

DÜŞÜNCELERİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ ALANINDA GELDİĞİMİZ NOKTA

Prof. Dr. Burhan Kuzu*

I- Düşünceleri Açıklama Özgürlüğünün Kapsamı ve Önemi

"İfade özgürlüğü anayasal demokrasinin temel taşlarından biridir. En geniş anlamda ifade özgürlüğü bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması demektir. Bundan da anlaşılabilir gibi, birer özgürlük kullanma biçimi olarak korunması gereken pek çok ifade ve izhar biçimi vardır. Bu geniş anlamında ifade özgürlüğü sözlü ve yazılı anlatım, sanatsal gösterim, kişisel görünüm ve görüntü tercihi, gösteri, yürüyüş, toplantı yapma ve örgütlenme gibi özgürlüklerin hepsini içine alır. Örnekleme gerekirse, sadece kitap, makale, deneme, roman ve hikaye yazmak ve yayınlamak değil; fakat aynı zamanda bir resim veya heykel yapmak, bir oyun sahnelemek, belli bir kıyafeti giymek, bir gösteri yürüyüşüne veya bir toplantıya katılmak, bir dernek veya topluluk kurmak da kişisel veya toplu ifade biçimleridir."¹

İfade özgürlüğünün neden tanınması gerektiği hususunda şu gerekçeler ileri sürülmektedir. Bir defa, genel kabul gören bir düşünceye göre, bu özgürlük demokrasinin "olmazsa olmaz" şartıdır. Çünkü, ifade özgürlüğü, toplumda kanaat oluşumunun ve kamusal tartışmanın varlığını mümkün kılar; bu ise, demokrasinin hedeflerinin gerçekleşmesi bakımından vaz-

*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

1) **ERDOĞAN M.**, Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif, Liberal Düşünce (Dergisi), Yıl: 6, sy. 24, Güz 2001, s. 8.

geçilmezdir. Ayrıca, ifade özgürlüğü, bireyin gelişimine hizmet eder. Denilebilir ki, Özgür ve Özerk kişilik özgür ifadeyle devam edebilir. Bu noktadan hareketle, kişinin paternalist himayeciliğe ihtiyacı olduğunu varsaymak onun sadece iradesine ve tercih özgürlüğüne değil, aynı zamanda insan olarak onuruna ve kişiliğine saygısızlık etmek olduğu sonucuna varabiliriz. Düşünceleri açıklama özgürlüğünün önemini vurgularken bir başka gerekçe de şudur: Her türlü fikrin serbestçe yayılması hakikatin galip gelmesiyle sonuçlanacaktır. Her türlü fikir serbest piyasada bir biriyle yarışmaktadır ki, "gerçek" ortaya çıksın. Şayet bu rekabete izin verilirse doğru fikirler eninde sonunda galip gelecektir. Öte yandan, faydacı bir açıdan bakıldığında bile düşünce özgürlüğü gerekmektedir. Zira, bir fikri yasaklamakla, onu akılcı yoldan eleştirme ve yanlışlığını ortaya çıkarma fırsatlarını da büyük ölçüde ortadan kaldırmış yani yasaklanan fikir bir avantaj sağlamış olacaktır. Nitekim, gerçek hayattan da bildiğimiz gibi, yasaklamak çoğu kez, sağlam olmayan görüşlere ve onların sahiplerine haksız bir çekicilik ve kısmen itibar da sağlamaktadır. Nihayet, fikirlerin ifadesini yasaklamak, pratik olarak da işe yaramamaktadır. Çünkü bütün görülenlerin doğruladığı gibi yasaklanan görüşler ortadan kalkmamakta aksine kendini ifade edecek başka yollar bulunmaktadır. Bu yolların en sık görüleni ve en tehlikelisi barışçı olmayan ifade biçimlerine yönelmeleridir².

Tüm bu tatminkâr gerekçeler gösteriyor ki, düşünceleri açıklama özgürlüğünün tanınması toplumsal yaşamda zorunludur.

Durum böyle olmakla beraber, düşünceleri açıklama özgürlüğünün tanımamaktan yana ileri sürülen görüşler de mevcuttur. İlk bakışta makul faydalı gibi gözükse fakat neticede hem araştırma özgürlüğünü hem de genel olarak gelişmeyi tehdit eden başlıca iki görüş vardır. Bu görüşlerden biri "fundamentalizmin yasaklanması" diğeri "insaniyetçilik"tir. Fundamentalizm kelimesi, bilinen nedenlerle, ilk anda dini bir çağrışım yapmaktadır. Oysa fundamentalizm özünde bir düşünüş

2) İbid., s. 9-11.

tarzını ifade eder. Bu bakımdan dünya görüşüne sahip olanlarda pekala fundamentalist olabilirler. Kabul etmek gerekir ki, bu tür fundamentalizm dini olanından daha az tehlikeli değildir. Hatta bu ikincisi kendisini özgürlükçü gösterdiğinden ve herkes tarafından hemen sezilemediği için daha da tehlikeli olabilmektedir. Fundamentalist anlayışta düşünceler "doğru" olan ve "yanlış" olanlar diye kategorize edilir; "yanlış" düşünce sahipleri toplumsal ve siyasal süreçlerden dışlanır, hatta "gerekirse" saf dışı edilirler. Aslında, yanlış inancın suç olduğu yönündeki totaliteryen düşünce modern bir şey de değildir. Bundan dolayı, bir sosyal ilke olarak benimsenmesi halinde fundamentalizm totaliteryenizme yol açar. "İnsaniyetçi" yaklaşımla düşüncelerin açıklanmasının yasaklanması gerektiği görüşünün dayandığı temel gerekçe şudur: "Hiç kimseyi incitmemeli, rencide etmemeliyiz; acıya neden olmamalı ve acıya neden olunmasına izin vermemeliyiz. Kelimeler veya fikirlerle dahi olsa başkalarını incitmeye hakkımız yoktur. Bu nedenle, insanlara acı veren, onları inciten inanç ve görüşleri (ırkçılık, antisemitizm, din karşıtlığı, cinsiyetçilik ve cinsiyetçi önyargılar vb.) ayıklayan bir sosyal sistem kurmamız gerekiyor.

Ne var ki, bütün iyiniyetli görünümüne rağmen, bu ilke de gerçekte entellektüel özgürlüğü, eleştiriyi ve barışçı bir şekilde bilginin aranması çabasını öldürücüdür. Zevk için veya eğlence olsun diye insanları kırmak, incitmek elbette yanlıştır; ama özgür bilgi arayışında pek çok kimsenin incinmesi kaçınılmazdır. Tarih bize, insanlık için çoğu önemli bilgilerin başlangıçta birçok kişi, grup veya topluluğu inciten birer ifade/önerme olarak ortaya çıkmış olduklarını göstermektedir. Bu anlayışın ciddi bir sakıncası da "doğruyu siyasi otoritenin kararlaştırması gerektiği" şeklindeki tehlikeli düşüncenin yolunu açmasıdır. Çünkü, "incitici, saldırgan, tahkir ve tezyif edici" ifadeleri böyle olmayanlardan ayırmayı siyasi otoriteye bırakmak keyfiliğe büyük bir kapı açmaktır. Aslında, böyle addedilen görüşler çoğu zaman belli bir tarihsel ve toplumsal konjonktürde popüler olmayan görüşlerden başka bir şey değildir; en azından böyle olmadığının bir garantisi yoktur. Bunun en büyük tehlikesi insanların "yanlış" veya "tehlikeli" inanç veya kanaatlerinden dolayı cezalandırılması gerektiği düşüncesine -bir anlamda, Orta

Çağ engizisyonunun diriltilmesine- götürme potansiyeli taşımasıdır. Bütün bu mülahazalardan sonra, ifade özgürlüğünün sınırları konusunda doğru bir görüşe varabilmek için, şu istifhamı ciddiye almalıyız: İncitici, yaralayıcı, saldırgan veya zalimce görüşlerin bastırılması gerektiğini söylerken gerçekte "Benim hoşlanmadığım veya nefret ettiğim görüşler susturulmalıdır" demek istiyor olmayalım!...³.

Düşünceleri açıklama hürriyeti bizce hürriyetlerin anasını oluşturmaktadır. 1982 Anayasası, hıristiyanlık tarihi içinde mezhep kavgalarının getirdiği engizisyon anlayışında temelini bulan ikili ayrımı benimsemiş olan 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin etkisinde kalarak, "ifade hürriyetini", "düşünce" ve "düşünceleri açıklama hürriyeti" şeklinde iki madde halinde ele almıştır. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkememizin geliştirdiği "insanın içinde kalan" ve "dışarı çıkan" düşünce ayrımı⁴ bu tür bir iki düzenlemede etkili olmuş; sadece içte kalan düşünceye dokunulmayacağı hükme bağlanmıştır (md. 25).

Halbuki, düşünce hürriyeti özü itibariyle sınırlanabilir niteliğe sahip değildir⁵. Çünkü insanın kafasından geçen şeyleri bilmek ve buna sınır tanımak mümkün değildir. Şu halde, asıl sorun düşünceleri açıklama konusunda kendisini göstermektedir. İnsanın düşüncesi kafasında kalsın, dışarı çıkmasın denilirse, o zaman insan "Nasreddin Hoca'nın düşünen, fakat konuşmayan hindisi" durumuna düşmüş olur⁶.

3) İbid., s. 12-13.

4) Bkz. E., 1963/17, K. 1963/84, Kt. 8.4.1963, R.G. 17.7.1963-11456; E. 1963/16, K. 1963/83, Kt. 8.4.1963, R.G. 9.7.1963-11449, Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımının yerinde olduğu hususunda bkz. **DÖNMEZER, S.**, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırları, Hürriyetin Özüne Dokunan Sınırlamalar, İHFM, C. XXXIX, s. 3.

5) **İLÂL, E.**, Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yiğinsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları, Anayasa Yargısı, sy. 3, Ankara 1987, s. 68 vd. Aksi görüş için bkz., **AKSOY, M.**, "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", Türkiye'de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968), Ankara 1970, s. 151.

6) **SOYSAL, M.**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1987, s. 215.

Belirtelim ki, düşünceleri açıklama hürriyeti, bu düşünceleri yayma hürriyetini de içerir. Anayasa, "herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir" diyor (md. 26). Toplu olarak düşüncelerini açıklayabilen insanlar aynı düşüncelerini, örneğin bir siyasî parti kurarak açıklamak ve bunu uygulama safhasına geçirebilme imkanına sahip olmalıdır⁷. Şu halde, düşüncelerin açıklanması ve yayılması tek tek olabileceği gibi toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, dernek ve siyasî parti faaliyetlerinde olduğu gibi, toplu halde de olabilmektedir.

Bu yollarla düşüncelerimizi açıklayabilmek için evvela düşüncenin oluşması gerekmektedir. Bunun için de "bilgi alma" hakkının tanınması şarttır; buna "enformasyon özgürlüğü" denilmektedir. Bu özgürlük haber alma, bilgi toplama ve bunları isteme gibi iki temel unsura sahiptir⁸. Enformasyon özgürlüğü, söz, yazı, ses, görüntü gibi haber alma yollarının ülke sınırları gözönüne alınmaksızın serbestçe dolaşmasına ve herkese serbestçe ulaşma imkanının verilmesini gerekli kılmaktadır⁹. Bu nedenle denilmiştir ki, "haberleşme dokunulmazlığının veya gizliliğinin ihlâli, düşünce hürriyetine sıkı sıkıya bağlıdır"¹⁰.

Görülüyor ki, bir çok hürriyetin kullanılmasında ve uygulamaya yansımada düşünceleri açıklama hürriyeti önemli bir fonksiyon görmektedir. Bu hürriyet genelde tüm hak ve hürriyetler için "eksen" özelliği gördüğünden, hürriyetlerin büyük bir kesimi için "besleyici" bir nitelik taşımaktadır. Hatta

-
- 7) Bu konuda bkz., **KABOĞLU, İ.Ö.**, "İfade Özgürlüğünün Siyasî Partilerce Kullanımının Sınırları", Anayasa Yargısı, 37. Kuruluş Yıldönümü, Ankara 1999, s. 71-92; **TEZCAN, D.**, "Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasî Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ortaya Koyduğu Eğilim", Anayasa Yargısı, 37. Kuruluş Yıldönümü, Ankara 1999, s. 130-141.
- 8) **KABOĞLU, İ.Ö.**, Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1994, s. 190.
- 9) İbid., Ayrıca bk. **SUDRE, F.**, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, PUF, 1990, s. 108 vd.
- 10) **TİKVEŞ, Ö.**, Haberleşme Hürriyetinin Genel Prensipleri Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri, Yıl: 1, 1968, sy. 2, s. 86; **TANÖR, B.**, a.g.e., s. 25.

denilebilir ki, bu özgürlük demokratik bir sistemin önşartıdır¹¹. Şu halde, düşünceleri açıklama hürriyetine konulacak sınırlamalar, diğer bir çok hak ve hürriyeti de dolaylı yoldan sınırlandırılmış olur. Kısacası, bu hürriyetin diğerleri arasında "imtiyazlı bir konumu" bulunduğunu söylemek hiç de abartma sayılmaz¹². Doktrinde, bu hürriyet kimi yazarlarca bütün kişi hak ve hürriyetlerinin "kökü, tohumu, çekirdeği"¹³ olarak nitelendirilmiştir. Öyle ki, bu hürriyet, insana insan olarak şerefini kazandıran ve bu özelliği ile de "hürriyetlerin en kutsalı" biçiminde değerlendirilmiştir¹⁴.

Düşünceleri açıklama hürriyetinin bu özelliği özellikle 1937'den sonra, ABD'de Federal Yüksek Mahkeme tarafından, vurgulanmış ve bu hürriyetin, diğer bütün hürriyetlerin vazgeçilmez olduğu, adeta bir "kaynak hürriyet" niteliği taşıdığı, neredeyse tüm siyasi sistemin bu hürriyet üzerine kurulduğunu belirtmiştir. Benzer yaklaşım Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarında da mevcuttur¹⁵.

Gerçekten, herhangi bir özgürlüğün, bazı sınırlamalara tabi tutulması ile, düşünceleri açıklama hürriyetinin kayıtlanmasının toplum hayatındaki olumsuz etki ve sonuçları aynı kapsam ve nitelikte olmaz. Düşünce açıklama özgürlüğü, bütün insan hakları içinde, insanın bedeni üzerindeki hakkından sonra genellikle en çok öneme sahip olanıdır. Bu hürriyetin bulunmadığı yerde, sadece gerçek bir demokrasinin değil, aynı zamanda her türlü ilerlemenin toplumun ve kişilerin maddi ve manevi alanda gelişme imkanının ortadan kalkacağını ileri sürmek mümkündür¹⁶. Bu noktadan hareket edilerek denile-

-
- 11) **KABOĞLU, İ.Ö.**, Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye), İnsan Hakları Yılığ, c. 15, 1993, Ankara 1994, s. 46.
- 12) **TANÖR, B.**, Siyasî Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası (Doktora Tezi), İstanbul 1969, s. 16.
- 13) **SARICA, R.**, "Hürriyetler Adına Hürriyetlere Karşı" Cumhuriyet, 20.3.1967.
- 14) **KUBALI, H.N.**, "Uçuruma Giden Yol", Cumhuriyet 15.3.1967.
- 15) **TANÖR, B.**, a.g.e., s. 16.
- 16) **ALACAKAPTAN, U.**, Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü, "Türkiye İnsan Hakları" (Seminer), Ankara 1970, s. 126-127.

bilir ki, vatandaş, devlet yönetimi konusunda ne kadar bilgisiz ve tecrübesiz olursa olsun, düşüncelerin serbestçe yayılması ve savunulması sağlandığı takdirde, seçmen, sonunda hem kendisinin, hem de toplumun yararına olan program ve sistemi tercih eder; bu sebeple de, devleti yönetecek en yetkili organların, çeşitli siyasi görüşler arasında serbestçe tercih imkânına sahip olan vatandaşlar tarafından seçilmesi en isabetli yoldur. Herhangi bir ülkede demokrasi ve gerçek seçim, ancak o memlekette bulunan ve fiilen tanınan düşünce özgürlüğünün kapsamı kadar mevcuttur¹⁷.

Düşünce özgürlüğü, ülkemiz açısından gelişmiş ülkelere nazaran bir başka önem taşımaktadır. Gelişmiş memleketler bakımından ileri durumu korumak ve daha da ilerleyebilmek için gerekli olan düşünce özgürlüğü, ülkemiz gibi gelişmekte olan devletlerde, içinde buldukları ve bir an önce kurtulmaları zorunlu olan bozuk durumu değiştirmeye, devleti ve toplumu tehdit eden büyük tehlikeleri gidermeye hizmet edici fonksiyonundan ötürü çok daha büyük bir önem taşımaktadır¹⁸.

Bu teorik tesbit bazı pozitif düzenlemelere ve mahkeme kararlarına da yansımıştır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Hukuku, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK-AGİT), "çoğulculuk", kavramını demokratik toplum düzeninin kurucu, vazgeçilmez esaslarından saymıştır. Keza, 1990 tarihli Kopenhag Belgesinde¹⁹ haklar kataloğunun başında yer alan şu dört hak ve hürriyet "üstün korumadan" yararlandırılmıştır: İfade Hürriyeti, toplantı ve gösteri düzenleme hakkı, dernek hakkı, düşünce ve inanç hürriyeti". Bunun anlamı, sayılan bu hak ve hürriyetlere kanunlarla getirilecek sınırlamaların, insan hakları konusunda genel kabul gören normlarla uyumlu olmasıdır²⁰.

17) İbid., s. 127.

18) İbid., s. 128.

19) İbid., s. 128.

20) Belgenin metni için bkz., **GÜNDÜZ A.**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler 2. Baskı, İstanbul 1994, s. 572.

Öteyandan, plüralizmin vazgeçilmezliği, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesini düşünceleri açıklama hürriyetini "üstün korumadan yararlandırma" düşüncesine götürmüştür. Nitekim, 7 Aralık 1976'da verdiği Handysde kararında düşüncelerini açıklama hürriyeti demokratik bir toplumun zorunlu dayanaklarından biri olarak görülmüştür²¹. Aynı kararında, bu hürriyetin sadece genel kabul gören görüşler için değil, toplumun belli bir kesitini sarsan ya da rahatsız eden haber yada düşünceler için gerekli olduğunu belirtmiştir. Öyle ki, günümüzde bir ülkede mevcut olan demokrasi derecesinin haber alma ve haber verme hürriyetlerine tanınan korumalar ile ölçüldüğü ileri sürülmektedir. Enformasyon hakkı olarak nitelendirdiğimiz bu hak, ifade ve basın hürriyeti ile gerçekleşmesi mümkün olan bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Divanı, 8 Temmuz 1986 ve 12 Aralık 1986 tarihli kararlarında, bu şekilde oluşan tüm bireysel kanaat ve toplu düşünceler karşısında Devletin tarafsız kalması gerektiğini belirtmiştir²². Benzer bir görüş Amerikan Federal Mahkemesi kararlarında da mevcuttur²³.

Düşünmek ve düşünce üretmek insanın özünü oluşturan, insanı insan kılan bir faaliyettir. Düşünmekle insanın varoluşu arasındaki ilişkiyi Descartes "düşünüyorum o halde varım" sözüyle açıklamıştır. Aristoteles'e göre, insanı diğer mahluklardan ayırt eden özelliği onun düşünce ve düşüncenin ifadesi olan dil gücüne sahip olmasıdır. Bu niteliklerinden dolayı ifade hürriyeti kişinin saygınlığını gerçekleştiren bir hürriyet olarak önem kazanmaktadır.

Düşünceleri açıklama hürriyeti sadece birey açısından değil, farklı ve yeni fikirlerin yayılmasını sağlamakla toplum açısından da büyük önem taşımaktadır. Çünkü yeni fikir ve talep-

21) **ÇAĞLAR, B.**, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu Üzerine Not", İstanbul Barosu Dergisi, c. 65 sy. 4-5-6, 1991, Nisan-Mayıs-Haziran, s. 423; **GÖLCÜKLÜ, F.**, Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları Yılığ, Yıl: 2, 1980, s. 41-76.

22) **KABOĞLU, İ. Ö.**, a.g.e, s. 191.

23) **RIGAUX, F.**, La liberté d'Expression Son Etendue et Ses Limites, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1993, Janvier, No: 13, s. 8.

lerin ifadesi mevcut sistem içindeki kusurların ortaya çıkarılmasında önemli bir faktördür. Bu sayede yanlışların ayıklanması, çözüm getirmediğine inanılan fikirlerin ve yöntemlerin değiştirilmesi mümkün olabilecek, herşeyden önemlisi istikrarlı bir toplum hayatının kurulması temin edilebilecektir. Denilebilir ki, güvenli ve huzurlu bir toplum hayatının karşı fikirlerin susturulması ile değil, açık tartışma imkanlarının sağlanması ile gerçekleştirilebilir. Nitekim, Milton "bütün öteki hürriyetlerden önce, bana öğrenme, söyleme ve tartışma hürriyetini verin" derken bu gerçeği ifade ediyordu. Mill ise, "susturulmaya çalışılan fikrin yanlış bir fikir olduğundan hiçbir zaman emin olunamaz. Emin olunsa bile onu susturmak hem şimdiki nesle hem de gelecek nesillere karşı en büyük kötülük olacaktır" der.

Gerçekten de, bir fikrin susturulmasının yol açacağı en büyük kötülük şüphesiz toplumsal barışın bozulmasıdır. Düşünceler serbestçe ifade edildiği zaman, dogmalar kırılır, öfkeler giderilir ve diyalog sağlanmış olur. Fakat baskı ve kısıtlama sözkonusu olduğunda o fikirler yer altına itilir ve toplumsal barış tehlikeye girer. Bu nedenle Amerikan Başkanı, Roosevelt'in 1941 yılında Kongreye sunduğu ünlü mesajında, güvenliğin ve barışın sağlam temellere oturtulabilmesi için gerekli dört hürriyetten biri olarak konuşma ve ifade hürriyetine işaret etmesi son derece anlamlıdır. Şu halde, düşünceleri açıklama hürriyeti hem iyi bir yönetimin işareti hem de de iyi yönetimin sonucu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ancak bu kadar hayati ehemmiyetine rağmen düşünceleri açıklama hürriyeti de kendi niteliğinden kaynaklanan bazı sınırlamalara tâbi tutulabilir. Örneğin, suçların önlenmesi, başkalarının haysiyetinin, özel hayatlarının korunması, yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi gibi amaçlarla sınırlanabilir. Esasen, bu durumların bazıları hakaret suçunu teşkil edebileceği için zaten düşünce açıklaması sayılmaz²⁴.

Bilinmelidir ki, mutlak ve sınırsız bir hürriyet kavramı ya-

24) AKSOY, a.g.m., s. 151.

şayan bir devlet içinde yer alamaz; çünkü anarşik bir kavramdır²⁵. Bu durumda, devletin ve toplumun varolabilmesi için hürriyetleri sınırlamak kaçınılmaz bir zorunluluktur. Öyleki, bu zorunluluğu en geniş hürriyet anlayışına sahip devletler bile hissetmişlerdir²⁶. Bu durum en azından kamu düzenini sağlamak için gereklidir²⁷. Kişi hak ve hürriyetleri ile kamu düzeni arasında bir denge kurulması meselesi ilk etapta hürriyetleri kısıtlama işlemi gibi görünür ise de, aslında tam tersine hürriyetlerin dengeli bir şekilde kullanılmasını sağlamaya yönelik bir faaliyettir²⁸. Zira, hürriyetlerin düzenlenmesinin ve sınırlanmasının kişiler açısından önemi vardır. Bilinmelidir ki, sadece genel ilkeler halinde ilân edilen fakat sınırları belirtilmeyen hürriyetlerin kişiler açısından çok ya da fazla pratik bir değeri yoktur. Bu şekilde sınırlanmamış olan hürriyetler bir "hürriyetler vaadinden" başka bir şey değildir²⁹. Aslında, hürriyetin küçük bir azınlığın elinde imtiyaz olmaktan çıkarılıp, herkesin eşit olarak faydalanabileceği bir kamu hürriyeti niteliği kazanabilmesi için bile hürriyetin sınırlanması ve düzenlenmesi şarttır³⁰.

Acaba, bu sınırlama gerekçeleri düşünceleri açıklama hürriyeti alanında da geçerli midir? Bu alanda durumun farklı olduğu açıktır. Yukarıda işaret ettiğimiz gibi "düşüncenin açıklanması" hürriyeti demokratik rejimin "olmazsa olmaz" şartlarından biridir. Kaldı ki, bir fikrin "zararlı" veya "zararsız" olduğuna kim, nasıl ve hangi ölçülerle karar verecek? Yasak sınırı nasıl ve neye göre çizilecektir? Subjektif siyasi ölçülerle bir kısım fikirlerin yasaklanması yoluna gidilmesi halinde, rejimin demokratik olma niteliği ve iddiası sorgulanabilecektir³¹.

25) Bkz. E. 1963/16, K. 1963/83, Kt. 8.4.1963, AMKD., sy. 1, s. 159; E. 1963/17, K. 1963/84, Kt. 8.4.1963, AMKD, sy. 1, s. 173.

26) **KAPANI, M.**, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 217 vd.

27) **WALINE, M.**, l'Individualisme et le Droit, Paris 1949, s. 283.

28) **BARTHELMY, J.**, Précis de Droit Public, Paris 1937, s. 60.

29) **DUEZ, P.**, a.g.e., s. 127.

30) **WALINE, M.**, a.g.e., s. 383 vd.

31) **KAPANI, M.**, a.g.e., s. 236 vd.

Bu durumda, düşüncelerin açıklanması hürriyeti mutlak olarak sınırsız mıdır? Bu hürriyetin niteliği itibariyle pek sınırlandırmaya müsait olmadığı söylenebilir. Bu konuda genelde kabul edilen kriter, bir eylemin ilk aşamasını teşkil eden tahrik, teşvik ve kışkırtmalardır. Demek ki, muhataplarını doğrudan doğruya bir aksiyona davet eden ve iteleleyen tahrik, teşvikler rejim için bir tehlike oluşturabilir³². Denilebilir ki, düşüncelerin açıklanmasına tanınmış olan dokunulmazlık, toplum ve devlet için tehlikeli bir eylemi başlatacak nitelikte bir açıklama durumuna geldiği zaman bozulabilecektir³³. Böyle bir durumda sınırlamaya tâbi tutulan husus salt bir siyasi düşüncenin açıklanmasını aşan ve hukuk dışı bir eylemin oluşmasının ilk safhasını oluşturan fikrî açıklamalardır³⁴.

Eylem ile fikir açıklaması arasındaki bu ilginin varlığı nasıl anlaşılacak? Bu konuda Federal Yüksek Mahkemesinin kabul ettiği "açık ve yakın tehlike" kriteri ülkemizde bilim çevrelerinde de genelde kabul görmektedir. Bu kıstasa göre, kişinin ya da Devletin korunması bakımından, yasaklanmış eylemler varsa sınırlama ya da cezalandırma, ancak düşüncenin açıklanması ile bu eylem arasında "açık ve yakın" bir nedensellik bağının bulunabileceği durumlarda mümkündür³⁵. Fakat, burada dikkat edilecek olan husus, ileri sürülen düşünce ile onun meydana getirdiği eylem arasında doğrudan ve gerçek bir bağlantının var olmasıdır³⁶. Ayrıca, ortada bir "açık ve yakın tehlikenin" var olup olmadığına karar verecek olan da siyasi or-

32) AKSOY, M., a.g.m., s. 157-158.

33) RIGAUX, F., a.g.m., s. 8 vd.; KABOĞLU, İ. Ö., a.g.e., s. 192.

34) LAMBERT, P., La Liberté d'Expression et La Sécurité Nationale, l'Intégrité Territoriale ou La Sureté Publique, La Défense de l'Ordre et Le Prévention du Crime, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1993, sy. 13, s. 119.

35) AKSOY, M., a.g.m., s. 154; KAPANİ, M., a.g.e., s. 227; KABOĞLU, İ. Ö., a.g.e., s. 196; TEZİÇ, E., "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", Anayasa Yargısı, sy. 3, 1987, s. 36; TANÖR, B., Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, s. 93; SOYSAL, M., a.g.e., s. 218.

36) KAPANİ, M., a.g.e., s. 227.

ganlar değil, bağımsız yargı organlarıdır. Böyle bir kıstasın yerleşmesi mahkemelerin başarabileceği bir iştir³⁷.

Bilindiği gibi, "açık ve mevcut tehlike" Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği bir ölçüttür. İlk kez 1919'da Yargıç Holmes tarafından dile getirilen bu kritere göre, ifade özgürlüğüyle ilgili her davada bakılması gereken şey, "kelimelerin açık ve mevcut bir tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığıdır". Eğer, kullanılan kelimeler açık ve mevcut bir tehlike oluşturuyorsa, bu noktada ifade özgürlüğü sınırlanmalıdır. Tehlike'nin muhatabı bireyler ve toplumdur. Bir başka deyişle, eğer bir ifadenin açıklanması bireyler ya da toplum için açık ve mevcut bir tehlike yaratıyorsa bu ifadenin açıklanması sınırlanabilir. Bireylere yönelik zarar konusunda çok fazla tartışma yoktur. İftira, küfür ve onur kırıcı ifadeler hemen her hukuk sisteminde müeyyideye bağlanmıştır. Burada temel sorun toplum çıkarlarına yönelik tehlikenin ya da zararın tespit edilmesidir. Ancak bu kolay değildir; toplumun çıkarları farklı dönem ve koşullarda farklı şekillerde yorumlanabilir. İfade özgürlüğünün keyfi bir şekilde sınırlanmasını önlemek için "tehlike" nitelendirilmiştir. Bu tehlike bir yandan "ciddi" ve "somut" olacak, diğer yandan "açık" ve "mevcut" olacaktır. Açıklık, şüpheye ya da vehimlere yer bırakmayacak şekilde tehlikenin ortada olmasıdır. Tehlikenin mevcudiyeti ise, kullanılan kelimelerin zarar verme ihtimalinin kesine yakın olmasını ifade etmektedir. Burada ihtimal kaçınılmaz derecesinde yüksektir. Yargıç Holmes, tehlikenin açık ve mevcut olması durumunu hınca hınç dolu bir tiyatrodan yalan yere "yangın var" diye bağırılması örneğiyle açıklamaktadır. Böyle bir ortamda, "yangın var" kelimelerinin yaratacağı panik ve dolayısıyla tehlike açık ve mevcuttur. Ancak kelimelerin ifade edildiği koşullar da önemlidir. Aynı tiyatrodan oyun gereği "yangın var" diyen aktörün sözleri doğal olarak "açık ve mevcut tehlike" kapsamında değerlendirilmeyecektir³⁸.

37) **SOYSAL, M.**, a.g.e., s. 219; **AKSOY, M.**, a.g.e., s. 158.

38) **ARSLAN, Z.**, İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: "Açık ve Mevcut Tehlike'nin" Tehlikeleri, Liberal Düşünce (Dergisi), Yıl: 6, sy: 24, Güz-2001, s. 18.

Ancak uygulamada bütün olaylar, tiyatro örneğinde olduğu gibi açıklık ve kesinlik taşımıyor. Terminiello davasındaki yaklaşım bu tespiti doğrulamaktadır. Katolik rahip Peder Terminiello, Chicago'da 800 kişilik bir topluluğa konuşur. Konuşmasında komünistleri ve kendi tabiriyle "siyonist yahudileri" kıyasıya eleştirir. Bir grup bu konuşmayı protesto eder ve olaylar çıkar. Bunun üzerine Peder tutuklanır ve mahkum edilir. Yüksek Mahkeme, "açık ve mevcut tehlike" kriterini kullanarak bu mahkumiyeti Anayasaya aykırı bulur. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğünün işlevlerinden biri de tartışmaya yol açmasıdır. Dolayısıyla, konuşmanın huzursuzluğa yol açması hatta insanları kızdırması bu işlevin bir gereğidir. Mahkeme'nin kararındaki şu ifadeler çarpıcıdır: "Konuşma sıklıkla provakatif ve meydan okuyucudur. O önyargılara ve daha önce oluşmuş kanaatlara saldırabilir ve bir düşünceyi kabul ettirmek için alışılmadık önemli etkiler doğurabilir. Bu nedenle, sınırsız olmakla birlikte ifade özgürlüğü, sadece kamusal rahatsızlığın, kızgınlığın ve huzursuzluğun ötesinde ciddi ve somut bir zararın açık ve mevcut tehlikesi gösterilmedikçe sansür edilip cezalandırılmaz." Öte yandan, bu karara muhalif olan Yargıç Jackson'a göre Peder Terminiello'nun konuşmasının yarattığı şiddet ve ayaklanma tehlikesi "açık" ve "mevcut"tur. Görüldüğü gibi "açık ve mevcut tehlike" ölçütü, kullanılan siyasal ve hukuksal iklimde, hatta yargıçların dünya görüşlerine göre değişiklik arz etmektedir. Douglas'a göre, ifade özgürlüğünün kısıtlanması sadece "korku"ya dayandırılmaz. Komünist Parti'nin propagandasının başarılı olmasının "açık ve mevcut tehlike" yaratacağı şüphelidir. Yargıç Douglas'a göre okuma-yazma oranı düşük, demokratik geleneğin yerleşmediği kimi ülkelerde düşüncelerini açıkladıkları için insanların yargılanıp mahkum edilmeleri anlaşılabilir. Ancak Amerika'da komünistler, "istenmeyen düşüncelerin sefil tacirleri" konumundadırlar ve "malları da satılmamaktadır". Dolayısıyla, Komünist Parti'nin bu ülke için tehlike olduğu yargısı yalnızca "korku" ve "panik"ten kaynaklanabilir. Sonuç olarak, Yargıç Douglas'a göre, ifade özgürlüğü "propagandası yapılan kötülüğün ya da zararın kaçınılmazlığı noktasında açık ve nesnel delillere dayanmayan bir tehlike gerekçesiyle kurban edilmemelidir."³⁹

39) İbid., s. 19-20.

ABD Anayasasında ifade özgürlüğünü sınırlayan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Elbetteki Anayasanın metni önemlidir; ancak, son kerte "Anayasa, yargıçlar ne diyorsa odur"⁴⁰. Bizde, Anayasa Mahkememizin yaklaşımına göre, ifade özgürlüğü Anayasada belirtilen resmî söylemle sınırlıdır. Bu görüşe aykırı görülen düşüncelerin ve örgütlenmelerin yaşama şansı oldukça zayıftır⁴¹. Yüksek Mahkeme bazı kararlarında "açık ve mevcut tehlike" kriterini uygulamıştır. Nitekim Sosyalist Birlik Partisi davasında, Anayasa Mahkemesi kapatma kararını aynı zamanda "açık ve mevcut tehlike" kriterine dayandırmıştır. Mahkeme'ye göre "ırk ayrımcılığının aracı durumuna düşen partinin" tüzük ve programındaki görüşleri ile parti yetkililerinin yaptıkları açıklamalar, "Türkiye Cumhuriyeti için yakın ve görülebilir bir tehlike oluşturmaktadır. Böyle bir tehlike içinde bulunan bir devletin de, ülkesi ve ulusuyla bütünlüğünü koruması en doğal hakkıdır."⁴². Mahkeme, bu tehdidin sadece "düşünce" düzeyinde kalmadığını aynı zamanda "yasaklanan sakıncalı eylemleri kışkırtma, katkı ve destek niteliğinde faaliyetler"den kaynaklandığını vurgulamaktadır. Mahkeme, "yakın ve görülebilir tehlike" ölçütünü Demokrasi ve Değişim Partisi kararında da kullanmıştır. Bu davada da programında "Kürt dilinin toplumsal yaşamın her alanında ve resmi işlemlerde serbestçe kullanılması..., Kürt kimliğinin tüm sonuçlarıyla Anayasa ve yasalarla garanti altına alınması" gibi görüşlere yer veren Parti'nin bu düşünceleri "yakın ve görülebilir bir tehlike" olarak değerlendirilmiştir⁴³.

Ülkemizde Akademisyenlerin önemli bir kesimi "açık ve mevcut tehlike" kriterinin Anayasa Mahkemesi'nce kullanılmasının gerektiğini savunmaktadır⁴⁴.

40) Bu konuda bkz. **SUNAY, R.** Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, LDT Yayınları, Ankara 2001.

41) **ARSLAN, Z.**, a.g.m., s. 21.

42) Bkz. E. 1993/4, K. 1995/1, Kt. 19.7.1995, AMKD., sy. 33/2, s. 635.

43) Bkz. E. 1995/1, K. 1996/1, Kt. 19.3.1996, AMKD., sy. 33/2, s. 724.

44) Bu konudaki lehte ve aleyhteki görüşler için bkz. **HAKYEMEZ**, Militan Demokrasi Anlayışı, s. 256-258, Nakleden **ARSLAN, Z.**, a.g.m., s. 21.

Şu halde, düşünceleri açıklama hürriyetinin görülen tek sınırı ortada "açık ve yakın" bir tehlikenin bulunması ya da daha farklı bir yaklaşımla "açık ve somut"⁴⁵ veya "açık ve mevcut"⁴⁶ bir tehlikenin varlığıdır. Tabii ki, bu durumda aslında amaçlanan husus, düşüncenin açıklanmasının yasaklanmasından çok eylemin önlemesidir. Şüphesiz, hakaret ve sövme niteliği taşıyan hususlar düşünceleri açıklama hürriyeti içinde düşünülemez⁴⁷.

II- Üç Madde

Elbette ki, mevzuatımızda muhtelif kanunlarda düşünceleri açıklama hürriyetlerini sınırlandıran birçok düzenleme mevcuttur. Ancak bunların bazıları son yıllarda çok sık uygulanmaktadır. Bu bağlamda üzerinde durulması gereken üç hüküm mevcuttur.

a) Bunlardan biri TCK. 312. madde, biri TCK. 159, diğeri TMK. 8. madde. Bilindiği gibi 1991'e kadar TCK. 141, 142 ve 163. maddeler bu alanda en çok uygulanan hükümlerdi. 3713 sayılı ve 12.4.1991 tarihli TMK ile bu hükümler yürürlükten kaldırıldı⁴⁸. Bunun yerine TCK. 142/3'e tekabül edecek şekilde TMK. 8. madde getirilirken, kaldırılan 163. maddenin yerine daha genel nitelikteki TCK. 312. madde uygulamaya konulmuştur. Gerçekten, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi ilk kez bu tür bir tatbikat başlatmıştır⁴⁹. Yargıtay 8. Daire kararı onamıştır⁵⁰. Esasen DGM 312. maddenin 163. maddenin yerine uygulanamayacağı farkındadır. Ayrıca, Yargıtay da aynı te reddüt içindedir. Nitekim, Yargıtay 8. Dairenin kararında yer

45) İLÂL, E., a.g.m., s. 76.

46) UYGUN, O., "1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", İstanbul 1992, s. 68.

47) MASSIA, F., La Liberté d'Expression et Le Discours Raciste et Révisionniste", Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1993, Janvier, No: 13, s. 183 vd.

48) Bkz. RG. 12.4.1991-20843 (Mükerrer).

49) Bkz. E. 1994/57, K. 1994/49.

50) Bkz. E. 1993/12710, K. 1994/1927.

alan "TCK'nın 163. maddesinin 3713 sayılı ve kanununun 23/a maddesi ile kaldırılmış olmasının verdiği cesaret ve pervasızlıkla..." şeklindeki ifade olayın hukukî zeminden ziyade bir boşluk doldurmaya yönelik olduğunu göstermektedir. Tabii ki, bir muhalefet liderinin söyleyebileceği bu tür bir ifadenin bir yargı kararında bir şekilde yer alması bizce üzücü ve düşündürücüdür.

Bu maddenin başlığına baktığımızda "Suça Kapalı Tahrik" fiilini düzenlemektedir⁵¹. Birisi kanunun suç saydığı ve cezalandırdığı bir fiili işlemesi için birilerini açıkça tahrik ederse, bu zaten 311. madde çerçevesinde suç sayılmaktadır. 312. madde üstü kapalı olarak birilerini suça teşvik etme suçunu düzenlemektedir. Bu maddede "halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmek" yasaklanmış ve cezası öngörülmüştür. Bu suç basın ve yayın araçları yoluyla işlenmişse ceza arttırılıyor. Ayrıca, bu tahrik "toplumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde" yapıldığı takdirde ceza yine arttırılıyor. Halbuki bu son ifade maddenin ilk metninde suçun ana unsuru idi. Fakat 1981'de ihtilâl ortamı içerisinde değiştirilerek bu hale getirildi. Ne var ki, bu yeni değişiklikle olanlar oldu; çünkü artık suçun işlenmiş olup olmadığını belirlemede hâkimler ve hukukçular ciddi çelişkiye düştü.

Anayasa'da "suç ve cezada kanunilik ilkesi" öngörüldüğüne göre 312. maddede yer alan böyle bir kapalılığı gidermek kesinlikle şarttı. Bu maddenin toplumda bu haliyle rahatsızlık uyandırmasının asıl nedeni, kişilerin masumane söyledikleri düşünceler ve sözler ile "şiddet" arasında herhangi bir bağ kurulmadığı durumlarda bile, bu kişiye ceza verilmesidir.

Son değişiklikten önceki hali ile uygulamada "sadece düşünce açıklama boyutunda kalan, hiç bir şekilde tahrik ve teşvik amacı taşımayan konuşmalar" dahi suç olarak sayılabilmektedir.

51) Bu konuda bkz., **GÖKÇEN, A.**, Halkı, Kin ve Düşmanlığa Tahrik Cürmü (TCK. m. 312/2) LDT Yayınları, Ankara 2001.

Bu maddenin tamamıyla kaldırılmasını savunanlar olduğu gibi, 312. maddeyi "rejimin ve demokrasinin vazgeçilmez teminatı" olarak görenler de vardır. Bizce bu maddenin tamamıyla kaldırılması doğru değildir; fakat suçun unsurları mutlaka belirtilmelidir. Örneğin Alman Ceza Kanunu (md. 130) "Her kim kamusal barışı, bozmaya elverişli şekilde" halkın bazı kesimlerine karşı nefreti kışkırtır veya şiddeti içeren veya keyfi önlemler alınmasını teşvik ederse" gibi; ya da Avusturya Ceza Kanunu'nda olduğu şekliyle "kamu düzenini bozmaya elverişli" bazı kriterlerle suçun ana unsuru belirlenmektedir. Benzer ifadeler İtalya (md. 415) ve Yunanistan (md. 192) Ceza Kanunları'nda da mevcuttur.

Bu ülkelerin dışında mukayeseli hukukta, Fransa, İsviçre, İsveç, Polonya, Rusya, Danimarka, Çekoslovakya, Macaristan, Bulgaristan, Romanya ve Küba Ceza Kanunlarında da bu hükmün benzerleri mevcuttur. Arjantin, Brezilya ve Portekiz Ceza Kanunlarında bu tür hüküm mevcut değildir⁵².

Kin ve düşmanlığa yöneltilen ve maruz kalanların kanunlarda ayrı ayrı ve açık bir biçimde belirtilmediği görülmektedir. Bu konuda Alman CK. nunda "halk kesimleri", İsveç CK. nda "halk grupları", Yunan CK.nunda "halk", Fransız CK. ve Basın K. nda "kişi veya kişi grupları" Rus CK. nda ise "vatandaşlar" terimi kullanılmıştır. İtalyan CK.nda ise "sosyal sınıflar" terimi mevcuttur.

Suçun maddi unsurunun hareket kısmı, Alman CK.nda "kışkırtma, tahrik etme", İsveç CK.nda "tehdit etme veya hor görme", Avusturya CK. ve Yunan CK.nda "tahrik veya teşvik", Bulgar CK.nda "propaganda, kışkırtma", diğer kanunlarda ise "tahrik etme" olarak gösterilmiştir.

Tahrik edilen kimselerin; neye tahrik edileceği de madde metinlerinde yer almıştır. Suçun oluşması için Alman CK.nda "kin ve düşmanlığa, kuvvet kullanmaya veya keyfi muamelelere", Avusturya CK.nda "düşmanca hareketlere", İtalyan CK.nda "kine", Fransız CK. nda "aşağılamaya, kine, ırksal şid-

52) İbid., s. 43-44.

dete", İsviçre CK.nda "kin ve ayrıma", Polonya CK.nda "milli, etnik, ırki mezhep farklılıklarına ya da bir mezhebe inanmama-ya dayalı düşmanlığa", Rus CK.nda "milli, ırki ya da dini düşmanlığa", Yunan CK.nda "kine veya kuvvet kullanmaya", Küba Sosyal Müdafaa Kanununda "sosyal sınıf düşmanlığına", Roman CK.nda ise "kine" tahrik aranmaktadır. Mukayeseli hukukta suçun oluşumu için bazı kanunların fiilin "alenen" işlenmesini aradıkları görülmektedir. Bunlara örnek olarak İtalyan, İsviçre, İsveç, Polonya, Rusya, Danimarka ve Yunan Ceza Kanunları gösterilebilir⁵³.

İnceleme konusu cürüm, mukayeseli hukukta genelde tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Bu husus, Alman CK.nda "kamu barışını bozmaya elverişli bir biçimde", Avusturya CK.nda "kamu barışını tehlikeye sokmaya elverişli bir şekilde" ibareleri kullanılmak suretiyle ifade edilmiştir. Küba Sosyal Müdafaa Kanunu, suçun oluşması için işlenen fiilin "kamu huzurunu ve düzenini tehlikeye sokması"nı yeterli sayarak aynı sonuca ulaşırken, Yunan CK. fiili tehlike değil zarar suçu olarak düzenlenmiştir. Çünkü bu kanuna göre suçun oluşması için kamu barışının tehlikeye düşmesi değil, "kamu barışının bozulması" aranmaktadır. İncelediğimiz diğer kanunlarda da suçun oluşması için tahrik veya propaganda yeterli sayılıp ayrıca bir zararın doğması aranmadığından, bunların da tehlike suçu olduğu sonucuna varılmalıdır⁵⁴.

Ağırlaştırıcı sebep olarak kanunlarda farklı haller kabul edilmiştir. Alman ve Çekoslovak Ceza Kanunlarında "fiilin kit- le iletişim araçları ile işlenmesi" hali ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüş iken, Rusya CK.nda "kuvvet kullanmak" veya "gö- revî kötüye kullanmak" suretiyle veya "organize bir grup tara- findan işlenme" hali suçu etkiliyen bir sebep olarak öngörülmüştür. Danimarka CK.nda ise; fiilin propaganda vasıtaları kullanılarak işlenmesi halinde verilecek ceza arttırılmakta- dır⁵⁵.

53) İbid., s. 57-58.

54) İbid., s. 58.

55) İbid.

Suçta uygulanan müeyyide bakımından da kanunlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bazı kanunlar suçun karşılığı olarak yalnızca hapis cezası öngörmüştür (Yunan, Çekoslovak, Macar, Romen, Avusturya, İtalyan CK.). Küba Sosyal Müdafaa Kanunu ise yalnızca para cezası ile yetinmiştir. Suçun failine hem para hem hürriyeti bağlayıcı ceza uygulayan tek kanun Rusya CK.dur. Bunun yanında İsviçre ve Polonya CK.ları suçun failine para veya hapis cezasının uygulanacağını hükme bağlamıştır. Alman CK. ise suçun yayın yoluyla işlenmesi halinde failin hürriyeti bağlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılacağını, bu vasıtalar kullanılmadan işlenen cezalarda ise yalnızca hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanacağını belirtmiştir. İsveç CK, bu konuda dereceli bir yol izlemiştir. Kanun, esas olarak bu suçta uygulanacak müeyyidenin azami iki yıla kadar hapis cezası olduğunu, az vahim hallerde ise hapis değil, para cezası uygulanacağını hükme bağlanmıştır. Bazı kanunlarda, suç için değişik yaptırım türleri öngörülmektedir. Bunlardan Danimarka CK. nda para ve hapis cezası ile birlikte seçimlik olarak uygulanmak üzere "tutma cezası" kabul edilmişken, Bulgar Ceza Kanununda hapis ya da toplumdan dışlanma cezasının verileceği hükme bağlanmıştır. Fransız Ceza Kanunu ise para cezasının yanında birtakım tamamlayıcı cezalar öngörmüş ve bunların para cezası ile birlikte olayın oluşumuna göre faile uygulanacağını belirtmiştir. Bu tamamlayıcı cezalara örnek olarak "silah bulundurmanın veya taşımanın yasaklanması, silahın müsaderesi, suçta kullanılmak için hazırlanan veya suçtan husule gelen eşyanın müsaderesi, kamu yararına çalışma" gösterilebilir⁵⁶.

Bu tür bir belirleyici unsur, bu maddenin iyi niyetle söylenmiş saf düşünce açıklaması biçimindeki sözlerin suç kapsamı dışında kalabilmesi için zorunludur. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu konularda önüne gelen davalarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde düzenlenmiş olan "düşünceleri açıklama hürriyetini koruyucu" bir yaklaşım içinde bulunmaktadır. Bir defa "ülkenin bölünmez bütünlüğü", "kamu düzeni", "kamu yararı" gibi "meşru bir amaç"

56) İbid., s. 59.

güdülerle böyle bir ceza verilmiş olmalı; ikinci olarak, “verilen cezanın bu meşru amaçla orantılı olup olmadığına” bakılmaktadır. Bu şekilde, şayet topluma yönelik tehdit ceza vermeden başka bir yolla giderilebiliyorsa, o zaman ceza verilmemektedir. Bu belirleyici kıstaslara ilave olarak, ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında “sınırlamanın sınırı” olarak kullanılan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kıstasını da uygulamaktadır.

Böylece, suç ve ceza netleşmekte, kamuoyu ilgilinin aldığı cezayı daha rahat kabul etmektedir. Ayrıca bu kıstaslara ek olarak yukarıda işaret ettiğimiz gibi, Amerika ve Avrupa’da mahkemeler yeni yorumlar geliştirmişler. Buna “açık ve yakın tehlike” ya da “açık ve somut tehlike” kıstası denilmektedir. Bu kıstasa göre açıklanan düşünce ilke olarak suç sayılmamalı; ancak, bu düşüncenin açıklanmasından sonra herhangi bir şiddet olayı ya da başka bir suç işlenir de, bu açıklanan düşünce ile arasında bir bağ kurulabilirse, işte o zaman o kişi de cezalandırılacaktır. Dikkat edilirse bu kıstasın uygulanması ile, artık açıklanan düşünce bizzat cezalandırılmıyor; bunun bir eyleme dönüşmesi ya da bir şiddete neden olması veya bir terör örgütünü desteklemesi cezalandırılmasına yol açıyor. Oysa, bizdeki mevcut düzenlemede ve uygulamada ise “salt düşünce” cezalandırılmış oluyor ki, savunulması kolay değildir. Belki bu suç için sadece para cezası öngörmek de düşünülebilir. Bilindiği gibi, bu suçu işleyenler için Anayasa, milletvekili olamama şeklinde bir ek ceza getirmiştir. Hatırlatalım ki, Anayasa’nın bu açık hükmü karşısında Cumhurbaşkanı’nın da “yaşlılık” gerekçesiyle bu suçtan mahkûm olanları af etmesi bizce imkânsızdır.

Öte yandan, suçu belirleme zorluğu halk nazarında “yargının siyasallaşması” ve “tarafıllığı” gibi bir kanaatin yaygınlaşmasına sebep olur ki, bundan da en çok devlet zarar görür. Nitekim, bazı kimselerin cezalandırılmış olması kanundaki hüküm gereğince olsa bile, suçun unsurları tam olarak belli olmadığı için, söylediğimiz dedikoduları gündeme getirmiştir. Bir de buna Anayasa’dan kaynaklanan “ömür boyu siyaset yasağı”nı da eklerseniz, durum daha da vahimleşmektedir. Başba-

kanlık yapmış bir kişinin köy muhtarı olamaması gibi garip bir tabloyu ortaya çıkaracaktır. Gerçi Kanuna göre, "işlemiş olduğu cürümden dolayı pişmanlık duyduğunu ihsas edecek surette iyi hali görülen kimse" üç yıl sonra, alınmış olan haklarının iadesini isteyebilecek ise de, bu ilke olarak hakimnin takdir hakkı içinde bir durumdur. Kaldı ki, bir siyasetçi "pişmanlık duyduğunu" nasıl gösterebilecek? Seçmenine ne diyecek? Hiç oy kaygısı, oy hesabı yapmayacak mı? Bir siyasi parti, Kanarya Sevenler Derneği değil ki...

Anlaşılan odur ki, TCK. 312. maddeyi açıkladığımız bu yaklaşıma uygun bir şekilde bir an önce değiştirmek gerekmektedir; nitekim değiştirildi. Tabii ki, bu yetmez, ayrıca, bu suçtan dolayı ömür boyu siyaset yasağına neden olan, Anayasanın 14. 76 ve 87. maddeleri; Siyasi Partiler Kanununun 11. Milletvekili Seçimi Kanununun 11. Mahalli İdareler Kanunu'nun 9 ve 31. maddelerinin değiştirilmesi şarttır. 312. madde ihtilâl döneminde bu hale getirildiği için yakın zamana kadar 648 adet kanun gibi Anayasanın geçici 15. maddesinin koruması altında bulunduğundan Anayasaya aykırılık talebinde bile bulunulamıyordu; neyseki yargı yolu açıldı.

Bu sıraladığımız değişiklikler yapılırsa, "bölücülük" ve "teröre destek" ve "irtica" ile mücadele daha netleşecektir. Artık kişileri düşüncesinden dolayı değil, bu açıkladıkları fikirler bir eyleme sebep olması durumunda ya da zaten devam etmekte olan bir eyleme destek ve hız vermiş olması nedeniyle cezalandırılmış olacağız ki; sanırım bu daha adil bir yargılama olacaktır. Yapılan son Anayasa değişikliği çerçevesinde çıkarılacak uyum yasaları bağlamında 312. maddenin de bu yönde değiştirilmesi bir Anayasa emri haline gelmiştir.

Bilindiği gibi, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı kanun ile⁵⁷ Anayasa değiştirildi. Bu pakette daha çok özgürlükler alanına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu bağlamda Anayasanın Başlangıç bölümü düşünceleri açıklama hürriyetine ilişkin 26. madde, basın hürriyetine ilişkin 28. madde, Dernek kurma öz-

57) Bkz. RG. 13.10.2001-24556 (Mükerrer).

gürlüğüne (md. 33) ve Toplantı ve Gösteri yürüyüşüne ilişkin 34. maddede bazı değişiklikler gerçekleştirildi.

Bu değişiklikler doğrultusunda çıkarılan "Uyum Yasaları" çerçevesinde TCK. 312 madde tekrar gözden geçirildi. Böylece son yıllarda en çok uygulanan ve çok ciddi eleştirilere maruz kalan bu hüküm diğer bazı demokratik ülkelerde mevcut bulunan düzenlemelere yaklaştırılmış oldu⁵⁸. Çünkü bu hükme karşı yöneltilen en önemli eleştiri, maddede suçun unsurlarının tam olarak belirtilmiş olmamasıydı⁵⁹. 1981 öncesi metnin daha doğru olduğu söylenmiştir. Bu eski metinde yapılan tahrikin "umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde" yapıldığı takdirde suç oluşmuş sayılıyordu. Oysa değişiklikle beraber bu durum suçun oluşum şartı değil "ağırlaştırıcı sebebi" oldu. İşte bu son değişiklikle bu yanlış gidermek amacıyla "kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde" işlenmesi suçun oluşma şartı haline gelmiştir.

Ne var ki, önceki metinde bu tehlike "umumun emniyeti" açısından ele alındığı halde, yeni metinde "kamu düzeni" bakımından ele alınmaktadır. Bizce eski metin daha doğru idi; zira, suç "Halkı, Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik" suçudur. Böyle olunca suçun mağduru kam düzeninden öte toplumun emniyetidir. Kamu düzeninin bozulması dolaylıdır ve bir neticedir. Fakat yine de bu yeni metin suçun unsurlarının tespitinde belli bir belirgenlik kazandırmıştır. Hele, değişiklik sırasında ilave edilmek istenen "kamu düzenini bozma olasılığını ortaya çıkaracak bir şekilde" tahrik etmesi cümlesinin getirebileceği bazı sıkıntılar düşünüldüğünde, mevcut değişikliğin daha olumlu olduğunu söylememiz gerekmektedir.

Son değişiklikte suça verilecek hapis cezasında bir indirim gidilmezken, para cezası veilmesi madde metninden çıkarılmıştır. Yukarıda işaret ettiğimiz gibi bazı ülkelerde hapis cezası yerine para cezası uygulanmaktadır. Bizde de bu tip düşünce suçları için sadece para cezası verilebilirdi.

58) Bkz. RG. 19.2.2002-24676.

59) **GÖKÇEN, A.**, a.g.e., s. 129 vd.

Değişiklikten sonra, daha önce mahkum olmuş olanların başvuruları üzerine yapılan yeni yargılamada verilen kimi kararlar değişikliğin belirttiğimiz olumlu yönünü gösterdiği halde, diğer bazı kararlar sanki hiç değişiklik yapılmamış gibi bir yaklaşımı mahkemelerin benimsediği imajını vermektedir ki, bu ikinci yaklaşım ümitlerimizi maalesef kırmaktadır. Bu konuda Yeni Asya Gazetesi sahibi Mehmet Kutlular'ın değişiklik sonrası, hemen serbest bırakılması sağlanmışken ve daha sonra yapılan "muhakemenin iadesi" ile suçsuz bulunurken, Cüppeli Ahmet Hoca olarak bilinen Ahmet Mahmut Ünlü, TCK'nın 312. maddesindeki değişiklik nedeniyle yeniden yapılan yargılamasında da tekrar hapis cezasına çarptırıldı. İstanbul 2 No'lu DGM, TCK'nın 312. maddesinde gerçekleştirilen değişiklik sonucu yeniden yargıladığı Ünlü'yü "halkı din, mezhep ve inanç farklılığı gözeterek, birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa alenen tahrik etmek" suçundan, 2 yıl 7 ay 3 gün hapis cezasına çarptırıldı. Ünlü, daha önce yapılan yargılamada, 2 yıl 7 ay 3 gün hapis cezasına çarptırılmış ve cezası Yargıtay tarafından onanmıştı.

b) Son yıllarda uygulamada kendisini çokça hissettiren bir madde de TCK. 159'dur. Bu maddede düşünceleri açıklama hürriyeti bakımından önemli bir sınırlama haline gelmiştir. Bu maddenin başlığı "Anayasa Kuruluşlarını ve Kamu Manevî Şahsiyetlerini Tahkir-Kanunlara ve Büyük Millet Meclisi Kararlarına Sövmesi biçiminde formüle edilmiştir. Bu hükme göre, Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevî şahsiyetini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar. Bu cürmün oluşması için muhatap açıkça zikredilmemiş olsa bile onlara yönelik bulunduğu tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vuku bulmuş sayılır.

Aynı maddeye göre T.C. Kanunlarına alenen sövenler... kadar hapis ve ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Türklüğü tahkir yabancı bir memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza arttırılmaktadır.

4744 sayılı ve 6.2.2002 tarihli Kanun ile, maddede öngö-

rülen "ağır hapis; hapis cezası"na dönüştürülmüş, cezanın üst sınırı 6 yıldan 3 yıla indirilmiş ve para cezası da kaldırılmıştır.

Bu yapılan değişiklikler pek de bir iyileştirme sayılmaz. Her ne kadar üç yıla indirilmiş ise de, zaten uygulamada ceza alt sınır üzerinden verilmekteydi. Belki para cezalarının kaldırılmış olması uygun görülebilir. Esasen bu suç için de tıpkı TCK. 312. madde açısından söylediğimiz gibi sadece para cezası da düşünülebilir.

Son değişiklik sırasında bu maddeye sadece sayılan kurumların manevi şahsiyetini değil, bunları temsil eden bir kısmını alenen tahkir ve tezyif edene de aynı cezanın verilmesi ilave edilmek istendiyse de, kamuoyundan gelen ağır tepki ve bilim çevresinden gelen eleştiriler karşısında kabul görmemiştir.

Esasen, bu hükmün en sıkıntılı yönü, adı geçen kurumları eleştirme sınırını aşıp aşılmadığının tespitindeki güçlükte düğümlenmektedir. Ayrıca "tahkir ve tezyif" gibi hafif alaycı bir ifade ile eleştirilmesi durumunda bile gerçekleşme durumu olan kavramlar yerine "hakaret" ve "sövme" ifadelerine yer verilmiş olsa suçun unsurları biraz daha netleşmiş olurdu.

Öte yandan, bu hükmün ihlâli durumunda TCK.'nun 160. maddesine göre kavuşturulması Adalet Bakanlığının iznine bağlı olduğu halde, uygulamada bu yol otomatik çalışmaktadır. Oysa, Bakanlıktaki uzman hukukçulara Adalet Bakanının inceleme yaptırarak bu izni vermede daha hassas davranması, bir çok lüzumsuz takibatı daha başta kesme fırsatı verecektir.

Uygulamaya baktığımızda, maalesef gerek TCK. 312 gerekse 159 Özellikle 28 Şubat 1997'den bu tarafa daha sık uygulanır olmuştur. Örneğin 1999-2000 yıllarında 3 bin 348 kişi bu iki maddeden yargılandı. Ortalama 600 dava açıldı⁶⁰. Hakim karşısına çıkarılanların arasında yazarların yanı sıra, başbakan, belediye başkanı hatta ticaret odası başkanı bile yer aldı. Oysa dava konusu sözlerin çoğu eleştiri sınırları içinde dile getirilen düşüncelerden ibarettir. 1999 ve 2000 yıllarında görülen

60) Bk. Zaman Gazetesi, 30.1.2002.

bu tablo; 2001 yılında dahada vahimleşti ve bu maddelerden hakkında dava açılan kişi sayısı 3473'ü buldu⁶¹.

Yukarıda işaret ettiğimiz gibi uygulamada TCK. 312 önce-leri çok az uygulanırken 1997'den sonra daha sık uygulanır olmuştur. Bu tarihten önceki kararlarında özellikle Yargıtay ço-ğu kez şu ifadeye yer veriyordu: "... yazı tümü ile ele alındığın-da bir ... düşüncenin öz eleştiri çerçevesi içerisinde işlenmesin-den öte gitmediği ... böylece söz konusu yazının suç oluştur-madığı gözetilmeden, sanığın mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir"⁶².

Yine bir kararında, "... kafa kağıdı ile müslüman olanların, kitaba ve örtüye karışanların Şeker Bayramı zehir zıkkım ol-sun" şeklindeki ve bütünü ile dua, beddua ve bir de nükte yap-mak niteliğinde bulunan yazıda TCK. 312/2 ve 3 maddelerin-de yaptırıma bağlanan halkı sınıf, dil, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etme suç-u-nun öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden salt bilirkşi düşünce-sine dayanak yapılmak suretiyle ... mahkumiyet hükmü kurul-ması nedeniyle kararın bozulması" neticesine varmıştır⁶³. Ay-nı şekilde bir diğer kararında da "... bütünü ile eleştiri niteli-ğinde bulunan görüşü ileri sürüldüğü halde nitelendirmede yanlıya düşülerek tesbit ve eleştiri mahiyetindeki yazıdan do-layı sanığın TCK. 312/2-son maddesi ile mahkumiyetine karar verilmesi bu bozmayı gerektirmiştir"⁶⁴.

Ne var ki, bu yaklaşım 1997'den sonra terk edilmiş ve TCK. 312/2 çok sık uygulanır hale gelmiştir.

61) Bkz. Yeni Şafak Gazetesi, 30.3.2002.

62) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi, E. 10688, K. 820, Kt. 2.2.1988, **SAVAŞ V.-MOLLAMAHMUTOĞLU, S.** Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 2, 3. Baskı, Ankara 1999, s. 2782.

63) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi, E. 1989/839, K. 1989/3168, Kt. 13.4.1989 (Bkz. İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi).

64) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi, E. 1988/9713, K. 1989/2439, Kt. 23.3.1989 (İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi).

Özellikle TCK. 312. madde ile ilgili olarak, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, en çok itiraz edilen husus bu maddenin suçun unsurlarını tam olarak belirleyemediği yönündedir. Nitekim 1963 yılında, o dönemde yürürlükte bulunan şeklinde, suç unsurlarına açık seçik yer vermediği ve keyfi uygulamalara yer verecek ve bilimsel araştırmaları engelleyecek nitelikte bulunduğu düşüncesi ile anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek iptal davası açılmış ancak bu istem reddedilmiştir. Dava, Türkiye İşçi Partisi tarafından açılmıştır. Mahkemenin red gerekçesi şöyledir: "T.C. Anayasasında böyle bir fiilin suç sayılmasını engelleyen herhangi bir hüküm yoktur. Davanın haklı olduğunu göstermek için dayanılan anayasa maddeleri de hiçbir suretle davacı partiye hak vermemektedir. Davacı partinin suç unsurlarının açık seçik ve ayırık olarak belirtmediği, keyfi uygulamalara yer verecek ve bilimsel araştırmaları engelleyecek nitelikte bulunduğu ve bu bakımdan Anayasaya aykırı olduğu yolundaki iddianın aksine "cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete (düşmanlığa) tahrik"den ibaret olan suç unsurları, 765 sayılı TCK.nun 312. maddesinde açık bir şekilde belli edilmiştir. Bu maddenin anayasanın teminatı altına aldığı temel hakları ortadan kaldırdığı yolundaki iddia yersizdir. Cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrike müsaade etmek, vatandaşlar arasında huzur ve ahengin bozulmasını istemek olur ve böyle bir düşünceye hiçbir yönden yer verilmez. Anayasayı hazırlayanlar cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için, tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik etmeyi değil, yurttta güven ve düzenin bozulmasına yer verilmemesini istemişlerdir. Nitekim Anayasanın başında yer alan ve metnine dahil olduğu 156. maddesinde belirtilen "Başlangıç"tan da Anayasa koyucusunun bu görüşten yana olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrike müsaade etmeye Anayasanın hiçbir hükmü elverişli değildir. Bu bakımdan da 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve (veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tah-

rikli suç sayan hükmü Anayasaya aykırı olmadığından buna ilişkin iptal isteğinin reddi gerekir"⁶⁵.

Bu karar, maddenin 1981 öncesi metni mevcut iken verilmiştir. Bu tarihten sonraki hali için böyle bir dava açılmış olsaydı, Yüksek Mahkeme farklı bir karar verebilirdi. Ancak 4744 sayılı ve 6.2.2002 tarihli değişiklikten sonraki hali yani bugünkü hali davanın açıldığı tarihteki metne benzediği için, bu kararın bu gün içinde geçerli olduğu düşünülebilir.

c) Düşünceleri açıklama özgürlüğü alanında TCK. 159 ve 312. maddeler açısından karşılaşılan bu güçlüklerin Terörle Mücadele Kanununda yer alan bazı hükümler açısından da mevcut olduğu bilinmektedir. Gerçekten benzer sıkıntıların TMK. 8'de olduğu ileri sürülmektedir. Bu hükmün ilk şeklinde "Devletin bölünmezliği aleyhine propaganda" başlığı altında "Hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz" deniliyor. Bu fıkrada yer alan "Hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun" ifadesi, tıpkı 312. maddede kullanılan ifadeler gibi muğlaktır. Bu nedenle Anayasanın öngördüğü "suçta ve cezada kanunilik" ilkesine pek uymamaktadır. Nitekim 4126 sayılı, 27.10.1995 tarihli kanunla bu ifade madde metninden çıkarılmıştır. Son hali ile bile bu maddenin uygulanmasında da bazı güçlükler mevcuttur⁶⁶.

65) Bkz. E. 1963/193, K 1964/9, Kt. 29.1.1964, AMKD. sy. 2, Ankara 1965, s. 46.

66) Bkz. **KUZU, B.**, Terörle Mücadele Kanunu ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı, İnsan Hakları Yıllığı, c. 15, Ankara 1994, s. 55-58; **YURTCAN, E.**, "Terörle Mücadele Yasası", Cumhuriyet, 20.5.1991; **COŞKUN, A.**, "Çeşitli Yönleriyle Terörle Mücadele Kanunu", Güneş, 4.5.1991; **ÇAĞLAR, B.**, "Terörle Mücadele Kanunu Üzerine Not", İstanbul Barosu Dergisi, c. 65, sy. 4-5-6, (Nisan-Mayıs-Haziran) 1991, s. 420; **ÖZEK, Ç.**, "Terörle Mücadele Kanunu", İstanbul Barosu Dergisi, c. 65, sy. 4-5-6 (Nisan-Mayıs-Haziran) 1991, s. 390; **TANÖR, B.**, "Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni", 1990, Yıl: 10, sy. 1-2, s. 171; **ATALAY, A.**, "Terörle Mücadele Yasası ve Yanlış Bir Yaklaşım Biçimi Üzerine", Birlik (Aylık Siyasi Dergi), Haziran 1991, s. 33; **AKBULUT, İ.**, Gerekçeli Te-

TMK. 8. madde en çok tartışılan maddelerden biri haline gelmişti. 4744 sayılı ve 6.2.2002 sayılı Kanunla bu maddede de bazı değişiklikler yapıldı. Bir defa, maddede geçen "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak amacıyla" ifadesi "bozmayı hedef alan" biçiminde değiştirilerek kasıt unsuru daha belirgin hale getirilmiştir. Ayrıca suçun daha açık işlenmesi halinde cezanın artırılması öngörülmüş. Buna göre "Bu suçun terör yöntemlerine başvurmaya özendirilecek şekilde işlenmesi halinde verilecek ceza üçte bir oranında artırılır; mükerreren işlenmesi halinde ise, verilecek hapis cezaları paraya çevrilemez". Bizce oldukça yerinde sayılan bu düzenleme, suçun ağırlaştırıcı sebebi yerine, suçun unsuru konumunda olmalıydı.

Suçun kitle iletişim araçları ile işlenmesi halinde gerek sorumlu müdürünü gerekse iletişim araçları sahibine de hapis cezası verilmektedir. Bu eski metinde de mevcuttur. Bizce sorumlu müdür bir yana, mevkutenin sahibine ceza verilmesini anlamakta güçlük çekiyoruz. Çünkü bu kişi çoğu kez sermayedar olarak parasını bu işe yatırmış ve belki de yurt dışında yaşayan bir kimsedir. Suçta ve Cezada şahsilik ilkesi bizce bunların cezalandırılmasına engel olmalıdır. Fakat Anayasa Mahkemesi bunu "objektif sorumluluk" olarak değerlendirmiştir⁶⁷.

Son yıllarda bu suçun daha çok basın ve yayın yoluyla işlendiği düşünülerek hem cezanın üçte bir oranındaki artış yarısına kadar çıkarılabilir hale getirilmiş hem de para cezaları ciddi oranda artırılmıştır. Ayrıca ilgili radyo ve televizyon kuruluşunun yayından meninin üst sınırını 7 günden 15 güne çıkarmıştır.

TMK. 8 değiştirilirken, aynı kanunda yer alan ve mevcut hali çok eleştirilen TMK. 7 de değiştirilmiştir. "Terör Örgütleri"

rörle Mücadele Kanunu ve Açıklaması (Anayasa Mahkemesi Kararları ile), İstanbul 1993.

67) Bkz. E. 1991/18, K. 1992/20, Kt. 31.3.1992, RG. 27.1.1993, sy. 21478 (Mükerrer). Ayrıca bkz. AMKD., sy. 28, s. 232-368. Anayasa Mahkemesinin bu konuda daha önce vermiş olduğu kararlar mevcuttur. Bkz. E. 1966/36, Kt. 21.9.1966, AMKD., sy. 4, s. 250.

başlığını taşıyan bu maddenin 2. fıkrasında "örgüt mensuplarına yardım edenlerin" durumu düzenlemiştir. Örgüt ile ilgili propaganda suçu da cezalandırılmaktadır. Ancak bu propogandanın suç halini alma durumu pek net olmadığından, bazı sıkıntılar yaşanmıştı. İşte son değişiklikle yeterli bir açıklık getirilerek "terör yöntemlerine başvurmaya özendirilecek şekilde" örgütle ilgili propoganda yapanlara bu ceza verilir hale getirilmiştir.

Biz her üç maddenin de ilke olarak muhafazasından yanayız; ancak bu hali ile bu maddelerin sağlıklı bir şekilde uygulanmalarında ciddi güçlükler vardır. Bu durumda yapılacak şey her üç madde metnini de değiştirerek yukarıda kısaca belirttiğimiz "açık ve somut tehlike" kıstasının getirilmesidir. Nitekim bu konuda TBMM'de ilgili komisyonlara bu yönde teklifler sunulmuştur. TMK. 8 de yapılmak istenen bir teklifte şu ifadeler kullanılmıştır: "İnceleme, tartışma ve eleştirme sınırlarını aşarak, açık ve yakın tehlike oluşturacak bir biçimde propaganda yapanlar...". Fakat bu değişiklik taslağı kabul görmedi. Ancak şunu da belirtelim ki 8. madde çerçevesinde mahkum olanların bir kısmının ileri sürdükleri düşünceler salt düşünce açıklama niyetini aşan nitelik taşımaktadır. İşte örnek: "Kürdistan ulusal kurtuluş mücadelesinin çok onurlu, sonsuz derecede meşru bir mücadele olduğu kuşkusuzdur. Kürdistan ulusal kurtuluş mücadeleleri içinde yer alan bütün işçilere, köylülere, aydınlara, gerillaya katılan genç erkeklere ve kadınlara, gerillayı destekleyen herkese, gerilla mücadelesinin önderliğini yürüten bütün kadrolara, başkan APO'ya binlerce selam olsun". Yine bir diğer örnek: "360 bin kilometrekarelik Kürdistan ve 30 milyon kürk, Emperyalist Avrupa ve... Atatürk tarafından Türk Devleti topraklarına ilhak edilmiştir." Bu tarihi değeri bile olmayan kanaatleri masum düşünce saymak oldukça zordur.

Yukarıda önerdiğimiz bazı iyileştirmeler dışında 8. maddenin en azından bugün için gerekli olduğunu kabul etmek zorundayız⁶⁸. Unutmamak gerekir ki, ülkenin bölünmez bütün-

68) Bkz. **DÖNMEZER, S.**, "Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü", İstanbul 1973, (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını).

lüğünü hedef alan propaganda, düşünce hürriyeti gibi masum bir istek arkasına sığınsa bile "terörün gıdasıdır"⁶⁹. Yukarıda aktardığımız satırlar bu niteliktedir. Zira, "açık ve yakın tehlike" kıstasına vurulduğunda, zaten ortada bir "terör" gerçeği bulunduğu için artık "yakın" değil "somut" tehlike kıstasından söz etmek gerekmektedir.

Gelişmiş batı ülkelerinde terör konusunda bu tür yasaklar mevcuttur. Özellikle ABD'de çıkarılan Terör Kanunu bu açıdan ilginçtir. Hatta, bazı Avrupa Ülkelerinde tarihi bir gerçeğin ortaya çıkmasının araştırılması bile suç haline getirilmiştir. Gerçekten, Batı Demokrasilerinin çoğunda çeşitli etnik veya dini toplulukları ve cinsiyetlerinden veya cins tercihlerinden dolayı kişileri tahkir eden veya aşağılayan düşünce ve duygu açıklamaları ve kimi tarihi olayların gerçekte ya hiç vuku bulmamış veya abartılmış olduğu yönündeki ifadelerin kanunlarla yasaklanması yoluna gidildiği görülmektedir. Ezcümle Almanya'da ve İtalya'da "yahudi soykırımı yapılmadığını" ileri sürmek ve bu konuda fikir beyan etmek suçtur. Yine Almanya'da "Hitler büyük komutandır" diye yazı yazan fikir adamı mahkum olmuştur. Keza, Ermeni Soykırımının yapılmadığını ileri süren ve makale yazan Le Monde Gazetesi'nin yazarı Fransa'da hapse girmiştir. 1989 yılında Avustralya'da, 1990 yılında Fransa'da, 1992 yılında Avusturya'da ırkları kötülemeyi/aşağılamayı yasaklayan ve bu nitelikteki ifadeleri cezai müeyyideye bağlayan kanunlar kabul edilmiştir. Ayrıca, Danimarka'da sivil haklar kanunu ırkı, dini, etnik kökeni veya cinsel yönelimi dolayısıyla bir kimseyi alenen "kötüleme, aşağılama ve küçük düşürme"yi yasaklamaktadır. Keza, Amerika'da yine 1990'lardan itibaren birçok üniversitede kişi veya grupları cinsiyetleri, ırk veya renkleri, bedeni veya zihni özürleri, dinleri, cinsi yönelimleri veya ulusal ve etnik kökenleri nedeniyle tahkir etmeye veya damgalamaya yönelik ifadeleri yasaklayan disiplin mevzuatı yürürlüğe konmuştur. ABD üniversitelerindeki bu gibi disiplin mevzuatı genel olarak akademik özgürlüğü tehdit eden bir bo-

69) Bk. **ALPASLAN, Ş.**, Krimonoloji ve Hukuk Açısından Tehdiçilik (Doktora Tezi), İstanbul 1983; **ROBERT, J.**, "Terörizme, Ideologie Sécurité et Libertés Publiques", Revue de Droit Public, 1986, s. 1655.

yuta ulaşmış olup, bu aşırı hassasiyet zaman zaman akademisyenlerin bilimsel görüşlerinden veya araştırma konularının niteliğinden dolayı meslekten ihraç edilmesine bile yol açmaktadır⁷⁰.

d) Ana hatları ile incelediğimiz bu üç maddenin uygulanmasında karşılaşılan bir güçlük de, mahkemelerin olaya uygulayacakları maddenin belirlenmesinde geçirilen tereddüt ve yapılan yanlışlardır. Bu durum Yargıtay'ın bazı kararlarında "bozma nedeni" olmuştur. Nitekim bir kararında DGM'nin, TCK. 312/2'yi uyguladığı bir fiilin aslında TMK. 8 kapsamında olduğunu belirtirken şöyle diyor: "... Davaya konu Devlet Kürdistan'da terör estiriyor, kurtuluş, ortak mücadeleden geçiyor başlıklı yazıda, Türkiye Cumhuriyeti topraklarından bir bölümü Kürdistan oradaki terörün Kürt halkının ulusal mücadelesi olarak nitelendirildiği, bu mücadelenin başarıya ulaşması için eleştiri ve önerilerin yer aldığı, böylece yazının 3713 sayılı kanununun 8. maddesi... kapsamına girdiği gözetilmeden suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde hüküm tesisi ... bozmayı gerektirmiştir."⁷¹. Kararda "Saniğin, olay gün ve saatinde namaz kılmak üzere camide hazır bulunan topluluğa hitaben "din elden gidiyor, kuran kursları kapatılıyor, siz ne duruyorsunuz" biçimindeki sarf ettiği sözlerin TCK.nun 312. maddesinin 1. fıkrasında tanımı yapılan halkı kanuna itaatsizliğe tahrik suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek aynı maddenin 2. fıkrasıyla hüküm kurulması ... kanuna aykırıdır" denilmektedir⁷².

Yargıtayın da onamasıyla kesinleşerek sonuçlanan bazı kararlarda, tipik olmayan hallerde TCK. 312/2'nin daha sık uygulanır olduğu gözlemlenmektedir. Oysa yazının tamamı okunduğunda "etnik mazlum bölge halkına devletin saldırısı" mesajı verilmek istenmektedir. Bu durumda TCK. 159 ya da

70) ERDOĞAN, M., a.g.e., s. 11.

71) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi: 1994/3563-6266 sayılı ve 18.5.1994 tarihli karar.

72) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi, 2000/9581-9798 sayılı karar, Kt. 29.5.2000, Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 2000, s. 1781.

TMK. 8 uygulanmalıydı⁷³. Benzeri bir yanlış değerlendirme İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nce yapılmış ve Yargıtayca onanmıştır⁷⁴. Yayınlanan bildiride halkın bir kesimi (Kürt halkı olarak nitelendirilmekte) diğer kesimine karşı değil, devlete karşı kışkırtılmakta, devlete ve kamu kurumlarına karşı hakarete varan sözler sarfedilmektedir. Bu olayda mahkeme TCK. 312/2'yi uygulamıştır. Oysa eylemin diğer unsurları da bulunmak kaydıyla TCK. 159 veya TMK. 8 uygulanabilir⁷⁵. Bilindiği gibi bu karar kamuoyunda İncal Kararı olarak geçer. AİHM, işlenen fiili "İfade hürriyeti sınırları içinde" görerek Türkiye'yi tazminata mahkum etmiştir⁷⁶.

Yine, Yargıtay'ın onadığı bir kararda "ülkedeki insanları kendi dini görüşü ve inancı doğrultusunda ve yoğunluğunda inanca sahip olanlarla olmayanlar biçiminde ayrıma tabi tutarak" fiil TCK. 312/2 kapsamında değerlendirilmiştir⁷⁷. Aynı şekilde "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ve devleti idare edenlerin ... bir saldırısı olarak vasıflandırılan ve halkın masum din duygularına karşı alenen ve açıkça tahrik ettiği ve bu şekildeki eylemleri TCK. 312/2 madde ve fıkrasında tanımlanan suç tipine uyar nitelikte olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmış olup..." diyerek⁷⁸ vardığı sonuç, işlenmiş olan fiil açısından tipik değildir⁷⁹.

Bilindiği gibi, Ceza Hukukunda kıyas caiz değildir. Bu nedenle, aynı dine, aynı ırka, aynı mezhebe, aynı sınıfa ya da aynı bölgeye mensup insanların birbirine karşı tahrik edilmesi

73) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi, E. 1994/6163, K. 1994/7188, Kt. 10.6.1994.

74) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi, E. 1993/5378, K. 1993/8152, Kt. 6.7.1993.

75) **GÖKÇEN, A.**, a.g.e., s. 137.

76) Bkz. İnsan Hakları Kararları Dergisi, C. 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1998, s. 396 vd.

77) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi, E. 1999/1140-3117 sayılı ve 10.3.1999 tarihli karar, Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 1999, s. 1010 vd.

78) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi, 1999/7181-10820 sayılı ve 24.6.1999 tarihli karar, Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 1999, s. 1613 vd.

79) **GÖKÇEN, A.**, a.g.e., s. 137.

durumunda fiil tipik olarak TCK. 312/2 bağlamında değerlendirilemez. Keza aynı dine mensup halk kitlelerinden çok dindar olanı az dindar olana karşı, farklı düşüncelere sahip grupları birbirine karşı tahrik eylemleri, TCK. 312/2 açısından tipik değildir ve dolayısıyla bu suç oluşturmaz⁸⁰. Ayrıca, birbirine karşı tahrik edilen gruplar halk kesimleri olmalıdır. Böyle olmayıp da halkın bir kesimi bazı kurum ve kuruluşlara karşı tahrik edilirse fiil tipik olmaz⁸¹.

Maalesef, Yargıtay incelemesinden de geçen bir çok mahkeme kararı ve iddianamede bu hususun gözardı edildiği görülmektedir. Nitekim Diyarbakır 3 No.lu DGM'nin 1998/36 E ve 69 K. sayılı kesinleşen ilâmında şöyle deniliyor: "Bütün bunlardan sanığın ... halkın laik olanlar-laik olmayanlar, inananlar-inanmayanlar diye ayrıldığı ... sözleriyle halkı din ve ırk farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik ettiği hususunda tam bir vicdani kanaat hasıl olmuştur". Aynı kararda "sanığın toplumun dindar olan veya dindar olmayan diye bölünen kesimleri arasında gerginliği canlı tutmayı amaçladığı topluma sistemli bir şekilde din karşıtı olarak tanıttıkları rejimin bazı kurum ve kurullarını hedef gösterdiği... sanığın ... bu konuşması ile din ve ırk farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etme suçunu işlediği" satırlarına da yer verilmiştir. Yine İstanbul 5 No.lu DGM'nin 1997/266 Müt. sayılı ve 27.6.1997 tarihli kararında benzeri bir durum mevcuttur. Kararda "Sanık...nin konuşmasının bir bütün olarak alınıp değerlendirildiğinde halkın bir kesimini diğer kesimine karşı inançlarından dolayı genel güvenliği bozup toplumsal tehlike yaratacak boyutta kin ve düşmanlığa tahrik ettiği ve böylece TCK. 312/2 maddesinde tanımlanan suçu işlediği ... anlaşılmakta.." denilmektedir. Bu ve benzeri kararlar Yargıtayca da onanmıştır⁸².

80) İbid., s. 135.

81) İbid.

82) Bkz. Yarg. 8. Ceza Dairesi, 3342-4453 sayılı ve 6.4.1999 tarihli kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Ekim 1999, s. 1475; Yarg. 8. Ceza Dairesi, 1140-3117 sayılı ve 10.3.1999 tarihli kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 1999, s. 1010; Yarg. 8. Ceza Dairesi, 7181-10820 sayılı ve

DGM ve Yargıtayca yapılan bu tür yanlış değerlendirmeler ve farklı maddelerden mahkumiyet, sadece verilecek cezayı değil sonuçları bakımından da şahsı etkileyebilir. Özellikle Siyasi Partiler Kanunu (md. 11) ve Milletvekili Seçimi Kanunu (md. 11) açısından bakıldığında, parti kurucusu ve milletvekili olmayacaklar sayılırken bazı maddeler (TCK. 312/2 gibi) açıkça zikredilmiştir. Bu durumda yanlış nitelendirmeler kişiyi farklı şekilde etkileyebilecektir.

III- Anayasa Mahkemesinin Düşünceleri Açıklama Hürriyetine Bakışı

Anayasa Mahkememiz, her şeyden önce "düşünce hürriyeti" ile "düşünceleri açıklama hürriyeti" ayrımına katılmakta ve bu konuda şunları söylemektedir: "İnsanların en tabii haklarından bulunan düşünce ve kanaat hürriyeti kişinin iç aleminde kaldığı müddetçe mutlak ve sınırsız bir mahiyet taşır. Toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlara bağlanabilir"⁸³. Bu konuda şu yaklaşımda bulunuyor: "Düşünce ve kanaat hürriyeti insanın en tabii haklarından biridir. Herkes istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç aleminde kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunu sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. İnsanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin söz, yazı, resim vesaire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sü-

24.6.1999 tarihli kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 1999, s. 1613.

83) Bkz., E. 1963/17, K. 1963/84, Kt. 8.4.1963, RG. 17.7.1963-11456; E. 1963/16, K. 1963/23, Kt. 8.4.1963, RG. 9.7.1963-11449. Bu kararlar için ayrıca bkz., AMKD., sy. 1, s. 159, s. 173; **ARSEL, İ.**, Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesinin Kararlarından Özetler, Ankara 1970, s. 87-90.

rekliliği sağlanmak için belli esaslara ve kuralara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar... Bahsi geçen... kayıtlama... vatandaşın... hakkında herhangi bir kanaat beslenmesini men edici mahiyet taşımaktadır. Esasen kanaat besleme kişinin iç alemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tabi tutulamaz. Bu kanaatin söz, yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki... bazı kayıtlamalara tabi kılınmıştır". Aynı kararında "düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı içine... anayasanın metnine dahil olan onun dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmında yer alan insan huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dahil bulunduğu kabule imkan tasavvur olunamaz" sonucuna varmıştır. Bu yaklaşımla TCK'nun 141 ve 142. maddelerinin Anayasaya aykırı olmadığını belirtmiştir⁸⁴.

Bu görüşten hareket eden Yüksek Mahkemeye göre "sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığı gözönüne alınca 20. maddeye, (1961 Anayasasının) düşünce ve kanaat hürriyeti hakkında hiçbir kayıtlama kıstası konulmamış olmasını, bu hürriyeti anayasanın dayandığı temel ilkelere uygun olarak ve Anayasa'nın 11. maddesinde gösterilen esaslar dahilinde kalmak şartıyla, her istikamette sınırlayabilmek hususunda Anayasa vazının kanun koyucuya takdir hakkı tanımış olduğu şeklinde yorumlamak tabii bulunmaktadır".

Nihayet, 11. maddenin genel bir sınırlama sebebi olduğunu şu kararında açıkça vurgulamaktadır: "Anayasamız, düşünce kanaat hürriyetine ilişkin genel kural, 20. maddesinde belirtilmiş, düşünce ve kanaatlerin belli başlı açıklama ve yayma şekil ve yollarını da sonraki maddelerinde düzenlemiştir... Şu halde kişiler, düşünce ve inançlarını bu yollarla açıklamak ve yaymak istedikleri takdirde ilgili maddelerdeki sınırlamalara riayet etmek zorundadırlar. Düşünce ve kanaatlerin bu maddelerde öngörülenler dışındaki yollardan yayılması ve açıklanması konusunda ise... temel hak ve hürriyetlerin genel olarak ne surette ve hangi ölçüler içerisinde sınırlanabilecekle-

84) E. 1963/173, K. 1965/40, Kt. 26.9.1965, AMKD. sy. 4, s. 266 vd.

rini gösteren Anayasanın 11. maddesi önümüze çıkar... Anayasamız 22. maddesiyle basın ve haber alma hürriyeti, 29. maddesiyle dernek kurma hakkı üzerinde özel sınırlama sebepleri kabul ettiği gibi, 11. maddesiyle de genel nitelikte olmak üzere temel hak ve hürriyetler için sınırlama sebepleri kabul etmiş bulunmaktadır”⁸⁵.

Anayasa Mahkemesi düşünceleri açıklama hürriyeti konusunda çizdiği bu sınırlayıcı tabloyu bazen o kadar ileri götürmüştür ki, 27 Mayıs Devrimini tenkit etmeyi yasaklayan kanunu Anayasa uygun bulmuştur. Gerçekten “Anayasa nizamını, milli güvenlik ve huzur bozan bazı fiillere” ilişkin 5 Mart 1962 tarihli Tedbirler Kanunu’nu Anayasaya uygun bulurken, şöyle diyor: “Yüksek Adalet Divanı veya diğer yargı mercilerinin verdiği kararların kötülenmesi ve mahkûm edilmiş olanların mahkumiyetini intaç eden fiillerin veya şahısların övülmesi, sonucu itibariyle 27 Mayıs devriminin meşruluğunu ve haklılığını inkâra yol açan ve halk efkârına bu devrimi yani, Türk Milletinin meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnmesini yersiz ve gayrimeşru gibi göstermeye müncer olan ve bu yoldan vatandaşlara birbiri aleyhine tahrik ederek onlar arasında kin ve düşmanlık yaratan bir davranış teşkil etmektedir”⁸⁶.

1961 Anayasasının bazı düşüncelerin açıklanmasını yasakladığı görüşü, Anayasanın “Anayasa değişikliği”ni düzenleyen 155. maddesini de kendisine dayanak almaktadırlar. Bu maddenin asıl konuş amacının “Anayasanın ruhuna aykırı değişiklikleri önlemek” olduğunu belirtmektedirler. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bu görüşünü kararında şöyle ifade ediyor: “Bu maddeyi hazırlayan Kurucu Meclisin ve Anayasayı kabul ve hürriyete, adalete, fazilete âşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet etmiş bulunan Türk Milletinin, Anayasasının ve niteliklerini belirttiği hukuk devletinin temelinden kaldırılması ile onun tam zıddı rejimlerin geliştirilmesini öngörmüş bulunduğu düşünülemez. 155. maddenin Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, bir

85) İbid.

86) Bkz. 48 Nolu dipnotta zikredilen karar.

kalem ile 1961 Anayasasının özünü ortadan kaldıracı ve bu niteliği ile değişiklik olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasanın ve Anayasanın devrilmesini öngören maksatların sözü geçen 155. maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir⁸⁷.

Görülüyor ki, düşünceleri açıklama hürriyetinin sınırlı olduğu görüşünü savunan yazarlar, görüşlerine 1961 Anayasasının muhtelif hükümlerini dayanak yapmaktadırlar. Böylece bu Anayasanın sınırlı bir düşünceleri açıklama sistemine sahip olduğunu, dolayısıyla bazı düşüncelerin açıklanmasının suç teşkil edeceğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir⁸⁸.

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı 1982 Anayasasını hazırlayan Komisyonu etkilemiştir. Nitekim, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili bu durumu açıkça dile getirerek, Anayasa Mahkemesi kararlarına gönderme yapmakta ve "düşünce hürriyeti" ile "düşünceleri açıklama hürriyetini" ayrı maddeler halinde düzenlediklerini belirtmektedir⁸⁹.

1961 Anayasası döneminde geniş tartışmalara yol açan, önemli bir sorun sayılan temel hak ve hürriyetleri sınırlama sebeplerinin her hak ve hürriyet için geçerli olup olmadığı sorununun 1982 Anayasası kökünden halletmiştir (md. 13). Buna göre, "bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir". Bu durum ayrıca ilgili madde gerekçelerinde de açıkça vurgulanmıştır⁹⁰. Bu hükmün genel bir sınırlama nedeni olduğu kuşkusuzdur⁹¹.

87) Bkz. E. 1963/173, K. 1965/40, Kt. 26.9.1965 AMKD, sy. 4, s. 269.

88) Bu konuda diğer bazı kararları için bkz. E. 1963/170, K. 1963/78, AMKD, sy. 1, s. 304; E. 1980/19, K. 1980/48, Kt. 3.7.1980, AMKD, sy. 18, s. 271; E. 1979/1, K. 1980/59, Kt. 27.11.1980, AMKD, sy. 18, s. 339; E. 1980/68, K. 1981/3, Kt. 15.1.1981, AMKD, sy. 19, s. 10.

89) Bkz. Feyyaz Gölcüklü'nün konuşması, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, c. 8, s. 273-274.

90) Bkz. **KUZU, B.**, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1999, s. 13-14.

91) **ÖZBUDUN, E.**, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2000, s. 101; **AKILLI-**

Böylece, 1982 Anayasası, bu konudaki tartışmaları tamamen kapatmıştır. Tabii ki, Yasama Organı bir hürriyeti sınırlarken 13. maddede sayılan sebeplerden hepsine dayanmak zorunda değildir; sadece bazılarına dayanması veya bir hürriyetin iç sınırlanamaması da mümkündür⁹². Ne var ki, Anayasa Mahkemesi "basın dışı haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (md. 31) ile ilgili bir davada "Kanun koyucu 13. maddedeki sınırlama nedenleriyle yetinmek zorunda değildir. Bunların dışında kalan nedenlere dayanarak bazı kayıtlar da koyabilir. Bu bir takdir sorunudur"⁹³. Elbette ki, Anayasa Mahkemesinin bu kararına katılmak mümkün değildir. Bu karar karşısında Anayasanın üstünlüğü ilkesini (md. 11) açıklamak zordur. Kaldı ki, temel hakların sınırlandırılmasında bu yaklaşımın ne kadar tehlikeli sonuçlar doğuracağı da açıktır⁹⁴.

Nitekim, Yüksek Mahkeme, daha sonra verdiği bir başka kararında "Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, Anayasanın konu ile ilgili tüm hükümlerinden yararlanmak zarureti vardır. Çünkü her yasa gibi, Anayasa da bir bütündür ve tek bir kuralın yeterince açıklık getirmediği durumlarda bütün metnin gözönünde tutulması, başka anlatımla, sözünde açıklık olmayınca özüne gidilmesi ve bunun için de kuralların tümünün incelenmesi, öz yönünden yorum yapılırken ileriye dönük ve gerçekçi bir yolun izlenmesi gerekir"⁹⁵ diyerek yukarıda zikrettiğimiz görüşünden biraz döner gibi olmuştur.

Şu halde, 1982 Anayasasında genel olarak tüm hak ve hürriyetler için öngörülmüş bulunan sınırlama nedenleri, aynen, düşünceleri açıklama hürriyeti bakımından da geçerli olduğu görüşü, Anayasa Mahkemesince de uygulanmıştır.

Düşünceleri Açıklama Hürriyeti konusunda çıkarılmış bu-

OĞLU, T. "1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları", İnsan Hakları Yıllığı, 1983/1984, c. 5, s. 60.

92) **ÖZBUDUN, E.**, a.g.e., s. 101; **UYGUN, O.**, a.g.e., s. 121; **TANÖR, B.**, İki Anayasa, 1961-1982, İstanbul 1986, s. 140.

93) E. 1984/1, K. 1984/2, Kt. 1.3.1984, AMKD. sy. 20, s. 195.

94) **TEZİÇ, E.**, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 189., not: 2.

95) E. 1990/4, K. 1990/6, Kt. 12.4.1990, RG. 17.6.1990-20551.

güne kadar bilinen çok özel kanunlar mevcut değildir. Dolayısıyla bu konu özel olarak Anayasa Mahkemesinin önüne gelmemiştir. Fakat, af kanunlarının iptali münasebetiyle ve en son çıkarılan "ceza erteleme" imkanı veren yasalar dolayısıyla getirilebilmiştir.

Af Kanunu olarak kamuoyunda en çok konuşulan ve doktrinde en çok tartışılan kanun, Cumhuriyetin 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkındaki 15.5.1974 tarihli ve 1803 sayılı Kanundur⁹⁶.

Bu kanun bazı suçları, bu arada TCK. nun eski 141 ve 142. ve 163. maddelerinden mahkum olanları af kapsamı dışında tutmuştu. Anayasa Mahkemesinin açılan iptal davası üzerine, şekil bakımından Anayasaya aykırı bularak bazı maddeleri iptal etmesi⁹⁷ ile affın kapsamı netice olarak genişlemiştir.

IV- Anayasamızda Son Değişiklikten Sonra Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü

Anayasamızda 4709 sayılı ve 3.10.2001 tarihli Kanunla bazı değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerin bir kısmı düşünceleri açıklama hürriyetini de etkilemektedir. Bu bağlamda Başlangıç bölümü, 13, 14, 26, 38 ve Geçici 15. maddelerde yapılan değişiklikleri zikredebilir.

Başlangıç bölümünde yer alan: "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk Millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerinin, Atatürk Milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği" biçiminde formüle edilen ve neredeyse müesses nizamın aleyhine görüş açıklanmasını ciddi olarak sınırlandıran ifade biraz yumuşatılarak, "Hiçbir düşünce ve mülahaza..." ifadesi yerine "Hiçbir faaliyet" kavramı getirilmiştir. Böylece, bu alanda sınırlanacak

96) Bkz. RG. 18.5.1974-14890 (Mükerrer).

97) Bkz. E. 1974/19, K. 1974/31, Kt. 2.7.1974, AMKD. sy. 12, s. 259 vd.

olan hususun düşünceden ziyade eylem olduğu belirtilmek istenmiştir. Ne var ki, "faaliyet" kelimesi "eylem" kelimesinin tam karşılığı sayılır mı? Bizce sayılmaz. Nitekim ilk metinde "eylem" kelimesi kullanıldığı halde pazarlık neticesi "faaliyet" kelimesinde anlaşma sağlanmıştır. Elbette ki, faaliyet kelimesi eylemi de kapsar; fakat salt düşüncenin açıklanması da faaliyet olarak değerlendirilebilir.

Bu değişiklik düşüncelerin açıklanmasında hangi rahatlığı sağlamıştır? Bir defa yasama organı düzenleme yaparken ve Anayasa Mahkemesi düşünceleri açıklama özgürlüğü alanına ilişkin düzenlemelerin Anayasaya uygunluğunu denetlerken, ifade özgürlüğü lehine daha rahat yaklaşabilme imkânına kavuşmuştur. Denilebilir ki, artık, demokratik, hukuk açısından düşünce açıklama özgürlüğü ve onun sağladığı dokunulmazlık zırhının yalnızca "anayasaya" ve "başlangıçtaki değerlere" uygun düşünceler için geçerli olacağını, onun dışındaki düşüncelerin anayasal korumadan yararlanamayacağını iddia etmek daha zorlaşmıştır.

Böyle olmakla beraber, "Devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü" yalnızca başlangıçta geçen bir kavram değil, anayasanın yeni 14. maddesinde ve yeni 26. maddesinde de yer edinen ve korunan değerdir. Bu bakımdan bu hukuksal değere aykırılık oluşturan herhangi bir düşünce açıklamasının, faaliyet olup olmadığı tartışmasına girmeksizin, anayasal korumadan yararlanacağını iddia etmenin imkanı kalmamaktadır. Ancak "devletin ülkesiyle bölünmezliği esası" konusundaki bu berraklık, diğer kavramlar için söz konusu değildir. Yani anayasanın başka herhangi bir maddesinde temel hak sınırı olarak öngörülmemeyen "Türk milli menfaatleri, Türk varlığı, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri, ..." gibi değerlere aykırılık oluşturan düşünce açıklamalarının anayasal korumadan yararlanamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu tür düşünce açıklamalarının "faaliyet" kapsamı dışına çıkarılıp, anayasal korumadan yararlanabileceklerini iddia etmek, gerek anayasanın ruhu, gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından

anayasaya kazandırılan nitelik ve sözü edilen değerlere yüklediği anlam karşısında gerçekçi bir temele dayanmaz⁹⁸.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması başlığını taşıyan 14. maddede yapılan değişikliğe gelince; Yeni düzenlemeye göre "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmaz" denilmektedir. Böylece TCK.'nun eski 141 ve 142. maddelerin, anayasal dayanakları ortadan kaldırılmıştır. Fakat, TCK. 163. maddenin anayasal dayanaklarının kaldırılmadığını, hem Başlangıç Kısmından hem de 24. maddenin son fıkrasından çıkarmak mümkündür. Bunun ötesinde TCK. 312/2. maddesinin anayasal dayanağının da ortadan kaldırıldığının, bu bakımdan artık söz konusu ceza yasasının anayasaya uygunluğunun denetiminde, 14. maddedeki anayasal sınır kapsamından çıkarılıp 13. maddedeki "demokratik toplum düzeni gereklerine uygunluk" kriterine tabi tutulabileceğini ve yasa koyucu tarafından daha demokratik ve özgürlükçü bir yapıya kavuşturulabileceğini iddia etmek yanlış olmaz⁹⁹.

Kötüye kullanma konusunda getirilen önemli bir yenilik de, kötüye kullanmanın sadece kişiler bakımından değil, Devlet bakımından da yapılamayacağını açıkça vurgulanmasıdır. Bunun neticesi olarak, Devletin, temel hak ve özgürlükleri "Anayasanın öngördüğü ölçünün dışında sınırlandırılması" bir tür kötüye kullanma sayılabilecektir. AİHS'nin 17. maddesinde geçen "Bu sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir faaliyetle girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağladığı şeklinde yorumlanamaz" hükmünü, Anayasanın 14. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte düşündüğümüzde daha bir yakınlık kurulabildiği açıktır.

98) CAN, O., "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti, Liberal Düşünce (Dergisi), Yıl: 6, sy. 24, Güz-2001, s. 106.

99) İbid., s. 107.

Keza, yeni 14. maddenin metninde "amaçlayan bir faaliyette bulunma" yasaklanmıştır. Oysa eski metinde sadece "amacıyla" denilmekteydi. Böylece, artık faaliyet, cezalandırılmamakta, bu faaliyetin objektif olarak yasa dışı bir amacı gerçekleştirilmeye yönelik olması aranmaktadır.

Bir başka yaklaşımla da denilebilir ki, Başlangıç ve 14. maddedeki değişiklikler birlikte değerlendirildiğinde, anayasanın 25. maddesinin mutlak bir garantiye kavuştuğunu, ancak "faaliyet" kavramının düşünce açıklamalarını kapsadığını ve bu sonuçla anayasanın düşünce suçlarına kapılarını kapadığını söyleme imkanı kalmamaktadır. Başlangıcın anayasanın metnine dahil olması ve Anayasa Mahkemesinin başlangıcı yorumlayış tarzı değişmediği sürece anayasadaki antidemokratik özün ortadan kalktığını söylemek mümkün olamayacaktır¹⁰⁰.

"Kötüye kullanma" yasağının 14. maddede yapılan bu değişiklikle kısmen daraltıldığı düşünülse bile, 24. maddenin son fıkrasında yer alan ve son Anayasa değişikliğinde de dokunulmayan "kötüye kullanma yasağı" sürmektedir. Buna göre "Kimse Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne surette olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz". Böylece, "kötüye kullanma" yasağı Anayasa değişikliğinden sonra da, nitelik değiştirerek devam ettiğini söylemek mümkündür. Bu yeni duruma göre kötüye kullanma alanından çıkarılan bazı faaliyetlerin, düşünce özgürlüğünü anayasal sınırını tayin etmeye devam ettiğini, Başlangıç kısmından (5. paragraf), 24/son'dan ve Anayasanın bütününden hareketle çıkarmak mümkündür.

Burada ifadesini bulan "istismar etme" veya "kötüye kullanma" kavramları hakkın kötüye kullanılmasının klasik sınırlandırılmalarıdır. Böyle anlaşıldığı sürece pek de sorun doğurmayacağı söylenebilir. Fakat bu fıkra ile, antilaik görüşleri ve

100) ERDOĞAN, M., Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor (Bkz. www.liberal-dt.org.tr-10.12.2001).

teokratik ya da dine dayalı bir devlet düzeninin kurulması yasaklanmıştır¹⁰¹. Ayrıca, bu kural gerek anayasa hukuku teorisinde, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında temel hakların, özellikle düşünceyi açıklama özgürlüğünün doğrudan doğruya sınırı olarak anlaşılmış ve uygulanmıştır¹⁰². Nitekim bu anayasal yasağı somutlaştıran mülga TCK'nın 163/4 maddesi doğrudan doğruya antilaik ifadelerin propagandasını yasaklamaktaydı. Öte taraftan, Anayasa Mahkemesinin TCK. 163. maddesini anayasaya uygun bulan bir kararında, (1961 anayasasının) 19. maddesinde ifadesini bulan "istismar etmek", "kötüye kullanmak", "yasağa karşı gelmek" ve "kışkırtmak" kavramlarının TCK. 163/4. maddesindeki propaganda ve telkini karşıladığı dile getirilmiştir¹⁰³. Propagandanın Türk anayasal pratiğinde yasaklanabilmesi için, bunun mutlaka doğrudan doğruya bir zarar ya da tehlike doğurmasına gerek yoktur¹⁰⁴. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi'ne göre, "antilaik" düşüncelerin açıklanması, düşünce özgürlüğü kapsamında bile görülmemiştir¹⁰⁵. Nitekim, bir kararında "düşünce özgürlüğünün sınırlanması, laikliğin korunması ve yaşatılması amacıyla Anayasanın kendisi tarafından öngörülmüştür" diyerek¹⁰⁶, bu yaklaşımı sergilemiştir. Yüksek Mahkeme, bu konuyu o kadar ileri götürmüştür ki, "üniversitelerdeki kılık-kıyafeti eleştiren ifadeleri" bir siyasi partinin kapatılmasında gerekçe olarak bile kullanabilmiştir. Hatta, bu yönde yapılan mitingleri "demokrasiyi yok etmeyi hedefleyen eylemler olarak nitelendirerek, "bunların düşünceleri açıklama özgürlüğünden yararlanamayacakları" sonucuna varmıştır¹⁰⁷. Bu yaklaşım neticesi, Ana-

101) **DİNÇKOL, B.**, 1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik, İstanbul 1992, s. 103.

102) Bkz. E. 1980/19, K. 1980/48, Kt. 3.7.1980, AMKD, sy. 18, s. 272.

103) İbid., s. 273.

104) İbid. Bu konuda bkz. **CAN, O.**, a.g.m., s. 103; **UYGUN, O.**, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, sy. 2, s. 378 vd.

105) Bkz. **TANÖR, B.**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Bası, İstanbul 1994, s. 198.

106) Bkz. E. 1998/1, K. 1989/12, Kt. 3.7.1989, RG. 5.7.1989-20216.

107) Bkz. E. 1998/2, K. 1998/1, Kt. 9.1.1998, RG. 22.2.1998, s. 277.

yasa Mahkemesi tüm kamusal alanı din kaynaklı olgulardan temizleme yargısına götürücü bir tutum sergilemiştir¹⁰⁸. Bu yaklaşımdaki temel yanlış, dinin sömürülmesi olgusunun hukuki bir sorun olarak görülmesidir. Oysa, bu bir etik sorundur, eğitim ve toplumsal hoşgörü ile aşılacak meselelerdir¹⁰⁹. Aksi halde, Devlet herhangi bir dini davranışı ya da düşünce açıklamasını önce "yanlış" ya da "dini duyguların sömürülmesi" olarak nitelendirir ve sonra cezai müeyyidelere bağlar¹¹⁰. Nitekim, TCK.nun kaldırılan 163. maddesi mahkemelerimizce bu yaklaşımla uygulanmıştır¹¹¹.

Doktrinde de, Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasında yer alan bu düzenleme farklı şekilde yorumlanmış. Bir kısım yazar¹¹² bu düzenlemeyi "düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırı" olarak kabul ederken; diğer bir grup¹¹³ bu düzenlemeyi bir cezaî yaptırım gerektiren düşüncelerin sömürülmesi ve kötüye kullanılmasının yasaklanması amacına yönelik olduğu sonucuna varmaktadırlar.

Son Anayasa değişikliği ile, düşünceleri açıklama hürriyeti ile doğrudan doğruya ilgili olan 26. maddede yapılan değişikliğe gelince; en göze batan husus, 3. fıkranın metinden çıkarılmış olmasıdır. Bu fıkroda "Düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan her hangi bir dil kullanılmaz" deniliyordu. Bu konuda mevcut olan kanun daha önce zaten yürürlükten kalktığı için, ortada uygulanan bir yasak

108) **SELÇUK, S.**, Düşünce Özgürlüğü, Yeni Türkiye, Türk Demokrasisi Özel Sayısı, No: 17, s. 242.

109) *İbid.*, **CAN, O.**, a.g.m., s. 103.

110) **SELÇUK, S.**, a.g.m., s. 242.

111) Bu kararlar için bkz., **KAZAN, T.**, Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü, İstanbul Barosu Dergisi, sy. 52, s. 684 vd.

112) Bkz. **ÖZBUDUN, E.**, Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2002, s. 81; **DİNÇKOL, B.**, a.g.e., s. 103; **KAZAN, T.**, a.g.m., s. 684; Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir. Bkz. E. 1989/1, K. 1989/2, Kt. 7.3.1989, AMKD., sy. 25, s. 143 vd.

113) **SOYSAL, M.**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 10. Baskı, İstanbul 1993, s. 141; **TEZİÇ, M.**, Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü, Anayasa Yargısı, No: 7, 1990, s. 38 vd.

yoktu. Bu şekilde anayasal temelleri de ortadan kaldırılmış oldu. Esasen böyle bir yasağı demokratik bir ülkede savunmanın zorluğu da ortadadır.

Bu bağlamda değiştirilen bir hüküm de 28. maddedir. Bu maddenin 2. fıkrasında yer alan "Kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayın yapılamaz" cümlesi madde metninden çıkarılmıştır. Ancak bu yönde 3984 sayılı ve 13.4.1994 tarihli Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun¹¹⁴ dördüncü maddesinin (t) bendinde "Radyo ve Televizyon yayınlarının Türkçe yapılması" esası öngörüldüğü için, bu hüküm kaldırılmadıkça ve mahalli dillerde yayın yapılmasının esası belirtilmedikçe, bu alanda yerel dillerin kullanılması mümkün değildir. Gerçi uygulamada bu tür gazete, dergi vs. yayın yapılmaktadır. Ancak görsel yayın yolu kapalıdır. Fakat son Anayasa değişikliği karşısında kanunun da değişmesi gerekmektedir.

Ancak, Anayasanın 42. maddesinde "Türkçeden başka hiçbir dil eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez" hükmü yerinde durmaktadır.

Türkiye, 1966 tarihli Siyasî ve Medenî Haklara İlişkin Sözleşmeyi ve ek protokolleri imzaladığı ve onayladığı için bazı taleplerle karşılaşacaktır. Oysa Fransa hâlâ bu sözleşmeyi imzalamadığı gibi, 1998 tarihli Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşmesini de imzalamamıştır. Esasen, Türkiye'de yer alan ve birtakım bölgesel özelliklerden kaynaklanan farklılıklar "azınlık" sayılmak için yeterli bir neden olamaz. Unutmayalım ki, yurt dışından verilen örnekler bir "azınlık" örneği olmaktan öte, sömürgeleştirilmiş topraklar ve onların ahalisine, anavatana bağlama gayretleri bağlamında bir takım haklar vermektedirler. Örneğin Fransa'da Anayasa bu bölgeler için "Deniz Aşırı Ülkeler" ifadesini kullanmıştır. Türkiye'de yaklaşık 18 çeşit grubun bulunduğu ve her birinin anadilde eğitim ve kendi dilinde yayın hakkı tanındığı düşünülürse ülkenin düşeceği hali siz düşünün. Kaldı ki, gerek 1988 tarihli Avrupa Par-

114) Bkz. RG. 20.4.1994-21911.

lamentosu kararında gerekse Birleşmiş Milletlerin konuya ilişkin Komisyon kararlarında azınlık statüsünde olan kesimin "ayrımcılık" taleplerinin olmaması gerekiyor. Bunun sınırı nasıl belirlenecek? Zaman içinde doğacak ayrılma taleplerini güç kullanarak önlemek ne kadar başarılı olabilecek? O zaman dünya devletlerinin tavrı ne olacak? Tüm bu sorunlar cevap beklemektedir.

Öte yandan, dünyada 5000'e yakın etnik ve dini gruplar bulunduğu düşünülecek olursa, bu kadar grubun devletçik kurma hevesleri dünya barışını ne hale getirir? Bunun hesabı yapılmakta mıdır?

İşin esası, bazı marjinal gruplara ve kesimlere haklar tanımak yerine, konuyu genel anlamda insan ve birey hakları bağlamında ele alıp değerlendirmek ve sorunu global düzeyde çözmek, mikro çözümler yerine makro planda çareler aramak, çok daha akılcı ve çok daha kalıcı neticeler verecektir.

Kaldı ki, bir an için Azınlık Hakları Sözleşmesini onaylasak bile çok da korkulacak bir durum yoktur. Gerçekten 1998 tarihli ve "Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşmesi"nin 3. maddesinde "Taraf Devletler eğitim düzenleri çerçevesinde ulusal azınlığa mensup kişilerin kendi özel eğitim ve öğretim kurumlarını kurma ve yönetme hakkına sahip olduğunu tanır" deniliyor ise de, aynı maddenin devamında bu hakkın kullanımını Taraflara (Devlete) herhangi bir mali yükümlülük getirmez" ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca 14. maddede, azınlıklara böyle bir hak verilirken "dilini öğretilmesi ya da bu dilde eğitim yapılması saklı tutularak uygulanır" cümlesi yer almaktadır. Nihayet, 21. maddede "Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü uluslararası hukukun temel ilkelerine ve özellikle Devletlerin egemenliği ülkesel bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığına aykırı herhangi bir faaliyete girişme ya da herhangi bir eylemde bulunma hakkını içerir şekilde yorumlanamaz" denilmektedir.

Neticede, Anayasamızda 3.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikle Anayasanın 26 ve 28. maddelerinde yer alan ana dilin konuşulması, bu dilin yazılı ve görsel basın ve yayın dili olarak

kullanılmasının önündeki engeller kaldırılmakla beraber, maddede yer alan eğitim dili olarak kullanılamayacağı yolundaki yasak devam etmektedir.

Düşünceleri açıklama hürriyeti bağlamında çerçeve çizen ve bir yasak alan belirleyen düzenlemede, Anayasanın 27 ve 130. maddelerinde mevcuttur. Bilim ve sanat hürriyetini düzenleyen 27. maddeye göre "yayma hakkı, Anayasanın 1, 2 ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz." Benzer hüküm 130. maddede mevcuttur. Buna göre "Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak, bu yetki Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez."

Bu alanlara ilişkin yasak, ilke olarak makul görülebilirse de, araştırma, inceleme ve eleştiri sınırları içinde kalınıp kalınmadığını anlamak pek de kolay olmayacaktır.

Bu kısmî iyileştirmeler yanında genel ve özel sınırlama sebeplerini düzenleyen, Anayasanın 13. maddesinin de Düşünceleri Açıklama Hürriyeti lehine getirdikleri vardır.

Bilindiği gibi hak ve hürriyetleri sınırlandırmada özel ve genel sınırlama nedenleri sorunu 1961 Anayasası döneminde hep tartışılmıştır. Bu konuya ilişkin 11. madde gerek doktrin de gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında sürekli sorun olarak gündemde kalmıştır. Özellikle, hiç bir sınırlandırma sebebi sayılmayan, düşünceleri açıklama özgürlüğüne ilişkin 20. maddenin sınırlandırma dışında kaldığı vurgulanırken¹¹⁵, bir kısım yazara¹¹⁶ göre ise, 11. madde bütün hürriyetler rejimini kapsadığı ve genel bir hüküm olduğundan, düşünceleri açıklama hürriyetine ilişkin 20. maddede özel sınırlama sebepleri gösterilmediğinden, 11. maddede sayılan tüm sınırlama sebep-

115) Bu tartışmalar konusunda bkz. **KUZU, B.**, *Düşünceleri Açıklama Hürriyeti ve Ülkenin Bölünmez Bütünlüğü*, İstanbul 1997, s. 60 vd.

116) Bu yazarların görüşleri için bkz. **KUZU, B.**, a.g.e., s. 61 vd.

leri 20. madde için de geçerlidir. Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir¹¹⁷.

İşte, tüm bu tartışmalara son vermek amacıyla, 1971'de yapılan Anayasa değişikliği ile 11. madde değiştirildi. Bu değişiklikte tek tek genel sınırlama sebepleri sayıldı; buna "veya Anayasanın diğer maddelerinde görülen özel sebeplerle" sınırlandırılabilmesi ilavesi yapıldı. Ne var ki, bu değişikliklerden sonra da tartışmalar bitmedi. Maddede mevcut sınırlama sebepleri sayıldıktan sonra "... veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebepler" ifadesinin ilave edilmesinde "veya" yerine "ve" sözcüğünün eklenmesi gerektiği halde bunun yapılmamış olması, düşüncelerin açıklanması gibi sınırlanamayacak özgürlüklerin bulunduğu yönündeki görüşleri hâlâ geçerli kıldığı ileri sürülmüştür¹¹⁸.

1982 Anayasası, bu tartışmalara son vermek için 13. maddede durumu açıkça belirtmek zorunda kalmıştır. Sınırlama sebepleri sayıldıktan sonra "... Bu maddede yer alan sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir" cümlesi ilave edilmiştir. Böylece artık, düşünceleri açıklama hürriyeti yani (md. 26) da sınırlama kapsamı içine tartışmasız bir şekilde alınmış oldu.

Son yapılan Anayasa değişikliği ile sanki bir nevi 1961 Anayasasının 11. maddesinin ilk metnine geri dönmüş oldu. Böylece artık genel sınırlama hükmü bulunmadığından, maddelerde sayılan sınırlama sebepleri ile yetinilecektir. Bu değişiklik, her bir maddenin niteliğine göre sınırlama sebeplerinin belirlenmesi imkânı vermekle beraber, her bir maddede ayrı bir sayma gibi, Anayasa tekniği bakımından hoş görülme-yen bir yükü beraberinde getirdiği gibi, değişiklik sırasında bazı maddelerin sınırlanma dışı kalması bile mümkündür. Kaldı ki, tek tek maddeler için sınırlama sebeplerini sağlıklı olarak belirlemenin güçlüğü de açıktır. Şu halde, genel bir sınırlama maddesi yazıp, bu sınırlama sebepleri içinden, kanun koyucunun

117) Bkz. E. 1963/16, K. 1963/83, Kt. 8.4.1963, AMKD. sy. 1, s. 163 vd.; E. 1963/17, K. 1963/84, Kt. 26.9.1965, AMKD., sy. 4, s. 266.

118) **SOYSAL, M.**, 100 Soruda..., 1976, s. 141.

her hürriyetin niteliğine göre seçme yapması çok daha sağlıklı bir yol olsa gerektir¹¹⁹. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin "Kanun koyucu 13. maddedeki sınırlama nedenleriyle yetinmek zorunda değildir. Bunun dışında kalan nedenlere dayanarak bazı kayıtlar da koyabilir. Bu bir takdir sorunudur"¹²⁰ şeklindeki görüşüne elbetteki katılmak mümkün değildir¹²¹. Nitekim, Yüksek Mahkemenin daha sonra verdiği bir başka kararında bu görüşünden biraz saptığını gözlemliyoruz¹²². Bu kararında "Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, Anayasanın konuyla ilgili tüm hükümlerinden yararlanmak zarureti vardır... ileriye dönük ve gerçekçi bir yolun izlenmesi gerekir" diyor.

Anayasada yapılan bu son değişiklikle 13. madde şu şekle getirildi: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Yeni düzenleme ile, genel sınırlama ilkesi kaldırılmış; hürriyetlerin özüne dokunma yasağı getirilmiş; lâik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı vurgulanmış; sınırlamada ölçülülük ilkesi belirtilmiş ve nihayet sınırlamanın sınırı olarak "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" ilkesi muhafaza edilmiştir.

Bu yeni durumun kimi kazanımları yanında bazı sakıncaları da beraberinde getirdiğine yukarıda işaret etmiştik. Getirilen sınırlama nedenlerine baktığımızda, eski 13. maddede sayılan sebepler paket halinde 26. maddeye aktarılmıştır. Bunların içinde sadece "genel ahlâk" sebebiyle sınırlandırmaya yer verilmemiştir. Acaba düşünceleri açıklama özgürlüğü artık "genel ahlâk"a aykırılık gerekçesi ile sınırlandırılmayacak mıdır?

119) Bkz. **GÖZLER, K.**, Anayasa Değişikliği Gerekli Mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma, Bursa 2001, s. 8-12.

120) Bkz. E. 1984/1, K. 1984/2, Kt. 1.3.1984, AMKD., sy. 20, s. 195.

121) **TEZİÇ, E.**, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 189, Not: 2.

122) Bkz. E. 1990/4, K. 1990/6, Kt. 12.4.1990, RG. 17.6.1990-20551.

Bunu söylemek mümkün değildir. Çünkü kimi görüş açıklamaları genel ahlaka aykırı düşebilir. Nitekim, basın özgürlüğü, dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşünün kullanılmasında "genel ahlak" bir sınırlandırma nedeni olarak öngörülmüştür. Ayrıca, bir çok ülke Anayasasında ve AİHS'inde (md. 10), genel ahlaka aykırılık düşünceleri açıklama özgürlüğü bir sınırlandırma gerekçesi olarak sayılmıştır.

Öte yandan, dernek kurma özgürlüğü, toplantı ve yürüyüş hakkı gibi düşünceleri açıklama özgürlüğünün türevi sayılan ve belki özellikleri gereği daha çok sınırlandırılmaya açık sayılan bu hürriyetler için "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" ilkesi bir sınırlandırma nedeni olarak sayılmazken, düşünceleri açıklama hürriyeti bakımından sayılmış olmasını açıklamanın güçlüğü de ortadadır. Bu durumda kıstasın başlangıçta ve 14. maddede geçtiği düşünülerek adı geçen bu özgürlüklere de bu sınırı çizdiğini söylemek mümkün olsa gerektir¹²³.

Yapılan değişiklik arasında dikkat çeken bir hususda "Laik Cumhuriyet" ilkesinin, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bir kriter olarak öngörülmüş olmasıdır.

Demokratik cumhuriyet ilkesinin, temel hak sınırlamalarında yasa koyucunun yapacağı sınırlandırmaların sınırı fonksiyonu varken, laik cumhuriyet kavramının yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlaması nedeni olarak algılandığı ve uygulandığı hem hukuk teorisinde dile getirilen hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya çıkan temel olgudur. Bu durumda laik cumhuriyet ilkesinin, sınırlamanın sınırı niteliği olmamasına rağmen bununun 13. madde metnine alınması, maddenin koruyucu etkisinin ortadan kaldırılmasına hizmet eder. Ancak "laik cumhuriyet" kavramının pozitivist bir yaklaşımla değil de, çağdaş ve hümanist bir yaklaşımla, anglo-sakson anlayışı ve Fransa dışında kalan Kıta-Avrupası seküler anlayışıyla yorumlanabilmesi durumunda, temel hakların sınırlanmasında koruyucu nitelik kazanabileceğini söyleyebiliriz¹²⁴. Hat-

123) CAN, O., a.g.m., s. 111.

124) *ibid.*

ta denilebilirki, laikliğin gerçek anlam ve muhtevası yönünden yaklaşılsa, yeni kıstasın Türkiye'de laiklik ilkesinin yanlış yorumlanmasından kaynaklanan kimi uygulamalara son verilmesi yönünde bir olumlu gelişmeyi de beraberinde getirebilir.

Yeni 13. maddede yapılan değişiklik, "ölçülülük" ilkesinin Anayasaya girmesini de sağlamıştır. Esasen bu ilke AİHS'nde ve bizde olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında benimsenmiş bir kriterdir. Ne var ki, hukuk metinlerinde bu ilke "ölçülülük" biçiminde geçmemektedir. Bu ifade doktrin tarafından bulunmuştur. AİHS'inde "zaruri bulunduğu derecede", 1982 Anayasasının 15. maddesinde de "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesi kullanılmıştır. Şu halde, ölçülülük ilkesi, bu şekilde değilde "temel hak ve hürriyetler durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir" biçiminde ifade edilmeliydi¹²⁵.

Ölçülülük ilkesi, Alman Anayasasında yer almamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi tarafından çok yaygın bir şekilde uygulanmış ve "Öz" güvencesine gerek kalmaksızın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlamıştır. Keza, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi bu konuda bazı kıstaslar kullanmıştır. Buna göre "bireylerin haklarına kanunla yapılan müdahale ile kamuya sağladığı yararlar arasında hakkaniyete uygun bir ilişki bulunmalıdır; birey haklarını sınırlayan kanunun ölçütü olması, yani amaçlanan, kamu yararı ile, kullanılan vasıtalar arasında "makul" bir ilişkinin bulunması"¹²⁶ gerekir. Anayasa Mahkememiz ise, bu ilkeyi zaman zaman kullanmakla birlikte, oluşmuş köklü bir içtihadı yoktur. Bu ilkenin Anayasamızda açıkça ifade edilmesiyle, bu konuda yeni bir aşama kaydedilebilir; genelde temel hakların korunmasında, özelde düşünceleri açıklama hürriyetinin daha geniş yorumlanmasında önemli bir fonksiyon ifa edecek kıstas durumuna gelebilir¹²⁷.

125) **GÖZLER, K.**, a.g.e., s. 11-12.

126) **TEZİÇ, E.**, Anayasa Hukuku, 1991, s. 195.

127) **SAĞLAM, F.**, Türk Anayasa Sisteminde Kamu Özgürlükleri ve Anayasa Yargısı, "Anayasa Yargısında, Avrupa Modeli ve Türkiye" Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 13-14 Haziran 1987, s. 4-5.

İşaret ettiğimiz gibi, 1982 Anayasası, savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında bu ölçülülük kıstasını benimsemiştir. Olağanüstü durumlarda bile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulmasında ölçülülük esası kabul edildiğine göre, bu ilkenin normal zamanlarda "evleviyetle geçerli olması" gerekir¹²⁸. Nitekim, Danışma Meclisi Anayasa Metninde normal dönem için de bu ilke açıkça belirtilmişti¹²⁹. Buna göre "Öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlandınamayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlandırılmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zornulu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır".

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, Anayasada yer almamakla birlikte bu kıstası uygulamıştır. Nitekim, "kamu yararı" kıstasını belirtirken şöyle diyor: "... yasayla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının topluma sağlayacağı yararın kişiler için getireceği zarara göre ağır basması durumunda, kamu yararının varlığı kabul edilmelidir"¹³⁰. Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde "ölçülülük" ilkesini daha sık kullanmıştır. Örneğin bir kararında "önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir bir denge"nin bozulmuş olduğundan söz ederek araç ile amaç arasındaki mantıkî bağ kaybolmaktadır" gerekçesi ile iptal kararı vermiştir¹³¹. Bir başka kararında "makul, kabul edilebilir sınırların" açılması aykırılığı oluşturur... Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir. Yapılan sınırlamayla sağladığı zarara arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır" neticesine varmıştır¹³². İptal talebini reddederken bir ka-

128) ÖZBUDUN, E., a.g.e., s. 104.

129) Bkz. KUZU, B., Mevzuat..., s. 35.

130) Bkz. E., 1978/54, K. 1979/9, Kt. 8.2.1979, AMKD. sy. 17, s. 62.

131) Bkz. E. 1986/12, K. 1987/4, Kt. 11.2.1987, AMKD. sy. 23, s. 85.

132) Bkz. E. 1986/17, K. 1987/11, Kt. 22.5.1987, AMKD. sy 23, s. 222.

rarında şu gerekçeyi kullanmıştır: "Makul, kabul edilebilir bir ölçü aşılmadıkça sınırlamanın Anayasaya aykırılığı söz konusu olamaz... Yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakka-niyete uygun dengenin bozulduğunu gösteren bir belirti yoktur. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmayan yeni sınırlamanın aykırı olmadığı görülmektedir"¹³³.

Esasen, ölçülülük ilkesi, "hukuk devleti"nin zorunlu bir sonucu olarak algılanabilir. Bu durumda Anayasada açıkça olmasa bile başvurulması gereken bir kriter olmalıdır. Hatta denilebilir ki, Anayasa olağanüstü dönemde özgürlüklerin sınırlandırılmasında bu ilkeyi kabul ettiğine göre, normal dönem için ayrıca açıkça belirtilmesine gerek olmamalıdır. Son durumda, artık normal dönem için de açıkça yazıldığına göre Esasen, ölçülülük ilkesi, "hukuk devleti"nin zorunlu bir sonucu olarak algılanabilir. Bu durumda Anayasada açıkça olmasa bile başvurulması gereken bir kriter olmalıdır. Hatta denilebilir ki, Anayasa, olağanüstü dönemde özgürlüklerin sınırlandırılmasında bu ilkeyi kabul ettiğine göre, normal dönem için ayrıca açıkça belirtilmesine gerek olmamalıdır. Son durumda, artık normal dönem için de açıkça yazıldığına göre Anayasa Mahkemesi daha sık kullanma fırsatı bulabilir. Özellikle düşünceleri açıklama hürriyetinin sınırlarının belirlenmesinde "amaç-arac" bağlantısı, dolayısıyla "ölçülülük" ilkesi daha bir anlam ifade eder duruma gelmiştir.

Ancak, bir hususa işaret edelim ki, Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini kullanırken, bilhassa Alman Anayasa Mahkemesinin yaklaşımından yararlandığı gibi, özellikle AİHM'nin uygulamalarını dikkate almalı, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nı gözönünde bulundurmalıdır.

Öyle ki, olağanüstü hallerde bile, "gereklilik" ve "ölçülülük" kriterlerinin belirlenmesi yetkisinin belli bir marj dışında ilgili devletin takdirine bırakılamayacağı konusunda fikir birliği vardır. Günümüzde, milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde "olağanüstü hal" ve "milletin varlığını tehdit eden tehlike" kavram-

133) Bkz. E. 1988/14, K. 1988/18, Kt. 14.6.1988, AMKD. sy. 24, s. 253-254.

ları oldukça dar olarak yorumlanmakta ve devletin üstün gücü karşısında insan haklarını koruma kaygısı ön plana çıkmaktadır¹³⁴.

Kısacası, hukuka bağlı devletlerde, olağanüstü yetkilerin kullanılması hem siyasi açıdan, hem de yargısal yönden mutlaka denetlenmesi gerekir. Bu açıdan 1982 Anayasasının 15. maddesi yerinde bir hüküm olmakla beraber, etkin bir yargı denetimi öngörülmediği için olağanüstü dönemlerde 15. maddenin öngördüğü güvencelerin etki şansları azdır. Halbuki karşılaşılan tehlike ne kadar büyük olursa olsun, insan haklarına saygı temeline dayanan demokratik bir toplumda, geçici de olsa sınırsız, sorunsuz, denetimsiz bir baskı rejiminin kurulması hiç bir zaman sözkonusu olamaz.

Nihayet, 13. maddeye ilave edilen önemli bir yeni kriter de "öze dokunma" yasağıdır. Esasen bu kriter bizim yabancı olmadığımız bir ölçüttür. 1961 Anayasası ile sistemimize girmiştir.

Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlamasının ölçüsünü tesbit etmek gerçekten zordur. Bu konuda hangi ölçü benimsenirse benimsensin mutlaka bir takdirilik özelliği taşıyacaktır. 1961 Anayasası bu konuda "öz" güvencesini benimsemiştir. Buna göre, "Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz." (md. 11/2). 1982 Anayasası "Öz" kavramı yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kıstasını benimsemiştir (md. 13/2).

1961 Anayasası döneminde "Öz" kavramı hep tartışılmış; fakat ortak bir sonuca varılamamıştır. Yazarlar genellikle bu kavramın ne olduğunun açıklanamayacağını belirtmekte ve bunu takdir yetkisinin Anayasa Mahkemesine düşeceği sonucuna varmaktadırlar¹³⁵. Ancak her hak ve hürriyet için şu şöy-

134) **KAPANİ, M.**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Ankara 1987, s. 104.

135) **YÜCE, T.T.**, Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemleri, Dr. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 637-656; **ARMAĞAN, S.**; Temel Haklar..., s. 3 vd.; **KAPANİ, M.**; a.g.e., s. 231; **TUNAYA, T.Z.**; a.g.e., s. 342; **ALDIKAÇTI, O.**, a.g.e., s. 200; **AKIN, İ.F.**; a.g.e., s. 399

lenebilir: "Bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde sözkonusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir"¹³⁶.

Bilindiği gibi bu kavram, Anayasamıza Alman Anayasasından esinlenerek konulmuştur¹³⁷. Fakat Alman Anayasa Mahkemesi bu kıstası kararlarında pek kullanmamıştır; bu nedenle yeterince geliştirilmiş sayılamaz. Bizde, Anayasa Mahkemesi yirmi yıllık uygulama sırasında "temel hakların özü" kıstasına çok başvurmuş ve bu konuda belli bir aşama da kaydetmiştir. Yüksek Mahkeme bir kararında "bir hak ve hürriyetin gayesine uygun bir şekilde kullanmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki, o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması sözkonusu edilebilir"¹³⁸ diyor. Keza, bir hak ve hürriyetin kullanılmasını "genel suretle izin alınmasına" bağlamak da, Anayasa Mahkemesince, hak ve hürriyetin özüne dokunmak olarak nitelendirilmiştir¹³⁹.

1982 Anayasası "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriterini benimserken madde gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: "... hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalıdır; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşılabilir olmalıdır. Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği öze dokunmama kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstas-

vd. Ayrıca bkz. **ÖKTEM, N.**; "Temel Hak ve Özgürlüklerden Düşünce ve İnanç Özgürlüğü'nün Özü", İnsan Hakları, (Büyükşehir Belediyesi Yayını), İstanbul 1995, s. 137-142.

136) **ÖZBUDUN, E.**, a.g.e., s. 87; **SAĞLAM, F.**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 155. **SABUNCU, Y.**; 1982 Anayasası ve Temel Haklar ve Özgürlükler, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, 1984, c. 10, sy. 76, s. 18 vd.

137) Bu konuda bkz. **ARMAĞAN, S.**; Anayasa Mahkememizde..., s. 115-120.

138) E. 1963/25, K. 1963/87, Kt. 8.4.1963 AMKD., sy. 1, s. 228; E. 1976/27, K. 1976/51, AMKD. sy. 14, S. 361; E. 1980/68, K. 1981/3, AMKD. sy. 19, s. 9.

139) E. 1963/28, K. 1964/8, Kt. 28.1.1964, AMKD., sy. 2, s. 43.

tır. Esasen Uluslararası Sözleşme ve bildirgeler de bu kıstası kabul etmişlerdir"¹⁴⁰. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde "Öz" kavramı yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramına yer verilmiştir (md. 9/2, 10/2, 11/2).

Acaba, bu kıstasın ifade ettiği demokrasi 1982 Anayasasının kabul ettiği demokrasi mi, yoksa çağdaş hürriyetçi demokrasilerde kabul edilen genel evrensel nitelikteki demokrasi mi? Danışma Meclisi Anayasa metninde ilgili madde gerekçesinde "genellikle kabul gören demokratik rejim" ifadesi geçtiğine göre, Anayasanın düşündüğü demokrasi de çağdaş batı demokrasileri olmaktadır¹⁴¹. Anayasa Mahkemesi de "demokratik devlet" kavramına "batı uygarlığını benimseyen demokrasi anlayışı"¹⁴² anlamını vermiştir.

Doktrinde bazı yazarlar, yeni kıstası doyurucu bulmamaktadırlar. Bu görüşe göre, demokratik toplum düzeninin gerekleri daha çok sınırlama kıstasıdır; sınırlamanın nasıl yapılacağını gösterir ve nisbi bir kavramdır. Oysa öze dokunma yasağı ile "mutlak" nitelikte dokunulmaz bir alanı güvence altına alınmaktaydı. Bu nedenle, pozitif anayasa hükmü olarak düzenleyip, 20 yıl boyunca yaygın bir uygulamasını yaşamış bir ülkede bu kuralı Anayasadan çıkarmak "artık böyle bir güvenceden bilinçli olarak vazgeçirdiği" şeklinde yorumlanmıştır¹⁴³.

"Öz" kıstasını her temel hak açısından kişiye "dokunulmaz asgari bir alan" güvencesi verdiği, artık daha fazla sınırlama yapılmasını imkansız kılan bütün olduğu, ona da dokunulursa, hakkın artık ortadan kalkacağı belirtilmiş, buna karşılık "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriterinin ise, her hak ve hürriyet için ayrıca düşünülmeyen, hakkın ve özgürlüğün dışında daha çok demokrasi inancına ve demokrasiye bağlılığa göre değişen bir kavram olduğu ileri sürülmüştür¹⁴⁴.

140) Bkz. **KUZU, M.**, Mevzuat ..., s. 33.

141) **DAL, K.**, a.g.e., s. 165; **ÖZBUDUN, E.**, a.g.e., s. 89.

142) E. 1970/48, K. 1972/3, Kt. 8.9.1972, AMKD., sy. 10, s. 128.

143) **SAĞLAM, F.**; Temel Hakların Özü ve Anayasa Taslağı, 23.8.1982, Cumhuriyet.

144) **SOYSAL, M.**, a.g.e., s. 200.

Görülüyor ki, tıpkı "öze dokunma" konusunda zaman içinde oluşan içtihat "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kıstası açısından da sözkonusu olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, bu konuda nasıl bir yol izleyebilir? İki şekilde davranabilir. Bir defa, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinin ne anlama geldiğini tanımlayarak, kanun koyucunun tercihlerini buna göre değerlendirebilir. Tabii ki; böyle bir yorum zaman içinde "yerindelik denetimine" dönüşebilir ve bunun sonucu olarak "yargıçlar devleti" doğabilir. Zira, bu kritere hukuki bir muhteva kazandırmak imkansızdır; siyasi nitelikte bir ölçüttür. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kendi demokrasi anlayışı çerçevesinde kanun koyucunun siyasi tercihlerini de denetleme yoluna gidilebilir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin "demokratik toplum düzenini gerektiren" kendi içtihatlarına göre yorumlayıp uygulaması, çok partili siyasi bir hayatta bazı sıkıntılara da yol açabilir. Bilindiği gibi, çok partili demokratik liberal bir hayatta "resmi ideolojiye" yer yoktur¹⁴⁵. Anayasa Mahkemesi bu kriteri tanımlamadan bir "postulat" olarak da kabul edebilir. Bu durumda bu kriterin içeriğini tesbit etmeden Anayasadaki bazı ilkeleri dikkate alacaktır.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bu kıstası bir "postulat" olarak kullanmıştır¹⁴⁶. Bir kararında şöyle diyor: "Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin önüne dokunulup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir... Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kav-

145) TEZİÇ, E., a.g.e., s. 196.

146) E. 1984/1, K. 1984/2, Kt. 1.3.1984, AMKD., sy. 20, s. 161-197; K. 1986/23, Kt. 6.10.1986, RG. 14.3.1987-19400; E. 1984/12, K. 1986/6, Kt. 1.3.1985, AMKD., sy. 21, s. 99.

ramı içerisinde değerlendirilir. Özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardır-mamasıdır¹⁴⁷.

Acaba; "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı "öze dokunmamak" kriterini bertaraf etmekte midir? Aslında bu iki kriter, tek bir kriterin iki ayrı görünümüdür¹⁴⁸. Bir hak ve hürriyetin özüne dokunmayı çağdaş batı demokrasileri anlamında bir demokrasi kabul edemez; zira, demokrasi insan haklarına dayanan bir rejimdir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kıstasını uyguladığı kararlarında "öz" kriterine de yer vermiştir. Örneğin bir kararında "Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılmaz"¹⁴⁹ diyor. Anayasa Mahkemesinin bu yönde başka kararları da mevcuttur. Bir kararında "hakkın özüne dokunan düzenlemeler gerçek anlamda bir seçme ve seçilme haklarını ortadan kaldırır... Demokrasinin vazgeçilmez ögesinin bu ölçüde sınırlanması, siyasi partilere gerçekleşecek düzenin olabildiğince engellere bağlı tutulması, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bulunmamaktadır... Bir siyasi partinin seçimlere katılmasını güçleştirmek ya da engellemek seçilme hakkının özüne zarar verdiği sonucuna varmıştır¹⁵⁰. İptal talebini reddederken verdiği bir kararda şöyle diyor: "Anayasa il-

147) E. 1985/8, K. 1986/27, Kt. 26.11.1986 AMKD., sy. 22, s. 365-366.

148) **ÇAĞLAR, B.**; Bir Mitosun Cismanileşmesi, Magna Carta'dan İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonuna "Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye" Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 1987, s. 9.

149) E. 1985/8, K. 1986/27, AMKD., sy. 22, s. 365; E. 1986/17, K. 1987/12, RG. 18.9.1987-19578; E. 1987/16, K. 1988/8, RG. 23.8.1988-19908; E. 1988/14, K. 1988/18, RG. 14.7.1988-19872.

150) Bkz. E. 1986/17, K. 1987/11, Kt. 22.5.1987, AMKD. sy. 23, s. 222.

kelerini zedelemeyen, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayan, hakkın özüne dokunmayan düzenlemeler gerçek anlamda bir seçme ve seçilme hakkını olumsuz biçimde etkilemez, ortadan kaldırmaz... Düzenleme ... hakların özüne dokunmadığı gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı değildir.¹⁵¹

Böylece, Yüksek Mahkeme, temel hak ve özgürlükler rejimi açısından önemli sayılan "öz" kıstası konusunda, 1982 Anayasasında pozitif bir düzenleme mevcut bulunmamasına rağmen geçerliliği konusunda tavrını ortaya koymuştur. Başka bir ifade ile "öz güvencesi" bakımından kazanılan yirmi yıllık tecrübe muhafaza edilmiştir. Ne var ki; 1961 Anayasası döneminde "temel hak ve özgürlüklerin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz hale getiren" sınırlamaları hakkın özün dokunur nitelikte görünürken, 1982 Anayasası döneminde biraz gri adım atarak, hakkın özüne dokunan sınırlamaları, o hak ve özgürlüğü" tümüyle kullanılmaz hale getiren" ve "belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıran sınırlamalar olarak değerlendirilmiştir¹⁵². Bu durumda halkın kullanılmasını güçleştiren sınırlamalar "öze dokunma yasağı" kapsamında değerlendirilmemiştir. Oysa 1961 Anayasası döneminde Yüksek Mahkemenin kararlarında "örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu", "ciddi surette güçleştirici", "amacına ulaşmasını engelleyici", "etkisini ortadan kaldırıcı" sınırlamalar özgüvencesinin ihlali niteliğinde görülmüştür¹⁵³.

İşaret edelim ki; Anayasa Mahkemesi genellikle 1961 Anayasası döneminde uyguladığı hak ve özgürlüklerin gayesine uygun şekilde kullanılmasını engelleyici türden kısıtlamaları Anayasaya aykırı bulduğu halde 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarda bu ifadeye rastlanmamaktadır. Halbuki bu ifade "öz güvencesi" içerisinde önemli bir fonksiyona sahiptir. Gerçekten, bazı durumlarda bir hak ve özgürlüğe ge-

151) Bkz. E. 1988/14, K. 1988/18, Kt. 14.6.1988, AMKD., sy. 24, s. 253 vd.

152) UYGUN, O., a.g.e, s. 188-189.

153) İbid, s. 189, dip not: 448.

tirilen sınırlamaların o hakkın kullanılmasını engellediğini, ciddi şekilde güçleştirdiğini ileri sürmek mümkün olmayabilir; fakat, bu tür bir sınırlama bazen hakkın “gayesine uygun bir şekilde” kullanılmasına engel olabilir. Örneğin, belirli bir günde yapıldığında etkili ve anlamlı olabilecek bir toplantı ya da gösteri, bir kaç ay sonrasına ertelendiğinde etkisiz ya da amaçsız kalabilecektir. Bu durumda hak ortadan kaldırılmamış olmasına rağmen amacına uygun şekilde kullanılması engellenmiş olacaktır¹⁵⁴.

Bu tür bazı eleştiriler yanında bir başka açıdan bakıldığında Anayasa Mahkemesi yukarıda zikrettiğimiz kararlarında “milli demokratik toplum düzeni” tezinden vazgeçerek “standart demokratik toplum düzeni” kavramına yer vererek “klasik demokrasiler ya da batı demokrasileri” anlayışına kaydığı gözlenmektedir¹⁵⁵. Bu durumda denilebilir ki; bazı olumsuz yorum müsait yönlerine rağmen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kıstası, Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminde güç kazandıracak ve hürriyetler rejiminin korunmasını kolaylaştırıcı nitelik taşıdığı da ileri sürülebilir¹⁵⁶. Çünkü bu kavram uluslararası belgelerden alınmıştır. Anayasa Mahkemesi bu noktadan hareket ederek yorum kapsamını geliştirmek bakımından bir imkan elde edebilir¹⁵⁷. Her önüne gelen olayda bu kavramı geliştirme imkanı bulabilir. Nitekim Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı bu ölçütü, önlerine gelen her olay için değerlendirmek yoluna gitmektedirler¹⁵⁸.

1961 Anayasası düşünceleri sınırlamada varılabilecek son noktayı o hürriyetin özü şeklinde belirlemiştir. Esasen pozitif bir düzenleme olmadan da demokratik bir sistemde “öz” güvencesinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten, Anayasada, kişinin bir hak ve hürriyete sahip olduğu belirtildikten sonra, bu hak ve hürriyeti düzenleme yetkisine sahip

154) İbid, s. 189-190.

155) **KABOĞLU, İ.Ö.**; a.g.e., s. 103.

156) **ÖZBUDUN, E.**; a.g.e., s. 88.

157) **SOYSAL, M.**; Anayasa Yargısı, Ankara 1984, Yorum s. 94.

158) **GÖZÜBÜYÜK, A.Ş.**; Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 180 vd.

olan yasama organının bu düzenleme sırasında o hak ve hürriyeti iyice kullanılamaz duruma düşürücü durumlar ihdas edemeyeceğine göre, Anayasanın ayrıca "öze dokunma yasağı" getirmesi gereksiz bir tekrar olarak düşünülebilir¹⁵⁹. Bu böyle olmakla beraber, bir hürriyetin özünün ne olduğunu tam olarak tesbit etmek de kolay değildir. Öyle ki, düşünceleri açıklama hürriyetinin muhteva açısından sınırlanabileceğini savunan yazarlar bile bu hürriyetin özüne dokunulmaması gerektiğini açıkça vurguladıkları halde, bu konuda açık bir kıstas ile ri sürememektedirler. Bu grupta yer alan bazı yazarlara göre düşünce hürriyetinin özü önceden bir denetime tabi tutulmasıdır. Bu tür bir "sansür" yoksa, düşünceleri açıklama hürriyetinin özüne dokunulmuş sayılmaz¹⁶⁰. Bu noktada denilmektedir ki "... fikir ve düşüncelerin, kanaatlerin bizatihi üstün değeri vardır. Topluluk fikir ve kanaatlerin nefislerinde taşıdığı değerden, mesela sosyal adalet yahut kamu menfaati yönünden arzedebilecekleri, cüz'i bir muhtemel tehlike dolayısıyla yoksul hale getirilmemelidir. Binnetice yapılacak şey bir hesap ve muvazenedir. Fikir ve kanaatlerin taşıdıkları üstün değerle bundan devlet ve toplum için husule gelebilecek tehlikenin denkleştirilmesi ve fikrin çok üstün değeri karşısında kamu için mevcut tehlike ihtimalinin çok cüz'i bulunması halinde sınırlamanın hürriyetin özüne dokunmuş sayılması icap edeceğinin kabulü uygun sayılır"¹⁶¹.

1982 Anayasasının "öz" güvencesini kaldırmış olması bunun yerine "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kıstasını getirmesi, düşünceleri açıklama hürriyeti bakımından daha rahat sınırlanabilme imkanı vermiştir. Daha doğrusu bu kıstas leh ve aleyhte yoruma müsaittir. Durum tüm hak ve hürriyetler bakımından aynıdır. Örneğin, milli güvenlik gerekçesiyle posta mersulelerinin gizliliğinin kaldırılması yönünde bir tedbir alınması durumunda, bu tedbir "hürriyetin özüne dokunmama" kriterine vurulduğunda haberleşme gizliliğinin özüne

159) **ALDIKAÇTI, O.**; a.g.e., s. 199, **SAĞLAM, F.**, a.g.e., s. 88-89; **TANÖR, B.**; TCK. 142..., s. 45; **SABUNCU, Y.**, a.g.m. s. 17.

160) **DÖNMEZER, S.**; Düşünce..., s. 777; **YARSUVAT, D.**; a.g.e., s. 96 vd.

161) **DÖNMEZER, S.**; Düşünce..., s. 779.

dokunulmaktadır; buna karşılık "demokratik toplum düzenini gerekleri" kıstası uygulandığında, demokratik toplumun gereklerine aykırı değildir¹⁶². Aynı durum "ölüm cezaları" bakımından da sözkonusudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (md. 2/2) mahkeme kararı veya kanunen zor kullanma durumlarında öldürme olayı normal kaubl ediliyor. Dolayısıyla "demokratik toplum düzeninin gereklerine" aykırı sayılmıyor. Oysa "hürriyetin özü" kıstası ile olayı değerlendirirsek, öldürme, mahkeme kararı ile verilmiş bir cezanın yerine getirilmesi şeklinde bile olsa hürriyetin özüne dokunuyor sayılır; zira, ölümle o kişinin yaşama hakkı bitti demektir¹⁶³.

Durum böyle olmakla beraber, Anayasa Mahkemesi yukarıda işaret ettiğimiz gibi, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra verdiği bazı kararlarında "öz" güvencesini "demokratik toplum düzeninin gereklerinden" saymıştır. Ancak, bu kararlarında önceki yorumundan farklı olarak, "öze dokunmama" kıstasını biraz değişik değerlendirerek, bir hak ve hürriyetin kullanılmasını son derece zorlaştıran kısıtlamaları değil, "tümüyle kullanılmaz hale getiren ya da tamamıyla ortadan kaldıran" sınırlamaları o hak ve hürriyetin özüne dokunur nitelikte görmüştür. Ayrıca, eski kararlarında mevcut olan "temel hak ve hürriyetlerin gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını" engelleyici noktasından "öz" kavramına yaklaşmayı yeni kararlarında görmüyoruz. Elbette ki, Anayasa Mahkemesinin öz kavramını bugün de uygulaması düşünceleri açıklama hürriyeti bakımından bir güvence sayılmakla beraber, bu kıstası 1961 Anayasası döneminde algıladığından biraz farklı değerlendirmesi bu güvenceyi zayıflatmaktadır. Ancak, son Anayasa değişikliği ile "öz güvencesi" Anayasaya açıkça girdiğine göre, Yüksek Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde bu karara vardığı bizce daha doğru sayılan yaklaşıma dönecektir.

13. maddede yapılan bu değişikliklerle özgürlükler lehine bazı yeni yaklaşımlara yol açabilecek ve özellikle Anayasa Mah-

162) Bkz. Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü'nün konuşması, Bkz. DMTD, Birleşim: 130, 19.8.1982, s. 147.

163) DAL, K.; Türk Esas Teşkilat Hukuku, Ankara 1986, s. 166.

kemesine yeni yorum imkânları verebilecek bazı kavramların madde metnine girmiş olması olumlu sayılabilir.

Son değişiklikler sırasında yapılan önemli bir gelişmede, Anayasanın Geçici 15. maddesinin "yargı muafiyeti" getiren kısmının Anayasadan çıkartılmış olmasıdır. Bilindiği gibi bu düzenleme 12 Eylül döneminde çıkarılmış olan yaklaşık 648 adet kanun, KHK ve kararnameyi yargı dışı tutmaktaydı. Benzeri 1961 Anayasasının Geçici 4. maddesinde de vardı. Anayasa Mahkemesi bu konuda çelişkili ve zıt kararlar vermek durumunda kaldı. Bir kararında şöyle diyor: "Bahis konusu geçici maddenin kapsamında olan ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa hükümlerinin sırf bu nedenle Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi, bunların Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden de söz edilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir¹⁶⁴. Oysa, Yüksek Mahkeme 1981 tarihli bir kararında benzeri bir durumda 1961 Anayasanın 34. maddesini doğrudan uygulama yoluna gitmişti¹⁶⁵.

İsmi "geçici" olmakla beraber, bu hüküm hep kalmıştır. İfade yerinde ise "kalıcı bir geçici hüküm olarak nitelendirilebilirdi¹⁶⁶. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Geçici 15. maddenin süreklilik arz ettiğini oybirliği ile kabul etmişti¹⁶⁷.

Şu halde, bu maddenin bazı düzenlemeler için yargı yolunu tıkayan bölümünün metinden çıkarılmış olması önemlidir. Bu şekilde başta, Olağanüstü Hal Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu başta olmak üzere bir çok kanunda yer alan düşünceleri açıklama özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülebile-

164) Bkz. E. 1984/1, K. 1984/1, Kt. 28.9.1984, RG. 14.2.1985, s. 39.

165) Bkz. E. 1981/8, K. 1982/3, Kt. 6.5.1982, RG. 30.11.1983. Ayrıca bkz. AMKD., sy. 20, s. 8.

166) **SOYSAL, M.**, a.g.e., s. 395. Benzer görüşler için bkz. **ÖZBUDUN, E.**, a.g.e., s. 45, 329; **TANÖR, B.**, a.g.e., s. 113.

167) Bkz. E. 1985/19, K. 1985/21, Kt. 28.11.1985, AMKD. sy. 21, s. 235.

cektir. Böylece artık Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeleri tartışmalı bir yol olan "Anayasayı doğrudan uygulanma ya da Anayasaya aykırı hükmü ihmâl yoluna" gitmek zorunda kalmadan, bu madde kapsamında korunan kanunları başvuru üzerine inceleme imkânı elde etmiş oldu.

V- Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü ve Avrupa Standardı

Ülkemizde düşünceleri açıklama özgürlüğü alanında bir yol almaya çalışıyoruz. Anayasamızda yaptığımız son değişiklik ve bu doğrultuda çıkartılan uyum yasaları ile birtakım iyileştirmeler yaptığımız doğrudur. Ne var ki, bu yapılanlar Avrupa Standardı ile karşılaştırdığımızda ne noktada bulunmakta? Daha somut ifade ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında ortaya çıkan "düşünce açıklama sınırı" ile mukayese ettiğimizde ne durumdayız? Niçin Avrupa? Demenin bir anlamı yoktur. Dahil olmaya çalıştığımız blok orası olduğuna göre ve ideal demokrasinin batı ölçeği genelde kabul bulduğuna göre, en azından şimdilik durumumuzu Avrupa Standardı ile mukayese etmek durumunda, hatta zorundayız.

Bilindiği gibi, Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde "Ulusal Program" adı altında bir paket sunduk. "Türkiye Ulusal Programı" 2129 sayılı ve 19.3.2001 günlü bir Bakanlar Kurulu Kararı¹⁶⁸ "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair" bir karar yayınlandı.

Bu uyum programına baktığımızda, Giriş bölümünde şöyle deniliyor: "Türkiye, başta insan hakları olmak üzere, Avrupa Birliği Müktesebatı niteliğindeki evrensel normlar ile Avrupa Birliği ülkelerinin uygulamalarına daha fazla uyum sağlamak amacıyla, gerekli tüm uluslararası sözleşmelere taraf olacak ve bunların etkin şekilde uygulanmasını sağlayacak tedbirleri alacaktır. Türkiye esasen, bu bağlamda sözleşmelerin çoğuna taraftır."

168) Bkz. RG. 24.3.2001-24352 (Mükerrer).

Bu girişten sonra "Siyasi Kriterler" başlığı altında, Anayasa değişikliği vurgulanmakta ve bu bağlamda yasal düzenlemelerin yapılacağı belirtilmektedir. İlk ele alınacak konu da ana başlık halinde "Düşünce ve İfade Özgürlüğü" başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında, Anayasada yer alan düşünceleri açıklama hürriyetine ilişkin TMK. 7, 8, RTÜK Yasası, Siyasi Partiler Kanunu, Polis Vazifesi ve Selahiyetleri Kanunu, Sine- ma, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun değiştirileceği taah- hüt edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları- na uyulacağı ve ödenen tazminatın kusurlu kamu görevlilerin- den alınması için düzenleme yapılacağı belirtilmektedir. Bir çok hürriyet alanında yapılacağı taahhüt edilen hususlar sıra- lanıyor. Tüm bunlara yardımcı olacağı düşüncesi ile Devlet Me- murları ve Kamu Görevlilerinin İnsan Hakları Konusunda eği- tileceği vurgulamaktadır.

İlk önce belirtilmesi gereken husus, herhalde Düşünceleri Açıklama Özgürlüğüne ilişkin 26. madde ile AİHS'nin 10. mad- desinin tam bir paralellik taşıyıp taşımadığıdır. Anayasal sınırlar açısından şunları söylemek mümkündür: Bir kere değişik- liklerin AİHS ile uyum sağlama amacını güttüğü tartışması bir kenara, gerçekten anayasanın, düşünce özgürlüğüne ilişkin değişiklikler sonrasında AİHS ile uyumlu hale geldiğini iddia etmek mümkün değildir. Çünkü her şeyden önce AİHS'in 10. maddesiyle bir uyumdan söz etmek için düzenlemelerin sade- ce lafızlarına değil, anlam ifade ettikleri sistematığe ve sözleş- menin/anayasanın bütünlüğündeki konumlarına bakmak ge- rekir. Anayasanın 26. maddesindeki düşünceyi açıklama öz- gürlüğü yukarıda belirtilidği gibi başlangıç, Anayasanın 14. maddesi, 24/5. maddesinin tayin ettiği anayasal sınırlar için- de geçerlilik kazanır. Ne kadar demokratik ve özgürlükçü bir metin halinde formüle edilmiş olursa olsun, özgürlük, bu Ana- yasanın kendisinin çizdiği sınırlar içerisinde geçerlilik kazan- mış, önlem ifade edebilecektir. Örneğin, bizim 14. maddenin atıf yaptığı ve koruma altına aldığı "Anayasa hükümlerinden hiçbiri Devlete ve kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden da- ha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz" biçimin-

deki bir düzenlemenin içinde geçen "Anayasada belirtilenden daha geniş sınırlandırılması" yasağının bu Anayasa içinde ele alınacağı düşünüldüğünde, korumadan çok sınırlama getirdiği bile söylenebilir¹⁶⁹. Oysa hemen AİHS'de bulunan 17. maddenin atıf yaptığı sözleşmenin Dibecesinde şu şartları taşıyan bir ortama sahip olma vurgulanıyor: "Avrupa Konseyi üyesi olan Akid Hükümetler ... Dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve sürekliliği için her şeyin üstünde, bir taraftan, gerçekten demokratik bir siyasi rejim ve diğer taraftan, insan haklarına ortaklaşa saygı ve bu konuda ortak bir anlayış esasına dayalı olarak bu temel özgürlüklere bağlılıklarını teyit"¹⁷⁰ ederek ... İki metin arasındaki bu temel fark, özgürlükler alanını ciddi şekilde etkileyecektir. Şu halde, sadece düşüncelerin açıklanmasına ilişkin hükmünde bazı düzeltmelerin yapılması yetmiyor; Anayasanın genel olarak özgürlüklere yaklaşımı önem taşıyor.

Öte yandan, Aralık 2000'de Nis'de bir yeni belge imzalandı. Bu belge Avrupa Birliği Temel Hak Şartı olarak kabul edildi. Her ne kadar, İngiltere, Hollanda, İsveç, Danimarka ve İrlanda tarafından imzalanmaması nedeniyle bağlayıcı bir niteliğe henüz kavuşmamış ise de, önemli bir belgedir. Türkiye, henüz Birlik üyesi olmadığı için bu belge ile doğrudan doğruya bağlı değilse de, AİHS ile uyum sürecindeki bir Türkiye bu belgeyi gözardı edemez. Kaldı ki, Temel Hak Şartı'nın 52. maddesinin 3. bendi, AİHS'da kabul edilen haklar şartta mevcut hakların aynen AİHS'da öngörülen sınırlama nedenleri dahil olmak üzere aynı kapsamda olduğunu vurgulamaktadır. Şartta yer alan temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmayacağına işaret edilirken (md. 53-54) bu alanda da AİHS hatırlatılmaktadır. Hatta daha da açık davranarak, Şart'ın AİHS'den daha az garanti sağladığının söylenemeyeceği açıkça belirtilmektedir.

Bu belgede önem verilen ve öne çıkarılan haklar arasında "dinsel özgürlükler ve bunların ifası" yer almaktadır. Avrupa

169) CAN, O., a.g.m., s. 112.

170) Bkz. RG. 19.3.1954-8662. Ayrıca bkz. GÖLCÜKLÜ, F.- GÖZÜBÜYÜK, A.Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1998, s. 385.

Standardında dini özgürükler alanında en katı tutum sergileyen Fransa bile bu Şart'a imza koymuştur. Ülkemizde son yıllarda gözlemlenen ve 28 Şubat bağlamında değerlendirilen, neredeyse tümü dinî öğe ve simgeleri hukuk, kamusal alan ve toplumsal alan dışına çıkarma gayretleri ve bunların yapılmasını laik devletin temeli olarak algılayan Türkiye için gerçekten AIHS ve Temel Hak Şartı ile uyumlu hale gelme kolay olmayacaktır. Ne var ki, bu katılım sürecinde buna mecbur kalacağız. Bu nedenle dinî içerikli düşünce açıklamalarında bazı düzeltmelerin yapılması gerekeceği açıktır¹⁷¹.

İsmi en çok duyuran kriterlerin başında ise Kopenhag Kriterleri gelmektedir. 1993'de yapılan Kopenhag Zirvesi'nde, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliğinin genişlemesinin Doğu Avrupa Ülkelerini kapsamasını kabul etmiş ve aynı zamanda adaylık için tam üyeliğe kabul edilmeden önce yerine getirmesi gereken kriterleri'de belirlemiştir. Bu kriterler, sosyal, siyasi ve ekonomik niteliklidir. 5.6.1990 tarihli Kopenhag Belgesi'nde belirtilen siyasi kriterler arasında şunlar sayılmıştır: Çoğulcu demokrasi, serbest seçimler, hukuk devleti, insan hakları, barış, adalet ve işbirliğine dayalı kalıcı bir düzenin kurulması, azınlıkların haklarının verilmesi, düşünce açıklama hürriyetinin önündeki engellerin kaldırılması, askeri otoritenin sivil otoriteye bağlılığı, yargı bağımsızlığı. Görülüyor ki, aranan kriterler, çağdaş bir demokrasinin askeri koşullarıdır. Esasen, tüm bu talepler, bizim yıllardır savunduğumuz ve ülkemizi 21. Asra taşıyacak olan temel taşlar olduğunu söylediğimiz hedeflerdir. Konuyu bu açıdan ele aldığımızda, Avrupa'nın bizden fazla bir şey istemediği de söylenebilir. Ne var ki, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde en çok dava açılmış ülke olduğunu da unutmamalıyız. Bunların bir kısmının terör bağlamında olduğu düşünülse bile, işkence ve düşünce açıklama özgürlüğünün ilk sırayı alması ve eldeki rakamın büyüklüğü düşündürücüdür. Gerçekten AIHM'inde bir dönem görüşülen 12 bin 454 davadan 2 bin 369'u yani %19'u Türkiye'ye; 1815'i İtalya'ya; 1154'ü Polonya'ya; 1034'ü Fransa'ya aittir. Ancak bu ülkeler aleyhine açılmış bulunan davaların çoğu teknik-usul

171) CAN, O., a.g.m., s. 114.

konularındaki eksikliklere ilişkindir. Dava sayısının 5000'e çıktığını bir yazı ile muhtelif kurum ve yargı organlarına bildirmek zorunda kalan Dış İşleri Bakanlığı "her olayda cezai işlem uygulamayın" hatırlatmasında bulundu ve çok yüklü tazminat ödemek zorunda kaldığımızı dikkat çekildi¹⁷².

Türkiye, 10 Aralık 1999'da İnsan Hakları Gününe tesadüf eden bir tarihte, Helsinki Zirvesi ile 13. sırada adaylık statüsü elde edebildi. Bu nedenle özetlediğimiz bu Kopenhag Kriterlerini, bunlar içinde de, siyasi kriterler arasında yer alan düşünceleri açıklama özgürlüğü konusunda yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Avrupa Birliği, Türkiye için ayrıca bir Katılım Ortaklığı Belgesi hazırladı. 8.11.2000 tarihli bu Belgede Türkiye'nin gerçekleştirmesi gereken reformlar önceliklerine göre kısa ve orta vade olarak belirlenmiştir. Düşünceleri açıklama özgürlüğü konusunda Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonuna uyum kısa vadede çözülmesi gereken konular arasında zikredilmiştir¹⁷³.

Bu amaçla yapılan Anayasa değişikliği ve bu doğrultuda yapılan bazı yasal düzenlemelerin hazırlanış gerekçelerine ve orada geçen ifadelerle bakınca ümitli olmak gerektiği söylenebilir. Fakat bu gerekçeler maalesef kanunlarda yapılan düzeltmelere yansımıyor. Nitekim TCK. 312, 159, TMK. 7 ve 8. maddelerde yapılan son değişikliklerin yapılarında ifade edilen gerekçelerle, çıkan metin, hele taslak metin arasında ciddi farklar mevcuttur. Bu da gösteriyor ki, biz bu alanlarda düzeltme yapmağa pek niyetli değiliz. Adı geçen gerekçe şöyle: "Çağdaş demokrasiler, temel hak ve hürriyetleri sağlamayı hedef alan çoğulcu, katılımcı düşünceye dayanan ve hoşgörü ortamında gelişen sistemlerdir. Çağımızda insan hakları ve temel hürriyetlerin tanınması evrensel bir ilgi konusu olmakla kalmamış; bunların güvence altına alınarak aykırı uygulamalardan korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi amacıyla bazı uluslararası kuruluşlar oluşturulmuş ve bu kuruluş-

172) Bkz. Sabah Gazetesi, 2.2.2001.

173) Katılım Ortaklığı Belgesi'nin kısa bir muhtevası için bkz. Türkiye Gazetesi, 7.11.2000.

lar bünyesinde çeşitli uluslararası belgeler kabul edilmiştir. Bu kuruluşların başında, hemen tüm dünya ülkelerini kapsayan Birleşmiş Milletler Teşkilatı ile demokratik Avrupa ülkelerinin siyasal birliği olan Avrupa Konseyi'nin geldiği bilinmektedir. Konuyla ilgili uluslararası belgelerden en önemlileri 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme ve eki protokolleridir. Düşünce ve ifade hürriyeti, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 18 ve 19 uncu maddeleri ile kısaca "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" olarak adlandırılan İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin 10 uncu maddesinde güvence altına alınmıştır. Temel hak ve hürriyetler Anayasamızda da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlar arasında düşünce ifade hürriyetleri, demokratik rejimin gelişmesi bakımından özel bir öneme sahiptir. Zaman içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar ve değişen görüşler, Anayasada değişiklik yapılmasını zorunlu kılmıştır. Demokratikleşme yolunda yeni bir adım olarak Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, 17.10.2001 ve 24556 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir. Anayasada 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilmesi öngörülmek suretiyle bu konuda yeni bir sistem benimsenmiştir. Bu değişiklik temel hak ve hürriyetler, bu arada düşünce ve ifade özgürlüğü bakımından bir genişleme sağlamıştır. Anayasada yapılan değişikliklere uygulama kabiliyeti kazandırılabilmesi, ilgili kanunlarda da değişiklik yapılmasını gerektirmektedir. Bu amaçla hazırlanan Tasarı ile Türk Ceza Kanununun 159 ve 312 nci, Terörle Mücadele Kanununun 7 ve 8 inci maddelerinde yer alan suçların unsurları, ceza müeyyidesi ile güdülen amaçla orantılı olarak yeniden düzenlenmiş; böylece düşünce ve ifade hürriyetinin genişletilmesi sağlanmıştır."

Görülüyor ki, gerek Anayasada gerekse mevzuatta yapılan bazı değişiklikler düşünceleri açıklama özgürlüğü önündeki

engelleri kaldırmada cılız kalmaktadırlar. Bu durumda iş daha çok yargı organlarına, özellikle de Anayasa Mahkememize düşmektedir. Yargılamanın alacağı bu karar'ın önemi, Avrupa Topululuğu Komisyonu'nun "Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine 2001 Düzenli Raporu'nda da net olarak vurgulanmıştır.

Konuyu buraya getirmişken, AIHM'nin düşünceleri açıklama hürriyetine yaklaşım biçimini sergileyen Türkiye ile ilgili bazı kararlarını nakledeyim.

VI- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Düşünceleri Açıklama özgürlüğü'ne Yaklaşım Biçimi ve Türkiye

İnsan Hakları Mahkemesi kuruluşundan bugüne kadar düşünceleri açıklama özgürlüğü konusunda yaklaşık 88 adet karar vermiştir. Bunlardan 65'inde ifade özgürlüğünün ihlâl edildiğine, 18 kararda ise, bu özgürlüğün ihlâl edilmediğine, kalan 5 kararda da başvurunun işleminden kaldırılması sonucuna varmıştır¹⁷⁴.

AIHM, bu kararlarında şu tespitlerde bulunmuştur: Yargı mensupları da eleştirilebilir; Yargı Organlarınca ele alınan olaylara basın yer verebilir; Soruşturmanın gizliliğini basın ihlâl edebilir; Sanığın resminin yayınlanması yasaklanamaz; İstihbarat servisinin faaliyetleri yayınlanabilir; İzinsiz elde edinilen devlet dökümanları yayınlanabilir; Gizli resmî rapor yayınlanabilir; Gazeteci haber kaynağını açıklamak zorunda bırakılamaz; Yetkilerini kötüye kullanan kamu görevlilerinin isimleri yayınlanabilir; Meslek mensupları kamuya açıklama yapabilir; Kamu görevlileri kişisel fikirlerini basına açıklayabilir; Düşüncelerinden dolayı kamu görevlisinin yükseltilmesi engellenemez; Kamu görevlisi komünist partiye üye olabilir; Politikacılar daha fazla eleştirilebilir; Milletvekilleri daha fazla ifade özgürlüğüne sahiptir-Hükümet daha fazla eleştirilebilir. Devletin

174) Bkz. **BIÇAK, V.**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce (Dergisi), Yıl: 6, sy. 24, Güz-2001, s. 57.

mevcut düzeni sorgulanabilir; Politik konularda ifade özgürlüğü eleştirilebilir; Milletvekilleri daha fazla ifade özgürlüğüne sahiptir; Hükümet daha fazla eleştirilebilir; Devletin mevcut düzeni sorgulanabilir; Politik konularda ifade özgürlüğü daha geniştir; Bilgi alma hakkı sınırlanmaz; Kürtajı serbest bırakma kampanyası engellenemez; Irkçılık beyanların yayılmasına aracılık edilebilir; Askerî kışlada askerî bir gazetenin dağıtımı engellenemez; Subaya hakaret orduya hakaret sayılmaz; Gösteri Yürüyüşüne katılmak müeyyideye bağlanamaz; Şiddet içermeyen çağrı yapılabilir; Görüşlerin tekrarlanması yasaklanamaz; Tarihî gerçekler taraflı dile getirilebilir; Taraflı düşünce açıklanabilir; Şiddet çağırısı içermeyen akademik çalışma engellenemez; Sert bir üslupla düşünceler açıklanabilir; Saldırgan ifadeler kullanılabilir; Fikirler düşmanca bir üslupta kaleme alınabilir; Haber abartılı ve provoke edici olabilir; Terör örgütü söylemiyle özdeşleşmeyen sosyolojik açıklama yapılabilir; Beyanın nasıl bir topluluğa yapıldığı önemlidir; İfadenin nasıl açıklandığı önemlidir; Belgesel biyografi nitelikli kitap yayınlanabilir; 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; İfade özgürlüğü sınırlar ötesidir; Askerî disiplin zayıflatılması ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez; Anayasaya bağlılık yemini etme yükümlülüğü getirilemez; Gizli servis kayıtlarına ulaşım engellenebilir; Önemsiz de olsa gizli bilgiler açıklanamaz; Askerî içtimada poster açılmaz ve broşür dağıtılamaz; Avukatlar için reklam yasağı konabilir; Hekimlere hakaret edilemez; Ceza Mahkemesinin yanlış yönlendirilmesine izin verilemez; Terör örgütünü destekleyen açıklama yapılamaz; Avukatın basın toplantısı yapması kısıtlanabilir; Emniyet mensuplarına siyaset yasağı konabilir; Kin ve nefret arttırmaya yönelik beyanlar yasaklanabilir; Yazar kendisini terör örgütüyle özdeşleştiremez; Soru sorulurken seçilen kelimeler önemlidir¹⁷⁵.

AİHM, bu kararlara, şu ülkeler aleyhine açılan dava neti-

175) Bu kararların geniş açıklamaları için bkz. **BIÇAK, V.**, a.g.m., s. 55-88.

cesi varmıştır: Belçika, İngiltere, İsviçre, Avusturya, Hollanda, Fransa, Norveç, Türkiye, Almanya, Linkeyştayn, İspanya, İrlanda, Danimarka, Yunanistan, Lüksemburg, Romanya, Slovakya, Macaristan, Estonya.

Görülüyor ki, çok sayıda ülke aleyhine düşünceleri açıklama özgürlüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle dava açılmıştır. Ancak, Türkiye hakkında, Sözleşmenin 10. maddesiyle ilgili olarak oldukça yoğun başvuru yapılmıştır. Mahkemenin önüne 2000 yılına kadar 21 olay gelmiştir. Bu davaların 4'ü Türkiye'nin lehine, kalan 17'si aleyhine sonuçlanmıştır. Bu davalar neticesinde Türkiye yaklaşık 150 milyar TL. tazminat ödemek zorunda kalmıştır¹⁷⁶.

AİHM'nde şu anda Türkiye aleyhine açılmış 3275 dava bekliyor. Toplam dava içinde %8'i Türkiye aleyhine açılmış durumda. Daha önce bu rakam %19'du. Bu düşüş, Anayasada ve kanunlarda yapılan son bazı iyileştirmelere bağlanmaktadır. Ayrıca terör olaylarının durması da davanın azalmasına ciddi katkıda bulunmuştur. Son sıralamaya göre (2001'de) Rusya aleyhine 2108, Polonya aleyhine 1763, Fransa aleyhine 1117, Ukrayna aleyhine 1062, Türkiye aleyhine 1059 dava açılmıştır. Bu sıralamada Türkiye beşinci sırada gelmektedir. Ne var ki, Türkiye aleyhine açılan davalar genellikle işkence, kötü muamele, yaşama hakkının ihlâli ve düşünceleri açıklama hürriyeti gibi önemli konulara ilişkindir. Ayrıca, "kamulaştırma bedeline itiraz" davaları da sayı olarak yüksektir. Fakat Türkiye "dostane çözüm" yolunu çok tercih ettiği için sorun büyümeden çözülmektedir. "Kabuledilebilirlik" kararının verilmesinden

176) **ERYILMAZ, B.**, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku", Ankara Barosu Dergisi, sy. 2000/1, Ankara, s. 250. Aleyhimize açılan davaların dördü lehimize bitmiştir. Bu davalar şunlardır: Zana-Türkiye, Sürek-Türkiye, Sürek-Türkiye, Akkoç-Türkiye. Başvurucular lehine sonuçlanan davalar da şunlardır: Incal-Türkiye, Sürek ve Özdemir-Türkiye, Okçuoğlu-Türkiye, Arslan-Türkiye, Sürek-Türkiye, Sürek-Türkiye, Başkaya ve Okçuoğlu-Türkiye, Ceylan-Türkiye, Erdoğan ve İnce-Türkiye, Gerger-Türkiye, Karataş-Türkiye, Polat-Türkiye, Öztürk-Türkiye, Erdoğan-Türkiye, Özgür Gündem-Türkiye, Şener-Türkiye, Aksoy-Türkiye.

sonra bu yola gidilmekte; böylece Türkiye "mahkum" ülke konumuna düşmemektedir. Kısacası, ihlâl kararı çıkmadan daha az para ile iş bitirilmektedir. Davacı, parasını bir an önce aldığı için dostane çözümü kabul etmekte. Esasen, Devlet, "dostane" çözümü kabul ettikten sonra, karşı taraf sırf "siyasi amaçlarla" davayı devam ettirmek isterse, Mahkeme, re'sen davayı kayıttan düşürüyor¹⁷⁷.

Mahkemeye her yıl açılan dava sayısında bir önceki yıla oranla %30-35 artış kaydedilmektedir. 41 üye devlet olduğu düşünülürse 800 milyon potansiyel başvuru sahibi var. Bu ülkelere has 37 dil kullanılmaktadır¹⁷⁸.

AİHM'nin bugüne kadar verdiği bu kararlara baktığımızda şu bakış açısını tesbit edebiliyoruz:

1- Adil Bir Denge Kurulmalı:

Bireyin hakları ile demokratik toplumun kendini koruma meşru hakkı arasında adil bir denge kurulmalı. Buna "menfaatlerin dengelenmesi" ya da "orantılılık ilkesi" denilmektedir. Bu kriter, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesince de uygulanmaktadır. Anayasa Mahkemesi özel çıkarlar ile kamusal çıkarlar arasında uzlaşma sağladığı halde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise Devlet çıkarları ile bireysel çıkarlar arasında uzlaşma gerçekleştirmeye çalışmaktadır.

AİHM ifade özgürlüğünün önemini vurgularken şunları söylüyor: "İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır.

177) Bu bilgiler, AİHM'de görev yapan Türk Hakimi Sayın Rıza Türmen ve Mahkeme Başkanı tarafından, 9 Nisan 2002 günü, Taksim Grubu'nun toplantısında yaptıkları konuşmada verilmiştir.

178) Bkz. İbid.

Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmadan demokratik toplum olmaz”¹⁷⁹.

Bu noktada gözlemlenen husus düşünceleri açıklama özgürlüğü açısından Türk Yargı Organları, ifadenin içeriğini esas olarak alırken, AİHM söylenen sözün ve yazılan yazının “şidde-te teşvik” ya da “tahrik” niteliğinde olup olmadığına, başka bir deyimle ifadenin içeriğinden çok, doğuracağı sonuca bakmaktadır¹⁸⁰. Bir anlamda AİHM’nin bu yaklaşımı, Amerikan Yüksek Mahkemesinin “açık ve yakın tehlike” kistasına benzemektedir. Yüksek Mahkeme Terminicollo-Chicago kararında şöyle diyor¹⁸¹: “Bizim hükümet sistemimizde söz özgürlüğünün bir işlevi tartışmaya yol açmıştır. Düşünce açıklaması bir huzursuzluk, kurulu düzenin koşullarından hoşnutsuzluk yarattığı, hatta kişileri kızgınlığa sürüklediği zaman amacına en iyi biçimde hizmet etmiş olur. Konuşma çoğunlukla kışkırtıcı ve uyarıcıdır. Bir düşüncenin kabul ettirilmesi için çalışılırken, önyargılara saldırılabilir ve çok sarsıcı olunabilir. Bu nedenle, her ne kadar söz özgürlüğü mutlak değilse de, toplumu rahatsız ve huzursuz kılmanın çok ötesinde ciddi ve somut bir zararın açık ve yakın bir tehlikesi kanıtlanmadıkça sansür ve cezaya karşı korunmuştur...”

AİHM, Zana davasında, Türk Hükümetinin “Ülke bütünlüğünü tehdit eden terör durumuyla karşılaşan bir devlet olarak, sadece bireyler bakımından sonuç doğuran bir terör durumuyla karşılaşan bir Devlete göre daha geniş bir takdir alanına sahip olmalıdır” şeklindeki savunmasına karşılık, Mahkeme, “her olayın şartlarına ve devletin takdir alanına özen göstererek, bireyin temel bir hakkı olan ifade özgürlüğü ile demokratik bir toplumun kendini terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı koru-

179) Bkz. Handyside-İngiltere, 7.12.1976, **GÖLCÜKLÜ, F.-GÖZÜBÜYÜK, Ş.**, a.g.e., s. 319. Bu yönde verilmiş başka kararları da mevcuttur. Bkz. Castells-İspanya, Karar Sıra No: 355, Kt. 23.4.1992, s. 42; Sunday Times-Birleşik Krallık, Karar Sıra No: 32, Kt. 26.4.1979, s. 65.

180) Bkz. AİHM’de Türk Yargıcı, Rıza Türmen’in Anayasa Mahkemesi’nin 38. Yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda yapmış olduğu açılış konuşması, Anayasa Yargısı, Ankara 2000, s. 35.

181) **TURHAN, M.**, Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1988, sy. 4, s. 103.

ma şeklindeki meşru hakkı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını belirlemek zorundadır” diyor¹⁸². Bu da “ölçülülük ilkesinin” hukuk devletinin gereği olarak her koşulda uygulanması gereken önemli bir prensip olduğunu göstermektedir.

Bu yaklaşımla hareket eden Mahkeme, Mehdi Zana'nın, 30 Ağustos 1987'de Cumhuriyet Gazetesinde yayımlanan demecinde “PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini desteklediği” ve “yanlış şeyler her yerde olur, kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar” sözlerini, demokratik toplum düzeni açısından hoşgörülebilir, bulmamıştır. Mahkeme, burada Türkiye'nin gün içinde bulunduğu somut koşulları dikkate alınmıştır. “Bu şartlar altında, Türkiye'nin güneydoğusundaki en önemli kenti Diyarbakır eski belediye başkanının, büyük günlük gazetelerden birinde yayımlanan röportajında “ulusal kurtuluş hareketi” biçiminde tanımlanan PKK'ya destek vermesi, o bölgede zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştireceği kabul edilmelidir.” neticesine varmıştır¹⁸³.

Bir başka kararda ise Mahkeme, hakarete eleştiri arasındaki farka değiniyor. Olayda, Yunan Ordusunda askerlik görevinden firar eden bir er daha sonra komutanına bir mektup göndererek Ordu hakkında bir takım sözler sarfetmiştir. Bunun üzerine er hakkında ceza davası, açılmış ve mahkum olmuştur. Konu ile ilgili olarak AİHM şu sonucu vermiştir: “Mektubun Yunan Ordusu ile ilgili bazı sert ve kızgın ifadeler içerdiği doğrudur. Ancak söz konusu ifadelerin, askeri yaşama ve bir kurum olarak orduya yönelik genel ve uzunca bir eleştirel söylev bağlamında dile getirilmiş olduğunu gözardı etmemek gerekir. Mektup başvuru tarafından yayınlanmamış veya kopyasının bir subaya verilmesinin dışında daha geniş bir kitleye dağıtılmamış ve başka kimselerin de bu mektubu bildiği iddia edilmemiştir. Mektupta, gönderilen kişiye veya başka bir kimseye yönelik her hangi bir hakaret de yer almamıştır. Bu

182) Bkz. Zana-Türkiye Davası, Kt. 25 Kasım 1997, Reports of Judgements and Decisions 1997-VI, s. 53, 55.

183) İbid., s. 57-61.

durum karşısında Mahkeme, mektubun askeri disiplin üzerinde sahip olabileceği etkinin önemsiz olduğunu kabul ederek eleştiri niteliğindeki düşüncenin hakaret sayılamayacağı neticesine varmıştır¹⁸⁴. Lingens-Avusturya kararında ise "maddi olaylar" ile "değer yargılarını" birbirinden ayırmanın gerekliliğine işaret ederek, değer yargılarının doğruluğunu isbatlamanın mümkün olamayacağını belirtmektedir¹⁸⁵.

Mahkeme, Handyside Kararında demokratik toplum düzeni açısından aranması gereken adil denge bakımından bireyin sahip olması gereken sorumluluğuna ve kimi ödevlerine de dikkat çekmektedir. Şöyle diyor: "Diğer yandan, ifade özgürlüğünü kullanan herkes, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen "ödev ve sorumluluklar" yükümlenir. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, "demokratik bir toplumda" "gerekli" olan "yasaklar" ve "cezalar"ın "ahlakın korunması"na yardımcı olup olmadıklarını araştırırken, kişilerin bu tür "ödevleri"nin ve "sorumlulukları"nın bulunduğunu görmezlikten gelemez."

Öte yandan, Mahkeme, düşünceleri açıklama hürriyetini herkes için kabul ettiği halde, özgürlüğün sınırlarını herkes için aynı ölçüde görmemektedir. Kişinin demokratik toplumda yüklendiği ödev ve sorumluluklar gereği, açıklama özgürlüğünün sınırlarının bu özel durumlara bağlı olarak daralıp genişleyebileceğine vurgu yapmaktadır. Bu nedenle kişi, bu özgürlüğünü kullanırken taşıdığı sıfatın (kamu görevlisi, asker yargıç, avukat, gazeteci vs.) kendisine yüklediği görev ve sorumlulukları gözönünde tutmak ve bu sifattan kaynaklanan kısıtlamalara saygılı olmak zorundadır¹⁸⁶. Nitekim, Mahkemeye göre, "Askerî disiplin sistemi, doğası gereği, sivil şahısların hak ve özgürlüklerine getirilemeyecek sınırlamaların, silahlı kuvvetler mensuplara getirilebilmesine imkân verir."¹⁸⁷

184) Grigoriades-Yunanistan, Karar Sıra No: 855, Kt. 25.11.1997, s. 47.

185) Lingens-Avusturya, 8.7.1986, Séries A, No: 103.

186) **GÖLCÜKLÜ, F.-GÖZÜBÜYÜK, Ş.**, a.g.e., s. 332.

187) Bkz. Engel ve Diğerleri-Hollanda, Kt. 8.6.1976, Séries A. 22, s. 42.

Nihayet, Mahkeme, Sözleşmenin 1 ve 14. maddelerinde, geçen "herkesin" ifadelerinden hareket ederek, tüzel kişilerin de ifade özgürlüğü bulunduğu neticesine varmıştır. Kısacası, 10. madde, gerçek ya da tüzel kişi olduklarına bakılmaksızın herkes için uygulanır¹⁸⁸.

2- Siyasî Partiler ve Aktif Elemanları Yönünden Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü:

AİHM, siyasi partiler ve aktif elemanları açısından ifade özgürlüğünü daha geniş olarak yorumlamaktadır. Kamuoyunda "İncal Kararı" olarak bilinen davada, bu yaklaşımı görüyoruz. İncal, 1993'de HEP'in İzmir'de yönetim kurulu üyesidir. "Yurtsever-Demokrat Kamuoyuna" başlığını taşıyan bir bildiri dağıtıyor. Bildiride "Metropolleri Kürtsüzleştirme" temeline dayalı bir kampanya başlatıldığını, bunun kürt halkına yönelik özel bir savaşın parçası olduğunu, yapılanların Türk ve Kürt emekçilerine karşı uygulanan "devlet terörü" olduğunu belirtiyor. DGM TCK. 312. maddeye aykırılıktan mahkum etmiştir.

AİHM bu kararlarla ilgili olarak şöyle diyor: "İfade özgürlüğü, herkes için önemli olmakla birlikte, siyasi partiler ve onların aktif üyeleri için özellikle önemlidir. Siyasi partiler seçmenlerini temsil ederler, onların sorunlarına dikkat çekerler ve onların menfaatlerini savunurlar. Bu nedenle, başvuru gibi bir muhalefet partisi üyesi siyasetçinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi, Mahkeme'nin konu üzerinde çok dikkatli bir inceleme yapmasını gerektirmektedir¹⁸⁹.

Mahkeme siyasi parti ve parti temsilcileri için ifade özgürlüğünü daha geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve bu ifadelerin normal eleştiri sınırları içinde kaldığı sonucuna varmıştır. Bu kararda ayrıca şunları söylüyor: "Eleştirinin izin verilebilir sınırları, Hükümet için, sade bir vatandaş ve hatta si-

188) Jerusalem-Avusturya, 27 Şubat 2001, Reports of Judgements and Decisions, 2001.

189) İncal-Türkiye, Karar Sıra No: 933, Kt. 9.6.1998, İHKAD, Cilt. 2, s. 395-397.

yasetçi için olan sınırdan daha geniştir. Demokratik bir sistemde Hükümetin fiilleri ve ihmalleri sadece yasama ve yargı organlarını değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakından denetimine tabi olmak zorundadır. Ayrıca hükümetin işgal ettiği üstün mevkii, özellikle muhaliflerinin haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanmayı ve ceza davasına sınırlı hallerde başvurmasını gerektirir. Ancak yetkili Devlet makamları, kamu düzeninin güvencesi olmaları sıfatıyla, bu tür fikirlere aşırı olmayan ve gerekli tepkiyi amaçlayan cezai nitelikte tedbirler de alma serbestisine sahiptirler”¹⁹⁰.

Mahkeme, bu kararında, Hükümeti eleştirinin sınırlarının sade bir vatandaşı, bir siyasetçiyi eleştirmenin sınırlarından daha fazla olabileceğini demokrasinin bir gereği olarak görmüştür. Neticede, İncal olayındaki ifadeleri eleştiri sınırları içinde görmüş, verilen mahkumiyeti güdülen meşru amaçla avantaj bulmamış ve yapılan bu müdahaleyi demokratik toplum açısından gerekli görmemiştir.

Siyasi parti ve aktif üyeleri için ifade özgürlüğünün önemini bir başka kararında “ifade özgürlüğü, herkes için önemli olmakla beraber, siyasi partiler ve onların aktif üyeleri açısından özellikle önemlidir” biçiminde belirtmiştir¹⁹¹.

Bir başka kararında benzeri yaklaşımla şöyle diyor: “... politik konuşmalar ve kamuoyunu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünü sınırlama noktasında devletin manevra alanı oldukça dardır. Ayrıca, hükümetle özel kişiler ve hatta politikacılar karşısında, hükümetler için getirilebilecek eleştirinin sınırları daha geniştir. Demokratik bir toplumda, hükümetin icraat ve ihmalleri sadece yasama ve yürütmenin değil kamu oyunun yakın denetimi altında olmalıdır. Hükümetlerin elnide bulundukları güç nazara alındığında kendilerine karşı yapılan haksız eleştirilere karşı bir çok farklı şekilde cevap verme hakkı varken, cezai prosedürü işletme konusunda oldukça hassas davranması gerekir”¹⁹².

190) İbid.

191) Bkz. Türkiye Komünist Partisi-Türkiye, Karar Sıra No: 868.

192) Bkz. Ceylan-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999.

AİHM, bir başka kararında yapılan eleştirileri sert nitelikli bulmakla beraber, hükümete yöneltilen eleştiriler bağlamında ele aldığı için verilen cezayı sözleşmeye aykırı bulmuştur. Olayda, başvurucunun bizzat katılmadığı, ancak, Deniz Gezmiş ve iki arkadaşı için 23 Mayıs 1993'de düzenlenen bir anma törenine bir mesaj göndermesi sözkonusudur. Mesajda yer verilen ifadeler TMK. 8'e aykırı bulunmuş ve ilgili cezalandırılmıştır. Mahkeme bu olayı değerlendirirken: "... baskı ve ihtilâl gibi kelimelerle belirli bir sertlik kazanan bu cümleler, Türk yetkililerine yöneltilen siyasi eleştirilerdir" sonucuna varmıştır¹⁹³.

Benzeri bir kararında da "... başvuru konuşmanın yapıldığı tarihte muhalif bir milletvekilidir. Halkın oylarıyla göreve gelen bir kişinin halkın haklarını savunma ve sıkıntılarını dile getirme mecburiyetinde olması ifade özgürlüğünün önemini daha da artırmaktadır. Bu da Mahkemenin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekliliğini ölçmede daha sıkı bir denetim uygulanmasını gerektirmektedir"¹⁹⁴.

3- Bilgilenme Hakkı Engellememeli:

Bir olayda, "Haberde Yorumda Gerçek" adlı dergide, yasadışı bir kuruluş olan PKK'nın lideri ile gerçekleştirdiği mülakat yayınlanmıştır. Aynı dergi başka bir sayısında da dört sosyalist kuruluşun (TKDD, TKEP, TKKKÖ, TKP, ML) ortak deklerasyonunu yayınlamıştır. DGM, TMK. 8'e dayanarak ilgililere ceza vermiştir. AİHM, bu konuyu değerlendirirken şöyle diyor: "Devletin güney doğudaki var olan şiddeti daha da ateşlendirmek için oldukça hassas davranması gerektiği kabul edilmekle beraber, basın, demokrasinin gerektiği gibi işlemesindeki rolünü unutmamak gerekir. Basının ülkede, devletin ulusal güvenliği veya toprak bütünlüğü veya suçu önleme noktasında koyduğu sınırları aşmaması gerekmektedir. Politik konularda, bu konular farklılaşmalara ve bölünmelere yol açacak

193) Bkz. Gerger-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999.

194) Bkz. Aksoy-Türkiye, 10.10.2000, Reports of Judgements and Decisions, 2000.

nitelikte olsa da, bilgi ve fikirleri aktarma görevi de vardır. Basının bilgi ve fikirleri aktarma yanında, kişilerin, bu bilgi ve fikirleri öğrenme hakkı vardır. Basın özgürlüğü, politik liderlerin davranış ve fikirlerini ortaya koyma ve halka, liderlerinin davranış ve fikirleri hakkında düşüncelerini şekillendirme imkanı tanır"¹⁹⁵.

Mahkemeye göre, konuşan kişinin terör örgütü olarak kabul edilen bir örgütün lideri olmuş olması ve söylenen sözlerin demokratik toplum için tehdit oluşturması tek başına basının ifade özgürlüğünün sınırlanması için yeterli görülmemelidir. Çünkü toplumun bu olaylar hakkında bilgilenme hakkı vardır. Mülakatın tamamının kişileri şiddete veya düşmanlığa teşvik ve tahrik ettiği söylenemez. Şu halde, Mahkeme yapılan bu yayınları şiddete teşvik ve tahrik olarak değil "halkın bilgilenme hakkı" kapsamında değerlendirmektedir.

"Savaş ve kargaşanın söz konusu olduğu durumlarda medya özel bir görev üstlenmektedir. Medyanın, devlete karşı şiddete başvuran örgüt temsilcilerinin düşüncelerini aktarırken bu örgütlerin şiddeti arttıran ve düşmanlığı yayan düşüncelerine alet olmaması için daha da dikkatli davranması gerekir. Fakat, böyle bir tehlikenin söz konusu olmaması durumunda, üye devletler, vatanın bütünlüğünü veya ulusal güvenliği veya suçun önlenmesini ileri sürerek bazı cezai tedbirler uygulayarak medyanın halkı bilgilendirmesini engelleyemez"¹⁹⁶.

Bir başka olayda, başvuru sahibi "İşçilerin Sesi" adlı bir dergide bir okurun makalesini yayınlamıştır. Yasadışı şiddete çağrıda bulunarak bölücü propaganda yapmaktan dolayı derginin sahibi hakkında, dava açılmış, TMK. 8'e aykırılıktan mahkum olmuştur. Mahkemeye göre, şiddete teşvik olmaması halinde, Devletler, medya üzerinde etkili olmak amacıyla, ka-

195) Bkz. Sürek ve Özdemir-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999, aynı yönde bir başka karar için bkz. Lingens-Avusturya, 8.7.1986, Séries A, No: 103.

196) Bkz. Sürek-Türkiye, 8.7.1989, Reports of Judgements and Decisions, 1999, No: 4.

mu düzenini koruma adına ceza verme yoluna gidemezler. "Millî makamlar, kendileri için ne kadar nahoşta olsa, basın hürriyetinin ve kamu oyunun Kürt sorunundan haberdar olmasını engelleyemezler"¹⁹⁷.

4- Düşüncelerin Devletin Mevcut İlkeleri ile Bağdaşmaz Olması:

AİHM, düşünce özgürlüğünün kapsamının, ilgili devletin Anayasal ya da yasal düzenine göre değil, Sözleşme çerçevesinde Mahkeme içtihatlarıyla oluşturulan ortak demokrasi anlayışına göre belirlenecektir. Bu görüşü Sosyalist Parti kararında açıkça vurgulamıştır. Olayda, Partinin, Kürtlerin bir referandum yolu neticesi açıklayacakları serbest iradeleriyle Federal bir sistem önermesini Türk Anayasal düzenine aykırı olmakla beraber, Sözleşmeye aykırı olmadığını açıklarken şöyle diyor: "... bu tür bir programın Türk Devletinin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmez. Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir Devletin mevcut organizasyonunu sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasi programların önerilmesine ve tartışılmasına imkân verilmesi demokrasinin özünü oluşturur"¹⁹⁸. Bu yaklaşımla siyasi partilerin kapatılmasında daha toleranslı davranmış, şiddet, yabancı düşmanlığı, hoşgörüsüzlük, ırkçılık demokrasiye karşı açık bir tavır içinde olmadıkça siyasi partilerin kapatılmalarını sözleşmeye aykırı bulmuştur. Bu yaklaşımla Sosyalist Parti, Türkiye Komünist Partisi ve Özgürlükçü Demokrasi Partilerinin kapatılmalarını sözleşmeye aykırı bulmuştur¹⁹⁹.

197) Bkz. Erdoğan-Türkiye, 15.6.2000, Reports of Judgements and Decisions, 2000, Paragraf: 71.

198) Bkz. Sosyalist Parti-Türkiye, Karar Sıra No: 918, Kt. 25.5.1998, Paragraf: 47.

199) Bu konuda bkz. **TEZCAN, D.**, "Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasî Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ortaya Koyduğu Eğilim, Anayasa Yargısı, sy. 16, 1999, s. 130-141; **KABOĞLU, İ.Ö.**, İfade Özgürlüğünün Siyasî Partilerce Kullanımının Sınırları, Anayasa Yargısı, sy. 16, 1999, s. 71-92; **SAĞLAM,**

5) Düşüncelerin Etki Alanı ve Sonuçları Önemlidir:

AİHM göre, sadece ifadenin kendisi değil, doğuracağı etki ve sonuçlar da önemlidir. Olayda "Kürt sorununun dünü ve bugünü" konulu bir yuvarlak masa toplantısı sözkonusudur. Bir dergi bu toplantıdaki görüşlere bir makale bazında yer vermiştir. DGM bu toplantıda söylenen bazı sözleri nedeniyle katılanların bazılarını TMK. 8 ve aykırılıktan mahkum etmiş ve dergiyi toplatmıştır. Mahkemeye göre, her ne kadar Türkiye'nin 15 yıldır karşı karşıya kaldığı terörün daha da artmaması için gösterdiği hassasiyet göz önüne alınmakla birlikte, başvuru sahibi, yorumlarını bir açık oturumda yapmış olması, bu yorumların satışı çok fazla olmayan bir dergide yayınlanmış olması konuşmaların ulusal güvenlik, kamu düzeni veya toprak bütünlüğü için oluşturabileceği potansiyel etkisini azaltmaktadır. Başvuru sahibinin Türk halkı için söylediği sözler, negatif ve düşmanca bir içerik taşımakla beraber, şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana başvurması konusunda teşvik söz konusu değildir²⁰⁰.

Bir başka kararında ise, bir kitapta dile getirilen görüşlerin, yazılı medyada dile getirilen görüşlerden daha az etkiye sahip olacağına işaret etmektedir. Olayda, "Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun" adlı bir kitap sözkonusudur. Kitapta Kürt propagandası yapmaktan yazarı TCK. 142'den hapse mahkum olmuştur. Mahkeme şu yaklaşımı sergiliyor: "... kitabın yazarı, fikirlerini, özel bir şahıs olarak, yazılı medya yerine edebi bir eser ile dile getirmiştir. Bu gerçek, açıklanan fikirlerin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki negatif etkisini büyük ölçüde azaltmaktadır. Kitabın bazı kısımlarında yer alan açıklamalar, Türk halkı hakkında oldukça negatif bir resim ortaya koymakla ve düşmanca bir üslupla kaleme alın-

F., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi, Anayasa Yargısı, sy. 16, 1999, s. 189-203; **UYGUN, O.**, Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Anayasa Yargısı, sy. 17, 2000, s. 256-272.

200) Bkz. Okçuoğlu-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions 1999.

muş olmakla birlikte, açıklanan fikirlerde şiddete, silahlı mücadeleye ve ayaklanmaya teşvik söz konusu değildir"²⁰¹.

Benzeri bir olayda, "Haberde Yorumda Gerçek" adlı dergide yayınlanan bir yazı üzerine, dergi sahibi TMK. 6'ya göre, terörle mücadele eden kolluğun kimliğini açıklayarak hedef haline getirmekten tazminata mahkum etmiştir. AİHM, benzeri yorumla şöyle diyor: "... aynı haber diğer gazetelerde de aktarılmış olup haberde yeni bir bilgi verilmemektedir. Dolayısıyla, başvuru sahibinin mahkumiyetine esas teşkil eden haberin yayını anında, haberde yer alan söz konusu kişilerin yetkilerini kötüye kullandıkları zaten halkın bilgisine sunulmuştur. Aynı haberden dolayı diğer gazeteler hakkında herhangi bir işlem yapılmamıştır. Bu nedenle, yapılan yayınlarda haberde ismi geçen kişilere verilebilecek zarar zaten gerçekleşmiş ve verilen ceza ile elde edilmek istenen faydaya ulaşma imkanı hemen hemen ortadan kalkmıştır"²⁰².

Yine, bir diğer kararında, "Dersim-Bir İsyanın Türküsü" adlı bir şiir kitabı söz konusudur. Devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücülük propagandasından TMK. 8'e aykırılıktan mahkum olmuştur. AİHM açılan dava üzerine: "... başvuru sahibi, özel bir şahıs olup, fikirlerini şiir yoluyla, tabii olarak, küçük bir okuyucu grubuna hitaben yazmıştır. Medya aracılığı ile fikirlerin açıklanmamış olması fikirlerin ülkenin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve toprak bütünlüğü üzerindeki etkisini ciddi olarak azaltmaktadır. Şiirlerdeki bazı pasajlar saldırgan bir dille kaleme alınmış olmakla ve şiddet çağrısı yapmakla birlikte, fikirlerin sanatsal nitelik taşıyan bir yolla aktarılması, etki alanının çok az olması bir isyan veya ayaklanma ihtimalini azaltmaktadır"²⁰³.

Bir kararında, 1991'den beri satılmakta olan bir kitap söz-

201) Bkz. Arslan-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999.

202) Bkz. Sürük-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions 1999, Karar No: 2.

203) Bkz. Karataş-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999.

konusudur. Bölücülük yapıldığı suçlaması neticesi yazarı mahkum olmuştur. AİHM bu olayı değerlendirirken, yukarıdaki yaklaşımını sergilemekte ve ayrıca “doğurduğu etkiye bakarak” bir neticeye varmakta ve şöyle demektedir: “... kitapta kullanılan kelimelerin şiddeti teşvik ettiği, düşmanlığı ve kini tahrik ettiği söylenemez. Her ne kadar, bu tip kitapların gerçek amacının dışında gizli bazı mesajlar vermek isteyebileceği göz ardı edilmemesi gerekirse de, kitabın ilk baskısından ikinci baskısına kadar geçen süre içinde yayınından etkilenerek bir suç işlenmiş olmaması, kitabın böyle bir amacı olmadığını göstermesi açısından önemlidir”²⁰⁴.

Görülüyor ki, “açık ve yakın tehlike” kıstasını bu kararlarında da uygulamıştır. Böylece, Amerikan Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı benimsenmiştir²⁰⁵. Ne var ki, bizde TCK. 312'nin öngördüğü suç “zarar suçu” olmaktan daha çok “tehlike suçu”dur; yani suçun “yakın tehlikeliliği” aranmamakta, fiilin işlenmiş olması ceza vermek için yeterli görülmektedir²⁰⁶.

Bu konuda “açık ve yakın tehlike” kıstasına bakılmaması, bizim mahkemeler ile AİHM'nin farklı sonuçlara varmasına neden olmaktadır. Bu yüzden sorun TMK. 8, TCK. 312 gibi bir takım maddelerin düzenlenmelerindeki muhtevadan çok uygulama ve yorum farkından kaynaklanmaktadır²⁰⁷. Nitekim, AİHM, bir kararında, TCK. 312'nin konuluş amacını meşru kabul etmiştir²⁰⁸.

6- Şiddet Çağırısı Varsa:

AİHM, hemen tüm kararlarında “şiddet” çağırısı taşıyan ifa-

204) Bkz. Öztürk-Türkiye, 28.9.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999.

205) Bu konuda bkz. **TURHAN, M.**, a.g.m., s. 103.

206) Bkz. **HAFIZOĞULLARI, Z.**, “Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, İHMD, Ekim 1994, c. 2, sy. 2, s. 13.

207) **ÜNAL, S.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 1995, s. 246.

208) Bkz. Zana-Türkiye, 25.11.1997, Reports of Judgements and Decisions 1997.

deleri, düşünceleri açıklama özgürlüğü kapsamında görme- miştir. Olayda, "Haberde Yorumda Gerçek" isimli bir dergide yayınlanan makale "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda ve şiddete çağrı niteliğinde görülmüş, ilgili TMK. 8'e göre cezalandırılmıştır. Makalede, Güneydoğu'da yürütülen mücadeleyi "Türk güvenlik kuvvetlerine karşı yürütülen bir savaş" olarak nitelendirilmiş ve "özgürlük mücadelesini sonuna kadar sürdüreceğiz" ifadesine yer verilmiştir. Böylece silahlı mücadeleye bir çağrı niteliği sergilemektedir. Neticede, mahkeme, verilen ceza ile elde edilmek istenen amaç arasında bir orantısızlık görmemiş ve verilen cezayı sözleşmenin 10. maddesine aykırı bulmamıştır. Bu kararda, Mahkeme, "yazarın kendisini terör örgütüyle özleştiremeyeceği" sonucuna varmıştır²⁰⁹.

Bir başka olayda, yine "Haberde Yorumda Gerçek" adlı derginin sahibi "Suç Bizim" ve "Silahlar Özgürlüğü Engellemez" başlıklı iki mektup yayınlamıştır. DGM, bu yazıları TMK. 8'e aykırı bularak yazarını mahkum etmiştir. AİHM, bu yazıyı değerlendirirken, Türk ordusunun katliam yapan, şiddet ve baskı uygulayan bir kurum olarak nitelendirildiğine dikkat çekmekte, böylece, zaten varolan şiddet ortamını körüklediği, intikam almaya çağırdığını, yazıda bazı isimlere yer verilerek, bu kişilere karşı kin ve nefretin körüklendiği, şiddetin hedefi haline getirildiği neticesine vararak, verilen cezanın sözleşmeye aykırı bulunmadığına hükmetmiştir²¹⁰. Şu halde, kin ve nefret arttırmaya yönelik beyanlar yasaklanabilir.

Diğer bir olayda, "Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma-Paradigmanın İflası-Resmî İdeolojinin Eleştirisine Giriş" adlı bir kitapta yer alan ifadeler TM. 8'e aykırı bulunmuş, yazarı ve yayıncısı hakkında açılan davaya mahkumiyet kararı verilmiştir.

AİHM, kararında; Türkiye'nin bir kısmının Kürdistan ola-

209) Bkz. Sürek-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions 1999, Karar No: 3.

210) Bkz. Sürek-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions 1999, Karar No: 1.

rak nitelenmesi; Kürtlerin baskı altında olduğunun söylenmesi gibi ifadeleri sert ifadeler olarak değerlendirilebileceğine ve bu sözlerin Kürt ayrılıkçılığının desteklenmesi olarak görülebileceğine işaret etmekle beraber, "... belirtilen ifadeler, Türkiye'nin sosyo-ekonomik gelişmesini ve uygulanan politik ideolojisini tarihi açıdan inceleyen akademik bir çalışmada dile getirilmiştir. Ve daha da önemlisi, kullanılan ifadelerde şiddete teşvik söz konusu olmadığı gibi bu anlama gelebilecek bir anlatım tarzı da benimsenmemiştir"²¹¹ neticesine varmıştır.

Bu kararlara baktığımızda, AİHM, demokratik bir toplumda düşünceleri açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasında, "şiddete çağrısı" bir ölçü olarak kullanılmaktadır. Bunu "cebir unsuru" olarak nitelendirmek mümkündür. Yani bizzat ifadenin kendisinin şiddet içermesi yeterlidir; ayrıca şiddetin gerçekleşmesi aranmaz. Bu gibi durumlarda, Devlet, ifade özgürlüğünü kısıtlamada daha geniş bir takdir hakkına sahip olmaktadır.

AİHM, bu kriteri getirerek, şiddet içeren ifadelerin demokrasilerde koruma göremeyecekleri neticesine ulaşmakla beraber, Türkiye aleyhine açılmış bazı davalarda bu ölçüyü farklı uyguladığı düşüncesindeyiz. Nitekim, Karataş-Türkiye davasında, şiir kitabında bazı pasajların "saldırgan bir dille kaleme alındığını" ve "şiddet çağrısı yaptığını" kabul etmekle beraber, bir şiir kitabı olması nedeniyle sanatsal nitelik taşıyan bir yolla kaleme alınmasını ileri sürerek, verilen cezayı ifade özgürlüğünü düzenleyen Sözleşmenin 10. maddesine aykırı bulmuştur²¹².

Netice itibariyle, AİHM, "şiddet unsuru"nu tam olarak ortaya koymadığı için bu tür farklı kararlar çıkabilmektedir. Mahkeme PKK'yı bir terör örgütü olarak kabul etmekle bera-

211) Bkz. Başkan ve Okçuoğlu-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999. Benzer kararlar için bkz. Polat-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999; Ceylan-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999.

212) Bkz. Karataş-Türkiye, 8.7.1999, Reports of Judgements and Decisions, 1999.

ber, her hakim kendi ülkesinin çıkarlarının etkisinden kurtulamadığı için her zaman isabetli karar alnamamaktadır. Bu yüzden "şiddet unsuru" tesbit edilirken, Türkiye'nin içinde bulunduğu terör yeterince algılanmamaktadır. Oysa 11 Eylül 2001 günü ABD'de meydana gelen kule saldırısı olayından sonra gerek ABD gerekse Avrupa demokrasi ile bağdaşmayan bir çok tedbir almaya yönelmişlerdir.

7- Devlete Düşen Pozitif Yükümlülük:

AİHM'nin bazı kararlarından anlaşıldığı üzere, Devlet, ifade özgürlüğünü soyut olarak tanımakla kalmamalı, ayrıca uygulamaya geçmesini sağlayan bazı tedbirler de almalıdır.

Olayda, bir günlük gazetenin kapanmasına sebep olan, personeline yönelik ciddi saldırılar ve olaylardan Türkiyeyi sorumlu tutmuştur. 1993 yılında İstanbul polisi, bu gazetenin ofisini aramış ve çok sayıda personeli PKK üyesi olmak, PKK'ya yardım ve yataklık etmek, bu örgüt lehine propaganda yapmak ve yataklık etmek suçlaması ile haklarında dava açılmıştır.

AİHM'ne göre: "Özgür Gündem ve personeline ciddi saldırılar gerçekleştirildiği ve bu saldırıların gazetenin yayını ve dağıtımını etkilediği devletçe bilinmesine rağmen, gazete yönetiminin ve personelinin istek ve dilekçelerinin hiç birisine cevap verilmemiştir. Bu anlamda hükümetin tedbir olarak sunabildiği tek işlem, 1994'de gazetenin İstanbul bürosunun bombalanması sonucu almış olduğu tedbirlerden oluşmaktadır. Saldırıların ciddiyeti ve yaygınlığının yanı sıra saldırıların sistematik olarak yapıldığı ve yetkililerin bilgisi ve desteği dahilinde gerçekleştiği iddiaları dikkate alındığında, savcılarınca gerçekleştirildiği söylenen araştırma ve soruşturmalar yeterli ve etkili tedbirler olarak kabul edilemez.²¹³" Mahkeme şu neticeye varıyor: "1992-1994 yılları arasında gazete ve personeline yönelik çok sayıda yasadışı şiddet olayı gerçekleşmiştir. Fakat yetkililer, bu olayları araştırma adına herhangi bir işlem yap-

213) Bkz. Özgür Gündem-Türkiye, 16.3.2000, Reports of Judgements and Decisions, 2000.

mamış, iki olay dışında koruma taleplerine cevap verilmemiştir". Mahkemeye göre "her ne kadar Sözleşmenin amacı, kamu-
nun gücünün kişilere karşı keyfi olarak kullanmasını engelle-
mek olduğu öteden beri Mahkemece vurgulanmış olsa da, bir
hakkın devletlerce gerektiği gibi korunması için durumun ge-
rektirdiği ilave pozitif yükümlülükler olabilir". Mahkeme, Söz-
leşmenin 8. maddesinin 2 paragrafı açısından bu şekilde poziti-
f yükümlülükler doğduğuna karar vermiştir²¹⁴.

Böylece, Düşünceleri açıklama özgürlüğünün önemini, ül-
kemizdeki gelişimini, son Anayasa değişikliği ve bu bağlamda
çıkarılan uyum yasaları neticesi bu alanda geline nokta, Av-
rupa Birliği çerçevesinde atmamız gereken adımlara ne ölçüde
yaklaştığımızı ve AIHM kararları ışığında geldiğimiz noktayı
ana hatları ile açıklamış olduk.

Bu açıklamalardan sonra denilebilir ki, yapılan değişiklik-
lerle henüz Avrupa standartları ve AIHM kararlarında yorum-
lanan ifade özgürlüğü seviyesine henüz erişemedik ise de, son
değişikliklerle bir adım daha ilerlediğimizi söyleyebilir. Ne var
ki, Türkiyenin gerçek sorunu, her alanda olduğu gibi bu alan-
da da uygulama, niyet ve zihniyet sorunudur. Böylesi bir yak-
laşım dünyanın en iyi kanunları da dayanamaz.

214) İbid.