bünyesinde insan haklarına ilişkin sayıları yüz otuz kadar olan sözleşmelerin büyük çoğunluğunu imzalamış ve onaylamıştır.

ÂİHS “Avrupa düzeninin anayasası”dır.⁷ ÂİHS’nin yaptırım gücü, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine aittir. Devletler, ÂİHS’nden yararlanma hakkını sadece yurttaşlara değil, herkese tanıyacaklardır.⁸ ÂİHS, TBMM’nde ivedilikle ve öncelikle görüşülmüş, oybirliğiyle kabul edilmiş, iç hukukun parçası olmuş olup, kendiliğinden uygulanır; uygulanması için Anayasaya uygun olma şartı aranmaz ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Sözleşmeden sonraki bir tarihte çıksa da Anayasa ya da yasa ile açık veya kapalı olarak Sözleşme hükümleri tek yanlı olarak değiştirilemez.⁹

⁵ BM Koruma Mekanizmaları (İnsan Hakları Konseyi, Medeni ve Siyasal Haklar Paketi, Ekonomik-sosyal-kültürel Haklar Paketi) için bkz. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, s. 265–267. Bölgesel ölçek (AGİT, Afrika Şartı, Asya Kitası, Arap Şartı) için bkz. İbid. s. 267–270. ÂİHM için bkz. İbid. s. 270–278. NGO’lar için bkz. İbid. s. 279–281.

⁶ Kn. no. 3581, RG. 4. 7. 1988, S. 20215. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf> (2.12.2014). Sosyal haklar konusunda ayrıntı için bkz. Bakırcı, Kadriye, “1961 ve 1982 Anayasalarında ve 2007 Tarihli Anayasa Önerisinde Sosyal Haklar, Aliefendioğlu’na Armağan, ss.357-378.

⁷ Selçuk, Sami, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması*, s. 400.

⁸ Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1994, s. 27-28.

⁹ Selçuk, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması*, s. 403.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kendisine gelen şikayetler konusunda izleyeceği yöntem şöyledir; İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruyu esas açısından incelemeden önce barışçı yoldan dostça çözmeye çalışır. Şayet çözemezse, Mahkeme inceleme yapar, tarafların görüşünü alır; sonra da bir rapor düzenler ve bunu ilgili devletlere ve Bakanlar Komitesine gönderir. Mahkemenin kararı kesin ve bağlayıcıdır.

AİHM'nin günümüzde iki sorunu bulunduğu söylenebilir; birincisi dava sayısının giderek artması ve AİHM'nin yenilenmiş mevcut yapısının yetersiz kalmasıdır. İkincisi, AB'nin hazırladığı İnsan Hakları Şartı'nın getirdiği belirsizliklerdir. Avrupa İnsan Hakları Şartı, bir bildiri olup, bağlayıcılığı yoktur ama gelecekte bu, AB sözleşmesi kapsamına alınabilir ve Lüksemburg'daki Avrupa Mahkemesi'nin uygulamakla sorumlu olduğu bağlayıcı bir belge olabilir. Böylece insan hakları alanında iki ayrı mahkeme ve iki ayrı hukuk alanı doğabilir. AB'nin hazırladığı İnsan Hakları Şartı'nda, haklara getirilen sınırlamalar mevcut değildir.¹⁰ AB'nin bir kalbe, bir sosyal şura ve cesarete sahip olması temennimizdir.¹¹

Türkiye, Avrupa Konseyi'nin kurucu üyelerinden biri olarak, AİHS'nin 4, 7 ve 12 numaralı protokolleri haricindeki tüm ek protokollerine ve Avrupa Konseyi nezdinde düzenlenen diğer insan hakları sözleşmelerinin çoğuna taraftır. Böylece Türkiye hem AİHS'ne taraf bir devlet olarak Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tanıyıp garanti altına alacağını, hem de AİHM'nin zorunlu yargılama yetkisini kabul edeceğini taahhüt etmiş ve Anayasa'nın 90. maddesi beşinci fıkrasını, yani "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" hükmünü anayasal bir güvenceye kavuşturmuştur. 7 Mayıs 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinde bu fıkra eklenen cümle ile "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" denilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, temel hak ve özgürlüklere dayalı konularda ulusal mahkemeler karar verirken, AİHS hükümlerini ve bu hükümlerin yorumu niteliğindeki AİHM içtihatlarını göz önünde bulundurmamak zorunludur. Buna bağlı olarak, son yıllarda Yargıtay, Danıştay ve yerel mahkemeler, AİHS maddeleri ve AİHM içtihatlarının doğrudan uygulanmasına yönelik karar-

¹⁰ Bkz. Türmen, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", Yargıtay Dergisi, C. 28, Ocak-Nisan 2002, Sy. 1-2, 192-213, 212, s. 213.

¹¹ Redlich, Attanasio, Goldstein, *Understanding Constitutional Law*, s. 10 ve 21.

lar vermeye başlamışlardır. Türkiye, hak ihlallerine dayalı şikâyetlerin niteliği, davaların sayısı ve AİHM kararlarını uygulama¹² açısından büyük bir gelişme kaydetmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 3 ve 5 nolu Protokoller, sözleşme metnini değiştirdiği için ana metne dâhil edilmiştir. 28.4. 1983 de kabul edilen 6 numaralı Protokol, ölüm cezasının kaldırılmasına dair olup, Türkiye bu protokolü 15 Ocak 2003 tarihinde resmen imzalamıştır; bununla 44 üyeli Avrupa Konseyinde Protokole imza atmayan ülke kalmamıştır. 22 Kasım 1984 de kabul edilen 7 numaralı Protokol, üye ülkedeki yabancıların haklarına ve muhakeme hukukuna ilişkindir. Diğer Protokoller genellikle Mahkemenin çalışma usullerinden bahseder.¹³

B. AİHS SİSTEMİNDE İNSAN HAKLARI

AİHS sisteminde sınırlama, Sözleşmenin 10/2 maddesinde belirtilmişken, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, bu kapsamı, 19 ncu maddesinin 3 ncü fıkrası ile, “üç aşamalı bir kural” olarak düzenlemiştir; “*Bu maddenin 2 nci fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlandırmalar da konulabilir; ancak bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve başkalarının haklarına ve şöhretine saygı bakımından ve ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımından gerekli olması zorunlu olmalıdır.*”

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesinin 20 nci maddesi, sınırlandırmaya ilişkin bazı ilkeler öngörmüştür: Buna göre, “Ulusal, ırkı ya da dini nefret¹⁴in ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması”nın zorunlu olarak sınırlandırılması gerekmektedir. Ayrıca müdahale; **(1) Hukuken öngörülmüş** olmalıdır. **(2) Meşru amaçlardan birisi için** (ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, kamunun sağlığı ve ahlakı, başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için) yapılmış olmalıdır. **(3) Demokratik toplumda gerekli** olmalıdır. Yani müdahale acil bir sosyal ihtiyaca yanıt vermeli veya geçerli bir sebebe dayanmalıdır. **(4) Kullanılan araç müdahalenin amacıyla “orantılı”** olmalıdır.

¹² Türk hukukundaki *en önemli sorun teoriden ziyade uygulamadır*. Türkiye’de iyi mevzuata karşın, kötü uygulama olduğu belirtilebilir. Mevzuatı *evrensel hukuk bağlamında yorumlamalı* ve Türk yargısı daha ileri götürülmelidir.

¹³ Ek Protokoller için bkz. *Türk Anayasa Metinleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, 2 nci Baskı,

¹⁴ Nefret dili (konuşması) (hate speech) hakkında bkz. Emanuel, *Constitutional Law*, s. 520.

Orantılılık ölçütünde şu konular önemlidir: 1. Müdahale söz konusu temel hakka mümkün olduğunca **az kısıtlama** getirmelidir. 2. Belirlenen amaçları gerçekleştirmek için **dikkatli** bir şekilde hazırlanmış olmalıdır. 3. **Hakkaniyete** aykırı olmamalıdır. 4. **Temelsiz düşüncelere** dayanmamalıdır.

Orantılılık ölçütünün denetiminde ve bu belirtilen hususların belirlenmesinde şu soruların yanıtı aranmalıdır: 1. Sınırlamaya ilişkin gerekli ve **yeterli sebepler** verilmiş midir? 2. Daha **az sınırlayıcı** bir önlem mevcut mudur? 3. Karar verilirken yöntem bakımından **adil bir süreç** izlenmiş midir? 4. Kötüye kullanmaya karşı koruyucu önlemler bulunuyor mu? 5. Müdahale **hakkın özünü** zedeliyor mu?¹⁵ AİHM, ihlal iddialarını incelerken belirtilen kriterleri uygulamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **ölçülülük ilkesini** (araç-amaç dengesini) kullanmaktadır.¹⁶ AİHM, bir kararında AİHS’ni “(i)nsan hakları alanında **Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı**” “(C)onstitutional instrument of European public order in the field of human rights” olarak nitelemiştir.¹⁷ AİHM, akit devletin, AİHS’ndeki bir hak ve özgürlüğe müdahalesinin gerekli olup-olmadığına karar verebilmesi için araç-amaç orantısını aramaktadır. Aynı amacı elde etmek için **daha az sınırlayıcı alternatif** bir hak ve özgürlük varsa veya **müdahale ile bu amaç elde edilemezse** AİHM, AİHS’nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir.

Orantılılığa bazı örnekler;

Birinci örnek, **Glasenapp/Germany kararıdır**. AİHM, bu kararında (1984), AİHS’nin 17. maddesinin *hukukun üstünlüğü ve demokrasi sisteminin korunması amacıyla* Sözleşmeye konulduğunu ancak “açık bir ihtiyaç” olması şartıyla Sözleşmede belirtilen haklara müdahale edilebileceğini belirtmiştir.¹⁸

İkinci örnek, **Campbell/İngiltere davasıdır** (1993) (AİHS, md. 8). Campbell/United Kingdom davası şudur; bir mahkûm, Avrupa İnsan Hakları Komisyo-

¹⁵ Ayrıntı için bkz. Fendoğlu, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Anayasa’nın 13.Maddesi)”, Anayasa Mahkemesi tarafından 26-27 Nisan 2002 tarihinde Antalya’da düzenlenen *Anayasa Mahkemesi’nin 40.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları”* isimli Sempozyum’da bildiri olarak sunulmuştur.

¹⁶ AİHM’nin kullandığı ölçülülük kriterine örnekler için bkz. Sunay, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara, 2001, s. 101; Metin, *Ölçülülük İlkesi*, s. 92 vd.

¹⁷ *Human Rights Law Journal* (HRLJ) 1990, 113.

¹⁸ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext": "\(1984\),"}\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Application no. 9228/80, STRASBOURG, 28 August 1986, [“GRANDCHAMBER”, “CHAMBER”] (04.01.2016); bu madde demokratik olmayan akımlara karşı da bir güvence olarak kabul edilmiştir; Türmen, s. 209.

nuna, İngiltere'ye karşı, kendisine gelen **mektubu, cezaevi idaresi açamaz ve okuyamaz, yetkisi yoktur**, diyerek dava açmıştır. AİHM kararına göre, genelde mahkûmların mektupları okunabilir ama, bunun için **makul bir kuşku** olması gerekir ve ayrıca idare bu **hakkını kötüye kullanamaz**. AİHM, bu davada idare-nin ölçülü davranmadığını, her tür yazışmanın denetime tabi olması kuralının, elde edilmek istenen *amaçla orantılı* olması gerektiğini belirtmiştir. Bu ölçüt, AİHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin **10** uncu maddesi ile ilgili davalarda kullanılmıştır.

Üçüncü örnek **Gerger/Türkiye davasıdır** (1999).¹⁹ Gerger, **Deniz Gezmiş ve arkadaşları** için düzenlenen bir anma törenine gönderdiği mesaj nedeniyle Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesi gereğince bir yıl sekiz ay hapis ve 208 milyon TL cezaya mahkûm edilmiştir. AİHM, törene katılan çok az insanın olduğunu, ulusal güvenlik-kamu düzeni- toprak bütünlüğü üzerindeki etkisinin çok sınırlı kaldığını, şiddete-silaha başvuru veya isyana teşvikin bulunmadığını bu nedenlerle verilen cezanın elde edilmek istenen amaçla orantılı olmadığını ve sonuçta AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. *AİHS'nin 17. maddesi, bireylere olduğu gibi devlete de hakkını kötüye kullanamayacağını belirtmiştir. Devlet de bireyler de, hak ve özgürlüklerin özünü ortadan kaldıracak sınırlamalar getiremezler.*

AİHS'nin 10 uncu maddesine göre, ifade özgürlüğünün iki unsuru vardır: Bilgiye ve düşüncelere erişim özgürlüğü ile bunları yayma özgürlüğü. AİHS'nin 10 uncu maddesine göre; “Herkes, görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon veya sinema işletmelerini bir izin sistemine bağlı tutmalarına engel değildir.” “Kullanılması ödev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler; demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı usullere, şartlara, sınırlandırmalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

İfade özgürlüğü uluslararası hukukta esas olarak, AİHS'nin 10 ncu maddesi ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (İHEB) 19 ncu maddesinde düzenlenmiş-

¹⁹ Bu dava için bkz. *Gerger/Turkey*: No. 24919/94, 8 July 1999 (www.echr.coe.int/Eng/Edocs/Subject_Matter_1999_Table_eng.htm (1999 tablosu)).

tir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, ifade özgürlüğünü şu şekilde düzenlemiştir: “Herkes, ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları dikkate alınmaksızın, görüş sahibi olma ve fikir ve bilgilere erişim ve yayma serbestisini içerir. Medya özgürlüğü ve çoğulculuğu gözetilir”. AİHS’nin 10. maddesi, 10 Aralık 1948 tarihinde benimsenen İHEB’ nin 19. maddesinden kaynaklanmaktadır. İHEB’e göre; “Her bireyin fikir ve ifade özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve fikirleri her araç ile aramak, elde etmek ve yaymak hakkını gerektirir.”

İHEB’nin tamamlayıcı unsuru sayılan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 19/2 maddesi de ifade özgürlüğünü düzenlemektedir: “Herkes düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ulusal sınırlara bağlı kalmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği her hangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir.”

AİHM’ne göre, (Castells/Spain) “İfade özgürlüğü demokrasinin temelinde yer alır, demokrasinin gelişmesi için ve bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel şartlarından biridir. İfade özgürlüğü sadece genel kabul gören veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görünen haber ve düşüncelere değil, aynı zamanda kızdıran, **şok edici veya rahatsız edici haber** ve düşüncelere de uygulanır; bunlar demokratik bir toplumun **olmazsa olmaz** unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir”.²⁰

AİHM’ne göre, siyasi alanda çoğulculuk için altı maddelik şu formül uygulanabilir.²¹ (1) İfadenin içeriği önemlidir. İhlalde belirleyici olan şiddet, nefret, düşmanlık, hoşgörüsüzlük ifadeleridir. Nefret ifadeleri meşrulaşmamalıdır.²² (2) Söz söylendiği zamanki somut durum tehlike oluşturmakta mıdır? (3) Konuşma nerede (mekân), nasıl söylenmiştir? (4) Söz belirli bir kitleye ulaşmamışsa ihlal yoktur. (5) İfadede muhatap kimdir? Kamu görevlileri (işlerinden dolayı); siyasiler görevleri gereği mütehammil, hükümet ise daha müteham-

²⁰ AİHM’e göre, “İfade özgürlüğü demokrasinin temelinde yer alır, demokrasinin gelişmesinin ve bireyin kendisini gerçekleştirmesinin temel şartlarından biridir. İfade özgürlüğü sadece genel kabul gören veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görünen haber ve düşüncelere değil, aynı zamanda kızdıran, şok edici veya rahatsız edici haber ve düşüncelere de uygulanır; bunlar demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir”; Bkz. Castells v. Spain, 23.4.1992. Benzeri bir karar için bkz. Incal v. Turkey, 9.6.1998. bkz. www.echr.coe.int

²¹ Ayrıntı için bkz. Sibel İncoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, TBBY, Ankara 2010, s. 83-129.

²² Bkz. Sürek v. Turkey, 8.7.1999.

mil olmalıdır.²³ (6) İfadenin kim tarafından söylendiği de önem taşır. AİHM'e göre, (i) şiddet, (ii) belirli bir kişi veya gruba karşı nefret²⁴ (iii) veya toleranssızlık olmadığı sürece, bireysel düşünce ihlal oluşturmaz.

Bazı örnekler;

1. Fransız lider Le Pen, ülkede Müslümanların sayısının artmasını Fransızlar için büyük tehlike olarak nitelemiş, şikâyet üzerine mahkemece kendisine para cezası verilmiş, dava AİHM'ne gelmiş, AİHM, Le Pen'i haksız bulmuş, davasını reddetmiştir.²⁵

2. Devlet yetkililerinin temelden yoksun veya kötü niyetle oluşturulmuş **iftira niteliğindeki suçlamalara karşı**, uygun bir biçimde ve aşırıya kaçmadan hatta cezai nitelikte önlemler alabilmesi mümkündür.²⁶

3. Belçikalı siyasi lider Feret, **Belçikadaki** göçmenlerle alay eden afiş ve bildiri **bastırması**, şikâyet üzerine dokunulmazlığı kaldırılmış, hapis cezası verilmiş ve dava AİHM'ne intikal ettirilmiştir. AİHM, Feret'in davasını reddetmiş, Feret'i haksız bulmuştur.²⁷

4. İncal kararında, **henüz dağıtılmamış bir yazı** nedeniyle verilen cezayı AİHM, haksız bulmuştur.²⁸

5. Diyarbakır eski Belediye başkanı Mehdi Zana, 1997 senesinde, **"PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum"** demiş, TCK 312 inci maddesi uyarınca şiddeti övdüğü için mahkûm olmuş, AİHM, mahkûmiyet kararını uygun bulmuştur.²⁹

6. Haftalık dergi yayımlayan Sürek, dergisinde basılan yazıda **"faşist Türk**

²³ Lingens v. Austria, 8.7.1988. AİHM, bu kararında, "ahlaksızca", "onursuzca", "en adi türden oportünizm" gibi sözleri kanıtlamanın, değer yargılarının doğruluğunu ispat etmenin imkansız olduğunu belirtmiştir.

²⁴ Nefret suçları için bkz. Şahin, *İfade Özgürlüğü*, s. 424-444.

²⁵ Le Pen v. France, 20.4.2010. AİHM kararlarında başvuru (application) nosu ve karar tarihinin (judgement day) önemli olduğu belirtilebilir.

²⁶ İncal v. Turkey.

²⁷ AİHM, Belçika mahkemesinin Belçikalı siyasi lider Feret hakkında, Belçika'daki göçmenlerle alay eden afişler ve bildiri bastığı için verilen hapis cezası mahkûmiyetini uygun bulmuş, göçmen düşmanlığı yapan Feret'i haksız bulmuştur; Feret v. Belgium, 16.7.2009. Belçika anayasa hukuku için bkz. Lucas Prakke and Constantijn Kortmann, *Constitutional Law*, s. 75-132.

²⁸ İncal v. Turkey.

²⁹ AİHM, "PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum" dediği için TCK 312 inci maddesi uyarınca şiddeti övmekten mahkûmun ihlal talebini reddetmiş, mahkûmiyet kararını uygun bulmuştur; Zana v. Turkey, 35.11.1997.

ordusu”, “T.C. cinayet çetesi” ve “emperyalizmin kiralık katilleri” ifadeleri yer aldığı ve şiddeti övdüğü için mahkûm olmuş, AİHM, kararı onaylamıştır.³⁰

7. Gündüz, şeriatı savunmuş, Türkiye’de mahkûm olmuş ancak AİHM, verilen cezayı orantısız bulmuş, dengelenmiş bir yayıncılık olduğunu, canlı yayında sözü düzeltme imkânının bulunmadığını, konuşmanın tehlike arz etmediğini, ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirtmiştir.³¹

8. **Herri Batasuna** davasında, şiddet desteklendiği için İspanyol Anayasa Mahkemesince verilen karar, AİHM tarafından da uygun görülmüştür.³²

9. Oya Ataman, **polisin gereksiz yere biber gazı kullanmış olduğu** iddiasıyla AİHM’ne dava açmış, AİHM, barış yanlısı toplantılara hoşgörülle yaklaşılması gerekçesiyle Oya Ataman’ı haklı bulmuştur.³³

10. **Hasan Celal Güzel**, bir siyasi partinin lideri olarak bir açıklama yapmış, mahkûm olmuş, AİHM, parti başkanı olması nedeniyle ifade özgürlüğünün daha geniş olduğunu belirterek olayda ihlal olmadığını belirtmiştir.³⁴ AİHM, **basın özgürlüğünü** geniş bir koruma altına almaktadır.³⁵

11. **Müstehcenlik ve ahlak** konularında AİHM, devlet yetkililerine geniş bir takdir alanı sağlamaktadır. Kamu görevlilerinin uluslararası bir hâkimden daha iyi durumda bulunduğunu, Avrupa’nın tek bir ahlak anlayışının olmadığını belirtmekte ve ahlak anlayışına saygılı ve hayli muhafazakâr davranmaktadır.³⁶

³⁰ AİHM, dergisinde yazdığı yazıda “faşist Türk ordusu”, “T.C. cinayet çetesi”, “emperyalizmin kiralık katilleri” ifadeler yer aldığı ve şiddeti övdüğü için kişiyi mahkûm eden kararı uygun bulmuş, ihlal talebini reddetmiştir; Sürek v. Turkey, 8.7.1999.

³¹ Gündüz v. Turkey.

³² AİHM, İspanyol Anayasa Mahkemesince verilen Herri Batasuna davasında verilen kararı, şiddet desteklendiği için uygun görmüştür; Herri Batasuna v. Spain, 30.6.2009.

³³ AİHM, Oya Ataman davasında, polislin gereksiz yere biber gazı kullanmış olduğunu, barış yanlısı toplantılara hoşgörülle yaklaşılması gerektiğini belirterek ihlal kararı vermiştir; Oya Ataman v. Turkey, 5.12.2006. Türkiye’de polislin yetkisi, en son 4 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe giren iç güvenlik kanunu olarak bilinen 27.3.2015 tarih ve 6638 sayılı torba yasa ile belirlenmiştir. Buna göre polis, mahkeme kararı olmadan kişinin üstünü ve aracını arayabilir. Başkalarının can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürenleri koruma altına alabilir veya uzaklaştırabilir. 27.3.2015 tarih ve 6638 sayılı kanunun 4 üncü maddesine göre, “*Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara Molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırmaya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde*” silah kullanabilmesi yetkisi kolluğa tanınmıştır; bkz. RG, 4.4.2015, 29316.

³⁴ Guzel v. Turkey, 24.7.2007.

³⁵ AİHM, basın özgürlüğünü geniş bir koruma altına almakta ama siyasetçiyi dar koruma altına almaktadır; İnecoğlu, s. 127.

³⁶ AİHM’e göre, müstehcenlik ve ahlak konularında devlet yetkililerinin geniş bir takdir alanı

12. AİHM, ahlak gibi çoğunluğun dini değerleri konusunda da muhafazakârdır. AİHM, dini değerleri koruyan kararlar vermekte, dini değerleri ihlal etmenin hoşgörü ruhunun kötü niyetli ihlali olduğunu belirtmektedir.³⁷

13. AİHM, Hasan ve Eylem Zengin davasında Türkiye’de okutulan **din kültürü ve ahlak** bilgisi derslerinin içeriği konusunda karar vermiş, Devletin, ebeveynin görüşlerine saygılı olması gerektiğini belirtmiş, Devletin objektif ve çoğulcu davranmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.³⁸

14. AİHM, Leyla Şahin davasında, davacının davasını reddetmiştir.³⁹

İfade özgürlüğü konusundaki AİHM içtihatlarından genel olarak şu sonuçların çıkarılması mümkündür;

1. Yargı konusundaki içtihatlar.- AİHM’e göre, yargı mensupları da eleştirilebilir. Yargı organlarının ele alınan olaylara basın yer verebilir ama hâkimlere hakaret edilemez. Ceza mahkemesinin yanlış yönlendirilmesine izin verilemez. Tutukluluk halinin uzunluğuna ilişkin şikâyetler, tutukluluk hali sona erdikten itibaren en geç altı ay içinde yapılmalıdır.⁴⁰

2. Medya konusundaki içtihatlar.- Gazeteci haber kaynağını açıklamak zorunda bırakılamaz. Haber abartılı ve provoke edici olabilir.

4. Meslek mensupları konusundaki içtihatlar.- Meslek mensupları kamuya açıklama yapabilir.

5. Kamu görevlisi konusundaki içtihatlar.- Kamu görevlisi kişisel fikirlerini basına açıklayabilir. Düşüncelerinden dolayı kamu görevlisinin yükselmesi engellenemez. Kamu görevlisi eleştirilere cevap verebilir.

vardır; Avrupa’nın tek bir ahlak anlayışı yoktur; devletlerin ahlak anlayışına karşı saygılı davranılmalıdır; İncaoğlu, s. 108. Bkz. Mülner and others v. Switzerland, 25.5.1988; Open Door and Well Women v. Ireland, 29.10.1992. Müstehcenlik, 6112 sayılı yasaya göre ihlal nedeni olduğundan, konu Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmiştir. 6112 sayılı Radyo Televizyon Üst Kurulu Yasasının müstehcenlik, yabancı sermaye, ihalede 1 yıl şartı, tek verici şirket, kriz dönemlerinde Başbakanın yetkisi gibi bazı maddelerin iptali dava edilmiş, *AYM*, E: 2011/44, K: 2012/99, KT: 21.6.2012 ile talebi reddetmiştir (*AMKD*, Cilt 50/2, Ankara 2013, s. 881-956). Muhalefet şerhinde Başbakanın yetkisine ilişkin hüküm üzerinde durulmuştur.

³⁷ AİHM’e göre, ahlak gibi çoğunluğun dini değerleri de önemlidir; dini değerler korunmalıdır; dini değerleri ihlal etmek, hoşgörü ruhunun kötü niyetli bir ihlalidir; Otto Preminger Institut v. Austria, 20.9.1994. İ. A v. Turkey, 13.9.2005.

³⁸ Hasan ve Eylem Zengin v. Turkey, 9.10.2007. Bkz. Zengin, “AİHM’nin Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye kararının Değerlendirilmesi”, *SÜHFD*, 2011, Cilt, 19, Sy. 2, s. 41 vd.

³⁹ Leyla Şahin v. Turkey, 10.11.2005.

⁴⁰ Ekinci-Bahadır, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda Altı Ay Kuralı”, s. 361.

6. Politikacılar konusundaki içtihatlar.- Politikacılar ve hükümet daha fazla eleştirilebilir. Devletin mevcut düzeni sorgulanabilir. Politik konularda ifade özgürlüğü daha geniştir

7. Askeri konulardaki içtihatlar.- Subaya hakaret orduya hakaret sayılamaz. Askeri içtimada poster açılmaz, broşür dağıtılamaz.

8. Gösteri, protesto, şiddet konusundaki içtihatlar.- Gösteri yürüyüşüne katılmak müeyyideye bağlanamaz. Şiddet içermeyen direniş çağrısı yapılabilir.

9. Terör konusundaki içtihatlar.- Terör örgütü söylemiyle özdeşleşmeyen sosyolojik açıklama yapılabilir ama terör örgütünü destekleyen açıklama yapılamaz.

AİHM'ne göre, ulaşılabilir bir kitabın yayımlanması engellenemez. Bilgi alma hakkı sınırlandırılmaz. Görüşlerin tekrarlanması yasaklanamaz. Tarihi gerçekler taraflı dile getirilebilir. Taraflı düşünce açıklanabilir. Sert bir üslupla düşünceler açıklanabilir. Saldırgan ifadeler kullanılabilir. Fikirler düşmanca bir üslupla kaleme alınabilir. Beyanın nasıl bir topluluğa yapıldığı, ifadenin nasıl açıklandığı önemlidir. Olayları farklı perspektiften öğrenme hakkı vardır. Kamuya mal olmuş kişiler hakkında yayın yapılabilir. Dernekler eleştirilebilir. **Kişi çalıştığı kurumu eleştirebilir.** İfade özgürlüğünü sağlamak konusunda Devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. İyi niyetle talepler dile getirilebilir. İfade özgürlüğü sınırlar ötesidir. **Kutsal değerlere ve ahlaki değerlere saldırıya izin verilemez.** Avukatlar için reklâm yasağı konabilir. Kin ve nefret arttırmaya yönelik beyanlar yasaklanabilir. Şiddet çağrısı içermeyen akademik çalışmalar engellenemez.⁴¹

AİHS sistemine göre haklar bazı nedenlerle sınırlanabilir. Şöyle ki;

Birincisi, hakkın kendiliğinden doğan sınırlamalardır. Örneğin AİHS'nin 4 maddesine göre, angarya yasaktır ama doğal afetlerde bireye hizmet yükümlülüğü getirilebilir. Keza AİHS'nin 5. maddesine göre birey serbesttir ama bazı koşulların varlığı halinde tutuklanabilir.

İkincisi özel statülü bazı kişilere getirilen sınırlamalardır. Örneğin AİHS'nin 11. maddesine göre güvenlik güçlerinin (asker, polis vs) dernek kurma hakkı sınırlanabilir.

Üçüncüsü AİHS'nin 8-11. maddelerinin 2. paragrafına göre, devletler meşru amaçlarla sözkonusu hakları sınırlandırabilir.

⁴¹ *İfade özgürlüğü* konusunda detay için bkz. Redlich, Attanasio, Goldstein, *Understanding Constitutional Law*, s. 29-30, 497 vd. İnternet özgürlüğü için bkz. ibid, s. 567.

Dördüncüsü, AİHS'nin 15. maddesine göre, savaş halinde Devlet, AİHS'nden doğan yükümlülüklerini askıya alabilir.

Beşincisi, AİHS'nin 17. maddesine göre Sözleşmede yer alan haklar kötüye kullanılmaz.

Altıncısı, AİHS'nin 18. maddesine göre AİHS'ndeki haklar, belirtilen amaç dışında kullanılmaz.⁴²

C. AİHM VE 1982/13

Anayasanın **13 üncü, 14 üncü ve 15 inci** maddelerinin 2001 değişikliklerinde özellikle AİHS ile uyum ve paralellik sağlanmasına büyük çaba gösterildiği anlaşılmaktadır. Bu değişikliklerin AB ile ilişkilerimiz açısından önem taşıdığı açıktır. Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını (RG. 19438-21 Nisan 1987)⁴³ ve Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini tanınması (RG.-20295, 27 Eylül 1989),⁴⁴ Türkiye'ye aday üyelik hakkının kabul edilmesi ve ulusal programın kabulü bu çabayı artırmıştır. Anayasa Mahkemesi anayasaya uygunluk denetiminde AİHS'ni (doğrudan ölçü norm olarak değil de sadece) destek ölçü norm olarak uygulamaktadır.

AİHS'nin 8-11. maddelerinin 2. paragraflarında Devletin, bu hakları nasıl sınırlayabileceği konusu belirtilmektedir. AİHS sisteminde önemli olan birinci paragraflardaki kapsam değil, ikinci paragraftaki sınırlamalardır. AİHM kararlarının temeli ikinci paragraflardır, yani Devletin bu hak ve özgürlüğe yaptığı müdahalenin AİHS'e uygunluğu sorunudur.⁴⁵ Bu amaçla AİHM, kendisine gelen davalara uygulamak üzere, 50 yıldır oluşturduğu içtihatlarla bazı ölçütler belirlemiştir. Bu ölçütler şunlardır; **(a)** Sınırlamanın bir **kanun** ile düzenlenmiş olması gerekir. **(b)** Sınırlama **meşru bir amaca** yönelmiş olmalıdır. **(c)** Sınırlama demokratik bir toplum için gerekli olmalıdır. Bu üç ölçüt üzerinde kısaca durmak istiyoruz;

a. Sınırlama bir kanun ile düzenlenmiş olmalıdır.-

AİHS'nin 8-11 maddelerinin 2. paragraflarına göre Devlet sınırlamayı bir

⁴² Bu paragraf için bkz. Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", s. 198.

⁴³ Bununla ilgili belgeler için bkz. İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslar arası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları, Ankara, 1997, Anayasa Mahkemesi Yayını, No. 35, s. 485-488.

⁴⁴ İbid, s. 488-491.

⁴⁵ Bkz. Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", s. 199.

kanunla yapmalıdır. Bunun amacı, keyfilikğin önlenmesidir. Ayrıca kanun için de iki koşul gerekir; **birincisi**, kanun, yurttaşlarca ulaşılabilir, nüfuz edilebilir (**accessibility**) olmalıdır. **ikincisi**, kanun yeterince açık ve anlaşılabilir (**percision, foreseeable**) olmalıdır. AİHM, **Sunday Times/İngiltere** (1979)⁴⁶ ve **Silver/İngiltere** (1983) davalarında bu ölçütleri oluşturmuş olup, bu içtihatlar iyice yerleşmiştir.

b. Sınırlama meşru bir amaca yönelmiş olmalıdır.-

Meşru amacın ne olduğu AİHS'nin 8-11 maddelerin 2. paragraflarında sayılmıştır. Bunlar, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeni, suç işlenmesini önlemek, ahlak, sağlık, başkalarının şöhret hak ve özgürlüklerinin korunması, ülkenin ekonomik kalkınması, gizli haberlerin açıklanmasının önlenmesi, yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunması gibi konulardır.

İfade özgürlüğüne ilişkin **10. maddede** ayrıca bu hakkın ödev ve sorumluluk getirdiği de belirtilmektedir. Bundan AİHS'nin **ifade özgürlüğünü** kısıtladığı anlaşılabilir ama **AİHM**'nin içtihatları ters yönde gelişmiştir. AİHM'ne göre, ifade özgürlüğü demokrasinin korunması açısından önem taşır. Bu nedenle de ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların "dar yorumlanması ve sınırlamaya duyulan ihtiyacın ikna edici bir biçimde ortaya konulması" gerekir. Bu durum, **The Observer and Guardian/İngiltere** (1991) davasında açıkça belirtilmiştir. İfade özgürlüğünde 3 sınırlama vardır; **a)** Ülkenin toprak bütünlüğüne saygı gösterilmelidir. **b)** Gizli belgeler açıklanmamalıdır. **c)** Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı korunmalıdır. AİHM bu konuda sözleşmecî hükümetin amacına bakmaktadır. Örneğin kamu düzenini korumak için yapılan bir sınırlama, ahlaki korumada haklı olmayabilir.⁴⁷

c. Sınırlama demokratik bir toplum için gerekli olmalıdır

AİHM, bu ölçüte Olsson/İsveç davasıyla (1988) açıklık getirmiştir. Gerekliklik (necessity) kavramı, toplumun zorunlu bir ihtiyacına cevap vermesi (pressing social need) ve orantılı olması (proportionate to the legitimate aim) demektir.⁴⁸ Bunun için bir de önkoşul vardır; işleyen bir demokrasinin varlığı. Cinsiyet eğitimi davası/Danimarka (1976) kararında AİHM bunu belirtmiştir. AİHM,

⁴⁶ *Sunday Times/United Kingdom* kararı için bk. 26 April 1979, Seri A, No. 30, Doğru, s. 163-192.

⁴⁷ Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", s. 200.

⁴⁸ Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", s. 201.

Dudgeon/İngiltere (1981) davasında “hoşgörü ve açık fikirliliğin” demokratik toplumun 2 temel göstergesi olduğunu belirtir. AİHM, Klass/Federal Almanya (1978) kararında⁴⁹ demokrasi örtüsü altında demokrasiyi tahrip etmenin tehlikelerini anlatır.

D. AİHM VE DEVLETİN TAKDİR YETKİSİ

AİHM, Devlet müdahalesinin “demokratik bir toplum için gerekli” olup-olmadığını” incelerken bazı faktörleri göz önüne alır; bunlar, takdir hakkı ve Avrupa mutabakatıdır. Şöyle ki;

1. AİHM’nin takdir yetkisi öğretisi.-

AİHM, “orantılılığı” araştırırken devlete takdir yetkisi tanımakta ama bunu denetlemektedir. Bilindiği gibi AİHS metninde takdir hakkına yer verilmemiştir. AİHM bu kavramı benimserken Fransız Danıştay’ından etkilenmiştir. Doktrinde bu kavram çok tartışılmış olup, “AİHM bununla kültürel çeşitlilik oluşturmaktadır” veya “bu AİHS’e aykırıdır” şeklinde iki farkı görüş ortaya çıkmıştır.⁵⁰ Takdir hakkının AİHS’ndeki dayanağı, 1. maddedir. AİHM, belirtildiği gibi Devletin takdir yetkisini denetlemektedir.

AİHM’nin takdir yetkisi ile ilgili birinci kararı **Lawless/İrlanda** (1961) davası,⁵¹ ikinci kararı, **İrlanda/Birleşik Krallık** davasıdır (1978).⁵² AİHM bu kararı ile takdir yetkisi öğretisini anlatmıştır. AİHM’nin takdir yetkisiyle ilgili üçüncü kararı **Klass/Federal Almanya** davasıdır.⁵³ Bu davada, (hükümet, güvenlik gerekçesiyle özel telefon konuşmalarını dinlemiştir. Bu kararda AİHM, takdir yetkisi kavramına, 15 inci madde dışında, milli güvenlik nedeniyle de başvurulabilir, demiştir.

2. Avrupa Mutabakatı

AİHM, bir “Avrupa Consensus”u bulunmadığından, Devletlerin geniş hakları olduğunu kabul etmektedir. AİHM’nin standardı, “Avrupa Consensusu”dur. “Avrupa Consensus”unun ne anlama geldiğini AİHM açıklamamıştır.⁵⁴ 1979’a

⁴⁹ *Klass ve diğerleri/Federal Almanya* kararı için bk. 06.09. 1978; Seri A, No. 28, Doğru, s. 141-161.

⁵⁰ Türmen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, s. 202.

⁵¹ *Lawless/Ireland* kararı için bk. 01.07. 1961; Seri A, No. 3, Doğru, s. 1-24.

⁵² *Ireland/ United Kingdom* kararı için bk. 18.01.1978; Seri A, No. 25; Doğru, s. 75-140.

⁵³ *Klass ve diğerleri/Federal Almanya* kararı için bk. 06.09. 1978; Seri A, No. 28; Doğru, s. 141-161.

⁵⁴ Türmen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, s. 204.

kadar AİHM, Devletlere milli güvenlik sorunları sözkonusu ise geniş bir takdir yetkisi tanımaktaydı. 1979 sonrasında ise AİHM, devletleri daha sınırlı kabul etmiş, genişletici bir tutumu benimsemiştir. Dudgeon/İngiltere kararı (1981) ile Handyside kararı mukayese edilirse bu durum anlaşılır.⁵⁵

AİHM daha sonra yeni bir ölçüt geliştirmiştir; “etkinliklerin niteliği” (nature of the activities involved) kriteri. AİHM şöyle demektedir, “Takdir yetkisinin kapsamını yalnızca sınırlama amacının niteliği etkiler. Bu dava özel yaşamın en mahrem yönünü ilgilendirmektedir. O nedenle kamu makamlarının müdahalesinin 8/2 maddesinin amaçları bakımından yasal olabilmesi için son derece ciddi nedenlerin bulunması gerekir”.

1. AİHM’nin **Sunday Times/Birleşik Krallık** kararında (1979)⁵⁶ ifade özgürlüğü ve Devletin takdir yetkisi konusundaki içtihadı önem taşır. Sunday Times/İngiltere (1979) davası şudur; 1960’lı yıllarda İngiltere’de hamile kadınlara verilen bir ilaç çocukların sakat doğmasına neden olmuş, imalatçı şirket aleyhine dava açılmış, bu arada Sunday Times, makaleler yayımlamıştır. *Mahkeme yayını durdurma kararı vermiş*, karar kesinleşmiş, Sunday Times, AİHM’e başvurmuş, AİHM davayı kabul etmiştir. AİHM kararında, hükümetin belirli (certain) takdir hakkı olmakla birlikte bunu denetleme hakkının bulunduğunu belirtmiş, *devletlerin takdir yetkisinin sınırlı olduğuna karar vermiş*, ama sözkonusu olan ifade özgürlüğü ise bunun daha dar ve sınırlı olduğunu belirtmiştir.

2. AİHM, Handyside kararında dayandığı “**makul (reasonable) ve iyi niyetli davranmak**” ölçütüne değinmiş ve bunu AİHM’nin denetleyeceğini söylemiştir.

3. **Sosyalist Parti/Türkiye** (1998) kararında, (AİHS, 11/2)⁵⁷, AİHM denetiminin, akit ülkenin yasalarını ve yargı kararlarını kapsadığını belirtmiştir.

4. **Sürek/Türkiye** (1999) kararında (AİHS, 10. md)⁵⁸ AİHM, ifade özgürlüğünün cebir ve şiddete teşvik etmemekle sınırlı olduğunu belirtmiştir.

⁵⁵ Dudgeon Kuzey İrlanda’da yaşayan bir eşcinseldir. Eşcinsellik kanunen suçtu. Talebi, 8. maddede gereğince yürürlükteki yasanın ve tutuklama tehdidinin kaldırılmasıydı. AİHM talebi kabul etmiş, Devlete dar bir takdir yetkisi tanımıştır.

⁵⁶ AİHM, devletin takdir hakkı olmakla birlikte bu takdir yetkisinin sınırlı olduğuna karar vermiştir; *Sunday Times/ United Kingdom* kararı için bk. 26.04. 1979, Seri A, No. 30, Doğru, 163-192.

⁵⁷ *Case of Socialist Party and Others* (25 May 1998), 20/1997/804/1007 için bk. www.geocities.com/vbicak/socialist.htm

⁵⁸ *Sürek/Türkiye* kararı (1999) için bk. www.geocities.com/vbicak/surek.htm

SONUÇ

İfade özgürlüğüne Devletin müdahalesi belli kriterlerle mümkün olabilir. AİHM, kendisine gelen davalara uygulamak üzere, 50 yıldır oluşturduğu içtihatlarla bazı ölçütler belirlemiştir. Buna göre, müdahale kanunla düzenlenmiş olmalı, meşru amaçlardan birisi için yapılmış olmalı, demokratik toplumda gerekli olmalı ve kullanılan araç müdahalenin amacıyla “orantılı” olmalıdır. Akit devletler bu kıstaslara uymadığında AİHM ihlal kararı verebilmektedir. AİHM’e gelen başvurularda sözleşmecı devletler özellikle orantılı olma kriterine uymamaktadırlar. Orantılılık ölçütünde akit devletler, söz konusu temel hakka mümkün olduğunca az kısıtlama getirmeli, mevzuatı belirlenen amaçları gerçekleştirmek için dikkatli bir şekilde hazırlamış olmalı, kanun hakkaniyete aykırı olmamalı ve temelsiz düşüncelere dayanmamalıdır.

Orantılılık ölçütünün denetiminde ve bu belirtilen hususların belirlenmesinde sınırlamaya ilişkin gerekli ve **yeterli sebepler** verilmiş olmalı, daha **az sınırlayıcı** bir önlemin mevcut olup-olmadığı araştırılmalı, karar verilirken yöntem bakımından **adil bir süreç** izlenmiş olmalı, kötüye kullanmaya karşı koruyucu önlemler alınmalı ve müdahale **hakın özünü** zedelememelidir.⁵⁹ AİHM, ihlal iddialarını incelerken belirtilen kriterleri uygulamaktadır. ⁶⁰ AİHM, bir kararında AİHS’ni “Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı” olarak nitelemiştir.⁶¹ AİHM, akit devletin, AİHS’ndeki bir hak ve özgürlüğe müdahalesinin gerekli olup-olmadığına karar verebilmesi için araç-amaç orantısını aramaktadır. Aynı amacı elde etmek için daha az sınırlayıcı alternatif bir hak ve özgürlük varsa veya müdahale ile bu amaç elde edilemezse AİHM, AİHS’nin ihlal edilmiş olduğuna karar vermektedir. 1982 Anayasasının 13 üncü, 14 üncü ve 15 inci maddelerinin değişikliklerinde özellikle AİHS ile uyum sağlanmasına büyük çaba gösterildiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi anayasaya uygunluk denetiminde AİHS’ni destek ölçü norm olarak uygulamaktadır.

AİHS’nin 10. maddesinin 2. paragrafı akit devletlerin organlarına (yasama ve yargı organlarına) takdir hakkı tanımakta ise de, takdir yetkisi sınırsız de-

⁵⁹ Ayrıntı için bkz. Fendoğlu, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Anayasa’nın 13.Maddesi)”, Anayasa Mahkemesi tarafından 26-27 Nisan 2002 tarihinde Antalya’da düzenlenen *Anayasa Mahkemesi’nin 40.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları”* isimli Sempozyum’da bildiri olarak sunulmuştur.

⁶⁰ AİHM’nin kullandığı ölçülülük kriterine örnekler için bkz. Sunay, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara, 2001, s. 101; Metin, *Ölçülülük İlkesi*, s. 92 vd.

⁶¹ *Human Rights Law Journal* (HRLJ) 1990, 113.

ğildir. Akit devletlerin takdir yetkisini AİHM denetlemektedir. Bu bağlamda AİHM'nin Handyside/İngiltere (1976) kararı bir ifade özgürlüğü davasıdır (md. 10).⁶² Takdir yetkisi kavramı, AİHM'nin elinde etkili ve esnek bir silah olup, karşılıklı iddia ve çıkarları değerlendirme ve dengeleme tekniği olarak kullanılmaktadır. AİHM'nin amacı devletin yasaları ile uygulaması arasında uyum sağlamaktır. AİHM'nin ölçütü olayın özelliklerine, Avrupa mutabakatına ve zamana göre değişebilmektedir.

♦ ♦ ♦ ♦

KAYNAKÇA

Bakırcı, Kadriye: “1961 ve 1982 Anayasalarında ve 2007 Tarihli Anayasa Önerisinde Sosyal Haklar, Yılmaz Aliefendioğluna Armağan, ss. 357-378.

Emanuel, Steven L.: *Constitutional Law*, Twenty-Ninth Edition, Wolters Kluwer, USA, 2011.

Fendoğlu, Hasan Tahsin: “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması (Anayasa'nın 13.Maddesi)”, Anayasa Mahkemesi tarafından 26-27 Nisan 2002 tarihinde Antalya'da düzenlenen *Anayasa Mahkemesi'nin 40.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları”* isimli Sempozyum'da bildiri olarak sunulmuştur.

Fendoğlu, Hasan Tahsin: *Constitution and Human Rights*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, Malatya, 2013.

Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük, Şeref: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1994. *Human Rights Law Journal* (HRLJ) 1990.

İnceoğlu, Sibel: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010.

Anayasa Mahkemesi: İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları,

⁶² Handyside/ United Kingdom davası çocuklar için yazılmış olan bir kitabın müstehcen bulunduğu için yasaklanması davasıdır. *Handyside/ United Kingdom* kararı için bk. 07.12.1976; Seri A, No. 24, Doğru, s. 55-73. Müstehcenlik (obscenity) için bkz. *Memoirs v. Massachusetts* (383 U.S. 413 (1966)); *Redrup v. New York*, 3836, U.S. 767 (1967); *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968). Child pornografi için bkz. *Redlich, Attanasio, Goldstein, Understanding Constitutional Law*, s. 681 dn. 284; Ervin Chemerinsky, *Constitutional Law*, 2011, s. 974, 1054 vd., 1064 vd. Child Pornography Prevention Act of 1996 için bkz. Ervin Chemerinsky, *Constitutional Law*, 2011, s. 1057.

Ankara, 1997, Anayasa Mahkemesi Yayını, No. 35.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Gözden Geçirilmiş ve Sadeleştirilmiş 10. Baskı, Legal, İstanbul 2015.

Şahin, Kemal: İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, *Gereçekleri ve Sınırları*, XII Levha, 2009, İstanbul.

Lucas Prakke and Constantijn Kortmann (Editors): *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, Deventer, 2004.

Metin, Yüksel: Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir *Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, ss.1+263.

Norman Redlich, John Attanasio, Joel K. Goldstein: *Understanding Constitutional Law*, Third Edition, New York, 2004, Publishing of LexisNexis).

Selçuk, Sami: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması”, ss 399-428.

Sunay, Reyhan: *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasası’nda İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara, 2001.

Türmen, Rıza: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, *Yargıtay Dergisi*, C. 28, Ocak-Nisan 2002, Sy. 1-2, 192-213. *Türk Anayasa Metinleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, 2 nci Baskı.

Zengin, M. Ali: “AİHM’nin Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye kararının Değerlendirilmesi”, *SÜHFD*, 2011, Cilt, 19, Sy. 2.

www.tbmm.gov.tr

www.echr.coe.int

