



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE



TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ

İfade Özgürlüğü

*Avrupa
İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
10. Maddesinin
uygulanmasına ilişkin
kılavuz*

Monica Macovei

İnsan hakları el kitapları, No. 2



İfade Özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz

Monica Macovei

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 88
TBB-İHAUM : 6

İnsan hakları el kitapları, No. 2

Bu yayında ifade edilen görüşler yazara aittir ve Avrupa Konseyi'ni herhangi bir sorumluluk altına sokamaz. Söz konusu görüşler, değindikleri hukuki araçlara, Üye Devletlerin hükümleri, Avrupa Konseyi'nin yasal organları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayalı olarak oluşturulmuş herhangi bir organı bağlayıcı güçte bir yorum getirdikleri şeklinde algılanamaz.

Avrupa Konseyi
İnsan Hakları Genel Müdürlüğü

Bu metinler, Avrupa Komisyonu/Avrupa Konseyi'nin Türkiye ile ortak girişimi çerçevesinde hazırlanmış, ilgilenen herkes tarafından kullanılması amacıyla, Türkiye Barolar Birliği tarafından çoğaltılmıştır.

F-67075 Strasbourg Cedex
© Council of Europe, 2001
Birinci Baskı, Eylül 2005
Baskı: Şen Matbaa

İçindekiler

Giriş	5
10. Madde konusunda genel düşünceler	6
İfade özgürlüğünün korunması— birinci fıkra	8
1. fıkra çerçevesinde korunan nedir? Kanaat sahibi olma özgürlüğü	8
Bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğü	9
Bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü	12
Basın özgürlüğü	12
Radio ve televizyon yayıncılığı özgürlüğü	15
1. fıkra çerçevesinde korunan nedir?— AİHM'in özgül konulardaki içtihadı	17

İfade özgürlüğünün kullanılması üzerindeki kısıtlama sistemi – ikinci fıkra	23
Uygulamada ifade özgürlüğü	45
İfade özgürlüğü ve ulusal güvenlik	45
İfade özgürlüğü ve kamu düzeninin korunması/suç işlenmesinin önlenmesi	56
İfade özgürlüğü ve ahlâk	61
İfade özgürlüğü ve başkalarının şöhreti ve hakları	63
İfade özgürlüğü ve yargı gücünün otoritesi ve tarafsızlığı	75
Gazetecilerin kaynaklarının korunması ve meşru amaçlar	78

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin, demokrasi, barış ve adalet fikirlerine ve, bunlar temelinde, toplumumuzda yaşayan insanların haklarına ve temel özgürlüklerine saygıya olan derin inancının en somut ifadesidir.¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmıştır. Son elli yıl boyunca AİHS, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu² tarafından yapılan yorumlar, hem de Avrupa Konseyi'nin çalışmaları temelinde bir evrim geçirmiştir. Konsey, AİHS'in kapsamını genişleten bir dizi ek protokolün yanı sıra, üye ülkeler için davranış standartları geliştiren ve öneren karar ve tavsiye kararları kabul etmiş ve AİHS'in hükümlerine uymayan devletlere yaptırımlar uygulamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Taraf olan hemen hemen bütün Devletler, AİHS'i ulusal mevzuatlarıyla bütünleştirmişlerdir. Bu şekilde, AİHS iç hukuk sisteminin bir parçası niteliğini kazanmış ve ulusal mahkemeler ve bütün kamu otoriteleri

için bağlayıcı hale gelmiştir. Buradan çıkan bir başka sonuç da şudur: söz konusu bütün ülkelerde, bireylerin AİHS'den türeyen hak ve ödevleri vardır. Dolayısıyla, iç hukuk usulü açısından AİHS'in metnine ve içtihat hukukuna başvurulabilir; Mahkemeler de bunları uygulamak zorundadır. Ayrıca, Mahkemeler de dahil olmak üzere, ülkenin yetkili mercileri, AİHS ve içtihat hukukuyla çelişen herhangi bir ulusal yasa karşısında AİHS'e öncelik tanımak zorundadır.

AİHS'in metni içtihat hukuku dışında okunamaz. AİHS örf ve adet hukuku sistemine göre işler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararları AİHS'in metnini açıklığa kavuşturur ve yorumlar. Bu kararlar, bağlayıcı emsal kararlardır; hukuki statüleri emredici hukuki norm kategorisine girer. Dolayısıyla, AİHS bir kez onaylandığında, medeni hukuk (yani kıta Avrupası hukuku) sistemi uygulayan ülkeler de dahil, bütün imzacı devletlerin ulusal yetkili mercileri, AİHM'in kararlarını bağlayıcı hukuk hükümleri olarak görmekle yükümlüdürler. Bu el kitabında AİHM içtihadına yaygın biçimde başvurulmasının nedeni budur. Bu

¹ *European Convention on Human Rights – Collected Texts'e Giriş*, Council of Europe, 1994.

² 11 no.lu Protokol ayrıca, Avrupa Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tek bir organ olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bünyesinde birleşmişlerdir.

bakımdan, şu nokta iyi anlaşılmalıdır: günümüzde, medeni hukuk geleneğinden gelen hukuk sistemleri dahi, içtihadın Parlamento tarafından kabul edilmiş olan yasalar ile eşit değer taşıdığı bir medeni hukuk-örf ve adet hukuku melezi sistem uygulamaktadırlar.

AİHS'in metni dinamik ve evrime açık biçimde yorumlanmaktadır. Bu, AİHS'i, güncel koşulların ışığında yorumlanması gereken, yaşayan bir araç haline getirir. Bu yüzden, AİHM, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerdeki gelişmelerin ve yaygın kabul gören standartların etkisine açıktır ve öyle de olmalıdır.

AİHS'in genel mantığı öyle kurulmuştur ki, burada sayılan hakların korunmasının ilk ve esas sorumluluğu âkit devletlere düşer. AİHM'in varlık nedeni devletlerin uygulamalarını izlemek, yargı denetimi gücünü kullanmaktır. Yani iç hukuk sisteminin takdir payı ile Avrupa çapında denetim el ele gider. Takdir payı doktrini bağlama göre farklı tarzda uygulanır ve devletlere tanınan takdir hakkı buna göre değişir. 15. maddede öngörülen olağanüstü hallerde ya da âkit devletler arasında pek az ortak zemin bulu-

nan durumlarda bir devlete hatırı sayılır ölçüde takdir hakkı tanınır; buna karşılık, ifade özgürlüğünün korunması türünden bazı alanlarda, takdir hakkı marjı hemen hemen sıfırdır.

Bu el kitabı, ifade özgürlüğünü içeren bütün davaların, devletlerin AİHS'in 10. maddesi hükümlerinin AİHM tarafından yorumlanışından doğan yükümlülüklerine uygun biçimde görülmesini sağlama konusunda yargıçlara yardımcı olacak tarzda tasarlanmıştır.

10. Madde konusunda genel düşünceler

AİHS'in Dibacesinde sözü edilen gerçek siyasi demokrasi ve insan haklarına saygı koşullarında, ifade özgürlüğü sadece kendi içinde önem taşımakla kalmaz; ayrıca, AİHS'den kaynaklanan başka hakların da korunması açısından merkezi bir rol oynar. Bağimsız ve tarafsız Mahkemelerin korunması altında olan geniş kapsamlı bir ifade özgürlüğü hakkı garanti altına alınmaksızın, ne özgür bir ülkeden, ne de demokrasiden söz edilebilir. Bu, yadsınamayacak bir genel yaklaşımdır.³

İfade özgürlüğü hem kendi başına bir

³ Jochen Abr. Frowein, "Freedom of Expression under the European Convention of Human Rights", in Monitor/Inf (97) 3, Council of Europe.

haktır, hem de AİHS tarafından korunan, toplantı özgürlüğü türünden başka hakların bir unsurudur. Öte yandan ifade özgürlüğü, AİHS'in koruduğu başka haklarla, örneğin adil yargılanma hakkı, özel hayatın korunması hakkı, vicdan ve din özgürlüğü ile çelişebilir. Böyle bir çelişki doğduğunda, AİHM, bir hakkın öteki karşısındaki üstünlüğünü sağlamak için bir denge arar. Çelişen çıkarlardan biri ifade özgürlüğü ise, kurulacak denge bu özgürlüğün önemini göz önüne alır. AİHM tekrar tekrar şu fikri ileri sürmüştür:

*ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindedir, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur.*⁴

Ya da,

*hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen bir Devlette basın ayrıcalıklı bir role sahiptir.*⁵

Eğer demokratik bir siyasi süreç ve her bireyin gelişmesi isteniyorsa, ifade özgürlüğünün korunması hayati önem taşır.

Bir ilkesel yaklaşım olarak, 10. Madde,

içeriği ne olursa olsun, herhangi bir birey, grup ya da medya türü tarafından yayılan her tür düşüncüyü koruma altına alır. Komisyon'un içeriğe yönelik olarak uyguladığı tek kısıtlama, ırkçılık ve Nazi ideolojisinin savunulmasına ve düşmanlık ve ırksal ayrımcılığa teşvike yönelik fikirlerin yayılmasıyla ilgili olmuştur. Komisyon AİHS'in 17. maddesine yaslanarak, ifade özgürlüğünün AİHS tarafından tanınan hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması ile sonuçlanacak tarzda kullanılamayacağını ifade etmiştir.⁶ Bu tür kararlar, hoşgörü paradoksu teorisini uygulamaktadır: mutlak bir hoşgörü, hoşgörüsüzlüğü güçlendirecek fikirlere hoşgörü ile yaklaşılması halinde, bunların hoşgörüyle ortadan kaldırılmasıyla sonuçlanabilir.

Devletler, herhangi bir ifade türüne müdahale ettiklerinde bunu gerekçelendirmekle yükümlüdürler. Özgül bir ifade tarzının ne ölçüde korunması gerektiğine karar vermek için, AİHM ifade türünü (siyasi, ticari, sanatsal vb.), ifadenin yayılması için kullanılan aracı (kişisel, yazılı medya, televizyon vb.) ve hitap edilen topluluğu (yetişkinler, çocuklar, bütün toplum, belirli bir grup) göz

⁴ Lingens-Avusturya, 1986; Şener-Türkiye, 2000; Thoma-Lüksemburg, 2001; Maronek-Slovakya, 2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya, 2002 vb.

⁵ Castells-Ispanya, 1992; Prager ve Oberschlick-Avusturya, 1995.

⁶ Kuhnen-Almanya, Komisyon Raporu, 12 Mayıs 1988; D.J.-Almanya, Komisyon Raporu, 26 Haziran 1996.

önüne alır. İfadenin “doğruluğu” bile, bu kriterlere bağlı olarak değişik bir anlama sahip olabilir.

Karar verme sürecinde, AİHM, Amerika Birleşik Devletleri de dahil olmak üzere, ifade özgürlüğüne güçlü bir korumanın sağlanmış olduğu ulusal anayasal uygulamalara özel bir dikkatle eğilmiştir. Ne var ki, hukuki bağlayıcılığı olsa dahi, ulusal kararların, AİHM gibi, bir uluslararası sözleşmeyi uygulayan ve yorumlayan uluslararası bir organ açısından yararlılığı sınırlıdır. Bazı durumlarda Komisyon ya da AİHM, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’ne veya ifade özgürlüğünü koruyan başka uluslararası belgelere gönderme yapmıştır.

10. Madde, iki fıkra temelinde oluşturulmuştur.

➤ İlk fıkra korunacak özgürlükleri tanımlar.

➤ İkincisi ise, bir devletin, ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahalesinin meşru olacağı durumları sayar.

İfade özgürlüğünün korunması—birinci fıkra

10. Madde, 1. fıkra

Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

1. 1. fıkra, ifade özgürlüğünün üç unsurunu teminat altına alır:

- Kanaat sahibi olma özgürlüğü;
- Bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü;
- Bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğü.

Bu özgürlükler serbestçe, kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın⁷ ve ulusal sınırlardan bağımsız olarak kullanılabilir.

Kanaat sahibi olma özgürlüğü

2. Kanaat sahibi olma özgürlüğü, 10. Madde’de teminat altına alınan öteki özgürlüklerin bir ön koşuludur ve 2. fıkrada sayı-

⁷ 2. fıkranın gerekleri dışında.

lan kısıtlamalardan muaf olmak anlamında neredeyse mutlak bir anlamda koruma altındadır. Bakanlar Komitesi'nin belirttiği gibi, "bu hakka getirilecek herhangi bir kısıtlama demokratik bir toplumun doğası ile tutarsız olacaktır."⁸

Devletler vatandaşlarını endoktrinasyona maruz tutmamalı ve belirli fikirlere sahip bireyleri ötekilere karşı kayırmamalıdır. Ayrıca, Devletin tek yanlı bilgi yayması, kanaat sahibi olma özgürlüğü önünde ciddi ve kabul edilemez bir engel oluşturabilir.

3. Kanaat sahibi olma özgürlüğü çerçevesinde bireyler, aynı zamanda, daha önce kamuya yapmış oldukları açıklamalara dayanılarak belirli fikirlerin kendilerine atfedildiği durumlarda muhtemel olumsuz sonuçlara karşı da koruma altındadır. Kanaat sahibi olma özgürlüğü, kanaatlerini açıklamaya zorlanmama negatif özgürlüğünü de içerir.⁹

Bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğü

4. Bilgi ve kanaatlerin açıklanması özgürlüğü bir ülkenin siyasi hayatı ve demokratik yapılanması açısından çok büyük önem taşır. Bu özgürlüğün yokluğunda, anlamlı

serbest seçimlerin düzenlenmesi mümkün değildir. Ayrıca, bilgi ve kanaat açıklama özgürlüğünün tam olarak kullanımı, özgür ve demokratik bir devlet sisteminin temel göstergesi olan hükümetin serbestçe eleştirilmesini de mümkün kılar. AİHM'in 1976 yılı gibi çok erken bir tarihte belirttiği gibi, denetim işlevleri

AİHM'e, "demokratik bir toplum" u ayırt eden özelliklere çok büyük dikkat sarf etme yükümlülüğünü vermektedir. İfade özgürlüğü, bu tür bir toplumun asıl temellerinden, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur.¹⁰

Hükümeti eleştirme özgürlüğü 1986 yılında AİHM tarafından belirtik bir biçimde onaylanmıştır: basının görevi

kamu yararını ilgilendiren başka alanlarda olduğu gibi, siyasi konularda da bilgi ve fikirleri açıklamaktır. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri açıklama görevi yoktur: halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır.¹¹

Açıktır ki, bilgi ve fikirleri açıklama özgürlüğü, bilgi ve fikirlere ulaşma özgürlüğü

⁸ Bakanlar Komitesi Raporu, in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Van Dijk ve Van Hoof, Kluwer, 1990, s. 413.

⁹ Vogt-Almanya, 1995.

¹⁰ *Handyside-Birleşik Krallık*, 1976.

¹¹ *Lingens-Avusturya*, 1986, *Şener-Türkiye*, 2000; *Thoma-Lüksemburg*, 2001; *Dichand ve diğerleri-Avusturya*, 2002 vb..

ile birbirini bütünler. Bu, basılı medyanın yanı sıra radyo televizyon türü medya için de geçerlidir. Bunlar açısından bakıldığında AİHM, yayıncı ile izleyenin, kendi iradele- rine bağlı olarak birbirleriyle doğrudan temas içine girebilecekleri gerekçesiyle, devletlerin bunların arasına giremeyeceğini belirtmiştir.¹²

5. Ekonomik konularda bilgi ve fikir açıklama özgürlüğü (bu ticari ifade olarak anılmaktadır) de 10. Madde çerçevesinde teminat altına alınmıştır. Ancak, AİHM ekonomik konularda ülkenin yetkili mercilerinin daha geniş bir takdir payına sahip olduklarına karar vermiştir.¹³

6. Sanatsal yaratıcılık ve performans ile sanat yapıtlarının dağıtımı AİHM tarafından fikir ve kanaat alışverişine temel bir katkı, demokratik bir toplumun yaşamsal bir unsuru olarak görülmektedir. Sanatsal özgürlüğün ve sanat yapıtlarının serbest dolaşımının yalnızca demokratik olmayan toplumlarda kısıtlandığını belirten Komisyon şu fikri ileri sürmüştür:

Sanatçı, yaratıcı eseri aracılığıyla dünya üzerine kişisel vizyonunu dile getirmekle

kalmaz; aynı zamanda, içinde yaşadığı toplumu nasıl gördüğünü de ortaya koyar. Bu nedenle, sanat kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz; aynı zamanda kamuoyunun bir ifadesi olur ve halkın günün temel sorunlarıyla yüzleşmesini sağlayabilir.¹⁴

Olgular ve kanaatler arasındaki ayırım

7. Söz konusu özgürlük hem bilginin, hem de fikirlerin açıklanması ile ilgili olduğundan, AİHM tarafından yapılan ayırım bu erken aşamadan itibaren önem kazanır. Bilgi (olgular) ile kanaatler (değer yargıları) arasında açık bir ayırma giden AİHM şöyle demiştir:

olguların varlığı kanıtlanabilir; oysa değer yargılarının doğruluğu kanıtla başvurularak ortaya konulamaz. (...) Değer yargıları açısından bunu talep etmek, gerçekleştirilemeyecek bir şey istemektir; bu, AİHS'in 10. Maddesi'nin teminat altına aldığı hakkın asli bir bölümü olan fikir özgürlüğünün kendisini ihlâl eder.¹⁵

Kanaatler, bir olay ya da durum konusunda bir bakış açısını veya kişisel bir değerlendirilmeyi dile getirir; bunların doğru ya

¹² Groppera Radio-İsviçre, 1990 ve Casado Coca-İspanya, 1994.

¹³ Markt intern-Almanya, 1989.

¹⁴ Otto-Preminger Institut, 1994.

¹⁵ Lingens, 1986; Jerusalem-Avusturya, 2001; Diehand ve diğerleri-Avusturya, 2002..

da yanlış olduklarının kanıtlanması olanaksızdır. Ama kanaatin temelini oluşturan olguların doğru ya da yanlış olduğunu kanıtlamak mümkündür. Benzer biçimde, Dalban davasında da AİHM şunu ileri sürmüştür:

*Bir gazetecinin, doğruluğunu kanıtlamadığı sürece eleştirel değer yargılarının ifade etmesinin engellenmesi, kabul edilemez bir şeydir.*¹⁶

Dolayısıyla, doğruluğu denetlenabilir olgu veya verilerin yanı sıra, doğruluğunun kanıtlanması söz konusu olamayacak fikir, eleştiri ve spekülasyonların dile getirilmesi de 10. Madde çerçevesinde koruma altına alınmıştır. Ayrıca, başta siyasi alanda ifade edilmiş olanlar olmak üzere, değer yargıları demokratik bir toplum açısından yaşamsal önemi haiz olan kanaat çoğulculuğunun bir gereği olarak özel bir korumadan yararlanır.

Olgular ve kanaatler arasındaki ayırım ve ikincisi konusunda kanıt talep etmenin yasaklanması, “hakaret” suçu ile ilgili olarak hâlâ bu tür koşulları gerekli kılan iç hukuk sistemleri açısından büyük önem taşır. Ayrıca, olgulara ilişkin olarak dahi AİHM, medyaya “yanlışlar konusunda nefes alına-

cak bir alan” tanıma adına iyi niyet savunmasını kabul etmiştir. Örneğin Dalban davasında¹⁷ AİHM şöyle demiştir: “yazılarda sunulan olaylar zincirinin bütünüyle yanlış olduğuna ve G.S. hakkında bir iftira kampanyası başlatmak üzere tasarlandığına dair hiçbir kanıt yoktur.” Esas olarak, iyi niyet savunması, gerçeği kanıtlama gereğinin (“doğruluk kanıtı” savunması) yerini almıştır. Şayet bir gazeteci veya yayın meşru bir amaç güdüyorsa, konu halkı ilgilendiren bir konuya ve olayları doğrulamak için makul bir çaba gösterildiyse, söz konusu olgular yanlış çıksa dahi, basın sorumlu tutulmayacaktır.

Ancak, değer yargıları, yeterli bir olgusal zemine yaslanmalıdır. AİHM in işaret ettiği üzere,

*bir iddianın bir değer yargısından ibaret olduğu durumda dahi, yapılan müdahalenin orantısallığı suçlanan iddia konusunda yeterli bir olgusal temel olup olmadığına bağlı olabilecektir. Zira kendisini destekleyecek hiçbir olgusal temeli olmayan bir değer yargısı dahi aşırıya kaçmış olabilir.*¹⁸

¹⁶ Dalban-Romanya, 1999.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Jerusalem-Avusturya, 2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya, 2002.

Bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü

8. Bilgi alma özgürlüğü bilgi toplama ve mümkün olan bütün kanuni kaynaklardan bilgi araştırma hakkını içerir. Bilgi alma özgürlüğü uluslararası televizyon yayınlarını da içerir.¹⁹

Bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü, medya ile ilgilidir; medyanın halka bu tür bilgiyi ve fikirleri aktarmasının olanaklı olmasını gerektirir. Ama AİHM bu özgürlüğün içinde, halkın özellikle kanu çıkarını ilgilendiren konularda yeterli biçimde bilgilendirilmesi hakkının da olduğu kanısındadır.

Basın özgürlüğü

9. Her ne kadar 10. Madde basın özgürlüğünün açıkça sözünü etmiyorsa da, AİHM, bu maddede ele alınan özgürlüklerin kullanılması bakımından basına özel statü tanıyan bir dizi ilke ve kuralı ortaya çıkaran kapsamlı bir içtihat hukuku geliştirmiştir. Biz de bu yüzden basın özgürlüğünün 10. Madde kapsamında ek bir takım açıklamaları hak ettiği kanısındayız. Basın özgürlüğünün özel olarak ele alınmasının bir başka gerekçesi ise ulusal uygulamalarda bulunabilir: kamu otoritelerinin ifade özgürlüğünü

ihlâl ettiği durumların mağdurları başka türden bireylerden çok daha büyük ölçekte gazetecilerdir.

10. Basının siyasi hayatın bekçisi olarak rolünü AİHM ilk kez *Lingens* davasında (1986) vurgulamıştı. Bu davadaki gazeteci, birkaç yazısında, o zamanki Avusturya Federal Şansölyesi'ni, geçmişinde Nazi faaliyetleri olan birinin yönettiği bir parti ile kolisyon kuracağını açıklamak türünden spesifik bir politik adımı dolayısıyla eleştirmişti. Gazeteci *Lingens* Şansölye'nin davranışını "ahlâksızca", "yüz kızartıcı" ve "en adi türden oportünizm" in kanıtı olarak nitelemişti. Şansölye'nin açtığı özel hukuk davasında Avusturya mahkemeleri bu ifadelerin hakaret kabilinden olduğuna karar vererek gazeteciyi para cezasına çarptırmıştı. Mahkûmiyetin gerekçesinde mahkemeler aynı zamanda gazetecinin iddialarının doğruluğunu kanıtlayamamasını da ileri sürüyordu. Bu son konuyla ilgili olarak, AİHM ulusal mahkemelerin yaklaşımını yanlış bulacaktı, çünkü kanaatler (değer yargıları) kanıtlanamaz ve kanıtlanmaları ilke olarak mümkün değildir.²⁰ Gazetecinin mahkûmiyetinin ge-

¹⁹ *Autronic-Isviçre*, 1990.

²⁰ Bkz. Paragraf 12.

rekçeleri açısından, AİHM siyasi tartışmada basın özgürlüğünün önemini vurguluyordu:

Basın söz konusu olduğunda bu ilkeler özel bir önem taşır. Her ne kadar basın, başka şeylerin yanı sıra, "kişinin şöhretinin korunması" bakımından da konulmuş sınırları aşmamakla yükümlü olsa da, kamu çıkarı ile ilgili olan başka alanlarda olduğu gibi, siyasi konularda da bilgi ve fikirleri açıklamak basının görevidir. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri açıklama görevi yoktur: halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır.(...) Bu bağlamda, AİHM'in, Viyana İstinaf Mahkemesi'nin kararında dile getirilen şu kanaati kabul etmesi mümkün değildir: basının görevi bilgi vermektir, bunun yorumu ise esas olarak okuyucuya bırakılmalıdır...

AİHM aynı kararında, basın özgürlüğünün halka siyasi liderlerin fikir ve tavırlarını keşfetme ve bu konularda bir fikir oluşturma açısından en iyi araçlardan birini sunduğunu ve dolayısıyla siyasi tartışma özgürlüğünün demokratik bir toplum fikrinin tam merkezinde yer aldığını ileri sürmektedir. AİH-

M'in basın yoluyla siyasi tartışmaya 10. Madde çerçevesinde böylesine güçlü bir koruma sağlamasının nedeni de budur.

11. Basın özgürlüğü kamuyu ilgilendiren başka konuların tartışıldığı noktalarda da özel bir statü içinde ele alınır. *Thorgeirson* davasında, davacı *Thorgeirson İzlanda*'da polis gaddarlığının yaygın olduğu yolunda iddialarda bulunmuş, polisleri "üniformalı canavarlar" olarak nitelemiş, "polislerin ve bar fedailerinin zalim bir doğallıkla öğrendiği ve kullandığı kurt kapanı uygulaması sonucunda zihinsel yaşı yeni doğmuş bir bebekinkine kadar geri giden kişiler"den söz etmiş ve polisin davranışı için "kabadayılık etmek, sahtekârlık, kanun dışı tutumlar, boş inançlar, cüretkârlık ve beceriksizlik" gibi kelimeler kullanmıştı. İç hukuk düzeyinde *Thorgeirson*, hakkında açılan davada polis gücünün adı belirtilmemiş mensuplarına hakaret etmekten para cezasına çarptırılmıştı. AİHM davacının kendi ülkesinde polis gaddarlığı sorununu gündeme getirdiğini saptıyor ve şu sonuca ulaşıyordu:

...kamu yararını ilgilendiren konularda

bilgi ve fikirleri açıklamak basının görevidir.

AİHM ayrıca şunu da belirtiyordu:

AİHM'in içtihat hukukunda... siyasi tartışma ile kamuyu ilgilendiren başka konular arasında bir ayırım yapmak için herhangi bir temel bulunmamaktadır.

Nihayet, AİHM mahkûmiyet kararını kamuyu ilgilendiren konularda açık tartışmayı engelleyecek

nitelikte bulduğunu açıklıyordu.

Öte yandan, *Maronek* davasında AİHM, eskiden devlete ait olan apartman dairelerinin kamu mülkiyetinden çıkarılması gündemde iken Slovakya'nın konut politikasını kamu yararına ilişkin bir konu olarak görüyor ve davacının ifade özgürlüğünü daha güçlü bir koruma altına alıyordu.²¹ Bu konuya ilişkin başka örnekler Türkiye aleyhinde sonuçlanan birçok davada bulunabilir: ülkenin güney doğusundaki çatışma ve bununla ilgili bütün konular, hatta "bölücü propaganda" ve federal bir sistem konusunda yapılan tartışmalar, ister yazılı ister sözlü ola-

rak ifade edilsin, kamuyu ilgilendiren konular olarak nitelendirilmiştir.²²

Hiç kuşkusuz, AİHM, siyasi konular dışında kamu yararıyla ilgili konuların halkın önünde açıkça tartışılmasına ilişkin olarak basın özgürlüğüne güçlü bir koruma sağlamaktadır.

12. Basın özgürlüğü bağlamında bir başka önemli konu, gazetecilerin kanıtlayamayacağı söylenti ve iddiaların yayınlanmasıdır. Yukarıda belirtildiği gibi,²³ AİHM değer yargılarının hiçbir biçimde kanıtlanma koşuluna tâbi tutulmaması gerektiğini açıklamıştır. *Thorgeirson* davasında,²⁴ polise yöneltilen suçlamalar değişik kaynaklardan derlenmişti: yazı, esas olarak, halktan kaynaklanan söylentilerden söz ediyordu. Davalı devlet, davacı iddiaların doğruluğunu kanıtlayamadığına göre yazıların nesnel ve olgusal bir temeli olmadığını ileri sürerken, AİHM bu doğruluk koşulunu makul olmayan, hatta olanaksız bir talep olarak değerlendiriyor ve basının sadece bütünüyle kanıtlanmış olguları yayınlama zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılması halinde hemen hemen hiçbir şey yayımlayamayacağını belirtiyordu. Açıkır

²¹ *Maronek-Slovakya*, 2001

²² *Süre ve Özdemir-Türkiye*, 1999; *Şener-Türkiye*, 2000; *Özgür Gündem-Türkiye*, 2000.

²³ Bkz. Paragraf 7 ve 10.

²⁴ Bkz. Paragraf 11.

ki, AİHM'in bu düşünceleri halkı ilgilendiren konularda kamusal tartışma bağlamında ele alınmalıdır.

13. AİHM, başka insanlar tarafından ileri sürülen iddiaların medya tarafından yayılması konusunu ele almıştır. *Jersild* ve *Thoma* davalarında AİHM şöyle demiştir:

*bir gazetecinin, bir başkasının ileri sürdüğü bir iddianın yayılmasına yardım ettiği için cezalandırılması... basının kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına katkısını ciddi biçimde engeller; özel olarak güçlü nedenler olmadığı sürece, bu tür bir cezalandırma düşünülmemelidir.*²⁵

Ayrıca, hükümetin davacı gazetecinin alıntı olarak aktardığı iddia ile arasına mesafe koymamasından müşteki olduğu *Thoma* davasında, AİHM şunu belirtiyordu:

Gazetecilerin, başkalarına karşı hakaret veya provokasyon gibi görülebilecek ya da başkalarının şöhretlerine hanel getirebilecek bir alıntıyı yaparken söylenenle aralarına sistematik ve formel biçimde mesafe koymasının gerektiği yolunda genel bir talep, basının güncel olay, fikir ve kanaatler konusunda

bilgi vermeye ilişkin rolü ile bağdaştırılmaz.

14. Gazetecilerin kaynakları da 10. Madde çerçevesinde koruma altındadır. AİHM, gazetecilerin kaynaklarının korunmasının basın özgürlüğünün temel koşullarından biri olduğunu açıklamıştır. *Goodwin* davasında²⁶ AİHM şöyle demektedir:

bu tür koruma olmadığı takdirde kaynaklar kamuyu ilgilendiren konularda halka bilgi sağlama konusunda basına yardım etmekten cayabilirler. Bunun sonucunda, basının kamunun gözü kulağı olma konusundaki yaşamsal rolü darbe yiyebilir, basının doğru ve güvenilir bilgi verme kapasitesi olumsuz yönde etkilenir.

Radyo ve televizyon yayıncılığı özgürlüğü

15. 1. fıkranın son cümlesine göre, bilgi ve fikirleri açıklama ve alma hakkı "devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir." Bu hükmün AİHS üzerinde yapılan hazırlık çalışmasının ileri bir aşamasında metne dahil edilmesi, frekans sayısının sınırlılığı ve o dönemde çoğu Avrupa devleti-

²⁵ *Jersild-Danimarka*, 1994; *Thoma-Lüksemburg*, 2001.

²⁶ *Goodwin-Birleşik Krallık*, 1996.

nin yayıncılık ve televizyon üzerinde bir tekel hakkına sahip olduğu gerçeği türünden teknik nedenlerden kaynaklanıyordu. Ne var ki, yayıncılık tekniğindeki gelişmeler bu nedenlerin ortadan kalkmasına yol açmıştır. *Informationsverein Lentia* davasında²⁷ AİHM “son onyıllar boyunca ortaya çıkan teknik gelişmeler [dolayısıyla] bu kısıtlamalar frekans ve kanal sayısına referansla gerekçelendirilemez” diyordu. Uydu iletimi ve kablolu televizyon, frekansların sayısının sınırsız hale gelmesini sağlamıştır. Bu bağlamda, devletin medya şirketlerini ruhsata tâbi tutması farklı bir anlam ve amaç kazanıyordu: kamunun ihtiyaçlarına cevap verme amacıyla bilgi özgürlüğünün ve çoğulculuğunun teminat altına alınması.²⁸

16. AİHM, ülkelerin kamu otoritelerinin ruhsat sistemini düzenleme yetkisinin sadece teknik amaçlarla kullanılabileceğini, 10. Madde'nin ikinci fıkrasındaki koşullara aykırı biçimde ifade özgürlüğüne müdahale edecek tarzda uygulanamayacağını belirtmiştir. *Groppera* davasında²⁹ AİHM şöyle diyordu:

.. *AİHS*'in 10/1 maddesinin üçüncü cüm-

lesinin amacı, devletlerin kendi topraklarında yayıncılığın düzenlenişini bir ruhsat sistemi ile, özellikle teknik yönleri açısından, kontrol altında tutmalarına olanak tanındığını açıkça ortaya koymaktır. Ancak bu cümle, ruhsat sistemine ilişkin önlemlerin bunun dışında Madde 10/2'nin koşullarına tâbi olmaması anlamına gelmez; çünkü böyle bir yaklaşım bir bütün olarak alındığında 10. maddenin amaç ve hedefine aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına yol açardı.

Autronic AG davasında³⁰ AİHM, yayımlanan bilgilere ulaşmak için kullanılan uydu antenleri gibi gereçlerin birinci fıkranın son cümlesinde getirilen kısıtlamanın kapsamı içine girmediğine karar vermiştir. *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH* davasında, AİHM Avusturya'nın, Avusturya Yayın Kurumu dışında her kanala televizyon verici istasyonu kurma ve işletme konusunda ruhsat verme bakımından herhangi bir hukuki zeminin yokluğu dolayısıyla 10. maddeyi ihlâl ettiği sonucuna ulaşmıştır.³¹

17. AİHM, görsel işitsel medya alanında kamu tekeli için 10. Madde'ye aykırı bulmak-

²⁷ *Informationsverein Lentia ve Diğerleri-Avusturya*, 1993.

²⁸ *Observer ve Guardian-Birleşik Krallık*, 1995; *Lentia ve Diğerleri-Avusturya*, 1993.

²⁹ *Groppera Radio AG-İsviçre*, 1990.

³⁰ *Autronic AG-İsviçre*, 1990.

³¹ *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft-Avusturya*, 1993.

tadır. Bunun ana nedeni, kamu tekelinin bilgi kaynakları bakımından çoğulculuk sağlamayacağıdır. Bu tür bir tekel demokratik bir toplumda gerekli değildir; ancak acil toplumsal ihtiyaçlar temelinde haklı gösterilebilir. Oysa çağdaş toplumlarda, yayıncılık yöntemlerinin çoğalması ve sınır aşırı televizyonculuktaki gelişmeler, tekellerin varlığını haklı göstermeyi olanaksız hale getirmiştir. Aksine, halkın taleplerinin çeşitliliği, tek bir yayıncılık şirketince karşılanamaz.³²

18. Görsel işitsel medyada ticari reklâm-cılık da 10. Madde'nin koruması altındadır. Ancak bu alanda, reklâmların kontrol altında tutulması açısından ülkelerin kamu otoritelerine geniş bir takdir payı tanınmaktadır.³³ İlke olarak, reklâmların topluma karşı sorumluluk taşıyan bir tarzda hazırlanması gerekir. Her demokrasinin temelini oluşturan ahlâki değerlere özellikle dikkat etmek gerekir. Çocuklara yönelik her tür reklâm, onların çıkarlarına zarar verecek bilgi içermekten kaçınılmalı ve çocukların fiziksel, zihni ve ahlâki gelişmesine saygı göstermelidir.

1. fıkra çerçevesinde korunan nedir? – AİHM'in özgül konulardaki içtihadı

19.10. Madde'nin koruduğu "ifade" yazılı ya da sözel kelimelerle sınırlı değildir; bir fikir ifade etmeyi ya da bir bilgi sunmayı amaçlayan resimleri,³⁴ görüntüleri³⁵ ya da eylemleri kapsar. Bazı durumlarda, giyim bile 10. Madde'nin kapsamına girebilir.³⁶

20. Üstelik, 10. Madde bilgi veya fikrin sadece içeriğini korumakla kalmaz, bunların ifade edildikleri biçimi de korur.³⁷ Bundan dolayı basılı belgeler,³⁸ radyo yayınları,³⁹ tablolar,⁴⁰ filmler⁴¹ ve elektronik bilgi sistemleri de bu maddenin koruması altındadır. Bunun anlamı, bilgi ve fikirlerin üretim ve iletimi, aktarılması ve dağıtımı için kullanılan araçların da 10. Madde'nin kapsamına girdiğidir. AİHM, bu tür araçların birçok alanda hızla geliştiğinin farkında olmak zorundadır.

21. İfade özgürlüğü, negatif nitelikteki susma özgürlüğünü içerir. Komisyon, K-Avusturya davasında, bu hakka referansla, bir ceza davasında davacının kendi aleyhine tanıklıktan çekilme hakkını korumuştur.

22.10. Madde'nin tipik bir özelliği, baş-

³² Informationsverein Lentia-Avusturya, 1993.

³³ Markt intern-Almanya, 1989.

³⁴ Muller-İsviçre, 1988.

³⁵ Chorherr-Avusturya, 1993.

³⁶ Stevens-Birleşik Krallık, 1986.

³⁷ Oberschlick-Avusturya, 1991; Thoma-Lüksemburg, 2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya, 2002; Nikada-Finlandiya, 2002.

³⁸ Handyside-Birleşik Krallık, 1976.

³⁹ Groppera Radio AG-İsviçre, 1990.

⁴⁰ Muller-İsviçre, 1986.

⁴¹ Otto-Preminger Institut-Avusturya, 1994.

kalarının çıkarlarına zarar verme tehlikesini taşıyan ya da fiilen zarar veren ifadeyi koruma altına almasıdır. Genellikle, çoğunluk veya büyük gruplar tarafından paylaşılan fikirler Devletlerin müdahalesi riski ile karşı karşıya değildir. İşte bundan dolayıdır ki, 10. Madde'nin sağladığı koruma, küçük gruplar veya tek bir kişi tarafından dile getirilen bilgi ve kanaatleri de, bunlar çoğunluğa sarsıcı gelecek türden bile olsa, kapsar. Bireylerin bakış açılarına hoşgörü, demokratik siyasi sistemin önemli bir bileşenidir. Çoğunluğun istibdadını kınayan John Stuart Mill şöyle yazar: *eğer tek bir kişi insanlığın geri kalanından farklı bir kanaate sahipse, nasıl o kişinin gücü olsa insanlığı susturma hakkı yoksa, insanlığın da o kişiyi susturma hakkı yoktur.*⁴²

Bu bakımdan, AİHM 10. Madde'nin kapsamına giren bilgi ve fikirleri şöyle tanımlamıştır:

[sadece] olumlu karşılanan ya da kimseye saldırgan gelmeyen ya da insanların kayıtsız kalabildiği bilgi ve fikirler değil, saldırgan gelen, sarsıcı nitelik taşıyan ya da rahatsız eden fikirler de; demokratik

*toplumun vazgeçilmez özellikleri olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri bunlardır.*⁴³

23. Keskin veya abartılı dile ifade edilen fikirler de koruma altındadır; korumanın kapsamı eleştirinin bağlamına ve amacına bağlıdır. Kamunun tartıştığı veya kamu yararına giren konularda, politik tartışma esnasında, seçim kampanyalarında ya da iktidarda olan politikacılara veya kamu otoritelerine yöneltilmiş eleştiriler söz konusu olduğunda, saldırgan sözcükler kullanılması, sert eleştiriler yapılması beklenebilir bir şeydir ve AİHM bunlara daha fazla hoşgörü gösterir. Örneğin *Thorgeirson* davasında,⁴⁴ söz konusu makalede çok sert kelimeler geçmekle birlikte (polisler “üniformalı canavarlar” olarak niteleniyor, “polislerin ve bar fedailerinin zalim bir doğallıkla öğrendiği ve kullandığı kurt kapanı uygulaması sonucunda zihinsel yaşı yeni doğmuş bir bebeğinkine kadar geri giden kişiler”den söz ediliyor ve polisler için “kabadayılık etmek, sahtekârlık, kanun dışı tutumlar, boş inançlar, cüretkârlık ve beceriksizlik” gibi ifadeler kullanılıyordu), amaç polisin bir reformdan ge-

⁴² *On Liberty* (1859), Penguin Classics, 1985, s. 76.

⁴³ *Handyside-Birleşik Krallık*, 1976; *Sunday Times-Birleşik Krallık*, 1979; *Lingens-Avusturya*, 1986; *Oberschlick-Avusturya*, 199; *Thorgeirson-İzlanda*, 1992; *Jersild-Danimarka*, 1994; *Goodwin-Birleşik Krallık*, 1996; *De Haes ve Gijels-Belçika*, 1997; *Dalban-Romanya*, 1999; *Arslan-Türkiye*, 1999; *Thoma-Lüksemburg*, 2001; *Jerusalem-Avusturya*, 2001; *Maronek-Slovakya*, 2001; *Dichand ve diğerleri-Avusturya*, 2002.

⁴⁴ *Thorgeirson-İzlanda*, 1992.

çirilmesini teşvik etmek olduğu için kullanılan dil aşırı görülüyordu. Aynı şekilde *Jersild* davasında,⁴⁵ ırkçı iddialarla dolu bir görüşmenin ciddi bir haber programında yayınlanmış olması önem taşıyordu, zira program ciddi bir izleyici topluluğunu Danimarka toplumunda ya da yabancı ülkelerde olan bitenler konusunda bilgilendirmek gayesiyle tasarlanmıştı. Bir gazetecinin bir politikacıyı yolsuzluk ve devlet malının kötü yönetimi ile suçladığı *Dalban* davasında, AİHM “gazetecinin özgürlüğünün aynı zamanda bir ölçüde abartmaya, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerdiği” fikrini savunmuştur.⁴⁶ *Arslan* davasında, davacının Türk mercilerinin güney doğuda aldığı tedbirleri eleştirirken AİHM’in ifadesiyle “yadsınamayacak derecede aşırı bir sertlik” içeren bir ifade kullanması, AİHM’e göre “eleştiriye belirli derecede bir saldırganlık katmaktadır”. Ne var ki, AİHM davacının hükümeti eleştirdiği için mahkûm edilmesinin orantısız olduğu ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kararına ulaşmıştır.⁴⁷

Bir kışkırtmaya cevap olarak kullanıldığına saldırgan dil daha fazla koruma altına

alınır. *Lopes Gomes da Silva* davasında, bir gazeteci belediye seçimlerinde aday olan Resende adlı birinin politik inançlarını eleştiriyor ve onu “gülünç”, “soyтары” ve “kabalı” terimleriyle anıyordu. Bu eleştiri, Resende’nin bir dizi kamusal şahsiyetten keskin biçimde söz etmesinin, bu arada bu insanların fiziksel özelliklerine de saldırmasının (örneğin Fransa’nın bir eski başbakanından “kel bir Yahudi” olarak söz etmişti) ardından gelmişti. AİHM gazetecinin mahkûm edilmesinin 10. maddeyi ihlâl ettiği sonucuna ulaşıyordu. AİHM’e göre,

*Resende tarafından ifade edilen ve suçlanan başyazının yanı başında yayınlanmış olan fikirlerin kendileri keskin, kışkırtıcı ve en azından polemik olarak formüle edilmiştir. Davacının yazısının üslubunun Resende’nin yazısınınkinden etkilenmiş olduğunu varsaymak akla yâken olacaktır.*⁴⁸

Benzer biçimde, *Oberschlick* (2) davasında, gazeteci (Avusturya Özgürlük Partisi lideri ve Vali) Haider için “budala” ifadesini (“...Nazi değil ...ama budalaların teki”), Haider İkinci Dünya Savaşı’nda Alman asker-

⁴⁵ *Jersild-Danimarka*, 1994.

⁴⁶ *Dalban-Romanya*, 1999. *Prager ve Oberschlick-Avusturya*, 1995, ile *Dichand-Avusturya*, 2002, davaları da benzer vakalardır.

⁴⁷ *Arslan-Türkiye*, 1999.

⁴⁸ *Lopes Gomes da Silva-Portekiz*, 2000.

lerinin barış ve özgürlük için savaşmış olduğunu söylemesinden sonra kullanmıştır. AİHM Haider'in kendi konuşmasının kışkırtıcı olduğuna işaret ediyor, bu yüzden de Haider tarafından bilinçli biçimde kışkırtılan isyan duygusuyla karşılaştırıldığında "budala" sözcüğünün orantısız sayılamayaacağına hükmediyordu.⁴⁹

24. Kasıtlı ve dolaysız bir ifadenin şiddeti kışkırttığı ve şiddetin gerçekleşmesi bakımından gerçek bir olasılık olan durumlarda, şiddet kışkırtıcılığı 10. maddenin korumasının dışında kalır. *Sürek (3)* davasına konu olan yazı Kürtlerin ulusal kurtuluş mücadelesini "Türkiye Cumhuriyeti güçlerine karşı yöneltilmiş bir savaş" olarak niteliyor ve "biz toptan bir kurtuluş mücadelesi vermek istiyoruz" diyordu. AİHM'e göre,

suçlanan yazı PKK'yi destekliyor ve Kürdistan'ın ulusal bağımsızlığına ulaşmak amacıyla silahlı gücün kullanılmasına çağrı çıkarıyordu.

AİHM ayrıca yazının, güvenlik güçleri ile PKK mensupları arasında, ağır kayıpların verildiği ve Türkiye'nin güney doğusunun geniş bir bölümünde Olağanüstü Hal ilan

edilmesine yol açan ciddi çatışmalar bağlamında yazıldığına dikkat çekiyordu. Bu tür bir bağlamda,

yazının içeriği bölgede şiddetin arttırılmasına yol açma kabiliyetine sahip olarak görülmelidir. Gerçekten de okura verilen mesaj, saldırgan taraf karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir öz savunma tedbiri olarak görülmesi gerektiğidir.

Bu değerlendirme temelinde AİHM davacının mahkûmiyetini 10. maddeye aykırı bulmamıştır.⁵⁰ Buna karşılık, suçlanan yazıların Türkiye'yi "asıl terörist" ve "düşman" olarak nitelediği *Sürek (4)* davasında, AİHM şu sonuca ulaşmıştır:

Türk otoritelerine yöneltilen sert eleştirile... şiddete çağrı olmaktan ziyade, çatışmanın bir tarafının kemikleşmiş tutumunun bir yansımasıdır... Bir bütün olarak bakıldığında, yazıların içeriği şiddetin daha öteye taşınmasını kışkırtma kabiliyetini haiz olarak görülemez.

AİHM aynı zamanda kamuoyunun "Türkiye'nin güney doğusundaki durum konusunda, kendisine ne kadar kabul edilemez

⁴⁹ Oberschlick-Avusturya (2), 1997.

⁵⁰ *Sürek-Türkiye (3)*, 1999.

görüntirse görünsün, farklı bir görüşü öğrenme” hakkının da var olduğuna işaret etmektedir.⁵¹ Benzer biçimde, *Karataş* davasında da AİHM şu değerlendirmeyi yapmıştır:

Her ne kadar şiiirlerdeki bazı bölümlerin tonu çok saldırgan olsa ve şiddete başvuruya çağırıyor görünse de...bunların sanatsal karakter taşıması ve sınırlı bir etkisi olması dolayısıyla bir ayaklanmaya çağrı olmaktan ziyade zorlu bir politik durum karşısında hissedilen derin acının bir ifadesi olarak görülmesi sonucunu doğurmaktadır.⁵²

25. Nazi ideolojisini savunan, Holokost'u yadsıyan ve düşmanlık ve ırkçı ayırma teşvik eden ifadeler 10. maddenin koruma alanının dışında kalır. *Kuhnen* davasında davacı (Almanya'da yasaklanmış olan) Nasyonal Sosyalist Parti'yi yeniden siyaset sahnesine çıkarmak isteyen bir örgütün önderiydi. *Kuhnen* sosyalist ve bağımsız bir Büyük Almanya için mücadeleyi savunan yayımlar çıkarıyordu. Bunlarda yazılanlara göre, örgütü “Alman birliği, sosyal adalet, ırksal gurur, halkın bir aile gibi kardeşliği” fikirlerini savunuyor, “kapitalizme, komüniz-

me, Siyonizm'e, yabancı işçiler dolayısıyla yabancılaşmaya, çevrenin tahribine” karşı çıkıyordu. Başka bir yayında ise şöyle diyordu: “Her kim bu davaya hizmet ederse eylem yapabilir, her kim buna karşı çıkarsa karşısında bizi bulacak ve nihai olarak tasfiye edilecektir.” *Kuhnen* Alman mahkemeleri tarafından mahkûm edilmesi dolayısıyla 10. maddeye yaslanarak AİHM'e başvurmuştur. Komisyon AİHS'in “burada sayılan hakların ve özgürlüklerin herhangi birinin tahribini amaçlayan” bütün faaliyetleri yasaklayan 17. maddesine atıf yaparak başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşmıştır. Komisyon ifade özgürlüğünün AİHS'te ortaya konulan haklar ve özgürlüklerin tahribi için kullanılmayacağına dikkat çekmiştir. Komisyon davacının özgürlük ve demokrasiye dayanan temel düzene zarar veremeyi amaçlayan nasyonal sosyalizmi savunduğunu ve ifade ettiği düşüncelerin AİHS'in Databasesi'nde dile getirilen temel değerlerden birine karşı olduğunu saptamıştır: AİHS'de ilan edilen haklar “en iyi şekilde... gerçek bir siyasi demokrasi çerçevesinde korunabilir.” Buna ek olarak, Komisyon davacının ifade ettiği düşüncelerin ırksal ve dini ayı-

⁵¹ *Sürek-Türkiye* (4), 1999.

⁵² *Karataş-Türkiye*, 1999.

rımcılık unsurları içerdiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla, Komisyon davacının 10. maddede vaz edilen ifade özgürlüğünü, AİHS'in lafzına ve ruhuna aykırı düşen ve izin verildiği takdirde AİHS'in ortaya koyduğu hakların ve özgürlüklerin tahribine katkıda bulunacak olan faaliyetler için kullanmayı amaçladığını saptamıştır.⁵³

Kamusal tartışmanın konusu olarak Holokost'un⁵⁴ yadsınmasına ya da meşruiyeti iddiasına da 10. madde çerçevesinde korunma tanınmamıştır. *D.J.-Almanya* davasında, tarihçi olan davacı Auschwitz'de gaz odaları olduğunu yadsıyor, bunların savaşın hemen ertesinde inşa edilen sahte yapılar olduğunu, bu yüzden Alman vergi mükelleflerinin 16 milyar DM tutarında parasının bu sahtekârlığa harcanmış olduğunu ileri sürüyordu. Ulusal mahkemeler davacıyı para cezasına çarptırmıştı. Komisyon davacının iddialarının AİHS'in Dibacesindeki barış ve adalet ilkelerine aykırı olduğunu ve ırksal ve dini ayırmıcılığı savunduğunu kaydederek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁵⁵

26. Oy verme hakkı, 10. Madde'nin kapsamına girmez. Oy verme hakkı, devletlerin

“yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler”⁵⁶ düzenleme görevinin bir unsuru olarak görülür.

27. Komisyon ve AİHM bilgiye erişme konusunu 10. Madde'nin kapsamına sokma fikrine yatkın değildi. Örneğin, *Leander* davasında⁵⁷ davacı devlete ait resmi dosyalarda yer alan gizli bilgiye ulaşmak istiyordu. Kendisinin bir iş başvurusunun, bu dosyalardaki bilgiler temelinde reddedildiğine inanıyor ve bu bilgilerin yanlışlığını ortaya koymak istiyordu. AİHM davacının 10. madde kapsamında korunmaya hakkı olmadığına karar vermiştir.

Her ne kadar bilgiye erişme konusunun 10. Madde'nin kapsamına girmediğine karar verilse de, AİHM, bu tür bir hakkın belirli koşullarda AİHS'in başka hükümlerince korunabileceğine karar vermiştir. *Gaskin* davasında⁵⁸ AİHM, davacının çocukken devletin himayesinde geçirdiği döneme ilişkin bilgiye ulaşmasının reddedilmiş olmasını 8. Madde'nin ihlâli olarak görmüştür. AİHM gerekçesinde kararı bu tür bilginin davacı-

⁵³ *Kuhnen-Almanya*, 1998.

⁵⁴ Holokost şöyle tanımlanır: “Avrupa Yahudiliği'nin Nazi Almanyası ve işbirlikçileri tarafından 1933-1945 yılları arasında devlet gözetiminde, sistematik olarak ezilmesi ve imhası. En çok kurban Yahudileri saflarındandı: 6 milyon Yahudi öldürüldü. Çingeneler, engelliler ve Polonyalılar da ırksal, etnik ve ulusal amaçlarla hedef alındı, imha ve katledildi. Nazi istibdadı altında, aralarında eşcinseller, Yehova Şahitleri, Sovyet savaş esirleri ve siyasi muhalifler de olmak üzere milyonlarca başka insan da acıklı biçimde ezildi veya öldürüldü.” www.ushmm.org/education/foreducators/guidelines.

⁵⁵ *D.J.-Almanya*, 1996. *Honsik-Avusturya*, 1995 ile *Ochensberger-Avusturya*, 1994, davalarında da benzer kararlar alınmıştır.

nun özel hayatı açısından taşıdığı öneme dayandırılıyordu. Ancak şu da belirtiliyordu:

bu karara varılması, genel olarak kişisel veri ve bilgilere ulaşılmasının AİHS'in 8. Maddesi'ne dayandırılabilceği konusunda herhangi bir fikir ifade etmek anlamına gelmemektedir.

Ne var ki AİHM, devletlerin, kamuya açık bilgiye ve genel bilgi kaynaklarına erişilmesini bilinçli tedbirlerle engelleyemeyeceğine karar vermiştir.⁵⁹

Buna ek olarak, Avrupa Konseyi Parlamento Asamblesi'nin 428 (1970) sayılı Kararında, ifade özgürlüğü için, "kamu yararına ilişkin bilginin araştırılması, alınması, verilmesi, kamuya açıklanması veya dağıtılması hakkını kapsar" denmekte ve medyanın kamu çıkarını ilgilendiren meselelerde genel ve tam bilgi yayma görevinin olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, kamu otoriteleri, makul şartlar çerçevesinde, kamu çıkarını ilgilendiren bilgiyi ulaşılabilir kılma ile yükümlü tutulmaktadır.

⁵⁶ Sözleşme Protokolü, 3. Madde.

⁵⁷ Leander-İsveç, 1987.

⁵⁸ Gaskin-Birleşik Krallık, 1989.

⁵⁹ Z.-Avusturya, 1988.

İfade özgürlüğünün kullanılması üzerindeki kısıtlama sistemi – ikinci fıkra

28. 10. Madde'nin ikinci fıkrası şöyle demektedir:

Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilginin açıklanmasının engellenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı şekil şartlarına, koşullara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

"Bu özgürlüklerin kullanımı... bağlanabilir."

29. İfade özgürlüğü üzerindeki her tür kısıtlama, koşul, sınırlama, ya da herhangi bir müdahale biçimi, bu özgürlüğün sadece belirli bir kullanımı üzerinde uygulanabilir. İfade özgürlüğü hakkının içeriğine asla do-

kunulamaz. Bu açıdan, 17. Madde şöyle de-
mektedir:

*Bu AİHS hükümlerinden hiçbiri, bir dev-
lete, topluluğa veya kişiye, AİHS'de tanı-
nan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine
veya burada öngörüldüğünden daha ge-
niş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına
yönelik bir etkinliğe girişme ya da ey-
lemde bulunma hakkını sağlar biçimde
yorumlanamaz.*

Açıktır ki, bir hakkın içeriği üzerinde bir
sınırlama, o hakkın yok edilmesi gibi bir
şeydir.

Aynı zamanda, 2. fıkrada sayılan koşul-
lardan herhangi biri söz konusu olduğunda
ulusal otoriteler müdahale etmekle *yükümlü*
tutulmamışlardır, çünkü bu söz konusu hak-
kın içeriğine bir sınırlama getirme anlamına
gelirdi. Örneğin, kişinin şöhretine ya da şe-
refine hanel gelmesi her durumda bir suç ya
da tazminat nedeni olarak görülmemelidir.
Benzer tarzda, kamu önünde yargı gücünün
otoritesini tehlikeye atacak türden açıklama-
lar, böyle bir eleştiri her yapıldığında ceza-
landırılmamalıdır. Başka biçimde söylene-
cek olursa, ifade özgürlüğü hakkının kulla-

nımı üzerinde bir kısıtlama ya da cezaî ted-
bir belirleme ve uygulama konusunda kamu
otoritelerinin bir yükümlülüğü yoktur, sade-
ce böyle bir olanağı vardır. Farklı bir yakla-
şım, haklar ve değerler ya da çıkarlar arasın-
da bir hiyerarşiye yol açar, ifade özgürlüğü-
nün, örneğin insanlık onurunu ve şerefini
koruma hakkının, ahlâkın veya kamu düze-
ninin ardından listenin sonuna yerleştirilme-
siyle sonuçlanırdı. Veya böyle bir hiyerarşi,
hakların eşitliğini sağlayan ve bir hakkın
kullanımı üzerinde daimi sınırlamalara izin
vermeyen (çünkü bu, söz konusu hakkın
yadsınması anlamına gelirdi) bütün uluslara-
rası AİHSlere de aykırı olurdu.

**“Kullanılması görev ve sorumluluk
yükleyen bu özgürlüklerin...”**

30. İfade özgürlüğünün kullanımının be-
raberinde görev ve sorumluluklar getirdiği
fikri AİHS çerçevesinde benzeri olmayan
bir şeydir: hak ve özgürlükleri düzenleyen
öteki hükümlerin hiçbirinde böyle bir şey
bulunmaz.

31. Bu metin, beraberinde “görev ve so-
rumluluk” getiren bazı meslek kategorilerin-
de çalışan bireylerin ifade özgürlüğünü oto-

matik olarak sınırlayan ayrı bir durum gibi yorumlanmamıştır. AİHM'in kararları, bazı devlet görevlilerinin ifade özgürlüklerini kullanırken var olan "görev ve sorumluluk"ları konusunda çeşitli görüşleri yansıtmaktadır. Buna ek olarak içtihat, devletlere daha çok yetki tanıyan muhafazakâr bir yaklaşımdan, devletlerin daha az takdir hakkına sahip olduğu liberal bir yaklaşım yönünde evrilmiştir.

32. Örneğin, *Engel ve Diğerleri* davasında,⁶⁰ askerlerin bazı üst düzey subayları eleştiren bir gazete yayınlaması ve dağıtması konusunda getirilen yasak, AİHM tarafından ifade özgürlüğüne haklı bir müdahale olarak görülmüştür; ancak, AİHM şunu da eklemiştir:

söz konusu olan, bu insanların ifade özgürlüğünden yoksun kılınması değil, onların bu özgürlüğü suiistimal edecek tarzda kullanmasının cezalandırılmasıdır.

Ya da *Hadjianastassiou* davasında⁶¹ bir subay devlet sırrı olarak sınıflandırılmış bir bilgiyi açıklamaktan dolayı hüküm giymişti. Belirli bir silah ve buna ilişkin teknolojik

bilgi konusunda, ulusal güvenliğe hatırı sayılır düzeyde zarar verebilecek bir açıklamada bulunmuştu. AİHM, bu hükmün söz konusu subayın ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğu görüşünü benimsemiş, ama bunun 2. fıkraya göre haklı bir müdahale olduğu sonucuna ulaşmıştır:

Askeri hayata özgü özel koşulları ve silahlı kuvvetler mensuplarına düşen özgül "görev" ve "sorumluluk"ları göz önüne almak ...gerekir ...Davacı, KE-TA'da deneysel bir füze programından sorumlu bir subay olarak davacı görevlerinin yerine getirilmesine ilişkin her konuyla ilgili olarak sır saklama yükümlülüğü ile karşı karşıya olmalıydı.

33. *Engel ve Diğerleri* davasından yaklaşık 20 yıl sonra, benzer bir davada, AİHM görüşünü değiştiriyor ve ters yönde bir karar veriyordu. *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi* davasında,⁶² otoriteler askerlerin, ordu yönetimini eleştiren bir özel yayını dağıtmasını yasaklamışlardı. Avusturya Hükümeti, davacıların çıkarttığı yayının ülkenin savunma sistemine ve ordunun etkinliğine karşı bir tehdit oluş-

⁶⁰ *Engel ve Diğerleri-Hollanda*, 1976.

⁶¹ *Hadjianastassiou-Yunanistan*, 1992.

⁶² *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi-Avusturya*, 1994.

turduğunu ileri sürüyordu. AİHM Hükümet'in savunmasını kabul etmemiştir. Karara göre, yayındaki yazıların çoğunluğu

...şikâyetleri dile getirmekte, reform önerileri yapmakta ve okuyucuları yasal yollara başvurmaya ya da temyiz işlemleri başlatmaya teşvik etmekteydi. Ancak, sık sık polemik bir ton benimseyerek, demokratik bir Devlet'in hizmet ettiği toplumda olduğu gibi ordusunda da hoş görülmesi gereken bir fikir tartışması çerçevesinde izin verilebilecek olan ötesine taşmadıkları söylenebilir.

34. *Rommelfanger* davasında,⁶³ Komisyon, bir devlet görevlisinin ifade özgürlüğünü kullanırken bu hakkın özünü etkileyecek kısıtlamalara tâbi olmamasını sağlamak için devletlere bu yönde görevler düştüğünü belirtmiştir. Özel "görev ve sorumluluk"ları olan bir devlet görevlisi kategorisinin varlığının kabul edildiği durumlarda bile, bunların ifade özgürlüğü hakkına getirilen kısıtlamalar, başka insanların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerle aynı kriterler temelinde ele alınmalıdır.

35. *Vogt* davasında,⁶⁴ AİHM bir devlet

görevlisine devlete bağlılık görevinin uygulanma tarzının 10. Madde'nin ihlâli olduğuna karar vermiştir. 1987 yılında, *Bayan Vogt* 12 yıla yakın bir süre boyunca öğretmenlik yaptığı okuldan, Alman Komünist Partisi'nin militanı olduğu ve partiden ayrılmayı reddettiği gerekçesiyle uzaklaştırılmıştı. Devlete bağlılık görevi, Weimar Cumhuriyeti'nin deneyiminden sonra getirilmiştir. Devlet memurlarının Anayasanın hükümlerine aykırı siyasi faaliyetlerde bulunmasını yasaklamanın gerekli olduğu gerekçesiyle savunulmaktadır. *Bayan Vogt*'un amirleri, kendisinin Anayasanın genel çerçevesi içinde özgür demokratik sistemi savunma konusunda her devlet memuruna düşen göreve uygun davranmadığına karara vererek işine son vermişlerdi. AİHM şöyle demiştir:

Her ne kadar, bir devletin, devlet memurlarına bir bağlılık görevi getirmesi statüleri göz önüne alındığında meşru olsa da, devlet memurları da birer bireydir ve bu nitelikleriyle AİHS'in 10. Maddesi'nden yararlanmaya hak kazanırlar.

Devamla, AİHM Alman tarihini hatırlatan argümanların anlaşılır olduğunu belirt-

⁶³ *Rommelfanger*, 1989 raporu.

⁶⁴ *Vogt-Almanya*, 1995.

mekteydi; ancak, devlete bağlılık görevinin mutlak karakteri, bütün devlet memurlarına uygulanması ve özel hayatla mesleki hayat arasında bir ayırımın yokluğu göz önüne alındığında, Alman otoritelerinin hem ifade özgürlüğünü, hem de toplantı özgürlüğünü ihlâl ettiği sonucuna ulaşmaktaydı.

36. AİHM yargıçların “görev ve sorumlulukları”nı *Wille* davasında ele almıştır.⁶⁵ Bu davada, yüksek rütbeli bir yargıç olan davacıya Liechtenstein Prensi’nden bir mektup gelmiştir. Prens, davacının bir akademik konferans sırasında anayasal bir konuda belirttiği fikirleri eleştirmekte ve bu konferanstan sonra kendisini artık bir kamu görevine atama niyetinin olmadığını belirtmektedir. Değerlendirmesinin başında AİHM şunu saptamaktadır:

Mahkeme, bu tür bir pozisyonadaki kişilerin ifade hakkı söz konusu olduğunda 10. madde, 2. fıkrada zikredilen “görev ve sorumluluğun” özel bir önem taşıdığını hatırladığını tutmak zorundadır. Zira yargıda görev yapan kamu görevlilerinin, yargının otoritesine ve tarafsızlığına gölge düşürebilecek her durumda ifade özgür-

lüklerinin kullanılmasında kendi kendilerini sınırlamalarının beklenmesi maktadır.

AİHM ayrıca davacının ele aldığı anayasal konunun siyasi açımları mevcut olmakla birlikte bu noktanın kendi başına davacının söz konusu konuyu tartışmasını engellemesi gerektiğini kaydetmektedir. 10. maddenin ihlâline karar verirken AİHM daha önceki bir vesileyle Liechtenstein hükümetinin de davacıya benzer bir pozisyon benimsemiş olduğuna ve davacının ifade ettiği fikrin ülkede epeyce yüksek sayıda insan tarafından paylaşıldığına, dolayısıyla da savunulamayacak bir yanı olmadığına dikkat çekmiştir.

37. Buradan şu sonuç çıkar: belirli devlet memuru kategorilerine, örneğin istihbarat servislerinde, silahlı kuvvetlerde vb. çalışanlara veya yargı mensuplarına, mutlak ve sınırsız bağlılık ve gizlilik kısıtlamaları getiren her tür ulusal yasa ya da başka türden mevzuat 10. Madde’yi ihlâl eder. Üye devletler bu tür kısıtlamaları ancak genel bir karakter taşımadıkları, sadece gizliliği dönem dönem gözden geçirilmesi gereken spesifik

⁶⁵ *Wille-Liechtenstein*, 1999.

bilgi kategorileri ile, ayrıca spesifik devlet memuru kategorileri veya bu kategorilere mensup olan bazı kişiler ile sınırlı oldukları ve geçici olarak uygulandıkları takdirde benimsenebilirler. Bağlılık veya gizlilik görevinin “ulusal güvenliğin” savunulması temelinde gerçekleştirildiği durumda, üye devletler bu kavramı çok kesin ve dar bir anlamda tanımlamalı ve ulusal güvenliğin gerçek kapsamının dışında kalan alanları buraya dahil etmekten kaçınmalıdırlar. Aynı zamanda, devletler korunmakta olan çıkarın, örneğin ulusal güvenliğin, gerçekten bir tehlike ile karşı karşıya olduğunu kanıtlayarak ve halkın bir miktar bilgi edinme konusundaki çıkarını da göz önüne alma yükümlülüğüne sahiptir. Bütün bu koşullar görmezlikten geldiği takdirde, ifade özgürlüğü üzerindeki bu tür sınırlamalar mutlak bir karakter taşıyor ve 10. Madde'nin ikinci fıkrası ile çelişir.

38. Mahkemenin “görev ve sorumluluklar” yaklaşımı çerçevesinde, bir kişinin belirli bir kategoriye mensup olması, o kişinin haklarının kullanımı konusunda kamu otoritelerinin yetkisini arttırmaz, söz konusu kısıtlamayı sınırlandırır. Yazı işleri sorumlula-

rı ve gazeteciler bu kategoriye girer. *Observer ve Guardian* davasında,⁶⁶ ulusal mahkemeler, ulusal emniyeti tehlikeye düşürecekleri gerekçesiyle belirli yazıların yayımlanmasını yasaklayan bir tedbir kararı çıkartmışlardır. AİHM, “halkı ilgilendiren konularda basın bilgisi ve fikirleri yayması görevi”ne referans yapmış, basının bu tür bilgi verme görevine karşılık halkın bu tür bilgiye ulaşma hakkının olduğunu da eklemiştir. Dolayısıyla, AİHM bilgi ve fikirleri yayma hak ve görevini teslim ederek basına daha fazla özgürlük tanımış, devletin onun müdahalesini kısıtlama olanaklarını azaltmıştır. Ancak, AİHM gazetecilerin ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin olan “görev ve sorumluluklar” dolayısıyla 10. madde çerçevesinde korunmalarının “gazetecilik ahlakına uygun, doğru ve güvenilir bilgi sağlamak için iyi niyetle çalışmaları” şartına bağlı olduğunu belirtmiştir.⁶⁷

Buna ek olarak, AİHM aynı zamanda medya profesyonellerinin “görev ve sorumlulukları”nın “çatışma ve gerilim durumlarında özel bir önem kazandığını” vurgula-

⁶⁶ *Observer ve Guardian-Birleşik Krallık*, 1991.

⁶⁷ *Fressoz ve Roire-Fransa*, 1999; *Bergens Tidende ve diğerleri-Norveç*, 2000.

miştir.⁶⁸ Şener davasında, AİHM şunu saptamıştır:

Medyanın kin ve düşmanlık ifade edilmesinin ve şiddetin savunulmasının bir aracı haline gelmesinin engellenmesi için, devlete karşı şiddeti kışkırtan görüşlerin yayımlanması konusunda özel bir dikkat gerekir

Ne var ki, AİHM aynı zamanda şunu vurgulamıştır:

Öte yandan, bu tür görüşlerin böyle sıvılandırılmayacağı durumlarda. Âkit Devletler, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gerekçeleriyle ceza hukukunu medya üzerinde bir baskı aracı olarak kullanarak halkın bu görüşler hakkında bilgi sahibi olması hakkını kısıtlayamazlar.⁶⁹

Eldeki davada, AİHM davacının sahibi ve yayıncısı olduğu haftalık derginin Türkiye'nin güney doğusundaki Kürtlere yönelik olarak hükümetin izlediği politikayı ve güvenlik güçlerinin eylemlerini sert bir eleştirenlikle tâbi tuttuğunu ve bazı ifadelerin üslup

olarak saldırgan olduğunu kaydetmektedir. Ancak, AİHM söz konusu yazının şiddeti yüceltmediği ve intikam veya silahlı direniş yolunda bir kışkırtma içermediği kanısındadır. Dolayısıyla, davacının cezai mahkûmiyeti 10. maddenin bir ihlâli olarak görülmektedir. Davacı, çatışma ve gerilim durumlarında kendisine yüklenen görev ve sorumlulukları çiğnememiş, kamuoyuna Türkiye'nin güney doğusundaki durum konusunda (söylenenler kamuoyu açısından ne kadar kabul edilemez görünse de) farklı bir bakış açısı sunmuştur.

“Şekil şartlarına, koşullara, sınırlamalara ve yaptırımlara”

39. İfade özgürlüğü hakkının kullanımına müdahale olanaklarının yelpazesi çok geniştir (şekil şartları, koşullar, sınırlamalar ve yaptırımlar) ve önceden belirlenmiş hiçbir sınırlama söz konusu değildir. AİHM her bir dava için, ülke otoritelerinin almış olduğu spesifik tedbirin ifade özgürlüğü hakkının kullanımını üzerindeki kısıtlayıcı etkisine bakarak, bir müdahale olup olmadığını ayrı ayrı inceler ve karşılaştırır. Bu tür müdahaleler çeşitli biçimler alabilir: cezai mahkû-

⁶⁸ Şener-Türkiye, 2000.

⁶⁹ İdem.

miyet⁷⁰ (para veya hapis cezası), mahkemece tazminat ödenmesine karar verilmesi,⁷¹ yayın yasağı⁷² veya fotoğrafların gazetede yayımlanmasının yasaklanması,⁷³ yayınların toplatılması ya da kanaatlerin ifadesi veya bilginin aktarılması için kullanılan araca el konulması,⁷⁴ yayıncılık ruhsatı vermeyi reddetme,⁷⁵ gazetecilerin meslekten menî, Mahkemelerin ya da başka mercilerin gazeteciye kaynaklarını açıklama emri ve/veya bunu yapmayınca yaptırımlar uygulaması,⁷⁶ bir kamu görevlisinin kamu önünde yaptığı bir açıklamadan sonra devlet başkanının o kamu görevlisini bir kamu görevine atamayacağını bildirmesi⁷⁷ vb.

40. Müdahalenin farklı biçimleri arasında yayın öncesi sansür AİHM açısından en tehlikeli olanıdır, çünkü bilginin ve fikirlerin bunlara erişmek isteyenlere iletilmesini durdurur. Bundan dolayı, gazetecilere çalışma ruhsatı verilmesi, bir yazının yayımlanmadan önce bir yetkili tarafından incelenmesi veya yayın öncesi yasaklama türünden yayın öncesinde alınan tedbirler, AİHM tarafından çok sıkı bir denetime tâbi tutulur. Bu tür sınırlamalar geçici olsa dahi, bilginin

değerini sürekli olarak azaltabilir. Bazı yazıların gazetede yayımlanmasının yasaklandığı bir durumda AİHM şöyle demiştir:

*AİHS'in 10. Maddesi, bizzatıhi yayınlar üzerinde önceden kısıtlama uygulanmasına açık ifadelerle bir yasak getirmiştir... Öte yandan, önceden kısıtlama, doğası gereği, AİHM'in son derecede büyük bir dikkatle incelemesi gereken bir uygulamadır. Bu, özellikle basın sözü konusu olduğunda geçerlidir, çünkü haber bozulabilir mal kategorisine girer ve yayımlanmasının, kısa bir süre için bile olsa gecikmesi, haberin bütün değerini ve ilginçliğini ortadan kaldırabilir.*⁷⁸

Diktatörlüklerin tipik bir özelliği olan yayınların önceden izne tâbi tutulması, demokratik toplumlarda hiçbir zaman kabul görmemiştir ve genel olarak 10. Madde ile bağdaşmaz.

Bir süreli yayının adının tescilinin yapılmasının reddedilmesi, yayın öncesi sansürün özel bir biçimidir. AİHM'in belirttiği gibi, bu tür bir tedbir "yayının yayımlanmasını reddetme anlamına gelir." *Gaweda* davasında, ulusal mahkemeler davacının iki yayını-

⁷⁰ Barfod-Almanya, 1989; Lingens-Avusturya, 1986; Dalban-Romanya, 1999.

⁷¹ Muller-İsviçre, 1988.

⁷² *Sunday Times* (2)-Birleşik Krallık, 1991; *Observer* ve *Guardian*-Birleşik Krallık, 1991.

⁷³ *News Verlags GmbH* ve *CoKG*-Avusturya, 2000.

⁷⁴ *Handyside*-Birleşik Krallık, 1976; *Muller-İsviçre*, 1988.

⁷⁵ *Autronic AG*-İsviçre, 1990.

⁷⁶ *Goodwin*-Birleşik Krallık, 1996.

⁷⁷ *Wille-Liechtenstein*, 1999.

⁷⁸ *Sunday Times* (2)-Birleşik Krallık, 1991; *Guardian* ve *Observer*-Birleşik Krallık, 1991.

nın adının tescilini bu adların “gerçeklikle çelişeceği” gerekçesiyle reddetmişlerdi. AİHM, süreli yayınların tescili hakkındaki yasanın yeterince berrak ve öngörülebilir olmadığı gerekçesiyle 10. maddenin ihlâline hükmetti. Bu bağlamda AİHM şunu belirtiyordu:

Konuyla ilgili yasa bu tür kısıtlamalara hangi koşullar altında izin verilebileceğini ve, bundan da önemlisi, incelenen durumda olduğu gibi, kısıtlamanın sonuçlarının bir süreli yayının yayınlanmasının hangi durumlarda bütünüyle önüne geçebileceğini açıkça belirtmelidir. Zira bu tür önceden kısıtlamalar, doğası gereği, 10. maddenin güvence altına almış olduğu ifade özgürlüğüne karşı potansiyel bir tehdit oluşturur.⁷⁹

41. İfade özgürlüğüne ifade sonrası yapılan müdahale çeşitleri arasında cezai mahkûmiyet ve hapis cezası, muhtemelen bu özgürlük açısından en tehlikeli olanıdır. *Castells* davasında, (parlamentoda muhalefete mensup bir milletvekili olan) davacı, bir gazetede Bask Ülkesi’nde halka karşı işlenen suçların faillerini gizlemekle suçladığı hü-

kümeti “cani” olarak nitelemiş, bu yüzden de İspanyol hükümetine hakarettten hapis cezasına çarptırılmıştı. Bu olguları temel alan AİHM şu hükmü vermiştir:

hükümetin üstün konumda olması, cezai işlemlere başvurmakta dikkatli olmasını gerektirmektedir. Bu, özellikle muhaliflerinin medyada yer alan haksız saldırı ve eleştirilerine cevap verme bakımından başka yolların açık olduğu durumlarda daha da geçerlidir.⁸⁰

Davacının “bölücü propaganda” gerekçesiyle 1 yıl 8 ay hapis ve para cezasına çarptırılmış olduğu *Okçuoğlu* davasında, AİHM “davacıya verilen cezanın ağırlığının... ve iddia makamının davacının mahkûm edilmesi konusundaki ısrarlı çabalarının şaşırtıcı” olduğunu kaydetmiştir. Daha sonra AİHM “verilen cezaların doğası ve ağırlığı da müdahalenin orantısallığını değerlendirirken hesaba katılması gereken faktörlerdir” diyerek mahkûmiyet kararının ve verilen cezaların 10. maddeye aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁸¹

Cezai yaptırımlar oldukça küçük para cezaları olsa bile, üstü kapalı bir sansür işle-

⁷⁹ *Gaweda-Polonya*, 2002.

⁸⁰ *Castells-İspanya*, 1992.

⁸¹ *Okçuoğlu-Türkiye*, 1999.

vi görebileceğinden AİHM bunlara karşı çıkmıştır. Gazetecilerin ceza yediği başka vakalarda AİHM şöyle hükümler vermiştir:

.. her ne kadar yazara verilen ceza, dar bir anlamda, bu kişinin kendisini ifade etmesine engel olmuyorsa da, bir tür sansür işlevi görmektedir ve gelecekte yeniden bu tür bir eleştiri yapma cesaretini kırabilecektir. (...) Siyasi tartışma bağlamında, bu tür bir ceza gazetecileri toplumun hayatını etkileyen konuların kamu önünde tartışılmasına katkıda bulunmaktan caydırabilir. Aynı nedenle, bu türden bir yaptırım, basının bilgi sunma ve kamunun gözü kulağı olma görevlerini yerine getirmesini engelleme tehlikesini taşır.⁸²

Buna ek olarak, para cezaları ve AİHM masrafları, eğer ödenmesi gereken miktar ödeyecek kişinin mali durumunu zorluyorsa, ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturabilir.⁸³

42. Başkalarının şeref veya haysiyetine zarar vermekten dolayı tazminata mahkûmiyet (yanı sıra cezai bir mahkûmiyet olsa da, olmasa da) ifade özgürlüğünün kullanılma-

sına kendine özgü bir müdahale niteliğini taşıyabilir. *Tolstoy Miloslavsky* davasında, (jüri sistemine dayanan) ulusal mahkemeler davacının karşısındakine hakaret eden bir yazı yazmış olduğuna hükmetmiş ve onu (yayıncısı ile birlikte) mağdura 1.500.000 İngiliz sterlini tazminat ödemeye mahkûm etmişti.⁸⁴ AİHM, tazminatın miktarının kendi başına 10. Madde'yi ihlâl ettiği hükmüne varmış ve şöyle demiştir:

.. bunun anlamı jürinin gönlünün uygun gördüğü herhangi bir miktarı serbestçe kararlaştırabileceği değildir. Çünkü AİHS çerçevesinde, birine hakaret etme dolayısıyla ödenecek tazminatın sözü konusu kişinin şöhretine verdiği zarar ile bir orantısallık ilişkisi içinde olması gerekir. Jüri davacıyı cezalandırmamaya, ama [mağdur] Lord Aldington'ın uğradığı parasal olmayan zararı telafi edecek bir miktar tazminat kararı almaya yönlendirilmiştir.

Buna ilaveten, AİHM şöyle demiştir:

davacının yargılandığı dönemde yargı denetiminin kapsamı, ölçüsüz derecede

⁸² *Lingens-Avusturya*, 1986; *Barthold-Almanya*, 1995.

⁸³ *Open Door ve Dublin Well Woman Centre-İrlanda*, 1992.

⁸⁴ *Tolstoy Miloslavsky-Birleşik Krallık*, 1995.

yüksek bir tazminat miktarına karşı yeterli ve etkili güvenceler sağlamıyordu.

Dolayısıyla,

davacının davasında tazminatın miktarı göz önünde bulundurulduğunda ve bu o dönemde ölçüsüz derecede yüksek bir tazminat miktarına karşı yeterli ve etkili güvencelerin olmaması ile birleştirildiğinde, AİHM davacının AİHS'in 10. Maddesi'nden kaynaklanan hakkının ihlâl edilmiş olduğuna hükmetmiştir.

43. Mümkün müdahale türlerinden biri de bilgi ve fikirlerin yayılması için kullanılan araçların toplatılması ya da bunlara el konulmasıdır. Bu tür tedbirlerin karar altına alındığı ve uygulandığı an, yani bunun dağıtımın öncesinde mi, sonrasında mı olduğu hiçbir önem taşımaz. Bu temelde AİHM, müstehcen oldukları gerekçesiyle ulusal mahkemelerin kararıyla resimlerine geçici olarak el konulan ressamın ifade özgürlüğüne müdahale edilmiş olduğuna hükmetmiştir.⁸⁵ Benzer biçimde, bazı sahnelerinin müstehcen olduğu gerekçesiyle ülke otoritelerince bir filme el konulması, AİHM tarafından ifade özgürlüğüne bir müdahale ola-

rak tanımlanmıştır.⁸⁶ Bazı bölümlerinin müstehcen olduğu gerekçesiyle kitapların toplatılması da AİHM tarafından aynı şekilde ele alınmıştır.⁸⁷

44. Reklâmların yasaklanması da, belirli koşullar altında, AİHM tarafından ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak görülmektedir. *Barthold* davasında, davacı hasta bir kedinin sahipleri için son çare olarak başvuracakları veteriner cerrahı, çünkü Hamburg'da bu tür acil durumlar için hizmet veren tek veteriner hekimdi. Bir gazeteci kendisiyle görüşme yaparak bölgede hayvanların sağlığı açısından önemli bir boşluk oluşturan bu durumu ortaya koyan bir yazı yazmıştı. *Barthold*'un meslektaşları, kendisinin reklâm amacıyla bu tür bir yazıyı yazdırttığı ya da hoş gördüğü iddiasıyla haksız rekabet yasası uyarınca aleyhine dava açmışlardı. AİHM bu vakanın ticari bir reklâmdan ziyade kaygılandırıcı bir durum üzerine kamusal bir tartışma olduğuna ve davacının mahkûm edilmesinin haksızlık olduğuna hükmetti:

[Barthold'un mahkûmiyeti] serbest meslek mensuplarını, söylediklerinin bir dereceye kadar bir reklâm etkisi anlamına

⁸⁵ *Muller-İsviçre*, 1986.

⁸⁶ *Otto-Preminger Institut-Avusturya*, 1994.

⁸⁷ *Handyside-Birleşik Krallık*, 1976.

geldiği gibi yorumlanması konusunda en ufak bir ihtimal dahi varsa, toplumun hayatını etkileyen konularda kamusal tartışmaya katılmaktan caydırma tehlikesini taşımaktadır. Aynı biçimde, bu tür bir kriterin uygulanması, basının bilgi sunma ve kamunun gözü kulağı olma görevlerini yerine getirmesine engel olabilir.⁸⁸

Elbette, bir gazete yazısı aslında reklâm amaçlı olabilir. Halkla ilişkiler amacıyla yazılmış kişisel profillere dayanan yazılar ticari birer ifade olarak görülebilir. Örneğin, *Casado Coca* davasında, bir avukatın reklâm malzemesi dağıtması, hakkında disiplin soruşturmasına yol açmıştı. AİHM bunu ticari ifade olarak değerlendirmiştir.⁸⁹ Her ne kadar 10. Madde tarafından koruma altına alınmış olsa da, ticari ifade, başka ifade biçimlerinden farklı denetim standartlarına tâbidir. Örneğin, *Markt intern* davasında⁹⁰ AİHM, bir sektör dergisinin kendi piyasasında iş yapmakta olan bir şirket hakkında bilgi yayınlamasını yasaklayan bir tedbir kararını onaylamıştır. AİHM, bu durumun ticari ifade konusunda bir müdahale olduğunu

belirttikten sonra, ülke otoritelerine daha geniş bir takdir payı tanımış ve tedbir kararının 10. Madde'nin 2. fıkrasında öngörülen koşullarla bağdaştığına hükmetmiştir:

...gerçeği yansıtan ve gerçek olayları anlatan yazıların yayınlanması bile bazı durumlarda yasaklanabilir: özel hayata saygı yükümlülüğü ya da belirli ticari bilgilerin gizliliğine saygı gösterme görevi bunun örnekleridir.

Ancak karara konulan bazı karşı görüşler devletin takdir payının genişletilmesi için bir neden olmadığını ileri sürüyordu:

Sansür veya yayınların yasaklanması ancak çok nadir vakalarda kabul edilebilir (...) Bu özellikle ticari reklâmlar ya da ekonomik veya ticari politikalar için geçerlidir (...) *Hakim konumlar karşısında kullanıcı veya tüketicilerin çıkarlarının korunması, ürünlerin en sert eleştirisinin dahi yayınlanması özgürlüğüne bağlıdır..*⁹¹

2. fıkraya dayandırılan karardan bağımsız olarak, ticari ifade 10. Madde çerçevesinde korunabilir. Dolayısıyla, yasaklanması ya da yaptırımlarla karşılaşması ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturur.

⁸⁸ *Barthold-Almanya*, 1985.

⁸⁹ *Casado Coca-Ispanya*, 1994.

⁹⁰ *Markt intern-Almanya*, 1989.

⁹¹ Yargıç Pettiti, karşı görüş.

45. Bir gazetecinin kaynaklarını ve kullandığı belgeleri açıklamaya zorlanmasını ve bunu yapmayı reddettiği için cezaya çarptırılmasını, AİHM ifade özgürlüğünün kullanımına bir müdahale olarak görmektedir. *Goodwin* davasında, AİHM bu tür tedbirlerin tartışmasız biçimde basın özgürlüğüne bir müdahale olduğunu görmüş ve gazetecinin lehine karar vermiştir.⁹²

46. Bir gazetenin veya bir yayın kurumunun bürosunun aranması, basın özgürlüğüne müdahalenin bir başka biçimidir. Usulüne uygun bir arama emri olsa da, olmasa da, bu tür bir arama yalnızca gazetecinin kaynaklarının gizliliğini tehlikeye atmakla kalmayacak, her tür medyayı tehdit edecek, ülkedeki bütün gazeteciler üzerinde sansür etkisi yaratacaktır.

İfade özgürlüğünün kullanımına meşru bir müdahale için üç koşul

47. 2. fıkraya göre, Âkit Devletlerin herhangi birinde ülkenin yetkili mercileri üç koşulun hepsi birden yerine geldiği takdirde ifade özgürlüğünün kullanımına müdahale edebilirler:

➤ Müdahale (yani “şekil şartı”, “koşul”,

“sınırlama” veya “yaptırım”) yasalarda öngörülmüş olmalıdır;

➤ Müdahale, aşağıdaki çıkar veya değerlerden birini veya birkaçını korumaya yönelik olmalıdır: ulusal güvenlik; toprak bütünlüğü; kamu emniyeti; kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi; sağlığın korunması; ahlâk; başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilginin açıklanmasının engellenmesi, ve; yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması;

➤ Müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.

48. 10. Madde'nin asli işlevi herkesin ifade özgürlüğünü korumaktır. Dolayısıyla, AİHM 2. fıkrada olanak tanınan kısıtlamaların kesin yorumu için kurallar belirlemiştir. *Sunday Times* davasında,⁹³ AİHM şöyle demektedir:

Kesin yorum, istisna hükmünde sözü edilenlerin dışında hiçbir kriterin bir kısıtlamaya temel olamayacağı ve bu kriterlerin de kullanılan dilin günlük kullanımını aşan bir tarzda anlaşılması gerektiği anlamına gelmektedir. İstisna hü-

⁹² *Goodwin-Birleşik Krallık*, 1996.

⁹³ *Sunday Times-Birleşik Krallık*, 1979.

kümleri söz konusu olduğun zaman...kesin yorum ilkesi, hükmün kendisinin geniş anlamından dolayı bazı güçlüklerle karşılaşır. Yine de, bu yorum tarzı yetkili mercilere bir dizi açık seçik tarzda tanımlanmış yükümlülükler getirir...

Esas olarak, AİHM sınırda yer alan herhangi bir vakada bireyin özgürlüğünün, devletin yüksek çıkarı iddiası karşısında kayırılması gerektiği yolunda bir hukuki standart ihdas etmiştir.⁹⁴

49. AİHM'in her üç koşulun da yerine gelmiş olduğuna hükmettiği durumlarda, devletin müdahalesi meşru olarak görülecektir. Her üç koşulun da yerine geldiğini ispat yükü devletin omuzlarındadır. AİHM üç koşulun var olup olmadığını yukarıdaki sıra ile inceler. Bir kez koşullardan birinin yerine getirilmemiş olduğuna hükmettiğinde, dosyayı incelemeyi durdurur ve söz konusu müdahalenin haksız olduğuna, dolayısıyla da ifade özgürlüğünün ihlâl edilmiş olduğuna karar verir.

50. "Devletin müdahalesi", kamu erkini ve görevlerini kullanan ya da kamu hizmeti yapan her tür merciden, örneğin Mahkeme-

lerden, savcılıklardan, polisten, her tür kolluk kuvvetinden, istihbarat servislerinden, merkezi ya da yerel meclislerden, bakanlık teşkilatlarından, ordunun karar verme yetkisine sahip organlarından, kamusal nitelikte mesleki kuruluşlardan kaynaklanan müdahale olarak anlaşılmalıdır. Yukarıdaki liste tüketici olmaktan uzaktır; yalnızca eylemleriyle ifade özgürlüğünün kullanılmasını sınırlama kapasitesine sahip ülke mercilerinin okuyucunun kafasında canlanmasını amaçlamaktadır. AİHM açısından, bu hakka hangi mercinin müdahale ettiği hiçbir önem taşımaz; AİHM'e yapılan her başvuruda Federal Hükümet taraf olarak kabul edilir.

51. Ulusal mahkemeler, ifade özgürlüğü sorununu şu ya da bu şekilde ilgilendiren bütün davalarda, tetkik ve kararlarında bu üç koşulu aramak zorundadır. AİHS sisteminin birincil amacı, AİHS'in metninin ülkelelerin mahkemeleri tarafından AİHM içtihadı temelinde uygulanmasıdır. AİHM son çare olarak başvurulacak merci olmalıdır. Bu yüzden ulusal mahkemeler, ifade özgürlüğünün serbestçe kullanılması ve uygulanacak herhangi bir kısıtlamanın, 2. fıkrada getiril-

⁹⁴ A. Rzeplinski, "Restrictions to the expression of opinions or disclosure of information on domestic or foreign policy of the state", *Budapeşte 1997*, CoE Monitor (97) 3.

miş olan koşullara AİHM tarafından açıklanmış ve geliştirildiği biçimde uygunluğunun sağlanması açısından bir ilk ve en önemli basamaktır.

“...bu özgürlüklerin kullanımı ...yasayla öngörülen bazı ...sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

52. Bu koşul gereğince ifade özgürlüğünün kullanılmasına yapılacak her hangi bir müdahalenin ülkenin yasalarında bir temeli olması gereklidir. Kural olarak, bunun anlamı Parlamento tarafından kabul edilmiş yazılı ve aleni bir yasa olmasıdır. Böyle bir kısıtlamanın mümkün olmasının gerekip gerekmediğine, ülkenin Parlamentosunun karar vermesi gerekir. Örneğin, başkalarına hakaret ettiği için hüküm giyen bir gazeteciyle ilgili bir dava söz konusu olduğunda, başkalarına hakaret etme suçu ülke yasalarında tanımlanmış olmalıdır. Ya da yayın ya-sağı veya bir ifadenin yayılması için kullanılan araçlara (kitap, gazete, fotoğraf makinesi vb.) el konulması kararı alındığı ve uygulandığı takdirde, bu tür tedbirlerin ülkenin hukukunda yeri olması gereklidir. Aynı şekilde, bir gazete bürosu arandığında veya bir

yayın istasyonunda yayın durdurulduğunda ve istasyon yayından men edildiğinde, ülke yasalarında bu tedbirlere temel olan hukuki hükümlerin bulunması gerekir.

53. AİHM, çok az sayıda davada, örf ve adet hukuku kurallarının veya uluslararası hukuk ilkelerinin ifade özgürlüğüne müdahale için hukuki bir temel oluşturabileceğini kabul etmiştir. Örneğin, *Sunday Times* davasında, AİHM Britanya örf ve adet hukukunun mahkemeye saygısızlığa ilişkin kurallarının “yasayla öngörülen” koşuluna uyacak kadar kesin olduğuna hükmetmiştir.⁹⁵ *Groppera Radio AG*⁹⁶ ve *Autronic*⁹⁷ davalarında da, AİHM bu koşulu yerine getirme açısından devletler genel hukukunun ülke içinde uygulanabilecek kurallarını kullanma olanağını devlete tanımıştır. Her ne kadar örf ve adet hukukunun veya geleneksel hukukun ifade özgürlüğünü kısıtlamak için kullanılmasını dışlamamak gerekirse de, bu daha ziyade ender görülen bir istisnai durum olmalıdır. İfade özgürlüğü o kadar önemli bir değerdir ki, kısıtlanması her zaman, yalnızca parlamentoda yapılacak tartışma ve oyla-

⁹⁵ Ancak, AİHM'in kararını takiben, bu alanda formel nitelikte mevzuat kabul edilmiş bulunmaktadır.

⁹⁶ *Groppera Radio AG-İsviçre*, 1990.

⁹⁷ *Autronic-İsviçre*, 1990.

mayla sağlanabilecek olan demokratik meşruiyet temelinde olmalıdır.

54. Bu koşul aynı zamanda söz konusu yasa Parlamento tarafından kabul edilmiş olsa dahi, yasanın niteliği ile de ilgilidir. AİHM her zaman yasaların aleni, ulaşılabilir, tahmin edilebilir ve öngörülebilir olması gerektiğini vurgulamıştır. *Sunday Times* davasında⁹⁸ belirtildiği gibi,

Birincisi, yasa yeterli ölçüde ulaşılabilir olmalıdır: vatandaş belirli bir durumda uygulanacak hukuki kurallar konusunda, verili koşullar altında yeterli derecede bir fikre sahip olabilmelidir. İkincisi, bir kural vatandaşa davranışını düzenlemesine olanak sağlayacak ölçüde kesin olmadıkça "yasa" olarak görülemez: vatandaş, verili koşullar çerçevesinde belirli bir eylemin doğuracağı sonuçları (gerekliyse uygun bir danışma sonucunda) makul bir düzeyde öngörebilmelidir. Bu sonuçlar şaşmaz bir kesinlikle öngörülebilir olmak zorunda değildir: deneyim bunun gerçekleştirilemez bir koşul olduğunu göstermektedir. Öte yandan, kesinlik elbette arzu edilir bir şey-

dir, ama beraberinde aşırı bir katılık getirebilir; oysa yasalar değişen koşullara uyum sağlayabilmelidir. Dolayısıyla, birçok yasa, değişen derecelerde de olsa, kaçınılmaz olarak belirsiz ifadelerle formüle edilir; bunların yorumu ve uygulanması pratikle gerçekleşecek şeylerdir.

55. *Sunday Times* davasında AİHM örf ve adet hukukunun kurallarının "yasa" koşulunu yerine getirdiğine, bir gazete olan davacının mahkemeye sunduğu bilirkişi raporunu da göz önüne alarak karar vermişken, *Rotaru* davasında⁹⁹ ülke yasasının "yasa" olmadığına hükmetmiştir, çünkü yasa "herhangi birine, (gerekliyse uygun bir danışma sonucunda) davranışını düzenlemesine olanak sağlayacak ölçüde kesin olarak formüle" edilmiş değildi. *Petra* davasında¹⁰⁰ AİHM şu açıklamayı yapmıştır:

mahkûmların haberleşmelerinin izlenmesi konusunda ülkede geçerli olan hükümler..ülke mercilerine çok fazla hareket serbestisi tanımaktadır.

Öte yandan, gizliliği olan uygulama yönetmelikleri de

ulaşılabilirlik koşulunu yerine getirmeye

⁹⁸ *Sunday Times-Birleşik Krallık*, 1979

⁹⁹ *Rotaru-Romanya*, 2000.

¹⁰⁰ *Petra-Romanya*, 1998.

engeldi...Romanya yasaları kamu otoritelerine tanınmış olan takdir hakkının kullanımının kapsam ve tarzını makul bir hırraklık düzeyinde açıklığa kavuşturuyordu.

Her ne kadar *Rotaru* ve *Petra* kararları özel hayatın korunmasına ilişkin 8. Madde'nin ihlâlîne ilişkin bir tetkik ve hüküm çerçevesinde alınmış olsa da, AİHM ulusal yasalara ifade özgürlüğüyle ilgili olarak baktığında da aynı standartları uygulamaktadır.

56. Hukukun kalitesi konusunda 10. madde çerçevesinde son zamanlarda en önemli dava muhtemelen *Gaweda-Polonya* davasıdır. Bu davada ulusal mahkemeler davacının iki yayınının tescilini yapmayı, adlarının "gerçeklikle çelişki içinde" olduğu gerekçesiyle reddetmişlerdi. Bu başlıklar şunlardır: "Sosyal ve Politik Aylık Dergi – Bir Avrupa Ahlak Kürstüsü" ve "Almanya – Polonya'nın Bin Yıllık Düşmanı". Ulusal mahkemelerin ilkiyle ilgili olarak tescili reddetmesininin gerekçesi, önerilen başlığın "Kety'de bir Avrupa kurumunun kurulmuş olduğunu ima edecek olmasıydı. Bu açıkça

gerçeğe aykırı idi." İkinci yayının tescilinin reddi için ileri sürülen neden ise başlığın "Polonya-Almanya ilişkilerinin haksız biçimde sadece olumsuz boyutları üzerinde yoğunlaştığı ve böylece olgular konusunda dengesiz bir tablo çizdiği için gerçeklikle çelişeceği" idi. AİHM şunları kaydediyordu:

[Ulusal mahkemeler] 'gerçekle çelişik' kavramından ..bir başlığın hakikat testinden geçemediği, yani önerilen süreli yayınların esas olarak yanlış bir tablo yarattığı durumlarda tescilin reddedilmesine ilişkin bir yetkiyi türetmektedirler.

Bir derginin adının gerçeğe uygun bilgi içermesi gerektiği koşulu,

ilkin, basın özgürlüğü açısından uygun değildir. Bir derginin başlığı kendi başına bir iddia içermez, zira esas işlevi jüri ve potansiyel okurlarının söz konusu dergiyi basın piyasasında ayırt edebilmesini sağlamaktır. İkincisi, bu tür bir yorum yapılabilmesi için, mahkemelere böyle bir yorumda bulunma yetkisini açıkça veren bir yasa hükmü olması gerekir. Kısacası, mahkemelerin yaptığı yo-

rum, bir süreli yayın başlığının tescilinin hangi durumlarda reddedilebileceğini açıklayan metinden hareketle öngörüle-meycek yeni kriterler getirmiş olmaktadır.

Ayrıca, AİHM tescilin yargı organınca yapılıyor olmasının basın özgürlüğü açısından değerli bir güvence olduğunu teslim etmekle birlikte, mahkemelerin kararlarının da 10. maddenin ilkelerine uyması gerektiğini hatırlatmıştır. AİHM, mahkemelere başka şeylerin yanı sıra “gerçeklikle çelişiklik” dolayısıyla tescili reddetme yetkisi veren yasanın “davacının tutumunu belirleyebilmesi bakımından yeterince kesinlikli biçimde formüle edilmiş olmadığına” hükmetmiştir.¹⁰¹

57. AİHM, kişilere karşı gizli gözetim konusunda gizli tedbirlerin alınmış olduğu durumlarda kısıtlamaların hukuki temelini özelliklerini yoruma tâbi tutmuştur. *Malone* davası kararında,¹⁰² AİHM, “yasayla öngörülen” ibaresi için şunu belirtmiştir:

[bu] sadece, AİHS'in dibacesinde açık olarak sözü edilmiş olan ülke yasalarına bir referans değildir... Demek ki bu iba-

re... korunmuş olan haklara kamu otoritelerince yapılacak keyfi müdahalelere karşı ülke mevzuatında hukuki bir koruma olması gerektiği anlamına gelir... Özellikle yürütmenin bir yetkisi gizlilik içinde uygulanıyorsa, keyfilik tehlikesi açıktır.

Hem bu kararda, hem de *Leander* kararında¹⁰³ AİHM, yasaların öngörülebilme özelliğinin (örneğin soruşturmanın selâmeti için) daha gevşek olabileceği ulusal güvenliği veya örgütlü suça karşı mücadeleyi etkileyen alanlarda dahi, yasanın kullandığı ifadenin kişilere hukuki davranışın ne olduğu ve kanunsuz hareket tarzının sonuçlarının ne olacağı konusunda yeterli bir fikir verecek derecede berrak olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, bu son kararda AİHM şöyle demektedir:

öngörülebilirlik kriterinin yerine getirilip getirilmediği değerlendirilirken, ilgili kişiler içeriği konusunda yeterince haberdar edildiği ölçüde, maddi hukuk statüsüne sahip olmayan talimat ve idari uygulamalar da göz önüne alınabilir.

AİHM ayrıca şunu da belirtmiştir:

¹⁰¹ *Gaweda-Polonya*, 2002.

¹⁰² *Malone-Birleşik Krallık*, 1984.

¹⁰³ *Leander-İsveç*, 1987.

Yasanın uygulanmasının, ilgili kişilerin veya genel olarak kamunun incelemesine açık olmayan gizli tedbirlerden ibaret olduğu durumlarda, kişiye keyfi müdahaleye karşı yeterli koruma sağlayabilmek amacıyla, yasanın kendisi, ona eşlik eden idari uygulamaya karşıt olarak, söz konusu tedbirin meşru amacının kapsamını belirtmek zorundadır.

58. Dolayısıyla ulusal mahkemeler, ifade özgürlüğünün kullanılmasına getirilen kısıtlamanın hukuki zeminini oluşturan yasaların, başka normların, uygulamaların veya içtihatın kalitesini incelemelidir. Önce, alenilik ve ulaşılabilir olma koşullarına bakmalıdır. Genellikle, söz konusu yasa yayınlanmışsa, bu koşullar yerine getirilmiş demektir. Yayınlanmamış iç yönetmelikler veya başka tür normlar, şayet kişi bunların varlığından ve/veya içeriğinden haberdar değil idiyse, bu koşulları kesinlikle yerine getiremez. Hukuki hükümlerin veya içtihat hukukunun tahmin edilebilirliğini ve öngörülebilirliğini değerlendirmek daha karmaşık bir iş gibi görünmektedir. Mahkemeler, söz konusu hükmün, eylemlerin yasanın gerekleriyle

ilişkilendirilmesine olanak tanıyan, yasaklanmış davranışın alanını ve söz konusu hükmün çiğnenmesinin sonuçlarını açık seçik tanımlayan, yeterince berrak ve kesin ifadelerle ve iyi tanımlanmış kavramlar temelinde kaleme alınıp alınmadığını incelemelidir. Kamu otoritelerine bireylere karşı gizli tedbirlerin (örneğin gizli gözetim) alınması kararının verilmesi ve uygulanması yetkisini tanıyan hukuki normların Mahkemeler tarafından, kişi haklarına en tehlikeli müdahale niteliği olması nedeniyle çok katı bir biçimde incelenmesi gereklidir.

59. Ulusal mahkemelerin kendi içinde çelişik mevzuat ile karşı karşıya kaldığı durumlarda, örneğin yerel otoritelerce kabul edilmiş yasa ve başka türden mevzuat ile federal yasalar ve/veya Anayasa arasında çelişki olduğu takdirde, yargıçlar, ifade özgürlüğünün serbestçe kullanılmasını en iyi tarzda teminat altına alan hukuki hükümleri uygulamalıdır. Ayrıca, ülke mevzuatının her bir unsuru AİHM'in içtihadı ve ilkeleri ile uyum içinde yorumlanmalı ve uygulanmalı ve açık çelişkilerin var olduğu durumlarda, Avrupa hukuku üstün kabul edilmelidir.

bu özgürlüklerin kullanımı, ...ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilginin açıklanmasının engellenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için ...sınırlamalara ...bağlanabilir.

60. İfade özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla kullanılması mümkün gerekçeler sayılanlarla sınırlıdır. Ülke otoritelerinin, kısıtlamaları 2. fıkrada sayılan gerekçelerin dışında herhangi bir başka gerekçeye dayandırmaları meşru değildir. Dolayısıyla, ulusal mahkemeler ifade özgürlüğüne şu ya da bu biçimde müdahale niteliği taşıyan herhangi bir yasal hükmü uygulamaları söz konusu olduğunda, söz konusu hükmün korumakta olduğu değer ya da yararı saptamak ve bu değer ya da yararın 2. fıkrada sayılanlardan biri olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. Ancak bu denetim sonucunda yanıt

olumlu ise Mahkemeler o hükmü ilgili kişiye uygulayabilirler.

61. Örneğin, birinin şöhretine ya da şerefine hanel getirmekle suçlanmakta olan bir gazeteci hakkında açılan bir ceza davası ya da medeni hukuk davası "başkalarının şöhret ve haklarını" koruma anlamında meşru bir amaca hizmet ediyor olacaktır. Ya da müstehcen bir kitabın toplatılması "ahlâkın" korunması anlamında meşru bir amaca hizmet ediyor olacaktır. Ya da devlet sırrı niteliğinde bir bilgiyi yayınlamakta olan bir gazete hakkındaki bir tedbir kararı, "ulusal güvenlik" çıkarı temelinde haklı gösterilebilir. Ne var ki, Mahkemeler korunması söz konusu olan çıkarın gerçek olduğundan, yalnızca belirsiz bir ihtimal olmadığından emin olmalıdır.

62. Üst düzey yetkililere (bunlara ülkenin cumhurbaşkanı, bakanları, milletvekilleri vb. dahildir) veya kamu görevlilerine (bunlar arasında polis yetkilileri, savcılar ve kolluk kuvvetleri, her türden memur olabilir) hakaret ya da bu kişilerin şöhretine zarar verme vakaları söz konusu olduğunda ortaya sorunlar çıkabilir.

Bu iki kategoriye giren herhangi birine hakaret eden veya bu kişinin şöhretine hanel getiren kişinin mahkûm edilmesinde amaç "başkalarının şöhretini ve haklarını" koruma gerekliliği temelinde gerekçelendirilebilirse de, yasalarda sıradan bir insana hakaret veya şöhretine hanel getirme için öngörülenden daha büyük bir ceza öngörülüyorsa, bu haklı görülemez. Üst düzey yetkililere ve devlet görevlilerine hakaret veya şöhretlerine zarar dolayısıyla daha yüksek bir ceza uygulanması, yasa karşısında eşitlik ilkesine aykırı düşer. Üstelik, daha yüksek ceza uygulaması, bu görevlerde bulunan insanların haklarını korumaktan daha başka etkiler de yaratır. "Devlet otoritesi" ya da "devletin prestiji" gibi, 2. fıkrada yer almayan soyut bir takım kavramlar korunmuş olur.

63. Ayrıca 2. fıkrada, "ülkenin veya hükümetin şerefi/ıııajı", "ulusun şerefi/ıııajı", "devlete ait veya başka resmi semboller", (Mahkemeler dışında) "kamu otoritelerinin şerefi/ıııajı" türünden değerlerden söz etmemiştir. Dolayısıyla bunlar, ifade özgürlüğü-nü kısıtlamak için meşru gerekçeler değildir. Bundan dolayı, ulusal mahkemeler, 2. fıkrada

da korunmuş olan alanın dışında kalan bu tür soyut kavramlara karşı (kelimeler, jestler, imgeler ya da başka herhangi bir yolla) yöneltilen herhangi bir eleştiriyi cezalandırmamalıdır. Bunun açıklaması demokratik bir toplumun işleyiş kurallarında bulunabilir: böyle bir toplumda, iktidarı yürütmekte olanların (kişi ve kurumların) eleştirilmesi, medyanın, sıradan kişilerin ve genel olarak toplumun temel bir hakkı ve görevidir. Örneğin, devlete ait bir sembolün imha edilmesi veya bu tür bir sembole karşı "hakaret" içeren bir davranış, insanın bazı siyasi kararlara, kamu otoritelerinin bazı faaliyetlerine, belirli konulardaki kamu politikalarına ya da iktidarın yürütülmesi ile ilgili herhangi bir şeye katılmadığını ve bunları eleştirdiğini ifade eder. Bu tür bir fikir ayrılığı ve eleştiri, yanlışları kamu önünde tartışmanın ve bunlara olası çözümler bulmanın tek yolu olduğu için serbestçe dile getirilebilmelidir. Buna ilâveten, "devlet otoritesi" türünden soyut kavramlar, iktidardakilerin bazı özel ve muhtemelen kanunsuz çıkarlarını, en azından her ne olursa olsun iktidarda kalma hürslerini gizleyebilir.

64. Ulusal mahkemeler ifade özgürlüğüne müdahalenin temelinde meşru bir neden olduğuna kanaat getirirse, AİHM'in izlediği yöntemi izleyerek, 2. fıkranın üçüncü koşuluna bakmak ve bu tür bir müdahalenin (AİHM'in son derecede gelişkin ilkeleri temelinde) "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına karar vermek zorundadır.

bu özgürlüklerin kullanımı, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ...sınırlamalara bağlanabilir.

65. Bu üçüncü koşul çerçevesinde bir karar alabilmek için, ulusal mahkemelerin orantısallık ilkesini uygulamaları gerekir. Cevap verilmesi gereken soru şudur: "Amaç, o amaca ulaşmak için kullanılan araçlarla orantılı mı?" Bu denklemde, "amaç" 2. fıkrada sayılan, devletlerin korunması uğruna ifade özgürlüğüne müdahale edebilmelerine olanak tanınan değerlerden veya çıkarlardan biri ya da birkaçıdır. "Araç" ise müdahalenin kendisidir. Dolayısıyla, "amaç", "ulusal güvenlik", "kamu düzeni", "ahlâk", "başkalarının hakları" gibi, devlet tarafından öne sürülen spesifik çıkardır. "Araç", ifade

hakkını kullanmakta olan bireye karşı benimsenen veya uygulanan spesifik tedbirdir. Örneğin, "araç" şunlardan biri olabilir: hakaret ve şöhrete hanel getirme dolayısıyla cezai mahkûmiyet; tazminat ödemeye mahkûm edilme; yayın konusunda tedbir kararı; gazetecilik mesleğini icradan men; gazete bürosunun aranması; bir fikrin ifade edilmesi için kullanılan araca el konulması vb.

66. Orantısallık konusundaki karar, demokratik bir toplumu yöneten ilkelere dayanır. Bir müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunun kanıtlanması için, ulusal mahkemeler de, AİHM de, ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde o spesifik kısıtlamayı gerektirecek "acil bir sosyal ihtiyacın" varlığı konusunda ikna olmalıdır. *Observer ve Guardian-Birleşik Krallık davasında*,¹⁰⁴ AİHM, "10. Madde'nin 2. fıkrasında taşıdığı anlam itibarıyla, 'gerekli' sıfatı, 'acil bir sosyal ihtiyacın' varlığını içerir" demiştir.

67. Acil bir sosyal ihtiyacın var olup olmadığı ilk değerlendirecek olan, ülke otoriteleridir. Bunu yaparken, AİHM'in içtihadına uygun davranmaları gerekir. Ancak

¹⁰⁴ *Observer ve Guardian-Birleşik Krallık*, 1995.

hem mevzuatı, hem de mevzuatın uygulanmasına yönelik kararları (bu arada bağımsız mahkemelerin verdikleri kararları da) kapsayan ülkenin takdir payı AİHM'in denetimiy-le el ele gider. Bu açıdan AİHM şunu belirtmiştir:

Âkit Devletler böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirmek bakımından bir takdir payına sahiptir. Ama bu Avrupa düzeyinde, hem mevzuatı, hem de bu mevzuatı uygulayan kararları, hatta bağımsız mahkemelerce verilen kararları da kapsayan bir denetim ile el ele gider.¹⁰⁵

Dolayısıyla, bir "kısıtlama"nın 10. Madde tarafından korunmuş olan haliyle ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin son kararı verme yetkisi AİHM'dedir. Buradan ulusal mahkemeler için çıkan sonuç, bir ifade özgürlüğü davasında, AİHM'in içtihadını daha birinci duruşmadan itibaren uygulamalarıdır. AİHM'in içtihadı türünden Avrupa standartları, ifade özgürlüğüne ülke yasalarından ve içtihat hukukundan daha yüksek düzeyde bir koruma sağladığına göre, iyi niyete sahip her hakimin yapabi-

leceği tek şey, daha yüksek olan Avrupa standartlarını uygulamaktır.

68. AİHM'in "kısıtlama demokratik bir toplumda gerekli miydi?" ya da "amaç araçlarla orantılı mıydı?" sorusunun yanıtını bulurken yaptığı akıl yürütme 2. fıkrada sayılmış olan meşru "amaç"ların her biri teker teker ele alınarak daha derinlemesine incelenecektir. Açıktır ki, "araç" her tür durumda aynıdır: ifade özgürlüğüne müdahale.

Uygulamada ifade özgürlüğü

İfade özgürlüğü ve ulusal güvenlik/toprak bütünlüğü/kamu emniyeti

69. İfade özgürlüğünü sınırlamak amacıyla "ulusal güvenlik" gerekçesinin ileri sürüldüğü davalardan biri *Observer ve Guardian* davasıdır.¹⁰⁶ 1996'da bu iki gazete, emekli bir istihbarat görevlisi olan Peter Wright'ın yazmış olduğu *Spycatcher* başlıklı kitaptan bölümler yayınlama niyetlerini duyurmuşlardı. Bu duyuru yapıldığında, kitap henüz yayınlanmamıştı.

Wright'ın kitabı istihbarat servislerinin ve görevlilerinin yürüttüğü, kanunsuz olduğu iddia edilen bir takım faaliyetleri anlatıyordu. Mİ5'in 1950'li ve 1960'lı yıllarda

¹⁰⁵ *Lingens-Avusturya*, 1986; *Janowski-Polonya*, 1999; *Tanmer-Estonya*, 1999 vb.

¹⁰⁶ *Idem*; *Sunday Times* (2)-*Birleşik Krallık*, 1991.

Londra'da düzenlenen bütün konferansları, 1979'daki Zimbabwe bağımsızlık müzakerelerini, Fransa, Almanya, Yunanistan ve Endonezya'dan diplomatları ve 1950'li yıllarda Britanya'yı ziyaret ettiğinde Hruşçov'u gizlice dinlediğini, başka ülkelerdeki Sovyet konsolosluklarına adam soktuğunu ve bu mekânları gizlice dinlediğini, Süveyş krizi esnasında Mısır Başkanı Nasır'ı katletmek için başarısız kalan bir komplo düzenlediğini, 1974 ila 1976 arasındaki başbakanlığı döneminde Harold Wilson'a karşı komplolar kurduğunu, ve MI5'e tahsis edilmiş kaynakları Britanya'daki sol grupları izlemek için amacı dışında kullandığını ileri sürüyordu.

Başsavcı mahkemelerden gazetelerin kiptan bölümler yayınlamasını engelleyecek bir sürekli tedbir kararı çıkarmasını talep etti. Temmuz 1986'da mahkemeler sürekli tedbir kararının görüşülmesi süresince yayını engellemek üzere geçici bir tedbir kararı çıkartılar.

Temmuz 1987'de kitap Amerika Birleşik Devletleri'nde basıldı ve Britanya'da görülmeye başladı. Bu gerçeğe rağmen, gazetele-

re karşı verilmiş olan geçici tedbir kararları Ekim 1988'e kadar yürürlükte kaldı. Bu tarihte Lordlar Kamarası Başsavcı'nın talep etmiş olduğu daimi tedbir kararını vermeyi reddetti.

The Observer ve *The Guardian* gazeteleri geçici tedbir kararları aleyhinde AİHM'e başvurdular. Britanya Hükümeti geçici tedbir kararlarının alındığı aşamada, Peter Wright'ın ulaştığı olduğu bilgilerin devlet sırrı niteliği taşıdığını öne sürdü. Bu bilgilerin yayınlanması halinde, Britanya istihbarat servisi, görevlileri ve üçüncü taraflar, görevlilerin kimliğinin ortaya çıkmasıyla büyük bir zarar görecektir; müttefik ülkelerle, kuruluşlarla ve kişilerle ilişkiler de zarar görecekti; bütün bunlar Britanya istihbarat servisine güvenlerini yitirecektir. Ayrıca Hükümet, Britanya istihbarat servisinin başka eski ya da halen çalışmakta olan görevlilerinin de aynı yola sapabileceğini ileri sürüyordu. Kitabın yayınlanış tarihinden sonraki dönem açısından, Hükümet müttefik ülkeleri Britanya istihbarat servisinin elindeki bilgileri sağlam biçimde muhafaza edeceğine inandırma gerekliliğine yaslanıyordu. Hükü-

mete göre, bu tür bir inancı yerleştirmenin tek yolu, gizli bilgiyi hayat boyu saklama yükümlülüğünü çiğneme tehdidini savuran görevlilerin, bunu yapmasına hukuki yoldan sonuç alıcı tarzda engel olunabileceğini açıkça göstermektir. Bu yüzden bu hukuki yola başvurmak gerekiyordu.

AİHM yayınların önceden kısıtlanması konusunda şöyle diyordu:

...önceden kısıtlama, doğası gereği, AİHM'in son derecede büyük bir dikkatle incelemesi gereken bir uygulamadır. Bu, özellikle basın söz konusu olduğunda geçerlidir, çünkü haber bozulabilir mal kategorisine girer ve yayınlanmasının, kısa bir süre için bile olsa gecikmesi, haberin bütün değerini ve ilginçliğini ortadan kaldırabilir.

AİHM, geçici tedbir kararlarının kitap yayınlanmadan önce haklı görülebileceğine, ama kitap yayınlandıktan sonra geçerliliğini yitirdiğine hükmetti. Kitap Amerika Birleşik Devletleri'nde yayımlandığında bilgiler gizlilik niteliğini yitirmişti. Dolayısıyla, *Spycatcher*'da açıklanan bilginin devlet sırrı olarak kamuoyunun gözünden uzak tutulma-

sı yararı ortadan kalkmış oluyordu. Bu koşullarda, tedbir kararlarını muhafaza etme konusunda "yeterli" bir ihtiyaç olduğu söylenemezdi.

Kısmi bir karşı görüş yazan Yargıç Pettiti, geçici tedbir kararlarının, henüz kitap Britanya dışında yayınlanmadan önce dahi haksız olduğunu ileri sürüyordu:

Basın söz konusu olduğunda, güncel sorunlara ilişkin konularla ilgili bir gecikme, gazetecinin yazısının değerinden çok şey alıp götürür.

Yargıç buna şu noktayı ekliyordu:

insan, tedbir kararının ve Başsavcı'nın tuttuğu yolun ... aşırı sertliğinin, gizlilik yükümlülüğünden ziyade, güvenlik servisinin istihbarat amaçlı olmaktan çok siyasi amaçlar peşinde koşan belirli kanunsuz uygulamalarının açığa çıkmasından duyulan korkunun sonucu olduğu izlenimini ediniyor.

Pettiti'nin kanaatine göre bu bilgi edinme özgürlüğünün ihlâlidir çünkü

halkın devlet organlarının işleyişi konu-

sunda bilgidен yoksun bırakılması temel bir demokratik hakkın ihlâlidir.

Bir başka kısmı muhalefet şerhi yazısı yazan Yargıç De Meyer de, Yargıç Pettiti ile aynı fikirde olduğunu bildiriyor ve ekliyordu:

Basın, kaynağı ne olursa olsun, haber yayınlama konusunda sansüre, tedbir kararlarına veya önceden kısıtlamaya tâbi tutulmaksızın serbest bırakılmalıdır: özgür ve demokratik bir toplumda bu tür kısıtlamalara yer yoktur; özellikle de bu kısıtlamalar, eldeki davada olduğu gibi, "mahcubiyet yaratacak bilgilerin" ya da fikirlerin "hükümet tarafından bastırılması" amacıyla kullanılıyorsa.

70. *Verenigung Weekblad Bluf!* davasında da¹⁰⁷ AİHM, farklı olgular temelinde, "ulusal güvenlik" ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışmayı incelemiştir. Amsterdam'da kurulmuş bir dernek olan davacı, esas olarak sol okuyucuya hitap eden *Bluf!* adlı bir haftalık dergi yayınlamaktaydı. 1987'de *Bluf!*'un eline Hollanda iç istihbarat servisinin periyodik raporlarından biri geçmişti. 1981 tarihli raporun üzerinde "gizlidir" ya-

zıyordu. Rapor Hollanda gizli servisinin o dönemde ilgilendiği bazı konularda bilgi ihtiva ediyordu. Hollanda Komünist Partisi'nden ve nükleer karşıtı hareketlerden söz ediyordu; Arap Birliği'nin Lahey'de bir büro kurma planından bahis vardı; Polonya, Romanya ve Çekoslovakya gizli servislerinin Hollanda'daki faaliyetleri konusunda bilgi veriyordu.

Derginin editörü, raporun 29 Nisan tarihli sayıyla birlikte ilave olarak verileceğini bir yorumla birlikte duyurdu. Aynı gün, Hollanda gizli servisinin başkanı savcılığa bir mektup yazarak raporun dağıtılmasının ceza yasasının çiğnenmesi anlamına geleceğini belirtiyordu. Rapordaki bilgilerin gizlilik özelliğini vurgulayarak şöyle diyordu:

her ne kadar... değişik katkılar tek tek ele alındığında, bir Devlet sırrı içermiyor olsa da (ya da bunlar artık bugün Devlet sırrı olmasa da), hep birlikte ele alındıklarında, birbiriyle bağlantılı olarak okunduklarında, bütün bunlar Devlet'in veya müttefiklerinin çıkarları açısından gizlilik gerektiren türden bilgiler olmaktadır. Bunun nedeni, olguların üst

¹⁰⁷ *Verenigung Weekblad Bluf!*-Hollanda, 1995.

üste getirilmesi sonucunda, güvenlik servisinin değişik ilgi alanlarında elinde bulunan bilgiler ve BVD'nin faaliyetleri ve operasyon yöntemleri konusunda bir genel tablo elde etmenin mümkün hale gelmesidir.

Bunun sonucunda, derginin basılmasından ve dağıtımından önce, *Bluf!* un bürosu soruşturmayı yürüten hakimın arama emri temelinde arandı, derginin 29 Nisan tarihli sayısına, ilave de dahil olmak üzere el konuldu. O gece, *Bluf!* un çalışanları sayıyı gizlice yeniden bastı ve ertesi gün 2500 dolayında nüshayı Amsterdam sokaklarında vatandaşlara dağıttı. Yetkili merciler dağıtım faaliyetine engel olmadı.

Mayıs 1987'de sorgu hakimi *Bluf!* çalışanları hakkındaki soruşturmayı herhangi bir suçlama getirmeksizin kapattı. Bu arada, dernek el konulmuş nüshaların iadesini talep etmiş ama bu başvuru reddedilmişti. Mart 1988'de, savcının talebi üzerine, Hollanda mahkemeleri *Bluf!* un söz konusu sayısının bütün nüshalarının dolaşımdan çekilmesi gerektiğine karar verdi. Mahkemeler, bu kararı, ulusal güvenliği savunma gerekçesine

dayandırıyor ve söz konusu malzemenin denetimsiz tarzda birinin elinde bulunmasının yasaya ve kamu yararına aykırı olduğunu öne sürüyorlardı.

Dernek, AIHM'e başvurarak Hollanda otoritelerinin AIHS'in 10. Maddesi'nden doğan hakkı ihlâl etmiş olduklarını ileri sürdü. Hükümet, davacının ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "ulusal güvenliği" koruma ihtiyacı zemininde meşru olduğunu öne sürerek iddiasını şu noktalara dayandırıyordu: ulusal güvenliğe tehdit oluşturan kişi ya da gruplar, raporu okuyarak Hollanda gizli servisinin kendilerinin yıkıcı faaliyetlerinden haberdar olup olmadığını ve ne derecede haberdar olduğunu öğrenebilirlerdi; aynı zamanda, bilgilerin sunuluş biçimi, bu unsurlara gizli servisin yöntem ve faaliyetlerine nüfuz etme olanağı sağlayabilirdi; potansiyel düşmanlar, bu bilgileri ulusal güvenliğin zarar göreceği biçimde kullanabilirlerdi.

Müdahalenin (el koyma ve toplatma işlemlerinin) "ulusal güvenliği" korumak için "demokratik bir toplumda gerekli" olup ol-

madığını inceleyen AİHM şu sonuca ulaşıyordu:

Rapordaki bilgilerin, dağıtımı engellemeyi haklı gösterecek kadar hassas olup olmadığı tartışmalıdır. Söz konusu olan, altı yıllık bir belgedir... Güvenlik servisinin başkanı kendisi, 1987 yılına gelindiğinde ayrı ayrı ele alındığında farklı bilgi kalemlerinin artık birer devlet sırrı olmadığını teslim etmiştir. Nihayet, raporun üzerinde sadece "Gizlidir" yazmaktadır. Bu düşük bir gizlilik derecesi göstermektedir. (...) Toplatma kararı, ..olayın bütününe ışığında ele alınmalıdır. Gazeteye el konulmasından sonra, yayıncılar yüksek sayıda nüshayı yeniden basarak çok kalabalık olan Amsterdam sokaklarında satmışlardır. Dolayısıyla, söz konusu bilgiler derginin toplatılmasına karar verildiğinde zaten geniş biçimde yayılmış bulunmaktadır. (...) Bu son nokta açısından bakıldığında, AİHM, daha önce belirli bilgilerin zaten açıklanmış ya da gizli olmaktan çıkmış olduğu görüldüğünde, bu bilgilerin açıklanmasını engellemenin gereksiz olduğu-

na hükmetmiş olduğunu hatırlatır. (...) Söz konusu bilgilere çok sayıda insan ulaşma ve bunları başkalarına da aktarma olanağını elde etmiş durumdadır. Üstelik, medya da olay üzerine yorumlar yapmıştır. Durum böyle olunca, bu bilgilerin Devlet sırrı olarak muhafazası artık haklı gösterilemez; *Bluf!*'un ..numaralı sayısının toplatılması, izlenmekte olan "meşru amaca" ulaşma bakımından artık hiç de zorunlu görünmemektedir. (...) Kısacası, bu tedbir demokratik bir toplumda gerekli olmadığına göre, 10. Madde'nin bir ihlali söz konusudur.

71. *Observer* ve *Guardian* ile *Bluf!* davalarında verilen kararlar, en azından iki önemli ilkeyi ortaya koymaktadır.

Birinci ilke, ulusal güvenlik konusundaki bilgilerin, bir kez kamu alanına çıktıktan sonra yasaklanamayacağı, yayının toplatılmayacağı ve bilginin yayılmasına aracı olanların cezalandırılmayacağıdır.

İkinci ilke, ulusal güvenlik alanında her tür bilginin kayıtsız koşulsuz gizli olarak nitelenmesi ve bu temelde bu tür bilgiye ulaşma olanağına önceden bir sınırlama oluşturu-

rulması konusunda devletlere bir yasak getirir. Bilginin kamuya açık hale gelmesi halinde ulusal güvenliğe bir tehdit oluşturacağına inanmak için ciddi nedenler olduğu durumlarda, ulusal güvenliğe ilişkin belirli bilgiler gerçekten de gizli olabilir. Ayrıca, bilginin gizlilik statüsü zaman açısından sınırlı olmalı, bu statünün muhafazasına ihtiyaç olup olmadığı periyodik olarak incelenmelidir. Ulusal güvenliğe ilişkin bilgilere gizlilik statüsünün verilmesinde ya da gizliliğin sona erdirilmesinde kamunun belirli bilgileri öğrenmekteki çıkarı da göz önüne alınmalıdır.

72. Dolayısıyla, ulusal güvenlik alanında her tür bilginin yayılmasını mutlak ve koşulsuz tarzda yasaklayan, istihbarat servislerinin faaliyetleri üzerinde kamu denetimini ortadan kaldıran türden mevzuat, “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı için, 10. Madde’nin ihlâli anlamına gelir. Ulusal mahkemelerin ulusal güvenlik alanında her tür bilginin yayılmasını genel ve koşulsuz tarzda yasaklamayı sağlayan mevzuatla karşı karşıya kaldıklarında, ister ceza davası, ister özel dava olsun, bu tür davaları reddet-

meleri gerekir. Mahkemeler, kamu adına davranan basının, özgürlüğünü kullanarak istihbarat sisteminin kötü işleyişini, yasadışı yönlerini ve başka kusurlarını ortaya koymasına olanak tanımalıdır.

İfade özgürlüğünün ulusal güvenliğin savunulması çıkarı ile çatışma içinde olduğu örneklerde AİHM’in geliştirdiği kurallar ulusal düzeyde izlenmesi gereken yol gösterici ilkelerdir. Bir iç hukuk sisteminin “gereklilik” testini, orantısallık ilkesini ve kamu yararı gerekçesini belirttik olarak talep etmediği durumlarda dahi, ulusal mahkemeler bunları hukuki akıl yürütmenin bir parçası haline getirmeli ve “gereklilik” sorusunu cevaplayacak dengeleme testini geliştirmelidirler.

Bir başka yol gösterici ilke, Johannesburg İlkeleri (1995) arasında, 12. İlkede bulunabilir. Buna göre,

Devlet ulusal güvenliğe ilişkin her tür bilgiye ulaşmayı kategorik olarak reddedemez; meşru bir ulusal güvenlik çıkarını korumak için gizlenmesi gereken bilgi kategorilerini dar ve spesifik tarzda yasalarda tanımlamak zorundadır.

Buna ek olarak, 15. İlke bir kişinin

eğer (1) açıklanan bilgi meşru bir ulusal güvenlik çıkarına fiilen zarar vermiyor veya muhtemelen zarar verecek nitelik taşıyorsa, veya (2) bilginin öğrenilmesinden doğacak kamu yararı açıklamadan doğacak zarara göre ağır basıyorsa, bir bilginin açıklanmasından dolayı ulusal güvenlik

gerekeciyle cezalandırılmasını yasaklar.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kamu otoritelerinin elindeki bilgiye ulaşım hakkı konusundaki 1981 tarihli Tavsiye Kararı, bilgiye ulaşım konusundaki sınırlamaları üç bölümlük bir teste tâbi tutar: kısıtlamalar, yasa ya da uygulama tarafından öngörülmüş olmalıdır, demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır ve meşru bir kamu çıkarını korumayı hedeflemelidir. Bilginin verilmesinin neden reddedildiği açıklanmalı ve bu karar gözden geçirmeye açık olmalıdır. Ulusal güvenlik alanına ilişkin bilgiler bu kurala bir istisna oluşturmaz.

73. Sürek ve Özdemir davasında,¹⁰⁸ davacıların her biri bölücü propaganda yapma suçundan 6 ay hapis ve para cezasına çarptırılmıştı. Ayrıca basılmış sayılar toplatılmıştı.

Davacılar PKK'nın üst düzey bir sorumlusu ile yapılmış iki görüşmeyi yayınlamışlardı. Bu sorumlu Türk otoritelerinin ülkenin güney doğusunda izlediği ve ona göre Kürtleri kendi bölgelerinden sürmeyi ve direnişlerini kırmayı amaçlayan politikalarını kınıyordu. Ayrıca, Kürt halkı adına sürdürülen savaşın "bizim tarafta tek bir insan kalana kadar" devam edeceğini de iddia ediyordu. Davacılar, ayrıca, dört örgüt tarafından yapılmış bir ortak açıklamayı da yayınlamışlardı. Bu örgütler de, aynen PKK gibi, Türk yasalarına göre yasadışı idi. Ortak açıklama, Kürt halkının kendi kaderini tayin etme hakkının tanınmasını ve Türk ordusunun Kürdistan'dan çekilmesini savunuyordu.

AİHM önce yayında yer aldığı biçimiyle hükümete yöneltilen eleştiri üzerinde durmuş ve şunu saptamıştır:

Hükümet söz konusu olduğunda, izin verilebilecek eleştirinin sınırları bir vatandaş, hatta bir politikacı için olduğundan çok daha geniştir.

Bundan sonra, AİHM görüşmelerin yasaklanmış bir örgütün önde gelen bir üyesi ile yapılmış olmasının, resmi devlet politi-

¹⁰⁸ Sürek ve Özdemir-Tiükiye, 1999.

kasına yönelik sert eleştiriler içermesinin ve Türkiye'nin güney doğusundaki durum ve çatışmaların sorumluluğu konularında tek yanlı bir görüşü aktarmasının tek başına davacıların ifade özgürlüğüne bir müdahaleyi haklı gösteremeyeceğini kaydetmiştir. AİHM'e göre,

görüşmeler, kamuya hem Türkiye'nin güney doğusunda resmi politikaya muhalefetin ardındaki itici gücü temsil eden insanların psikolojisini gözlemek, hem de çatışmanın ne gibi sonuçlara gebe olduğunu anlamak bakımından haber niteliği taşımaktadır.

Mahkeme ayrıca şunu da belirtmiştir:

ulusal otoriteler, kamunun Türkiye'nin güney doğusundaki durum hakkında değişik bir bakış açısı konusunda, bu bakış açısı otoriteler açısından ne kadar kabul edilemez olursa olsun, bilgilenme hakkı ile ilgili olarak yeterince titizlik göstermemişlerdir.

Sonuç olarak, AİHM ulusal mahkemele-
rin davacılara ilişkin mahkûmiyet kararına yönelik gerekçelerinin,

konuya yabancı olmamakla birlikte, davacıların ifade özgürlüğü hakkına yapılan

müdahaleyi haklı kılmak için yeterli olmadığına

hükmetmiştir.

Aynı şekilde, Özgür Gündem davasında, AİHM Türk hükümetinin ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gerekçelerine yaslandığı bölücü propaganda suçundan mahkûmiyet kararlarının 10. maddeye aykırı olduğuna hükmetmiştir:

'Kürdistan' teriminin, bu bölgenin Türkiye topraklarından ayrı bir bölge olduğunun ya da olması gerektiğinin ima edildiği bir çerçevede kullanılmış olması ve bazı insanların bu bölge adına otoriteye sahip oldukları yolundaki iddiaları otoriteler açısından ileri derecede kışkırtıcı bir nitelik taşır.

Kamunun devletin ve halkın çoğunluğunun görüşleri dışındaki görüşlerden haberdar olma hakkına atıf yaptıktan sonra, AİHM şunu belirtmiştir:

Yazıların bazıları, yer yer renkli ve aşırı iddialı ifadelerle, otoritelere karşı ileri düzeyde eleştiri içerse ve güvenlik güçlerine kanunsuz davranışlar atfetse de, Mahkeme yine de bu yazıların şiddeti savunduğu veya

kışkırttığı iddiasının makul olmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁹

Buna karşılık, Sürek (3) davasında, AİHM yazının Türkiye'nin güney doğusunda şiddeti kışkırtma kabiliyetinde olmasından dolayı, ulusal güvenliğin ve toprak bütünlüğünün korunması gerekçelerinin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama ile orantısız olduğuna hükmetmiştir:

*Gerçekten de, okura iletilen mesaj, şiddete başvurmanın saldırganca karşı bir öz savunma tedbiri olarak gerekli ve haklı olduğu yolundadır.*¹¹⁰

Bunun öteki davalardan farkı, suçlanan yazının şiddete yönelme kabiliyetinde ve bu şiddetin ortaya çıkması olasılığında yatmaktadır. AİHM her iki unsuru da her bir davanın somut koşulları altında değerlendirir.

74. Ulusal otoritelerin AİHS'de düzenlenen hakların ortadan kaldırılmasını amaçlayan düşüncelere yaptırım uygulamış olduğu durumlardan doğan davalarda, AİHM, "ulusal güvenlik", "kamu emniyeti" ve "başkalarının hakları"nı ifade özgürlüğünün korunması yararına göre üstün tutmuştur. *Kuhnen*

davasında¹¹¹ davacı (Almanya'da yasaklanmış olan) Nasyonal Sosyalist Parti'yi yeniden siyaset sahnesine çıkarmak isteyen bir örgütün önderiydi. *Kuhnen* sosyalist ve bağımsız bir Büyük Almanya için mücadeleyi savunan yayınlar çıkarıyordu. Bunlarda yazılanlara göre, örgütü "Alman birliği, sosyal adalet, ırksal gurur, halkın bir aile gibi kardeşliği" fikirlerini savunuyor, "kapitalizme, komünizme, Siyonizm'e, yabancı işçiler dolayısıyla yabancılaşmaya, çevrenin tahribine" karşı çıkıyordu. Şöyle de diyordu: "Her kim bu davaya hizmet ederse eylem yapabilir, her kim buna karşı çıkarsa karşısında bizi bulacak ve tasfiye edilecektir." *Kuhnen* Alman mahkemeleri tarafından hapis cezasına çarptırılmıştı.¹¹² Avrupa Komisyonu davacının özgürlük ve demokrasiye dayanan temel düzene zarar vermeyi amaçlayan nasyonal sosyalizmi savunduğunu ve ifade ettiği düşüncelerin AİHS'in Dibacesi'nde dile getirilen temel değerlerden birine karşı olduğunu saptamıştır: AİHS'de ilan edilen haklar "en iyi şekilde... gerçek bir siyasi demokrasi çerçevesinde korunabilir." Buna ek olarak, Komisyon davacının ifade ettiği düşüncelerin ırksal ve dini ayrımcılık unsurla-

¹⁰⁹ *Özgür Gündem-Türkiye*, 2000.

¹¹⁰ *Sürek-Türkiye (3)*, 1999.

¹¹¹ *Kuhnen-Almanya*, 1998 raporu.

¹¹² Alman Ceza Yasası, anayasa dışına düşen örgütlerin demokrasiye, özgürlüğe ve bütün halkın karşılıklı anlayışına dayanan temel düzeni hedef alan propaganda yapmasını yasaklar.

rı içerdiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla, Komisyon davacının ifade özgürlüğünü, hem hakların suiistimalini yasaklayan 17. Madde'ye, hem de AİHS'in lafzına ve ruhuna aykırı biçimde kullanmayı amaçladığını saptamıştır. Sonuç olarak Komisyon davacının ifade özgürlüğüne müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğuna karar vermiştir.

75. *D.I.-Almanya* davasında da¹¹³ benzer bir karara varılmıştır. Bir tarihçi olan davacı Auschwitz'de gaz odaları olduğunu yadsıyor, bunların savaşın hemen ertesinde inşa edilen sahte yapılar olduğunu, bu yüzden Alman vergi mükelleflerinin 16 milyar DM tutarında parasının bu sahtekârlığa harcanmış olduğunu ileri sürüyordu. Ulusal mahkemeler davacıyı para cezasına çarptırmıştı. Dava Komisyon'a geldiğinde Hükümet bu cezayı "ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğünü", "başkalarının şöhretini ve haklarını" korumak ve "kamu düzenini sağlamak ve suç işlenmesini önlemek" gerekçelerine dayandırmıştır. Orantısallık ilkesini uygulayan Komisyon şunu belirtmiştir:

Alman halkı arasında Yahudilere haka-

rete yönelik davranışlar ve benzeri suçlar temelinde suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi konusundaki kamu yararı ve Yahudilerin şöhretini ve haklarını koruma gereği, demokratik bir toplumda, davacının Nazi rejiminde Yahudilerin gazlanmış olduğu gerçeğini yadsıyan yayınları yayması özgürlüğünden daha ağır basar.

Davacıların Holokost'u yadsıdığı ve ırksal düşmanlığı teşvik ettiği *Honsik*¹¹⁴ ve *Ochensberger*¹¹⁵ davalarında da Komisyon benzer sonuçlara ulaşmıştır.

76. İfade özgürlüğü karşısında ulusal güvenlik sorunu, *Hadjianastassiou* davasında¹¹⁶ AİHM'in önüne askeri surlarla ilgili olarak gelmiştir. Bu davada bir subaya, gizli askeri bilgileri bir özel şirkete para karşılığında açıklamış olması dolayısıyla beş ay tecilli hapis cezası verilmişti. Aktarılan bilgi belirli bir silahla ve buna ilişkin teknolojiyle ilgiliydi. Hükümet'e göre bu bilginin açıklanması ulusal güvenliğe ciddi zarar verebilecek nitelikteydi. Mahkeme, askeri bilgilerin 10. Madde'nin korumasının dışında kalmadığını kaydettikten sonra, mahkûmiyeti

¹¹³ *D.I.-Almanya*; 1996 raporu.

¹¹⁴ *Honsik-Avusturya*; 1995 raporu.

¹¹⁵ *Ochensberger-Avusturya*; 1994 raporu.

¹¹⁶ *Hadjianastassiou-Yunanistan*, 1992.

“ulusal güvenliğin” korunması açısından “demokratik bir toplumda gerekli” bulunmuş ve şunu belirtmiştir:

Devlet'in belirli bir silahla ilgisinin ve buna ilişkin teknik bilginin açıklanması, bu silahın imalatının hangi aşamasında bulunduğu konusunda bir fikir verebilir ve ulusal güvenlik açısından küçümsenmeyecek zarar yaratabilir. (...) Eldeki bulgular, kullanılan araçlarla izlenen meşru amaç arasında makul bir orantısallık ilişkisinin yokluğuna işaret etmemektedir.

77. Hadjianastassiou kararı ulusal mahkemelere iki önemli eğilim sunar. Birincisi, her tür askeri sır kamuya kamu alanının dışında görülmemektedir. İkincisi, AİHM söz konusu bilginin ulusal güvenliğe gerçek ve ciddi bir tehdit oluşturup oluşturmadığını saptamanın her bir davada ulusal mahkemelere düştüğünü bir kez daha saptamıştır. Askeri konularda kamuya yapılan bir açıklamanın yasaklanmasının ve cezalandırılmasının doğru olup olmadığı sorusunun cevabı, orantısallık ilkesi temelinde yapılacak bu tür bir değerlendirmedir.

İfade özgürlüğü ve kamu düzeninin korunması/suç işlenmesinin önlenmesi

78. Incal davasında¹¹⁷ ulusal otoriteler ifade özgürlüğünü “kamu düzeninin korunması” gerekçesiyle kısıtlamışlardı. Türk vatandaşları olan Incal, (1993 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan) Halkın Emek Partisi (HEP) üyesi olarak, Türk Hükümeti'nin politikası konusunda sert eleştiriler içeren ve Kürt kökenli halkı bir olmaya, belirli talepleri yükseltmeye çağıran bir bildiri dağıtmıştı. Bildiri halkı, jandarmanın ve belediyelerin başlatmış olduğu “Kürtleri sürme” kampanyasına karşı mücadeleye çağırıyor, bu kampanyayı “ülkede Kürtlere karşı verilmekte olan özel savaşın bir boyutu” olarak niteliyordu. Bildiri aynı zamanda devletin icraatını “Türk ve Kürt proleterlerine karşı devlet terörü” olarak adlandırıyor. Ancak bildiride şiddete ve düşmanlığa çağrı yoktu. Jandarma bildirinin bölücü propaganda olarak görülebileceği sonucuna ulaştı. Incal ulusal mahkemeler tarafından suç işlemeye teşvik suçu dolayısıyla altı ay hapis cezasına çarptırıldı. Aynı zamanda, kamu hizmetinde çalışması ve siyasi örgütlerin,

¹¹⁷ Incal-Türkiye, 1998.

derneklerin ve sendikaların bazı faaliyetlerini katılması yasaklanıyordu.

AİHM de Türk Hükümeti, bildirimnin dilinin saldırgan ve kışkırtıcı olduğunu ve Kürt kökenli halkı kendilerinin bir "özel savaş"ın kurbanı olduklarına inandırarak öz savunma komiteleri kurmaya teşvik edebilecek nitelik taşıdığını iddia ederek, davacının mahkûmiyetinin kamu düzeninin korunması açısından gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet aynı zamanda şunu savunmuştur:

bildirideki ifadeden anlaşılmaktadır ki...amaç bir etnik grubun Devlet otoritelerine karşı ayaklanmasını kışkırtmaktır ve

demokratik bir toplumda terörizmle mücadele ve terörü ezme öncelik taşır.

AİHM Hükümet'in bu görüşlerine katılmamış, "Hükümet'in yaptıklarının ve yapmadıklarının" "sadece yasama ve yargının değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın denetimine tâbi olması" gerekliliğine işaret etmiştir. Mahkeme, davacının mahkûm edilmesinin ve cezalandırılmasının "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığının değerlendirilmesi açısından "ifade özgürlüğü-

nün herkes için değerli olmakla birlikte, siyasi partiler ve faal üyeleri için özel bir önem taşıdığını" vurgulamıştır. Mahkeme şunu belirtmiştir:

Incal'ın Türkiye'deki terörizm sorunu konusunda herhangi bir sorumluluk taşıdığı sonucuna ulaşmayı haklı kılacak herhangi bir kanıt [bulunmamıştır]. (...) Sonuç olarak, Incal'ın mahkûmiyeti izlenen amaçla orantısız değildir; dolayısıyla, demokratik bir toplumda gereksizdir.

10. Madde'nin ihlâlinin yanı sıra, mahkeme heyetindeki yargıçlardan biri askeri yargıç olduğu için, AİHM aynı zamanda adil yargılanma hakkının (6. Madde) da çiğnenmiş olduğuna hükmetmiştir.

79. Saszman davasında¹¹⁸ Avusturya Hükümeti ulusal güvenliğin korunmasının yanı sıra kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gerekçelerini de öne sürmüştür. Davacı, ordu mensuplarını basın aracılığıyla itaatsizliğe ve askeri yasaları çiğnemeye kışkırtma suçu dolayısıyla tecilli olarak üç ay hapse mahkûm edilmişti. Komisyon Avusturya federal ordusunda düzenin sağlanması ve ulusal güvenliğin korun-

118 Saszman-Avusturya; 1997 raporu.

ması açısından davacının mahkûm edilmesinin haklı bir karar olduğuna karar vermiştir.

..askeri yasaların görmezlikten gelinmesi yönündeki kışkırtma, anayasaya uygun tarzda kabul edilmiş yasaların ilgasını amaçlayan anayasa dışı bir basınç oluşturur. Bu tür anayasa dışı basınç demokratik bir toplumda hoş görülmez.

80. *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi* davasında¹¹⁹ AİHM farklı bir sonuca ulaşmıştır. Avusturya mahkemeleri, reform önerileri yapan ve askerleri otoritelere karşı hukuk yoluna başvurmaya teşvik eden bir yayının kışlalarda askerler arasında dağıtımını yasaklamıştı. Avusturya Hükümeti davacıların çıkarttıkları yayının ülkenin savunma sistemini ve ordunun etkililiğini tehlikeye soktuğunu ve kamu düzeninin bozulmasına ve suç işlenmesine yol açabileceğini ileri sürmüştür. AİHM Hükümet'in iddialarına katılmamıştır. Mahkeme'ye göre, yayındaki yazıların çoğu

..şikâyetleri dile getirmekte, reform önerileri yapmakta ve okuyucuları yasal

yollara başvurmaya ya da temyiz işlemleri başlatmaya teşvik etmekteydi. Ancak, sık sık polemik bir ton benimseyen de, demokratik bir Devlet'in hizmet ettiği toplumda olduğu gibi ordusunda da hoş görülmesi gereken bir fikir tartışması çerçevesinde izin verilebilecek olanın ötesine taşmadıkları söylenebilir.

Dolayısıyla, AİHM 10. Madde'nin ihlâl edilmiş olduğuna hükmetmiştir.

81. "Kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi" ile Hükümetin siyasi karşıtları tarafından siyasi bakımdan eleştirilmesi arasında da bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Castells davasında¹²⁰ AİHM siyasi muhalefet için ifade özgürlüğünü güçlü biçimde savunmuştur. Castells İspanya Parlamentosu'nda Bask Ülkesi'nin bağımsızlığını savunan bir siyasi örgütü temsil eden bir senatördü. 1979'da ülke çapında okunan bir günlük gazetede "Öfkelenendirici bir Dokunulmazlık" başlıklı bir yazısı yayınlandı. Castells, Hükümeti Bask Ülkesi'ndeki cinayetleri soruşturmamakla suçluyor ve ekliyordu:

bu cinayetlerin failleri, hiçbir ceza gör-

¹¹⁹ *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi-Avusturya*, 1994.

¹²⁰ *Castells-İspanya*, 1992.

meksizin, eylem yapmaya, sorumluluk taşıyan görevlerde çalışmaya ve bulunmaya devam ediyorlar. Tutuklanmaları için hiçbir mahkeme kararı çıkartılmamıştır.

Aynı zamanda, Hükümeti bu cinayetlerde suç ortaklığı ile de suçluyordu:

İktidarda olan sağın bu kadar çok sayıda suçun faillerini bulmak ve cezalandırmak için elinde her türlü olanak (polis, mahkemeler ve cezaevleri) vardır. Ama hiç merak etmeyin, sağın kendi kendini arayıp bulmaya niyeti yoktur. (...) Kamu düzeninden ve cezai kovuşturmadan dün kim sorumlu ise bugün de onlar sorumludur.

Bu suçlardan sorumlu olan aşırı gruplara şöyle değiniyordu:

hep güncelleştirilen yüklü dosyaları vardır. Hatırı sayılır miktarda silahları ve paraları vardır. Sınırsız malzemeleri ve kaynakları vardır ve hiç ceza görmeyeceklerini bilerek hareket ederler...denebilir ki, kendilerine önceden hukuki dokunulmazlık güvencesi verilmiştir.

Castells daha sonra şöyle diyordu:

bu eylemlerin ardında ancak Hükümet, Hükümet partisi ve bunların adamları olabilir. Bask muhaliflerinin acımasızca takip edilerek fiziksel olarak ortadan kaldırılmasını artan ölçüde bir siyasi araç olarak kullanacaklarını biliyoruz... Ama halkımızdan verilecek bir sonraki kurbanın kurtarılabilmesi için, sorumlular derhal teşhis ve mümkün olduğu kadar güçlü biçimde teşhir edilmelidir.

Castells hükümete hakaretle suçlandı ve bir yıl hapis cezasına çarptırıldı, ama hapse girmedi.

AİHM önünde İspanyol otoriteleri Castells'in mahkûmiyet kararının "kamu düzeninin sağlanmasına ve suç işlenmesinin önlenmesi"ne hizmet ettiğini ileri sürdüler. AİHM müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını inceleyerek şunu belirtmiştir:

İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş bir temsilcisi açısından özel bir önem taşır. Bu kişi seçmenlerini temsil etmektedir, onların kaygılarına dikkat çekmektedir, çıkarlarını savunmaktadır. Dolayısıyla, davacı-

nın durumunda olduğu gibi, muhalif bir Parlamento üyesinin ifade özgürlüğüne müdahale, Mahkeme'nin çok büyük bir dikkatle ele alması gereken bir konudur.

AİHM daha sonra şunları kaydetmiştir:

Castells kanaatini, hiçbir yaptırımla karşılaşma korkusu olmaksızın kullanabileceği Senato kürsüsünden ifade etmek yerine bir yayın aracılığıyla dile getirmeyi tercih etmiştir. Ne var ki bu, Hükümeti eleştirme hakkını yitirmiş olduğu anlamına gelmez.

Ayrıca, AİHM davacının Hükümete yöneltmiş olduğu eleştirilere ilişkin şunları belirtmiştir:

*Hükümet söz konusu olduğunda, izin verilebilecek eleştirinin sınırları bir vatan-
daş, hatta bir politikacı için olduğundan çok daha geniştir. Demokratik bir toplumda, Hükümetin yaptıkları ve yapmadıkları, sadece yasama ve yargının değil, aynı zamanda basın ve kamuoyunun yakın denetimine tâbi olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin üstün konumu, karşıtlarının ve medyanın haksız saldırı ve eleştirilerine cevap vermek açısından başka yol-*

ların açık olduğu durumlarda, cezai kovuşturmayla başvurmadan kaçınmasını zorunlu kılmaktadır.

Mahkeme 10. Madde'nin ihlâl edilmiş olduğuna hükmetmiştir. Buna ek olarak, kararın gerekçesinde şu da belirtilmiştir:

Kurumların bireylere göre veya Hükümetin muhaléfete göre daha kapsamlı bir korumadan yararlanmasının hiçbir gerekçesi yoktur.

82. Önceki kararlardan çıkarılan derslere benzer biçimde, ulusal mahkemeler şunu anlamlıdır: yasal itaatsizliğe kışkırtma ilke olarak cezalandırılabilir bir eylem olmakla birlikte, yargıçlar kanunun öngördüğü bir yasağı otomatik tarzda uygulamamalıdır. Yargıçlar, ifade özgürlüğünün belirli bir kullanımının cezalandırılmasının, "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına karar verirken, çelişen çıkarları karşılıklı olarak tartmalı ve orantısallık ilkesini uygulamalıdır. Ayrıca, *Castells* kararının ortaya koyduğu gibi, ulusal mahkemeler devlet otoritelerine yönelik eleştirileri cezalandırmaktan kaçınmalıdır. Bu tür eleştiriler, sert bile olsa,

siyasi çoğulculuğun ve kanaat çoğulculuğunun bir parçasıdır.

İfade özgürlüğü ve ahlâk

83. “Ahlâk” ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışma orantısallık ilkesine yeni yorumlar katar. AİHM ilke olarak böyle davalarda, ulusal mahkemelere daha geniş bir takdir payı bırakır. Bunun gerekçesi, “ahlâk”ın her bir üye ülkede, hatta aynı ülkenin farklı bölgelerinde değişik olmasıdır.

84. *Muller* davasında¹²¹ AİHM, ulusal otoritelerin ifade özgürlüğüne müdahalesini “ahlâk”ın korunması açısından makul ve “demokratik bir toplumda gerekli” bulmuştur. 1981’de, bir çağdaş sanat sergisinde, *Muller*, livata, hayvanlarla cinsel ilişki, mastürbasyon ve eşcinsellik sahneleri gösteren üç büyük tablo sergilemişti. Sergi halka açıktı, giriş ücretsizdi, yaş sınırlaması yoktu. İsviçre mahkemeleri *Muller*’i ve sergiyi düzenleyenleri, para cezasına çarptırmıştı. El konulan tablolar güvenli biçimde muhafaza edilmesi için bir sanat müzesine teslim edilmiş, ancak 1988’de iade edilmişti. *Muller* ve sergiyi düzenleyenler AİHM’e başvurarak hem mahkûmiyet kararının, hem de el koy-

manın ifade özgürlüğü haklarını ihlâl etmiş olduğunu ileri sürmüşlerdi.

AİHM âkit Tarafların kapsadığı coğrafi alan içinde bir örnek bir ahlâk anlayışının yokluğuna işaret edecekti. AİHM’e göre, ulusal mahkemeler, kendi ülkelerinin gerçekliğiyle doğrudan temas içinde oldukları göz önüne alındığında, “ahlâk”a ilişkin meselelerde karar verme bakımından uluslararası yargıçlara göre daha avantajlı bir konumda idi. AİHM ayrıca şunu belirtiyordu:

Söz konusu tablolar, özellikle insanlarla hayvanlar arasında cinsel teması, kaba bir tarzda betimlemektedir...sergiyi düzenleyenler herhangi bir giriş ücreti öngörmediğine ve herhangi bir yaş sınırlaması getirmediğine göre, sergi halka bütününüyle açıktır. Gerçekten de, tablolar, genel olarak halka sınırsız biçimde açık olan ve halkı ziyaret etmeye teşvik etmeye çalışan bir sergide gösterime sunulmuştur.

AİHM ayrıca, ulusal yargıçların tablolarındaki sahnelerin “cinselliği olabilecek en kaba biçimleriyle vurguladığı” için “sıradan bir duyarlılığın cinselliğe ilişkin edep duy-

121 *Muller-İsviçre*, 1988.

gusunu ciddi biçimde rahatsız etme potansiyeli taşıdığı” yolundaki hükmünün de malkullük sınırları çerçevesinde yer aldığı öne sürmüştür.

Muller davasında, çocuklara ilişkin bir sınırlama getirilmemiş olması asli bir rol oynamıştır. Aynı şey, *Handyside* davası¹²² için de geçerlidir. Bu davada, davacı, Britanya otoritelerinin müstehcen bulduğu bir kitap basmış ve bunu öğrencilerine dağıtmıştı.

85. “Ahlâk” ile ifade özgürlüğü arasında bir başka türden çatışma, *Open Door and Dublin Well Woman* davası¹²³ dolayısıyla AİHM’in önüne gelmiştir. Open Door [Açık Kapı] Danışma Hizmetleri Ltd. ve Dublin Well Woman [Sağlıklı Kadın], kürtajın yasak olduğu İrlanda’da kâr amacı gütmeyen iki sivil toplum kuruluşuydu. Hamile kadınlara danışma hizmeti sağlıyorlardı. Dublin Well Woman bir de aile planlaması, hamilelik, sağlık, kısırlaştırma vb. alanlarda bir dizi yaygın hizmet veriyordu. Ayrıca hamile kadınlara, örneğin Britanya’da bir takım kliniklerin adresleri dahil, İrlanda dışında kürtaj yaptırma olanakları konusunda bilgi sunuyordu. Her iki kuruluş da kadınlara danış-

ma hizmeti vermekle yetiniyor, kürtaj konusunda kararı kadınların kendisine bırakıyorlardı. 1983’te Dublin Well Woman, son dönemde anayasada yapılmış olan iki değişikliği eleştiren bir broşür yayınladı. Bu değişikliklerden ilki herkese, kadınlara İrlanda dışında kürtaj hakkında bilgi aktarmayı yasaklama talebiyle mahkemeye başvurma hakkını veriyordu. İkincisi ise herkese, İrlanda dışına çıkmaya niyetlenen hamile kadınların yurt dışına çıkışını yasaklayabilecek bir tedbir kararı için mahkemeye başvurma hakkı tanıyordu.

1986’da, Irish Society for the Protection of Unborn Children’in [İrlanda Doğmamış Çocukları Koruma Derneği] başvurusu üzerine, İrlanda Mahkemeleri kürtaj konusunda bilgi sağlamanın Anayasayı ve ceza yasasının bazı hükümlerini ihlâl ettiğine karar verdi. Mahkemeler, Dublin Well Woman ile Open Door’a karşı, hamile kadınlara İrlanda dışında kürtaj konusunda fikir ya da yardım vermelerini engelleyen bir daimi tedbir kararı çıkarttı. İki kuruluş AİHM’e başvurarak bilgi verme ve alma haklarının ihlâl edilmekte olduğunu ileri sürdüler. Dört kadın da

¹²² *Handyside-Birleşik Krallık*, 1976.

¹²³ *Open Door ve Dublin Well Woman-İrlanda*, 1992.

onlarla birlikte bireysel olarak başvuruya katılmıştı: bunlardan ikisi getirilen yasaktan doğrudan etkilenmiş mağdurlardı, ikisi ise potansiyel mağdur.

AİHM, meşru amaç olarak ileri sürülen “ahlâk”ı tartışırken, doğmamış çocukların korunmasının İrlanda halkının en derin ahlâki değerlerine dayandığı noktasını saptamış, ulusal otoritelerin takdir payının “ahlâk” söz konusu olduğunda daha geniş olmakla birlikte, sınırsız da olmadığına işaret etmiştir: ulusal otoritelerin “kayıtsız koşulsuz ve denetlenemeyecek” bir takdir hakkına sahip olmadığını belirtmiştir. Daha sonra, AİHM müdahalenin “acil bir toplumsal ihtiyaca” yanıt olup olmadığını ve hedeflenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını da incelemeye tâbi tutmuştur. AİHM, İrlanda mahkemelerinin verdiği tedbir kararlarının mutlak niteliği karşısında şaşkınlığa uğradığını belirtmiştir. Kararlar, “yaştan veya sağlık durumundan veya hamileliğin sona erdirilmesi konusunda danışma hizmeti istemelerinin nedeninden bağımsız olarak” daimi ve genel bir yasak empoze etmektedir. AİHM böyle bir kısıtlamanın aşırı kapsamlı ve orantısız

olduğu kanısındadır. Müdahalenin orantısız niteliğine yaslanan AİHM, bilgilenme açısından başka kaynakların (dergiler, telefon rehberleri, başka ülkelerde oturan insanlar) varlığını da kaydederek, bütün bunların davacılar üzerinde uygulanan kısıtlamalar konusundaki ihtiyacın acil bir nitelik taşımadığını kanıtladığı sonucuna ulaşmıştır.

86. Bu örnek ulusal mahkemelere, ahlâk kadar hassas alanlarda dahi, ifade özgürlüğüne ilişkin genel ve/veya daimi yasaklamaların kabul edilemez olduğunu bir kez daha göstermektedir. Burada ulusal mahkemelere orantısallık ilkesinin uygulanması bakımından yol gösterici ilkeler sunulmaktadır: ifade edilen düşüncenin hedef kitlesi, özellikle çocuklara ve gençlere de hitap ediyorsa, önem taşır; söz konusu ifade biçimine erişimi sınırlayan tedbirler, “ahlâk dışı” etkiyi azaltma konusunda gösterilen özenin kanıtı olarak önemlidir; keyfiliği önlemek açısından “ahlâk”a gerçek bir zararın tespit edilebilmesi gerekir.

İfade özgürlüğü ve başkalarının şöhreti ve hakları

87. “Başkalarının şöhretini ve haklarını”

koruma, ifade özgürlüğünün kısıtlanması için ulusal otoritelerin öteki gerekçelerden kat kat fazla öne sürdüğü “meşru amaç” olagelmıştır. Politikacıları ve devlet görevlilerini eleştirilere karşı korumak için oldukça sık kullanılmıştır. Bundan dolayıdır ki, AİHM bu alanda, başta basını olmak üzere ifade özgürlüğüne tanınan yüksek düzeyli korumayı kanıtlayan geniş çaplı bir içtihat geliştirmiştir. Medyaya tanınan ayrıcalıklı konunun nedeni, AİHM’in, demokratik bir toplumda hem seçim süreci, hem de kamu yararının günlük sorunları bakımından siyasi düşüncelerin ifadesinin oynadığı merkezi role olan inancıdır. Dil konusuna gelince, AİHM sert ve keskin eleştirilerin yanı sıra, tartışma konusu olan konulara dikkat çekmek bakımından avantajlar sunan renkli ifadeleri de kabul edilebilir olarak görmüştür.

88. Bir kilometre taşı niteliği taşıyan *Lingens* davasında,¹²⁴ AİHM basın özgürlüğü karşısında üst düzey bir kamu görevlisinin şöhretini koruma hakkını dengelemiştir. Avusturya’da Ekim 1975’te genel seçimlerin ardından, *Lingens*, seçimleri kazanmış olan Federal Şansölye Bruno Kreisky’yi

eleştiren iki yazı yayınlamıştı. Eleştiri, geçmişinde Nazi faaliyetleri olan birinin yönettiği bir parti ile koalisyon kuracağını açıklayan Şansölye’nin bu siyasi adımı ve Şansölye’nin eski Nazi’ye siyasi destek verme konusundaki sistematik çabalarını hedef almıştı. Gazeteci *Lingens*, Şansölye’nin davranışını “ahlâksızca”, “yüz kızartıcı” ve “en adi türden oportünizm”in kanıtı olarak nitelermişti. Şansölye’nin açtığı özel hukuk davasında Avusturya Mahkemeleri bu ifadelerin hakaret içerdiğine karar vererek gazeteciye para cezasına çarptırmıştı. Ulusal mahkemeler aynı zamanda gazetecinin “en adi türden oportünizm” iddiasının doğruluğunu kanıtlayamadığına da hükmetmişti.

AİHM’deki davada Avusturya Hükümeti davacının mahkûmiyetinin Şansölye’nin şöhretinin korunmasını amaçladığını ileri sürmüştür.

İfade özgürlüğüne müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olması koşuluyla inceleyen AİHM, çok önemli bazı ilkelere geliştirmiştir. Politikacıların medyadaki eleştirilere daha büyük bir hoşgörü ile yaklaşması gerekmektedir:

¹²⁴ *Lingens-Avusturya*, 1986.

Basın özgürlüğü halka siyasi liderlerin fikirlerini ve tutumlarını keşfetmek ve bu konularda bir fikir oluşturmak bakımından en iyi araçlardan birini sunar. Daha genel olarak, siyasi tartışma özgürlüğü, AİHS'e bir baştan ötekine damgasını vurmuş demokratik bir toplum kavramının tam merkezinde yer alır. Buna bağlı olarak, bizzat bir politikacı hakkında yapılacak kabul edilebilir eleştirinin sınırları, sıradan bir kişi hakkındakilerden daha geniştir. Sıradan kişiden farklı olarak, politikacı kaçınılmaz olarak ve bilinçli tarzda, kendini, her kelimesinin ve eyleminin hem gazetecilerce, hem de genel olarak kamuoyunca sıkı bir şekilde izlenmesine açık bir konuma yerleştirmiştir. Dolayısıyla, daha yüksek derecede bir hoşgörü göstermek zorundadır.

AİHM politikacıların şöhretinin korunması gerekliliğini tümüyle dışlamıyor, lâkin şunu belirtiyordu:

Bu durumlarda, bu tür korumanın gerekleri, siyasi sorunların açıkça tartışılmasının ihtiyaçları ile karşılıklı olarak tartılmak zorundadır.

Tartışma konusu yazıların siyasi bağlamı da konuyla ilgilidir:

Dolayısıyla tezkir edilen ifadeler seçim sonrası siyasi polemiklerin bağlamı çerçevesinde görülmelidir;...bu mücadelede herkes elinde ne silah varsa onu kullanıyordu; bu silahlar da politikanın genellikle sert geçen mücadeleleri çerçevesinde hiç de alışılmadık bir nitelik taşııyordu.

Davacının mahkûm edilmesinin genel olarak basın özgürlüğü üzerindeki etkisi AİHM'in önemli bulduğu bir başka konudur:

Hükümetin işaret ettiği gibi, tartışma konusu yazılar o aşamada zaten geniş ölçekte yayılmış bulunuyordu. Dolayısıyla, her ne kadar yazara verilen ceza, kelimenin dar anlamında, bu kişinin kendisini ifade etmesine engel olmuyorsa da, bir tür sansür işlevi görmektedir ve gelecekte yeniden bu tür bir eleştiri yapma cesaretini kırabilecektir. (...) Siyasi tartışma bağlamında, bu tür bir ceza gazetecileri toplum hayatını etkileyen konuların kamu önünde tartışılmasına katkı-

da bulunmaktan caydırabilir. Aynı nedenle, bu türden bir yaptırım, basının bilgi sunma ve kamunun gözü kulağı olma görevlerini yerine getirmesini engelleme tehlikesini taşır.

Avusturya Mahkemelerinin “doğruluk kanıtı” savunmasına ilişkin yaklaşımını AİHM yanlış buluyordu. AİHM, “olgular” ile “değer yargıları” arasındaki ayırımı vurguluyor ve “değer yargıları”nın doğruluğunu kanıtlanmanın olanaksız bir şey olduğunu söylüyordu. Davacının Şansölye’nin siyasi tutumu konusundaki kanaatleri, bilgi yayma hakkından ziyade kanaatlere sahip olma ve bunları yayma hakkının basit bir ifadesiydi. Olguların varlığı kanıtlanabilir olmakla birlikte, değer yargılarının doğruluğu kanıta başvurularak ortaya konulamaz. Değer yargılarının doğruluğunu kanıtlama koşulu bizatihi ifade özgürlüğüne büyük bir darbe vurmak demektir. AİHM aynı zamanda Lingers’in değer yargılarını üzerinde temellendirmiş olduğu olguların ve iyi niyetinin tartışma konusu olmadığına da dikkati çekiyordu.

89. AİHM, siyasi eleştiri alanında olgu-

lar ve kanaatler arasında geliştirdiği ayırımı birçok başka kararında tekrar vurgulayacaktır.¹²⁵ Örneğin, Dalban davasında AİHM şunu belirtmiştir:

bir gazetecinin, doğruluğunu kanıtlamadıkça eleştirel değer yargılarında bulunmasının engellenmesi kabul edilemez.

Buna ek olarak, Schwabe davasında, Komisyon dil konusuna değinmiştir:

politikacılar ve onların ahlâkı konusundaki kısa bir tartışmada, her bir kelimenin, her türlü yanlış anlama olasılığını dışlayacak biçimde tartılarak kullanılması mümkün değildir.

Oberschlick (2) davasında, bir politikacının tutumu için “budala” sözcüğünün kullanılması kabul edilebilir bulunmuştur. Veya belediye seçimlerinde aday olan birinin “gülünç”, “soytarı” ve “kaba” terimleriyle anılmış olduğu Lopes Gomes da Silva davasında, AİHM kullanılan dilin keskin olmakla birlikte abartılı olmadığını ve adayın provokatif bir konuşmasına cevap niteliği taşıdığını belirtmiştir. AİHM aynı zamanda şunu da eklemiştir:

siyasi tahkir bir çok durumda kişisel ala-

¹²⁵ Oberschlick-Avusturya, 1991; Schwabe-Avusturya, 1992; Dalban-Romanya, 1999 vb.

na da taşar; bu politik hayatın ve fikirlerin özgürce tartışılmasının doğasında olan bir tehlikedir. Bunlar ise demokratik bir toplumun güvenceleridir.

Oberschlick, Dalban, Dichand ve birçok başka hükmünde AİHM şunu belirtmiştir:

*Gazetecinin özgürlüğü aynı zamanda bir ölçüde abartmaya, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerir.*¹²⁶

Ne var ki, basın özgürlüğü bile mutlak değildir. Tammer davasında, mahkeme özel hayat lehine hüküm vermiştir. Suçlanan ifadeler Bayan Laanaru'nun özel hayatının bazı yönleriyle ilgilidir. Bayan Laanaru bunları kendi özel hayatında tuttuğu güncelerde tasvir etmektedir. Kendisi (daha önce başbakanlık da yapmış olan ve kocası da olan) İçişleri Bakanı'nın yardımcısıdır. Suçlanan ifadeler Bayan Laanaru'nun bir anne olarak ve kocasının eski ailesinin parçalanmasındaki rolüne ilişkindir. AİHM 10. maddenin ihlali olmadığına hükmetmiş ve şunu iddia etmiştir:

Bayan Laanaru'nun bir siyasi parti ile ilişkisinin devam ediyor olmasına rağmen, Mahkeme kendisinin özel hayatına

*ilişkin olan söz konusu ifadelerin kamuyla ilgilendiren konulardan olduğuna veya genel önem taşıyan bir mesele olduğuna ikna olmamıştır.*¹²⁷

90. AİHM'in ilkeleri ışığında, politikacıları ya da genel olarak üst düzey yetkilileri (örneğin cumhurbaşkanını, başbakanı, bakanları, milletvekillerini vb.), başta basın-dan gelenler olmak üzere, hakarete veya şöhretine yönelik saldırıya karşı özel ya da daha ağır cezalar aracılığıyla korumayı hedefleyen bütün yasalar 10. Madde ile bağdaşmaz bir nitelik taşır. Bu tür hükümlerin var olduğu ve politikacılarca kullanılmaya çalışıldığı durumlarda, ulusal mahkemeler bunları uygulamaktan kaçınmalıdır. Bunun yerine hakaret ve şöhrete hanel getirme konusundaki genel yasal hükümler uygulanabilir. Ayrıca, politikacıların şerefi ve şöhreti basın özgürlüğüyle çatışma içine girdiğinde, ulusal mahkemeler orantısallık ilkesini dikkatli biçimde uygulamalı ve AİHM'in *Litgens* gibi davalarda sağlamış olduğu yol gösterici ilkelere bakarak, gazetecinin mahkûm edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına karar vermelidirler.

¹²⁶ "Dil" konusunda daha fazla ayrıntı için yukarıda 23.-24. paragraflara bakılabilir.

¹²⁷ Tammer-Estonya, 2001.

Benzer biçimde, ulusal hukukun hakaret içeren ifadelerle ilişkin davalarda “doğruluk kanıtı” savunmasını öngördüğü durumlarda, ulusal mahkemeler, AİHM’in olgular ile kanaatler arasında yaptığı ayrımı göz önüne alarak, bu tür kanıt istemekten kaçınmalıdırlar. Üstelik, esas olarak olgulara dayanan şöhrete halel getirme davalarında iyi niyet savunması kabul edilmelidir. Şayet haber yayınlandığı anda gazeteci belirli bir bilginin doğru olduğuna inanmak için yeterli nedene sahip ise, o zaman cezalandırılmamalıdır. Haber

*bozulabilir mal kategorisine girer ve yayınlanmasının, kısa bir süre için bile olsa gecikmesi, haberin bütün değerini ve ilginçliğini ortadan kaldırılabılır.*¹²⁸

Bundan dolayı, gazeteciyi sadece makul ölçüde bir araştırma yapma ve haberin doğruluğunu iyi niyetle varsayma konusunda yükümlü saymakla yetinmek gerekir. Bu bakımdan bir başka argüman da gazetecinin, mağdur olduğu iddia edilen kişinin şöhretine halel getirme konusunda bir kasıt taşıyıp taşımadığı meselesidir. Gazeteci elindeki bilginin doğru olduğuna inandığı sürece, bu

tür bir kasıt yoktur ve dolayısıyla gazetecinin tutumu, kasıtlı biçimde şöhrete halel getirmeyi yasaklayan hükümlere göre ele alınamaz; ceza mevzuatı, sadece başkasının şöhretine kasıtlı olarak halel getirme fiilini yaptırıma bağlar.

Ulusal mahkemeler cezai mahkûmiyet kararları, özellikle de hapis cezaları uygulamaktan kaçınmalıdırlar. Bu tür kararlar, bizi ifade özgürlüğünü tehdit eder ve basının kamunun gözü kulağı olma rolünü engelleyerek bütün medya açısından sansür işlevini görür.

AİHM tarafından ulusal mahkemelere sağlanmış olan yukarıdaki bütün yol gösterici ilkeler, kamu görevlilerine yönelik eleştiriler veya genel olarak halkı ilgilendiren konuları kamusal tartışmaya açma niyetiyle yapılan her tür başka eleştiri için de aynen geçerlidir.

91. *Thorgeirson* davasında,¹²⁹ AİHM ifade özgürlüğünü kamu görevlilerine yönelik eleştiriler bağlamında koruyan bir karar almıştır. Yazar olan davacı, bir günlük gazetede polis gaddarlığı üzerine iki yazı yayınlamıştı. Yazılardan ilki Adalet Bakanı’na bir

¹²⁸ *Sunday Times* (2)-Birleşik Krallık, 1991.

¹²⁹ *Thorgeirson-İzlanda*, 1992.

mektup biçiminde yazılmıştı. Yazar Bakanı "Reykjavik polisinin gittikçe daha fazla gaddar yöntemler uyguladığı konusunda dolaşmakta olan ve doğal olmayan bir tarzda susturulmaya çalışılan (ve giderek kamuoyuna mal olan) söylentileri soruşturmak üzere" bir komisyon kurmaya çağırıyordu. Davacı, polis gaddarlığına mağdur kalmış bir gazeteci dışında herhangi bir mağduru adını vermiyordu. Polisler ve davranış tarzları hakkında Thorgeirson, başka şeylerin yanı sıra, şu ifadeleri kullanmıştı.

"şehrimizin gece hayatının ormanında, sessizce veya başka türlü dolaşmakta olan bu üniformalı canavarlar..." "Polislerin ve bar fedailerinin, insanlara özen ve dikkatle yaklaşacaklarına, zalim bir doğallıkla öğrendikleri ve uyguladıkları kurt kapanı tekniği sonucunda zihni yaşta yeni doğmuş bir bebeğinkine kadar gerileyen insanlar..." "...hayvanlara ve sadislere sapıklıklarımı tatmin etme olanaklarını tanımak."

Polisin gaddarlık iddialarını reddettiği bir televizyon programının ardından davacı

ikinci bir yazı yayınlarak şunları söylemişti:

[polisin] bu davranışı, polis güçlerimizin kendilerini savunmak için genellikle kullandığı yöntemler konusunda kamuoyunda yayılmakta olan imgeye nasıl da uygun: korkutma, sahtecilik, kanun dışı davranışlar, boş inançlar, erken verilmiş hükümler, beceriksizlik.

Mahkemeler davacıyı polisin adı verilmemiş mensuplarına hakaret etme suçundan para cezasına çarptırdı.

Dava AİHM'e geldiğinde, Hükümet mahkûmiyetin "başkalarının şöhreti"ni, yani polislerin şöhretini korumayı amaçladığını, ayrıca, kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının sadece siyasi tartışma bakımından daha geniş olabileceğini belirtti. Ne var ki, Mahkeme şuna işaret etti:

AİHM, içtihat hukukunda, siyasi tartışma ile kamuyu ilgilendiren diğer konuların tartışılması arasında Hükümet'in sözünü ettiği türden bir ayırım yapmayı haklı kılacak herhangi bir şey olmadığını altını çizdi.

Davacının kullandığı dil konusunda AİHM şunu belirtiyordu:

Her iki yazı da özel olarak sert bir dille kaleme alınmıştır. Ne var ki, amaçları ve yapmaları istenen etki göz önüne alındığında, AİHM kullanılan dilin aşırı olarak nitelenemeyeceği kanısındadır.

AİHM, “mahkûmiyet ve cezanın, kamu-yu ilgilendiren meselelerin açıkça tartışılmasını caydıracak bir özelliğe sahip olduğu” ve Hükümet’in ileri sürdüğü gerekçelerin müdahalenin hedeflenen meşru amaç ile orantısallığını kanıtlamadığı sonucuna ulaşıyordu. Dolayısıyla, davacının mahkûm edilmesi “demokratik bir toplumda gerekli” değildi.

92. Thoma davasında, bir gazeteci Su ve Ormanlık Komisyonu’nun, biri hariç bütün üyelerinin satın alınabileceğini yazdığı için tazminata mahkûm edilmişti. AİHM, bu konudaki yaygın tartışmayı ve konunun genel olarak çektiği ilgiyi hesaba katarak 10. maddenin ihlâl edilmiş olduğuna hükmetmiştir. Kamu görevlilerinin eleştirilmesine affen, AİHM şunu belirtmiştir:

Politikacılara benzer biçimde, resmi yetkilerini kullanmakta olan kamu görevlileri için de, kabul edilebilir eleştirinin sınırları sıradan yurttaşlara göre daha

geniştir. Ne var ki, kamu görevlilerinin kendi istekleriyle her sözlerini ve eylemlerini kamunun gözetimine politikacıların yaptığı ölçüde açtığı söylenemez. Dolayısıyla, davranışlarının eleştirisi bakımından politikacılarla aynı temelde muamele görmelidirler.¹³⁰

93. “Başkalarının hakları” konusu, özel olarak din özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışma, *Otto-Preminger Institut* (OPI) davasının¹³¹ konusuydu. Innsbruck’ta kurulu bir dernek olan davacı, Werner Schroeter tarafından yönetilmiş olan *Council in Heaven* başlıklı filmi halka açık tarzda altı kez göstereceğini ilân etmişti. İlânda, yasa gereğince, filmin on yedi yaşın altındakilere gösteriminin yasak olduğu kaydedilmişti.

Film, Yahudi, Hıristiyan ve İslam dinlerinin Tanrısını, Şeytanın ayaklarına kapayan, onunla uzun uzun öpüşen, onu arkadaşı olarak gören, görünüşte bunak bir yaşlı adam olarak gösteriyordu. Meryem Ana’yı müstehcen bir öykü dinlerken ya da Şeytanla erotik bir gerilim yaşarken gösteren başka bazı sahneler de vardı. İsa yetişkin bir insan

¹³⁰ Thoma-Lüksemburg, 2001

¹³¹ *Otto-Preminger Institut-Avusturya*, 1994.

olarak geri zekâlı bir özürlü gibi gösteriliyordu. Filmin bir sahnesinde Meryem Ana ve İsa Şeytam alkışlarken görüliyordu.

İlk gösterimden önce, Katolik Kilisesi'nin Innsbruck Piskoposluğunun talebi üzerine, savcı OPI'nin müdürü hakkında "dini öğretileri aşağılamak" suçundan cezai kovuşturma açmıştı. Bir AİHM filmi izledikten sonra el konulmasına izin verdi. Bu yüzden halka gösterim yapılamadı. Cezai kovuşturma dosyası daha sonra kapatıldı, dava sadece el koyma ile ilgili olarak devam etti. OPI Avrupa Komisyonu'na başvurarak filme el konulmasının 10. Madde'den doğan hakkının ihlâli anlamına geldiğini ileri sürdü. Komisyon bu görüşe katıldı.

Hükümet AİHM'e verdiği savunmada filme el konulmasının "başkalarının haklarının", özellikle de dini duygulara saygı hakkının korunmasını ve "kamu düzeninin sağlanması"nı amaçladığını ileri sürdü. Dini duygulara saygı hakkı, AİHS'in 9. Maddesi'nde ele alınan düşünceler, vicdan ve din özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu amacın meşruiyetini inceleyen AİHM şunu ifade ediyordu:

Dinlerini açıklama özgürlüğünü kullanmayı seçen kişilerin, ister çoğunluğun dinine, ister bir azınlık dinine mensup olsunlar, her tür eleştiriden muaf olmayı beklmeleri makul değildir. Başkalarının kendilerinin dini inançlarını reddetmesine, hatta inançlarına düşman öğretiler yaymasına hoşgörü ile yaklaşmak ve bunu kabullenmek zorundadırlar. Ancak, dini inançlara ve öğretilere muhalefetin ve bunların reddedilmesinin biçimleri Devletin sorumluluğunun, özel olarak da bu inanç ve öğretilere bağlı olanların 9. Madde tarafından teminat altına alınmış haklarının huzur içinde kullanılabilmesini sağlama konusundaki sorumluluğunun alanına girebilecek bir husustur. Gerçekten de, uç örneklerde, dini inançlara muhalefetin ve bunların reddedilmesi için kullanılan bazı spesifik yöntemlerin bu tür inançlar besleyenlerin bunlara sahip olma ve açıklama özgürlüğünü kullanmasını güçleştirecek bir nitelik taşıması mümkündür. (...) Dini bakımdan yüceltilen kişilerin kışkırtıcı bir tarzda resmedilmelerinin 9. Madde'de teminat altına alınan, inananların dini

duygularına saygıyı ihlâl etmiş olduğunu düşünmek meşrudur; bu tür tasvirler, demokratik bir toplumun bir özelliği olması gereken hoşgörü ruhunun da kötü niyetli bir ihlâli olarak görülebilir. AİH-S'in bir bütün olarak ele alınması gerekir. Dolayısıyla, eldeki davada 10. Madde'nin yorumu ve uygulanması AİHS'in mantığı ile uyumlu olmak zorundadır.

Ayrıca, AİHM "insanlığa ilişkin konularda ilerlemeyi sağlayabilecek bir kamusal tartışmaya herhangi bir katkıda bulunamayacak, ... başkalarına karşı gereksiz yere aşağılayıcı ifadeler"den kaçınma yolunda bir görevden de söz ediyordu.

Hükümet, kendi pozisyonunu savunan Ken Tyrol bölgesi halkının günlük yaşamında dinin önemini de vurgulamıştı: burada Katolik inananların oranı % 87 idi.

Çatışma halindeki iki değeri dengeleme yönünde AİHM şunu ifade ediyordu:

AİHM, Katolik dininin Tyrol halkının ezici çoğunluğunun dini olduğu gerçeğini görmezlikten gelemez. Avusturya otoriteleri filme el koyarken bu bölgede dini barışı sağlamak ve bazı insanların dini

inançlarının hak edilmemiş ve aşağılayıcı bir saldırıya konu olduğu duygusuna kapılmasını önlemek amacıyla hareket etmiştir. Söz konusu dönemde, yerel koşullar ışığında, böyle bir tedbire ihtiyaç olup olmadığı, ulusal otoritelerin uluslararası yargıçtan daha iyi değerlendirebileceği bir şeydir. Eldeki davanın bütün koşulları göz önüne alındığında, AİHM Avusturya otoritelerinin takdir payını aşmış olduğu kanaatine ulaşmamıştır.

Dolayısıyla, filme el konulması 10. Madde'nin bir ihlâlini oluşturmamaktadır.

İlginç olan bir nokta, muhalefet şerhi veren üç yargıcın 10. maddenin bir ihlâli olduğunu savunmasıydı:

Belirli bir ifade tarzının "insanlığa ilişkin konularda ilerleme sağlayabilecek bir kamusal tartışmaya herhangi bir katkıda" bulunup bulunamayacağına karar verme yetkisi Devlet otoritelerine bırakılmamalıdır; bu tür bir karar kaçınılmaz olarak otoritelerin "ilerleme"nin ne olduğu konusundaki fikirlerinden etkilenecektir. (...) İfade özgürlüğünün kullanılmasının bütünüyle engellenmesi anla-

mına gelecek türden yasaklama tedbirlerine duyulan ihtiyaç, ancak söz konusu davranış toplum tarafından hoşgörü ile karşılanma hakkını ortadan kaldıracak kadar ağır bir suiistimal düzeyine veya başkalarının din özgürlüğünü yadsımaya yaklaştığında kabul edilebilir hale gelir. (...) Film, deneysel filmlere düşkün dar bir çevreye hitap eden bir "sanat sineması"nda ücret karşılığında gösterilecekti. Dolayısıyla, salonda özel olarak bu filme ilgi duyan insanların dışında herhangi birinin bulunması düşük bir ihtimaldir. Üstelik, filmi seyretmeye gelenler, filmin niteliği konusunda önceden yeterince uyarılmış olma fırsatına da sahiptir. (...) Eldeki davada, herhangi birinin, haberi olmaksızın, itiraz konusu olabilecek bir malzeme ile karşı karşıya kalma ihtimali son derece düşüktür. Bundan dolayı, davacı derneğin filmin gösteriminden doğabilecek zararlı sonuçlarını sınırlamak için, makul sınırlar içinde beklenebileceği ölçüde sorumlu davranıldığı sonucuna ulaşıyoruz.

94. AIHM, "başkalarının hakları"nı ko-

ruma gereği ile bilgi verme ve alma özgürlüğü arasındaki çatışmayı, ırkçı düşüncelerin televizyonda sadece halkı bu ırkçı düşüncelerin sahipleri konusunda bilgilendirmek amacıyla yayınlanması bağlamında da incelemiştir. *Jersild* davasında¹³² davacı, ulusal mahkemelerin ırkçı düşüncelerin yayılmasına yardım ve yataklıktan mahkûm etmiş olduğu bir televizyon muhabiri idi. Davacı, hazırladığı programa ırkçı düşüncelere sahip bir gençlik grubunun üç üyesini davet ederek görüşme yapmıştı. Görüşmeler esnasında ırkçı düşüncelerin dile gelme ihtimalini önceden biliyordu, hatta bu tür ifadeleri teşvik etmişti. Montaj sırasında da aşağılayıcı ifadeleri çıkarmamıştı. Görüşmeler, dünyadan iyice haberi olan bir izleyici kitlesi için hazırlanmış, yabancı düşmanlığı ve göç konuları da dahil, geniş bir dizi sosyal ve siyasi konuyu işleyen ciddi bir televizyon programında gösterilmişti. İzleyiciler şu tür düşüncelerin dile getirildiğine tanık olmuşlardı: "İrkçi olmak iyi bir şey. Biz, Danimarka'nın Danimarkalılara ait olduğuna inanıyoruz"; "İnsanların köle sahibi olmasına izin verilmeli"; "Bir gorilin resmini çekin, sonra da bir zenciye bir bakın. Aynı yapı,

¹³² *Jersild-Danimarka*, 1994.

vücut da, her şey de...alınları basık”; “Zenciler insan değil ki, hayvan. Öteki yabancı işçiler de, Türkler, Yugoslavlar, adları ne olursa olsun ötekiler” vb. vb. Bu genç insanlara aynı zamanda nerede yaşadıkları ve çalıştıkları ve sabıklarının olup olmadığı da sorulmuştu.

Ulusal mahkemelerin muhabiri suçlu bulmasının ana nedeni, program sırasında, görüşmelerde dile gelen düşünceleri belirttik biçimde eleştirdiği bir nihai açıklama yapmamış olmasıydı. Mahkemeler bunun gerekli olduğu kanaatini taşıyordu.

Dava AİHM'e gittiğinde hükümet mahkûmiyet kararını, ırkçı düşüncelerle hakarete uğramış olanların haklarını koruma gerekçesine dayandırıyor. Irk ayırımının mücadele edilmesi gereken bir şey olduğunu vurgulayan AİHM, davacının hazırladığı programın kamu açısından büyük önem taşıdığının altını çiziyordu. Programın nasıl hazırlandığını ve sunulduğunu inceleyen AİHM şu hükme ulaşıyordu:

Nesnel olarak bakıldığında, [programın] ırkçı görüş ve fikirleri yaymayı amaçladığının düşünülmüş olması olanaksızdır.

Tersine, program, sosyal konumları nesnel olarak kısıtlanmış ve buna öfke duyan, sabıkalı, şiddete yatkın belirli bir grup genci, bir görüşme aracılığıyla teşhir ve tahlil etmeyi ve durumu açıklamayı hedeflemektedir.

Ulusal mahkemelerin, muhabirin ırkçı düşünceleri dengelemek amacıyla bir şeyler söylemesi gerektiği yolundaki yaklaşımını eleştiren AİHM, şunu ifade ediyordu:

Nesnel ve dengeli gazetecilik yöntemleri, başka şeylerin yanı sıra, söz konusu olan medyaya da bağlı olarak önemli ölçüde değişiklik gösterebilir. Gazetecilerin ne tür habercilik teknikleri kullanması gerektiği yolunda basının düşüncelerinin yerine kendi düşüncelerini koymak, ne AİHM'e, ne de başka mahkemelere düşer.

Montaj yoluyla düzenlenmiş olsun ya da olmasın görüşmelere dayanan haberciliği tartışan AİHM, bir gazetecinin, bir görüşme esnasında başka bir kişi tarafından dile getirilen düşüncelerin yayılmasına yardım etmesi nedeniyle cezalandırılması konusunda şu nu belirtiyordu:

[bu] basının kamu yararını ilgilendiren konulara katkısı ciddi biçimde engelleyecektir ve özel olarak sağlam nedenler var olmadıkça düşünülmemelidir.

Mahkeme 10. maddenin ihlâl edilmiş olduğuna hükmetmiştir.

İfade özgürlüğü ve yargı gücünün otoritesi ve tarafsızlığı

95. AİHM'in bu konudaki içtihadı, yargının özel bir korumadan yararlanmasında rağmen, bunun belirli bir bağlamda gerçekleştiğini ve adaletin işleyişiyle ilgili konuların kamusal tartışmaların bir parçası olabileceğini kanıtlamaktadır. *Sunday Times* davasında,¹³³ Hükümet bir gazete yazısının yayınlanmasını engelleyen bir tedbir kararını, yargının otoritesini koruma ve halkın yargı organlarına güvenini muhafaza etme gerekçesine dayandırmıştır. "Thalidomide" adlı müsekkinin 1959-1962 yılları arasında kullanılmasının sonucunda, bir çok bebek sakat doğmuştu. İlacın üreticisi ve satıcısı Distillers Company Ltd. adlı şirket, ilacı 1961 yılında piyasadan çekmişti. Aileler şirket hakkında dava açmış, tazminat talebinde bulunmuşlardı; taraflar arasındaki müzakereler

yıllarca sürmüştü. Tarafların varacağı anlaşmaların Mahkemelerce onaylanması gerekiyordu. *Sunday Times* dahil bütün gazeteler konuya geniş biçimde yer veriyorlardı. 1971'de taraflar sakat çocuklara yardım için bir hayır fonu kurulması üzerinde müzakerelere başladılar. Eylül 1972'de *Sunday Times* "Thalidomide çocuklarımız: ulusal bir ayıp" başlıklı bir yazı yayımlayarak şirketi, mağdurlara ödediği paranın düşüklüğü ve fona yapmayı düşündüğü katkının küçüklüğü dolayısıyla eleştiriyordu. Gazete bu trajedinin ortaya çıkışının koşullarını daha ileride yayınlanacak bir yazıda anlatacağını da belirtiyordu.

Şirketin şikâyeti üzerine başsavcı, yazının belirtilen içerikle yayınlanması halinde yargının işleyişinin engellenmiş olacağı gerekçesiyle mahkemeden bir ihtiyati tedbir kararı çıkarmasını talep etti. AİHM tedbir kararını verdi, *Sunday Times* da yazıyı yayınlamaktan kaçındı.

AİHM önünde *Sunday Times* 10. maddenin ihlâl edilmiş olduğunu iddia etti. Hükümet, Thalidomide davaları hâlâ devam ediyor olduğundan, tedbir kararını "yargı gücü-

¹³³ *Sunday Times-Birleşik Krallık*, 1979.

nün otorite ve tarafsızlığı'nı koruma gereksiyyle savundu. AİHM şunu belirtiyordu:

Mahkemelerin bir boşlukta çalışmadığı genel olarak kabul gören bir olgudur. Mahkemeler uyuşmazlıkların çözülmesi için birer forum işlevi görmekle birlikte, bu söz konusu uyuşmazlıkların önceden, ister uzmanlık dergileri, ister genel olarak basın, ister genel olarak kamuoyu, başka yerlerde tartışamayacağı anlamına gelmez. Ayrıca, kitle yayın organları yargının düzgün işleyişinin gereklerinin belirlediği sınırları aşmamakla yükümlü olmakla birlikte, kamu yararını ilgilendiren başka alanlarda olduğu gibi, Mahkemelerin gördüğü davalar konusunda da bilgi vermek ve fikirleri yaymak görevleridir. Sadece medyanın bu tür bilgi ve fikir yayma görevi yoktur; halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır.

Bu davanın özgül çerçevesi içinde, AİHM "Thalidomide felâketi"nin hiç tartışmasız biçimde kamuyu derinden ilgilendirdiğini belirtmekteydi. Ayrıca, genel olarak toplumun yanı sıra, trajedinin bir parçası haline gelmiş olan aileler açısından da bu me-

selenin bütün yönleri konusunda bilgilendirilmek bir haktı.

AİHM gazeteye karşı çıkarılan tedbir kararı hakkında şu hükme ulaşıyordu:

[karar] kamunun, AİHS'in anlamı çerçevesinde tanımlandığı haliyle ifade özgürlüğünden elde edeceği yarardan daha ağır basacak acil bir sosyal ihtiyaca karşılık vermemektedir.

96. *De Haes ve Gijssels* davasında,¹³⁴ davacı gazeteciler gazetelerinde, mahkemelerin bakmakta olduğu bir davayı ele almışlardı. Bir boşanma davasında ailenin iki çocuğunun babalarına verilmesine karar vermiş olan bir İstinaf Mahkemesi'nin yargıçlarını beş yazı boyunca şiddetle eleştirmişlerdi. Muteber bir noter olan baba, daha önce eski karısı ve onun anne ve babası tarafından çocukları cinsel olarak istismar etmekle suçlanmış bulunuyordu. Boşanma döneminde noter hakkında açılan soruşturma dosyası iddianame hazırlanmaksızın kapatılmıştı.

Üç yargıç ve bir savcı, gazeteciler ve gazete hakkında dava açarak şöhretlerine hanel getirdikleri iddiasıyla tazminat talebinde bulundular. Hukuk Mahkemeleri gazetecilerin

¹³⁴ *De Haes ve Gijssels-Belçika*, 1997.

yargıçların notere siyasi yakınlıkları dolayısıyla bilinçli biçimde yanlış karar verdiklerini yazarak tarafsızlıkları konusunda güçlü kuşkular yarattığına hükmetti. Gazeteciler (sembolik miktarda) bir tazminat ödemeye ve masrafları kendilerince karşılanmak üzere kararı altı gazetede yayınlamaya mahkûm edildi.

AİHM, yargı mensuplarının kamunun güvenine sahip olması gerektiğini ve dolayısıyla olgusal temelden yoksun yıkıcı saldırılardan korunmalarının gerekli olduğunu saptadı. Ayrıca, yargıçların mesleki olarak kamu önünde konuşmama gibi bir sorumlulukları olduğundan, yöneltilen saldırılara, örneğin politikacılar gibi cevap vermeleri mümkün değildir. AİHM daha sonra yazıları inceleyerek uzmanların fikirleri dahil birçok ayrıntıya değinildiğini, bunun da gazetecilerin dava konusunda kamuyu bilgilendirmeden önce ciddi bir araştırma yaptığını kanıtladığını saptadı. Yazılar, ensest konusunda ve yargının bu sorunu nasıl ele almış olduğu üzerine yapılmakta olan kapsamlı bir kamusal tartışmanın bir parçasıydı. Kamuyu ilgilendiren bir konuda halkın bilgilendirilme

hakkına hak ettiği önemi atfeden AİHM, ulusal mahkemelerin kararının “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığına, dolayısıyla 10. Madde’nin ihlâl edilmiş olduğuna hükmetti.

97. Bir yargıcın şöhretine basın tarafından halel getirilmesi, esas olarak, yargı sisteminin işleyişindeki aksaklıklar üzerine bir tartışmanın bir parçası olarak veya yargıçların bağımsızlığının ya da tarafsızlığının kuşku yaratması bağlamında gündeme gelir. Bu tür sorunlar kamu açısından her zaman önemlidir ve özellikle bağımsız ve etkili bir yargının yeni yerleşmekte olduğu ülkelerde kamusal tartışmanın dışında tutulmamalıdır. Bundan dolayıdır ki ulusal mahkemeler, yargıçların ya da başka yargı mensuplarının işin içinde olduğu davalarda söz konusu olan değer ve yararları iyi tartmalıdır. Mahkemeler, söz konusu yargıcın şerefi ile basının kamunun ilgi alanına giren konularda haber verme özgürlüğü arasında bir denge bulmalı ve demokratik bir toplumda önceliğin ne olması gerektiğine karar vermelidir. Elbette eleştirinin, yargının işleyişi konusundaki kamusal tartışmaya katkı yapması-

zın, esas olarak yargı mensuplarına hakareti ya da onların şöhretine halel getirmeyi hedeflediği durumlarda, ifade özgürlüğüne tanınan koruma daha dar olabilir.

Bu başlık altında bir başka önemli konu, yargının kesin kararının kamusal olarak eleştirilip eleştirilemeyeceğidir.

Gazetecilerin kaynaklarının korunması ve meşru amaçlar

98. İfade özgürlüğünün özgül bir yönü gazetecilerin kaynaklarının korunmasıdır. Bu, 2. fıkrada öngörülen bütün meşru amaçlar ile çatışabilir. *Goodwin* kararı,¹³⁵ bir yanda adaletin gerekleri ve başkalarının hakları, diğer yanda kaynakların korunması gereği arasındaki denge açısından anlamlıdır.

The Engineer adlı yayında gazetecilik yapmakta olan *Goodwin*, bir “kaynak”tan telefonla *Tetra Ltd.* şirketi üzerine bazı bilgiler almıştı. Kaynak, şirketin büyük mali güçlüklerle karşı karşıya olduğu bir dönemde büyük miktarda kredi bulmak üzere olduğunu belirtmekteydi. Gazeteci bu bilgiyi talep etmemişti, bunun için bir ödeme de yapmamıştı. Bu konuda bir yazı yazarken şirket

te de telefon etmiş ve fikirlerini sormuştu. Gazetecinin telefonunun ardından şirket mahkemeye başvurarak *Goodwin*'in yazısının yayınlanmasına karşı bir tedbir kararı çıkarılmasını istedi. Gerekçesi, bu bilginin kamuya açıklanması halinde ekonomik ve mali çıkarlarının ciddi ölçüde zedeleneceğiydi. AİHM tedbir kararını aldı. Şirket de bu kararı bütün büyük gazetelere yolladı.

Ayrıca, şirket mahkemeye başvurarak gazetecinin kaynağının adını açıklamasının sağlanmasını talep etti. Buradaki gerekçe, ismin açıklanmasının şirketin sahtekâr çalışmasının kim olduğunu öğrenmesini sağlayarak bu kişi hakkında dava açma olanağını yaratacağı idi. Gazeteci mahkemenin talebini tekrar tekrar reddetti. Sonunda, “adaletin engellenmesi” suçundan para cezasına çarptırıldı.

AİHM'e gidildiğinde, davacı gerek kaynağının açıklanması yönündeki AİHM kararının, gerekse bunu yerine getirmediği için para cezasına çarptırılmasının kendisinin ifade özgürlüğü hakkını çiğnediğini iddia etti. “İfade özgürlüğünün demokratik bir toplumun asli temellerinden biri olduğunu ve

¹³⁵ *Goodwin-Birleşik Krallık*, 1996.

basına sağlanacak güvencelerin özel bir önem taşıdığını" hatırlattuktan sonra, AİHM şunu ifade ediyordu:

Bir dizi Âkit Devlet'in yasalarında ve mesleki davranış kurallarında görüldüğü ve basın özgürlüğüne ilişkin bazı uluslararası hukuki belgelerde belirtildiği gibi, gazetecilerin kaynaklarının korunması, basın özgürlüğü açısından temel koşullardan biridir. (...) Bu tür bir korumanın yokluğunda kaynaklar, kamu-yu ilgilendiren konularda halkı bilgilendirme çabasında basına yardım etmekten caydırılmış olabilir. Bunun sonucu olarak basının hayati kamunun gözü kulağı olma konusundaki hayati işlevi darbe yer, doğru ve güvenilir haber verme kapasitesi de olumsuz etkilenebilir.

Demokratik bir toplumda basın özgürlüğü açısından gazetecilerin kaynaklarının önemini ve kaynakları açıklaması yönünde bir AİHM kararının olası tüyler ürpertici etkisini göz önüne alan AİHM,

...hem davacının kaynağını açıklaması konusundaki kararın, hem de bu kararı yerine getirmediği için çarptırıldığı para

cezasının, ifade özgürlüğünün ihlâline yol açtığı sonucuna ulaşmıştır.

99. *Goodwin* kararının ardından, 8 Mart 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, gazetecilerin bilgi kaynaklarını açıklamama haklarına ilişkin R (2000) 7 sayılı Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir.

100. *Goodwin* davasında AİHM'in aldığı karar ve 2000 yılındaki Tavsiye Kararı doğrultusunda, ulusal yasal sistemlerin, iç yasalara gazetecilerin kaynaklarını koruyan hükümler getirmeleri gerekmektedir. Kaynakların açıklanması, sadece daha yüksek ihtiyaçlar ya da hayati çıkarlar gerektirdiği zaman talep edilebilir. Ancak, bu tür ihtiyaç ve çıkarlar dahi, ifade özgürlüğünü korumanın bir yönü olarak gazetecilerin kaynaklarının korunması ihtiyacı ile dengelenmelidir. Tavsiye Kararı'nda belirtildiği gibi, böyle bir talep yapılmadan önce, gazetecilerin kaynaklarını açıklamama konusundaki hakları üzerine bilgilendirilmeleri gerekir. Yargı emriyle arama, gözetleme veya haberleşmenin izlenmesi tedbirlerine, eğer bunlar gazetecinin kaynaklarını açığa çıkartma amacı güdüyorsa izin verilmemelidir.

101. Gazetecilerin kaynaklarının hukuken korunmasının henüz yasallaşmamış olduğu ülkelerde, Mahkemeler bunu Avrupa hukukunun bir boyutu olarak, örneğin AİHM'in *Goodwin* davasındaki kararı uyarınca ve hukukun uluslararası alanda kabul gören ilkelerinden biri olarak uygulamalıdır. Ulusal mahkemeler ifade özgürlüğünün muhafızları olarak davranmalıdır. Bu özgürlük, gazetecilerin kaynaklarının, gazetecilerin sanık ya da tanık olarak yer aldığı davalar dahil olmak üzere, her durumda korunmasını kapsar. Bu koruma sağlanırken ulusal mahkemelere sadece orantısallık ilkesi ve basının demokratik sistemdeki rolü yol göstermelidir.

**Avrupa Konseyi
İnsan Hakları Genel Müdürlüğü
F-67075 Strasbourg Cedex**

<http://www.humanrights.coe.int>

Bu insan hakları el kitapları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bazı maddelerinin Strazburg'da bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ne şekilde uygulandığı ve yorumlandığına ilişkin pratik birer kılavuz oluşturmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu kitapçıklar özellikle hâkimler ve hukukçulara yönelik olarak hazırlanmış olmakla beraber, ilgilenen herkes tarafından kullanılabilir.