

AİHS Sisteminde İfade Özgürlüğü

Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu
Akademisyen

AİHM, 2003 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan HADEP tarafından açılan davada, kapatma kararıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin örgütlenme özgürlüğünü güvence altına alan 11'inci maddesinin ihlal edildiğine hükmetti. Konuyu irdelemeden önce AİHS sisteminde ifade özgürlüğü üzerinde durmak gerekmektedir. Daha sonra HADEP dosyası üzerinde durmak istiyoruz.

İfade özgürlüğü uluslar arası hukukta esas olarak, AİHS'nin 10'ncü maddesi ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (İHEB) 19'ncü maddesinde düzenlenmiştir. 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. Medyanın 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 edilmemek, 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 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.”*

AİHS sisteminde sınırlama 10/2 maddesinde belirtmişken, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, bu kapsamı, 19'ncü 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, ırki ya da dini nefretin 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 için, kamu güvenliği için, kamunun sağlığı ve ahlakı için, başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi için veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için) yapılmış olmalıdır.
3. **Demokratik toplumda gerekli** olmalıdır. Yani müdahale acil bir sosyal gereksinime yanıt vermeli veya geçerli bir sebebe dayanmalıdır.
4. **Kullanılan araç müdahalenin amacıyla “orantılı”** olmalıdır.

Orantılılık ölçütünde şu konular önemlidir: Müdahale söz konusu temel hakka mümkün olduğunca **az kısıtlama** getirmeli; belirlenen amaçları gerçekleştirmek için **dikkatli** bir şekilde hazırlanmış olmalı; **hakkaniyete** aykırı olmamalı ve **temelsiz düşüncelere** dayanmamalıdır.

Orantılılık ölçütünün denetiminde bu hususların belirlenmesinde şu soruların yanıtı aranmalıdır: Sınırlamaya ilişkin gerekli ve **yeterli sebepler** verilmiş midir? Daha **az sınırlayıcı** bir önlem mevcut mudur? Karar verilirken yöntem bakımından **adil bir süreç** izlenmiş midir? Kötüye kullanmaya karşı koruyucu önlemler bulunuyor mu? Müdahale **hakkın özünü** zedeliyor mu?^[1] AİHM, ihlal iddialarını incelerken bu kriterleri uygulamaktadır.

Bu kriterlerin uygulandığı AİHM kararlarına örnekler verilebilir. Lakin bu yazıda yer darlığı nedeniyle veremediğimiz ifade özgürlüğü ile AİHM içtihatlarından şu sonuçların çıkarılması mümkündür;

- **1. Yargı konusundaki içtihatlar.** Yargı mensupları da eleştirilebilir. Yargı organlarınca ele alınan olaylara basın yer verebilir. Hâkimlere hakaret edilemez. Ceza mahkemesinin yanlış yönlendirilmesine izin verilemez.
- **2. Gizli dokümanlar konusundaki içtihatlar.** İzinsiz sahip olunan devlet dokümanları yayınlanabilir. Gizli resmi rapor yayınlanabilir. Gizli servis kayıtlarına ulaşım engellenebilir. Önemsiz de olsa gizli bilgiler açıklanamaz.
- **3. Medya konusundaki içtihatlar.** Gazeteci haber kaynağını açıklamak zorunda bırakılmaz. 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.
- **6. Politikacılar konusundaki içtihatlar.** Politikacılar daha fazla eleştirilebilir. Milletvekilleri daha fazla ifade özgürlüğüne sahiptir. Hükümet daha fazla eleştirilebilir. Devletin mevcut düzeni sorgulanabilir. Politik konularda ifade özgürlüğü daha geniştir
- **7. Askeri konulardaki içtihatlar.** Subaya hakaret orduya hakaret sayılmaz. 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. Terör örgütünü destekleyen açıklama yapılamaz.

- **10. Genel içtihatlar.** 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 önemlidir. İfadenin nasıl açıklandığı önemlidir. Olayları farklı perspektiften öğrenme hakkı vardır. Kamuya mal olmuş kişiler hakkında yayın yapılabilir. Dernekler de 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 engellenmez.

1982 Anayasası'nın 25'nci maddesinde düşünce ve kanaat özgürlüğü, 26'ncı maddesinde ifade özgürlüğü (AİHS'nin 10'ncü maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye benzer); 28'nci maddesinde basın özgürlüğü ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle 7 Mayıs 2004 tarihinde değiştirilen Anayasa'nın 90'ncü maddesi ile AİHM kararlarının uygulamada göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Yapılan değişikliklere rağmen, ifade özgürlüğü konusunda mevcut Anayasanın evrensel hukuka ve AİHS sistemine yeterince uyduğu söylenemez, ifade özgürlüğü yeni anayasada düzenlenmelidir. Bununla birlikte sadece yeni Anayasa yapımının sorunu çözemeyeceği, uygulamanın da önemli olduğu kuşkusuzdur.

[1] Detay için bk. H. T. 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.

Alıntı (İktibas) Konusunda Açıklamalar

Bu çalışmadan yapılacak alıntılarda (iktibaslarda) 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35'inci maddesinde öngörülen şu şartlara uyulmalıdır: (1) İktibas, bir eserin “*bazı cümle ve fıkralarının*” bir başka esere alınmasıyla sınırlı olmalıdır (m.35/1). (2) İktibas, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla yapılmalıdır (m.35/3). (3) İktibas, belli olacak şekilde yapılmalıdır (m.35/5) [Bilimsel yazma kurallarına göre, aynen iktibasların tırnak içinde verilmesi ve iktibasın üç satırdan uzun olması durumunda iktibas edilen satırların girintili paragraf olarak dizilmesi gerekmektedir]. (4) İktibas ister aynen, ister mealen olsun, eserin ve eser sahibinin adı belirtilerek iktibasın kaynağı gösterilmelidir (m.35/5). (5) İktibas edilen kısmın alındığı yer belirtilmelidir (m.35/5).

Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 18 Şubat 1981 tarih ve E.1980/1, K.1981/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre kararına göre, “iktibas hususunda kullanılan eser sahibinin ve eserinin adı belirtilse bile eser sahibi, haksız rekabet hükümlerine dayanarak Borçlar Kanununun 49. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat isteyebilir”. Bu sayfaya izin almadan link verilebilir.Ancak,bu web sayfası,önceden izin alınmaksızın ne suretle olursa olsun,kopyalanamaz,çoğaltılamaz,tekrar yayınlanamaz,dağıtılamaz,başka intent sitelerine metin olarak konulamaz.

Yukarıdaki şartlara uygun olarak alıntı yapılırken bu çalışmaya şu şekilde atıf yapılması önerilir:

FENDOĞLU,HasanTahsin,“ **AİHS Sisteminde İfade Özgürlüğü**” (27.12.2010)
<http://www.hasantahsinfendoglu.com/> / <http://www.sde.org.tr/>