T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARININ YASAKLANMASI VE CEZALANDIRILMASI

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Sultan ÇAMAK

KOCAELİ 2016

T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARININ YASAKLANMASI VE CEZALANDIRILMASI

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Sultan ÇAMAK

Prof. Dr. N. İlker ÇOLAK

KOCAELİ 2016

T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARININ YASAKLANMASI VE CEZALANDIRILMASI

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Tezi Hazırlayan: Sultan ÇAMAK

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 15.06.2016 tarih ve 12 sayılı kara

Jüri Başkanı: Prof. Dr. N. İlker ÇOLAK

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ

Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Barış BAHÇECİ

KOCAELİ 2016

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER 0

ÖZET 5

ABSTRACT 6

KISALTMALAR 7

GİRİŞ 9

BİRİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GENEL ÇERÇEVESİ

1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TARİHSEL GELİŞİMİNE GENEL BAKIŞ 13

2.İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TANIMI, KAPSAMI VE UNSURLARI 16

2.1.Tanım 16

2.1.1.“Düşünce” ve “İfade” Kavramları 16

2.1.2.Düşünce Özgürlüğü ile İfade Özgürlüğü İlişkisi 17

2.2.İfade Özgürlüğünün Kapsamı 19

2.3.İfade Özgürlüğünün Unsurları 21

2.3.1.Enformasyon Hakkı 21

2.3.2.Kanaat Özgürlüğü 22

2.3.3. Açıklama Özgürlüğü 23

3. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI SORUNU 24

3.1. 1982 Anayasası’nın Sınırlandırma Rejimi 26

3.1.1. 1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Özgürlükler Hakkındaki Yaklaşımı 26

3.1.2. 1982 Anayasası'na Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması 28

3.1.3. Anayasada Yer Alan Güvence Ölçütleri 34

3.1.4. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması 38

3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Sınırlamaya Bakışı 42

3.2.1.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü 42

3.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması 44

3.2.3. AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırlanması 45

3.2.3.1. Kanunla sınırlama 46

3.2.3.2. Demokratik toplumda zorunluluk 47

3.2.3.3. Meşru Amaç 49

3.2.3.3.1. Ulusal Güvenlik, Toprak Bütünlüğü ve Kamu Emniyetinin Korunması 49

3.2.3.3.3.Genel Sağlık ve Genel Ahlakın Korunması 52

3.2.3.3.4. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması..... 53

3.2.3.3.5. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi veya Yargı Gücünün Otorite ve Tarafsızlığının Korunması 55

İKİNCİ BÖLÜM

1982 ANAYASA'SI VE AİHS ÇERÇEVESİNDE KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1. KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ 58

1.1. Kötüye Kullanma Yasağı Kavramının Ortaya Çıkışı ve Militan Demokrasi. 58

1.2. Kötüye Kullanma Yasağının 1982 Anayasası'ndaki Yeri 62

1.2.1. 1982 Anayasası'nın 14. Maddesinde Koruma Altına Alınan Değerler..... 67

1.2.1.1. Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü 67

1.2.1.2. İnsan Haklarına Dayanan Devlet..... 68

1.2.1.3. Demokratik Cumhuriyet 69

1.2.1.4. Laik Cumhuriyet 70

1.2.2. Anayasada ifade Özgürlüğüne Yönelik Kötüye Kullanma Yasağı 74

1.3. Kötüye Kullanma Yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Yeri . 76

1.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Düzenleme 76

1.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. Maddesine İlişkin Geliştirilen İçtihat 79

1.3.3. Sözleşme Organları'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. Maddesini Yorumlamasındaki Gelişim 84

1.3.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Kötüye Kullanma Yasağının İfade Özgürlüğüne Yansıması 85

2. TÜRKYE'DE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAKLAMALARIN YASAL BOYUTU 86

2.1. Siyasi Partiler Kanunu'nda Siyasi İfade Hürriyetini Kısıtlayıcı Hükümlere Genel Bir Bakış 86

2.2. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da İfade Özgürlüğünü Kısıtlayıcı Hükümlere Genel Bir Bakış 90

2.3. Basın Kanunu'nda İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Hükümlere Genel Bir Bakış 94

2.3.1 Basın Kanunu'na Dayanan Yayın Yasakları 96

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARININ CEZALANDIRILMASI VE TÜRK CEZA KANUNU'NUN 301. MADDESİNİN UYGULAMASI

1. "AÇIK VE MEVCUT TEHLİKE" ÖLÇÜTÜ 98

2. HUKUK DÜZENİMİZDE DÜŞÜNCENİN AÇIKLANMASININ CEZALANDIRILMASI 102

3. TÜRK MİLLETİNİ, TÜRKİYE CUMHURİYETİNİ, DEVLETİN KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA SUÇU (TCK md.301) 108

3.1. Genel Bilgiler 108

3.2. Suçun Türk Hukukundaki Tarihi Gelişimi 108
3.2.1. Maddenin 1926 Sayılı Kanunda Yer Alan İlk Hali 109
3.2.2. 11.6.1936 Tarihli 3038 Sayılı Yasa ile Maddede Yapılan Değişiklikler .. 109
3.2.3. 29.06.1938 Tarihli 3531 Sayılı Yasa ile Maddede Yapılan Değişiklikler 110
3.2.4. 20.09.1946 Tarihli 4956 Sayılı Yasayla Maddede Yapılan Değişiklikler 110
3.2.5. 05.01.1961 tarihli 235 Sayılı Yasa ile Maddede Yapılan Değişiklikler.... 111
3.2.6. 6.2.2002 Tarihli 4744 Sayılı Yasa ile Maddede Yapılan Değişiklikler 111
3.2.7. 30.7.2003 Tarihli 4963 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler 112
3.3. Suçla Korunan Hukuki Değer 112
3.4. Suçun Unsurları 113
3.4.1. Maddi Unsurlar 113
3.4.1.1. Fiil 113
3.4.1.1.1. Aşağılama 114
3.4.1.1.2. Aleniyet 115
3.4.1.2. Fail 116
3.4.1.2.1. Suçun Cumhurbaşkanınca veya TBMM Üyelerince İşlenmesi 116
3.4.1.3. Mağdur 119
3.4.1.4. Konu 119
3.4.1.4.2. Türkiye Cumhuriyeti Devleti 122
3.4.1.4.3. Türkiye Büyük Millet Meclisi 122
3.4.1.4.4. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti 123
3.4.1.4.5. Devletin Yargı Organları 123
3.4.1.4.6. Devletin Askeri ve Emniyet Teşkilatı 123
3.4.2. Manevi Unsur 124

3.4.3. Hukuka Aykırılık Unsuru 129

3.4.3.1. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı Hakkı ve TCK 301. Madde 129

3.4.3.2. Eleştiri Hakkı, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Kanununun 301. Maddesi 130

3.4.3.3. Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi ile İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarına Genel Bakış 133

3.5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri 137

3.5.1. Teşebbüs 137

3.5.2. İştirak 139

3.5.3. İçtima 139

3.5.3.1. Zincirleme Suç 140

3.5.3.2. Fikri İçtima 141

3.6. Soruşturma Usulü ve Yaptırım 142

SONUÇ 145

ÖZGEÇMİŞ 157

ÖZET

İnsanoğlu var olduğundan beri birbiriyle iletişim içinde olmuştur. Bireyler her zaman kendini anlatabilmek için büyük çaba harcamıştır. Bunun sonucu olarak da ifade özgürlüğü tarihin her döneminde en çok tartışılan konular arasında yer almıştır. Bireyin görüşlerini serbestçe açıklaması sağlıklı bir toplumun temelini oluşturur. Bireyler ifade özgürlüğünü kullanarak siyasi iktidarı sorgulamaya başladığından baskıcı diktatörlüklerde bu özgürlük ortadan kaldırılmaktadır. İfade özgürlüğü bireysel anlamda kişinin toplum hayatında aktif olması bakımından önemli olduğu kadar toplumsal sorunlara çözüm üretilmesi konusunda da önemlidir.

1982 Anayasasında ifade özgürlüğü ve özgürlüğe getirilen sınırlamanın uyacağı kriterler AİHS ile paralel olacak şekilde belirlenmiştir. Bu hükümler dışında hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan düzenleme de ifade özgürlüğünü doğrudan etkiler. Ayrıca doğrudan ifade özgürlüğüne yönelik olmasa da ifade özgürlüğünün kullanım şeklini oluşturan siyasi ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, internet özgürlüğü gibi özgürlüklere getirilen yasaklamalar da doğrudan ifade özgürlüğünü ortadan kaldırıcı etki gösterecektir. Türk Ceza Kanununda da yer alan bazı hükümler eleştiri ile hakaret, aşağılama hor görme arasındaki çizginin belirlenmesi için önemlidir. Devletin kurum ve organlarının aşağılanmasını yaptırıma bağlayan TCK 301. maddesi ifade özgürlüğü ile devletin saygınlığının korunması arasında denge kurmaya çalışan bir hüküm olarak bu konuyla ilgili güzel bir örnektir.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, **S**ınırlama Rejimi, Kötüye Kullanma Yasağı, Düşünce Açıklamasının Cezalandırılması,

ABSTRACT

Ever since mankind has been in contact with each other. Individuals have always made a great effort to explain himself. As a result that freedom of expression has been among the most debated issues in every period oh history. The views freely description of the individual is the foundation of a healthy society. The freedom of expression of individuals is removed in repressive dictatorship. Because individuals begin to question power with this freedom. Thus it is revealed the shortcomings of the regime. That freedom of expression is also important in determining social issues as important for the person to realize himself in personal sense.

1982 Freedom of expression in the Constitution and would abide by the restrictions imposed on freedom are determined to be in line with the Convention. These provisions directly affect the rights and freedom of expression outside the regulations that prohibit the abuse of freedom. It also forms the shape of the political freedom of expression, freedom of expression but not for direct use of the freedom of expression, freedom of the press, brought to freedom as the freedom of the internet ban will show the direct effect of eliminating freedom of expression. insulting criticism by some provisions in the Turkish Penal Code, it is important to determine the line between contempt contempt. Connecting the humiliation of state organs and institutions sanctioned by Article 301 of the Penal Code for the protection of freedom of expression provisions of the state's reputation as a good example of trying to establish a balance on this issue.

Key Words: Freedom of Expression, Limitation Regime, Prohobition of Abuse, Punishment for Expressions.

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

AD: Adalet Dergisi

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AÜSBF: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

AY: Anayasa

AYM: Anayasa Mahkemesi

C: Cilt

CHD: Ceza Hukuku Dergisi

DEÜHF: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Çev.: Çeviren

Haz.: Hazırlayan

IP: Internet Protocol

İB: İstanbul Barosu

İHEB: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İRA: Irish Republican Army

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

md: Madde

ÖZDEP: Özgürlük ve Demokrasi Partisi

prg: Paragraf

RG: Resmi Gazete

s: Sayfa

S: Sayı

SPK: Siyasi Partiler Kanunu

T.C.: Türkiye Cumhuriyeti

TAAD: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TBKP: Türkiye Birleşik Komünist Partisi

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK: Türk Ceza Kanunu

TİB: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı

TODAİE: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü

ty: Tarih yok

URL: Uniform Resource Locator

vd: Ve devamı

YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

İnsan haklarının, devletin meşruiyetinin temeli ve siyasal yapılanma üzerinde hukuki güç kullanma yetkisinin kaynağı olduğu söylenir (Çoban, 1998: 187). Zaman içerisinde siyasi yapılanmaların merkezinin devlet olduğu düşüncesinden uzaklaşılmış, toplumu merkez kabul eden siyasal sistemlerde devlet iktidarının sınırlanması için insan hakları bir araç olarak görülmüş, böylece insan haklarının esas alındığı yeni bir dönem başlamıştır (Çeçen, 2015: s.314). Her türlü ideolojiye ve değişik ideolojileri savunan insanlara karşı eşit yaklaşan demokratik ve laik bir devlet modelinin oluşması bakımından hayati değer taşıyan hakların başında ifade özgürlüğü gelmektedir (Sunay, 2001: s.1). Çünkü tarafsız bir devlet yapısının oluşturulması devletin alanının sınırlandırılması ve özgürlüklere, başta da ifade özgürlüğüne, tanınan alanın genişletilmesine bağlıdır (Sunay, 2001: s.2).

Devletin hak ve özgürlükleri geniş tutarak kendi iktidarını sınırlaması, bireylerin herhangi bir tehdit korku veya baskı altında olmaksızın iktidarı eleştirebilmesi, devletin tarafsızlığının hayata geçirilmesi demokratik çoğulcu bir devlet ve toplum yapısının oluşturulmasına ve ifade özgürlüğünün geniş olarak yaşanmasına zemin hazırlayacaktır (Sunay, 2001: s.2). Bu yüzden de çoğulcu, demokratik, tarafsız bir devletin oluşmasında ifade özgürlüğünün özel bir yeri olduğu görülmektedir**.** Kamusal alanda karşıt görüşlerin rahatça savunulması ve sorgulayıcı yaklaşımda bulunma serbestliğinin gerçekleştirilmesi ifade özgürlüğünün temel fonksiyonudur (Sunay, 2001: s.2). Bu bağlamda ifade özgürlüğü kamu otoritelerinin baskıcı ve kısıtlayıcı tavırlarına karşı bireylerin korunması açısından en önemli hukuki güvencelerden biridir (Çeçen, 2015: 316).

Doktrindeki bir görüşe göre ifade özgürlüğü diğer haklarla iç içe geçmiş bir "kavşak" özgürlük niteliğinde olduğundan bu hak toplumda iyi seviyede gerçekleşirse diğer haklar da bir düzeyde gerçekleşmiş olacaktır veya tam tersi şekilde diğer hak ve özgürlükler iyi seviyede gerçekleştirildiğinde ifade

özgürlüğü de sağlanmış olacaktır (Yayla, 2008: s.159). Yani ifade özgürlüğünün önemi onun diğer haklarla yakından ilişkili olması ve birçok hakkın gerçekleşmesinin temel şartını oluşturmasıdır (Duran, 2006: s.58). İnsan haklarının korunduğu, demokratik, çoğulcu bir hukuk devletinde ifade özgürlüğü hem önkoşul hem de böyle bir yönetimin sonucudur demek mümkündür (Aktaran: Sunay, 2001: s.14).

Bu çalışmada ifade özgürlüğünün hem bireysel hem toplumsal anlamda önemini vurgulamak amacıyla öncelikle özgürlüğün teorik boyutu üzerinde durulmuştur. İfade özgürlüğünün tarihsel temeli değerlendirildikten sonra 1982 Anayasası'nda ve AİHS'de özgürlüğün nasıl düzenlendiği incelenmiştir. İfade özgürlüğünün Anayasamızdaki konumu hakkında bilgi verilirken konu bütünlüğü gereği Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere yaklaşımından bahsedilmiştir. Daha sonra ifade özgürlüğünün AİHS içindeki yerine göz atılmıştır. 1982 Anayasası ve AİHS ifade özgürlüğünü düzenlerken özgürlüğe getirilen sınırlamanın hangi hallerde meşru sayılabileceğini de belirlemiştir. Belirlenen sınırlama ölçütlerinin anlamlandırılmasında mahkeme kararları önem taşıdığından konuyla ilgili AİHM kararları da ele alınmıştır.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, savaşın getirisi olarak, bazı düşünce ve ideolojiler demokratik toplumlarda tehdit olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu süreçte özellikle ifade özgürlüğünü kullanarak tehlikeli sayılan ideolojileri yaymaya yönelik hareketleri engellemek için temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümler özgürlüklerle ilgili metinlerde ve anayasalarda yer almaya başlamıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması kavramı ve bu kavramın ifade özgürlüğüne yansımaları üzerinde durulurken, 1982 Anayasası ve AİHS'de yer alan düzenlemeler incelenmiştir. AİHM'in kötüye kullanma yasağını nasıl yorumladığını görmek adına, Mahkeme'nin kararlarında bu kavramın nasıl kullanıldığı da incelenmiştir. Ayrıca hukuk düzenimizde ifade özgürlüğünün uzantısı olan basın özgürlüğü, siyasi ifade özgürlüğü ve internet özgürlüğü konusunda kötüye kullanma yasağının kendini gösterdiği yasal düzenlemeler de genel hatlarıyla incelenmiştir.

Çalışmanın son bölümünde düşünce açıklamalarının cezalandırılması konusu üzerinde durulmuştur. Düşünce açıklamasının cezalandırılmasında Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından ortaya atılan "açık ve mevcut tehlike" ölçütü önemlidir. Söz konusu ölçüt siyasi parti kapatma davalarında Anayasa Mahkemesi tarafından da uygulanmıştır. Türk Ceza Kanununda düşünce açıklamalarının cezalandırılması ile ilişkili birden çok düzenleme bulunmaktadır. Fakat çalışmada konuyu sınırlandırmak ve örneklendirmek adına bu hükümlerden biri olan TCK 301. madde incelenmiştir. Ceza hukuku sistematiği çerçevesinde suçun unsurları incelendikten sonra konunun ifade özgürlüğü ile ilgili boyutu ele alınmıştır. Yargıtay'ın Hrant Dink hakkındaki kararı ile AİHM'in Dink/Türkiye ve Akçam/Türkiye kararları ifade özgürlüğü ve TCK 301. madde ilişkisi içerisinde değerlendirilmiştir.

İfade özgürlüğü neredeyse tüm özgürlüklerle ilişkili olduğundan ve özgürlüğün kullanım alanı ile vasıtaları çok geniş olduğundan çalışmamız, özellikle yasal düzenlemeler yönünden, genel çerçeve çizmekle sınırlıdır.

Çalışmanın genelinde bahsedilen konular hakkında, sonuç bölümünde toplu bir değerlendirme yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GENEL ÇERÇEVESİ

1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TARİHSEL GELİŞİMİNE GENEL BAKIŞ

İnsanı diğer canlı türlerinden ayıran en önemli özelliği, içgüdüleriyle değil de, düşünerek hareket eden bir varlık olmasıdır. Aristoteles'e göre; insanları farklı kılan düşünebilmesi ve düşündüğünü ifade edebilmesidir. (Aktaran: Karagöz, 2004: s.4). Montesquieu'ya göre ise; insan dinamik, yaratıcı ve erdemli bir varlıktır; fakat bu özelliklerini ortaya çıkarabilmesi özgür bir ortamın sağlanmasına bağlıdır (Aktaran: Karagöz, 2004: s.1). Özgür düşünme ortamının sağlanması ile ifade özgürlüğünün bugünkü gelişimine ulaşması insan hakları tarihinin ürünüdür (Baloğlu, 2006: s.5). Yani ifade özgürlüğünün gelişimi insan haklarının gelişimi ile paralellik göstermiştir.

İfade özgürlüğünün gelişimi de diğer insan haklarının gelişimi gibi bireylerin gereksinimleri doğrultusunda belli bir sürecin kat edilmesi ile gerçekleşmiştir (Kaboğlu, 1998: s.27). İnsanlığın önceki dönemlerinde siyasal bir iktidar oluşturulmamışken insanlar toplu halde yaşarken sınırsız hak ve özgürlüklere sahipti. Bu durumda ortak ve düzenli bir otorite olmayışı cezalandırma hakkının tek tek her bireye tanınmasına ve toplumda bir kargaşa yaşanmasına yol açmıştır (Kapani, 2013: s.32). Topluluk halinde düzenli bir hayat kurma ihtiyacı sonucunda da uyuşmazlıkları çözme ve cezalandırma yetkisi devredilerek üstün bir otorite olarak devlet ortaya çıkmıştır. Fakat bireylerin güvenliğini sağlamakla yükümlü olan devlet, bireylerin devletten önce de sahip olduğu üstün haklara uymakla yükümlüdür (Kaboğlu, 2012: s. 230; Kapani, 2013: s. 33).

Rousseau; toplum sözleşmesi anlayışını daha ileri götürerek toplumdaki her bireyin teker teker tüm haklarıyla beraber kendini topluluğa devretmesi ile

ortaya üstün "genel irade[1]"nin çıkacağını ifade etmiştir (Kapani, 2013: s.32; Baloğlu, 2006: s.35).

Rönesans ve Reform hareketleri ile özgür düşünme ortamının oluşturulması yönünde gelişmeler yaşansa da asıl gelişme aristokrasi-burjuvazi çatışmasının ürünü olan 17. ve 18. yüzyıl devrimleri ile yaşanmıştır (Kaboğlu, 2012: s.233, 1998: s.28). Bu dönemde Fransız İhtilali ile bireyi ön plana çıkaran "ferdiyetçi doktrin" benimsenmiş, toplum sözleşmesi anlayışından uzaklaşılmıştır (Kaboğlu, 2012: s.230; Aliefendioğlu, ty: s.14; Akgül, 2012: s.4). Böylece insanın insan olmaktan kaynaklanan temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve yaratılış itibariyle özgür bir varlık olduğu kabul edilmiştir (Kapani, 2013: s.38). Yaşanan özgürlük mücadelesinin ürünü olarak kabul edilen 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin on birinci maddesinde bireylerin düşünce ve inançlarını değişik vasıtalarla serbestçe aktarabileceği, bunun en önemli haklardan biri olduğu belirtilmiş; fakat bu hakkın kötüye kullanılmasından bireyin sorumlu tutulacağı da düzenlemeye eklenmiştir[2].

Çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmış ülkelerde insan haklarına tanınan alan genişledikçe gelişmişlik düzeyi de yükselmektedir. II. Dünya Savaşı'nda yaşanan büyük yıkım ve kayıpların ardından insan haklarının uluslararası düzeyde korunması ihtiyaç haline gelmiştir. Bu yüzden de Birleşmiş Milletler Örgütü oluşturularak 1948 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kabul edilmiştir (Kaboğlu, 1998: s.117). Bu belgenin on dokuzuncu maddesinde ifade özgürlüğünün "*düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak"* hakkını kapsadığı belirtilerek özgürlüğün önemi ve unsurları vurgulanmıştır[3].

---

1 Genel iradenin ne olduğu konusunda Rousseau'nun eserinde açıklık olmasa da genel iradeden çoğunluğun iradesinin anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Aynı yönde bkz. Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.35.

2Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi çevirisi için bkz. http://www.dusuncetarihi.com/makale/insan-ve-yurttas-haklari-bildirisi-1789 (e.t: 05.09.2015)

3 İHEB çevirisi için bkz. http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyannamesi.pdf (e.t: 05.09.2015)

İnsan haklarının devlet ötesi alanda da korunmasının gereği arttıkça bu konuda yapılan çalışmalar önem kazanmıştır. Özellikle yargı güvencesini de kapsayan AİHS, bireysel başvuru imkanını da kabul etmesiyle birlikte uluslararası alanda temel hak ve özgürlüklerin korunmasında en büyük güvence sağlayan belge sayılabilir (Kaboğlu, 1998: s.125). Bu belgede de ifade özgürlüğü en çok önem verilen hak ve özgürlüklerin başında gelmiştir.

Yirmi birinci yüzyılda küreselleşmenin etkisiyle devlet merkezli yapılanmalar yerini toplum merkezli yapılanmalara bırakmış, devlet otoritesine karşı özgürlüklere ağırlık veren bir insan hakları dönemi başlamıştır (Çeçen, 2015: s.314). Bu dönemde insan olmanın getirdiği temel hak ve özgürlüklerin olduğu düşüncesinden geniş insan hakları düşüncesine geçilirken en çok tartışılan ve ön plana çıkan konu ifade özgürlüğü olmuştur (Çeçen, 2015: s.314).

İfade özgürlüğü tek başına taşıdığı önem dışında başka hak ve özgürlükleri doğrudan etkileyen bir niteliğe sahip olduğu için ayrıca önemlidir. Jellinek'in haklar bakımından yaptığı sınırlamasına göre haklar negatif statü, pozitif statü ve aktif statü hakları olarak üç gruba ayrılır(Kapani, 2013: s.6). Bu hakkın düşünce özgürlüğü boyutuyla devlete dokunmama yükümlülüğü yükleyen negatif statü hakları arasında yer aldığını görürüz (Kapani, 2013: s.6). Fakat ifade özgürlüğünün tam anlamıyla yaşama geçirilebilmesi için devletin sadece bu özgürlüğe dokunmaması yeterli midir? Bu özgürlüğün tam anlamıyla sağlanabilmesi için devletin özgürlüğü ihlal etmeme yanında özgürlüğün gerçekleşmesini sağlayıcı ortamı hazırlama, özgürlüğün önündeki engelleri kaldırma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Çünkü İfade özgürlüğü bireylerin sağlıklı ilişkiler kurması bakımından önemli olduğu kadar demokratik ve çoğulcu sistemlerde halkın kendi geleceğiyle ilgili konularda düşüncelerini açıklayabilmesi, toplumda yaşanan aksaklıkların eleştirilebilmesi ve toplumsal barışın sağlanması bakımından da önemlidir (Kamber, 2012: s.3; Bozkurt ve Dost, 2008: s.48).

2.İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TANIMI, KAPSAMI VE UNSURLARI

2.1.Tanım

İfade özgürlüğü insanlık kadar eski bir hak olmasının ve toplumsal yaşamın temelini oluşturmasının getirisi olarak her dönem güncel kalmıştır. Her dönemde ifade özgürlüğü konusunda önemli tartışmalar yaşanmıştır. Bunun göstergelerinden biri de kavram kullanımında yaşanan sorunlardır.

İfade özgürlüğünün kapsamı ve içeriğiyle ilgili tartışmalar nedeniyle net bir tanım yapılamadığı gibi kullanılan kavramlarda da bir birlik yoktur. Düşün özgürlüğü (Selçuk, 1998: s.293), Düşünsel özgürlük (Aliefendioğlu, ty: s.11 vd.), düşünce hürriyeti (Kaboğlu, 1993: s.45 vd; Teziç, 1990: s.31 vd.) ve düşünceyi açıklama hürriyeti (Can, 2001; s.89; Tanör, 1994: s.59) gibi kavramlar kullanılmaktadır. Biz bu çalışmada ifade özgürlüğü kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

Doktrinde bu konuda değişik kavramlar kullanıldığı gibi ifade özgürlüğü hakkında ortak bir tanım da bulunmamaktadır. En basit anlamıyla ifade özgürlüğü bireylerin özgür düşünme ortamında sahip olduğu kanaatlerini rahatça açıklayabilmesidir.

2.1.1.“Düşünce” ve “İfade” Kavramları

İfade özgürlüğünün daha geniş bir tanımını yapabilmek için öncelikle düşünce ve ifade kavramları incelenecektir.

Düşüncenin oluşabilmesi düşünme etkinliğinin gerçekleşmesine bağlıdır. Yani düşünme insanın bilme yeteneğinin getirisi olarak zihninde yaşadığı karmaşık etkinliği iken bu etkinliğin sonunda ortaya çıkan çok çeşitli ürünlere de düşünce denir (Kuçuradi, 1998, s.24). Düşünce, bireylerin yaşadığı çevrenin ve yaşadığı olayların etkisiyle zihninde oluşan sübjektif nitelikteki görüşlerdir (Can, 2001: s.92). Düşüncelerin içeriği nedeniyle açıklanmalarına sınırlamalar getirilmesi bireylerin nasıl düşünüp nasıl düşünmeyeceğini kurala bağlayan bir düzenleme olacağından doğrudan düşünce özgürlüğünün özüne dokunacaktır (Can, 2001: s.94-96). Bu da düşünce ile ifade arasındaki yakın ilişkinin

göstergesidir. İfade, sözlük anlamıyla anlatım dışa vurum anlamına gelir[4]. Daha geniş bir tanım yapmak gerekirse ifade bireylerin düşüncelerini resim, yazı, heykel, konuşma gibi sayısız araçla veya susmak suretiyle dışa vurmasıdır (Duran, 2006: s.59). Küfür, hakaret, kaba söz niteliğinde veya müstehcen nitelikte düşünce açıklamaları hukukun koruma alanında olmadığı gibi ifade olarak da kabul görmemektedir (Tanör, 1969: s.17,18; Sunay, 2001: s.10,11; Gökçen, 2001: s.240).

2.1.2.Düşünce Özgürlüğü ile İfade Özgürlüğü İlişkisi

Düşünce bireyin zihinsel faaliyetleri sonucunda bireyin iç dünyasında oluştuğundan düşünce özgürlüğünü bireyin iç dünyasıyla sınırlayan görüşler olduğu gibi düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğünü bir tutan görüşler de bulunmaktadır. Bir görüşe göre düşünce bireyin iç dünyasına ait olduğundan düşünce özgürlüğü sınırlanamayan bir özgürlüktür; fakat ifade özgürlüğü düşüncenin dış dünyaya aktarılması ile gerçekleştiği için hukukun alanına girer ve bu yüzden de belli şartlar altında sınırlanabilecektir (Sunay, 2001: s.6; Korkmaz, 2014: s.38). Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğünü ayırarak düşünceleri bireyin iç dünyasına sıkıştırmak, düşüncenin somutlaşmasını ve dış dünyada sonuç doğurmasını engelleyerek ifade özgürlüğünün içini boşaltacağından iki özgürlüğü birlikte ele almak şarttır (Gökçen, 2001: s.218).

Anayasa Mahkemesi bu konuda iki farklı karar vermiştir. Mahkeme 1961 Anayasası döneminde verdiği kararında kişinin iç aleminde kaldığı surece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girdiğini, düşünce ve kanaatlerin söz yazı, resim ve saire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasının toplumsal yaşamın sürekliliğini sağlamak için bir zorunluluk olduğunu söylemiştir[5].

4 http://www.tdk.gov.tr (e.t. 05.05.2015)
5 AYM, E.1963/16, K. 1963/83, K.t 8.4.1963, Resmi Gazete, tarih-sayı: 9.7.1963-11449.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği başka bir kararında ise düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğünü bir bütün olarak ele almış, düşüncenin özgürce oluşması kavramının ifade özgürlüğünün bir başka yönü olduğunu belirtmiştir[6].

Kuçuradi'ye göre; toplumda kabul görmese dahi herkes görüşlerini serbestçe açıklayabilir ve bu hakkın kanuni güvence altına alınması düşünce özgürlüğünü oluşturur (Kuçuradi, 1998: s.25).

Kaboğlu; düşünce özgürlüğünü insanın yaşamı boyunca bütün problemlerine karşı ürettiği cevapları seçme, oluşturma ve başkalarına iletme imkanı olarak tanımlar(Kaboğlu, ty: s.45).

Teziç ise; düşünce özgürlüğünü, insanın yaşamında karşısına çıkan sorunlara karşı bulduğu cevapları kendi kendine seçebilmesi ve toplumsal davranışlarını bu cevaplara göre belirleyebilmesi olarak açıklar (Teziç, 1990: s.33).

Düşünce özgürlüğü Aliefendioğlu tarafından en kısa biçimde; kişinin hem serbestçe düşünme yeteneğinin bulunması hem de düşünce ve kanılarını serbestçe dış dünyaya yansıtabilmesi olarak tanımlanmıştır (Aliefendioğlu, ty: s.12).

Düşünce özgürlüğü hakkında unsurlarını da kapsayacak en geniş tanım Bülent Tanör tarafından yapılmıştır ve şöyledir: "*İnsanların serbestçe fikirler edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerden ötürü kınanmama ve bunları bütün meşru yollardan yararlanarak dışa vurabilme imkan ve serbestliği"* (Tanör, 1994: s.59).

Düşünce özgürlüğü esas olarak bireyin serbestçe fikirler oluşturabilmesini içerdiği halde bu fikirlerin dış dünyada açıklanıp yayılmasını da kapsamaktadır. Aksi halde düşünce özgürlüğünü iç özgürlük olarak görüp düşünmenin sınırsızlığını kabul ederken, açıklama özgürlüğünü sınırlandırmak düşünce

6 AYM, E. 1989/9, K. 1990/8, K.t. 18.5.1990, Resmi Gazete, Tarih-Sayı: 26.07.1990-20586.

özgürlüğünün özünü yok etmek olacaktır (Erdem, 1998: s.8; Gökçen, 2001: s.218; Tanör, 1979: s.83).

2.2.İfade Özgürlüğünün Kapsamı

İfade özgürlüğünün hem oluşum süreci hem de kapsamı göz önüne alındığında birçok hakkı bünyesinde barındıran bir hak olduğu görülmektedir. Bu karma yapısının da bir gereği olarak ifade özgürlüğünün her yönüyle kullanılabilmesi için devletin bu hakka müdahalede bulunmama yükümlülüğü olduğu gibi bireylerin serbestçe görüşlerini açıklayıp yayabilmesi için uygun ortamı sağlama yükümlülüğü de bulunmaktadır (Sunay, 2001: s.9; Çeçen, 2015: s.316,317).

İnsanın düşünme ve düşündüğünü ifade edebilme kabiliyeti her zaman için en önemli özelliği olmuştur. Çünkü demokratik bir toplum düzeninin kurulması ve devam ettirilebilmesi için bireylerin düşüncelerini açıkça ifade edebilmesi ve eleştirel bakış açısıyla yaklaşabilmesi çok önemlidir. Böyle bir ortamda karşıt görüşlere hoşgörü ile yaklaşılır ve bu görüşler de dikkate alınarak kamusal sorunlar için kalıcı çözümler üretilmeye çalışılır (Sunay, 2001: s.12; Erdoğan, 2001: s.9). Toplumda farklı seslere yer verilmesi bireylerin aktif olarak yönetime katılabilmesinin önünü açacaktır (Sunay, 2001: s.14)

Çağdaş toplumlarda en temel hak ve özgürlüklerin başında gelen ifade özgürlüğü toplumun bilgilendirilmesi aşamasında kamusal bir nitelik taşırken, kişilerin kendini rahatça ifade edebilmesi ve sağlıklı ilişkiler kurabilmesi aşamasında ise bireysel bir niteliğe sahiptir (Korkmaz, 2014: s.62; Can, 2001: s.91). Bireysel boyutta bakıldığında toplumda rahatça düşüncelerin açıklandığı özgür bir ortamın oluşturulması bireylerin kişisel gelişimini destekleyerek kendini gerçekleştirmesini sağlayacaktır (Erdoğan, 2001: s.10).

Dar anlamda ifade özgürlüğü düşünce özgürlüğü ile aynı anlamda kabul görmektedir (Çeçen, 2015: s.315; Tanör, 1979: s.83). Geniş anlamda ise ifade özgürlüğü sözlü ve yazılı ifadelerin yanında bilimsel, sanatsal ve siyasi ifadelerde

bulunma, dernek ve toplantılara katılma girişimlerini de kapsamaktadır (Çeçen, 2015: s.316; Korkmaz, 2014: s.61)

Sadece toplumda normal karşılanan, alışılagelmiş, zararsız görülen düşüncelerin değil; devlet ve toplum düzenine farklı gelen, olumsuz kabul edilen, rahatsız edici hatta şok edici düşüncelerin açıklanması da ifade özgürlüğü koruması altındadır[7].

İfade özgürlüğünün sağlanması bakımından ifadenin içeriği gibi vasıtasının da toplumda serbest tartışma ortamı oluşmasına olanak verecek şekilde geniş olması gereklidir (Sunay, 2001: s.42). Bu yüzden de hem sözleşmeye göre hem de anayasaya göre ifade özgürlüğü kapsamında ifadenin hangi vasıtayla açıklandığı önem taşımaz. Önemli olan toplum tarafından yadırganacak nitelikte olan, hoş karşılanmayan veya şok etkisi yaratacak görüşlerin bile demokratik toplumun ve çoğulculuğun gereği olarak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesidir (Sunay, 2001: s.33). Devletin kendi ideolojisi dışında olan ve iktidarı eleştirel nitelikteki görüşlere karşı tarafsız yaklaşması gerektiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da vurgulanır[8].

İfade özgürlüğünün en önemli özelliği toplumda farklı seslere yer verilmesiyle kamuoyu oluşturmak, toplumsal düzeni doğrularıyla yanlışlarıyla sorgulamak ve siyasal sistemdeki aksaklıkları rahatça eleştirmek suretiyle çözümlemeye çalışmak için temel basamak olmasıdır. Toplumsal yaşamın getirdiği sorunlara karşı bireyler toplantı ve mitingler düzenleyerek tepkisini çok geniş kitlelere duyurabilir. Aynı şekilde yine kamuoyu oluşturabilmek için ve ülkenin bir yerindeki en ufak gelişmeyi dahi büyük kitlelere ulaştırmak için radyo, televizyon, gazete ve kitap gibi yazılı ve görsel basın araçları kullanılmaktadır. Günümüzde teknolojideki gelişmelerin sonucunda internet yoluyla da düşünce ve kanaatler ülkenin, hatta dünyanın dört bir yanına

---

7Handyside/İngiltere, 5493/73, 7.12.1976, prg.49. Kararın çevirisi için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25.

8 Lingens/Avusturya, 9815/82, 8.7.1986, par. 42-46; Sosyalist Parti/Türkiye, 21237/93, 25.5.1998, par.41.

ulaştırılmaktadır. Bütün bu yolları çoğaltmak mümkündür ve hepsi de ifade özgürlüğünün içerisinde değerlendirilmektedir. Resim sergilerinin düzenlenmesi, tiyatroların gösterimi, siyasi partiler, dernekler ve sivil toplum örgütlenmeleri de bu kapsamdadır. Böylece hem kişilerin kendini ifade etmesi sağlanır hem de görüşlerin açıklanıp yayılması hatta görüşlerin başkalarına benimsetilmesi amacıyla propagandasının yapılması sağlanır ve hepsi de bu özgürlük dâhilindedir (Duran, 2006: s.62). Böylece toplumsal barışın devamlılığı sağlanabilecektir. Aksi halde baskı ve sansür uygulamaları toplumda huzursuzluklara yol açacak, iktidarın demokrasi ve çoğulculuk ekseninden uzaklaşarak despotizme yaklaşması sonucunu doğuracaktır.

2.3.İfade Özgürlüğünün Unsurları

İfade özgürlüğü insanların serbestçe bilgi ve haberlere ulaşabilmesini, ulaştığı bilgi ve haberler sonucu özgürce kanaat sahibi olabilmesi ile bu düşünce ve kanaatlerini özgürce açıklayabilmesini içerir (Tanör, 1969: s.14). İfade özgürlüğü düşüncenin oluşmasından açıklanmasına uzanan bütün bir süreci kapsamaktadır (Sunay, 2001: s.8). İçeriğinde birden çok unsuru barındıran ifade özgürlüğünü incelerken tek tek bu unsurları tahlil etmek daha faydalı olacaktır.

2.3.1.Enformasyon Hakkı

Düşünce sahibi olabilmek için öncelikle haber ve bilgi kaynaklarına serbestçe ulaşabilmek gerekir (Çeçen, 2015: s.317; Erdem, 1998: s.8; Bozkurt ve Dost, 2008: s.57) . Çünkü haber ve bilgiler düşüncenin hammaddesidir (Kaboğlu, 1993: s.46; Sunay, 2001: s.49; Bozkurt ve Dost, 2008: s.56). Kişilerin bir konudaki bilgi ve haberlere ulaşabilmesi enformasyon hakkı veya bilgi edinme özgürlüğü olarak adlandırılmaktadır. İfade özgürlüğünün önkoşulu olan bu hak bireylerin bilme ve öğrenme ihtiyacını karşılar (Sunay, 2001: s.49; Kayaçağlayan, 2007; s.107). Fakat bu hak herkesi ilgilendiren konularda genel kaynaklara ulaşabilme imkanını kapsarken kişisel nitelikteki bilgilerle ilişkili haber ve bilgi

kaynaklarına ulaşabilme imkanını kapsamaz[9]. Kişilerin bilgileri dahilinde olmaksızın kişisel verilerinin toplanması, saklanması hatta bu veriler üzerinde oynama yapılması gibi sakıncalar söz konusu olduğundan kişisel verilerin korunması hakkında yasal düzenleme yapılması önem taşır. Burada önemli olan nokta kişisel verilerin korunması ile bilgi edinme hakkı arasında dengeyi sağlayabilmektir. Aksi halde ifade özgürlüğünün önü kapanacaktır.

Enformasyon hakkı hem devletin elinde bulunan ve bireylerle ilgili olan bilgi ve belgelere ulaşma hakkını kapsar hem de yine devletin elinde bulunan ve devletin işleyişiyle ilgili bulunan bilgi ve haberlere ulaşabilme hakkını içerir (Güven, 2012: s.139). İdarenin işleyişiyle ilgili bilgi ve belgelere ulaşabilme hakkı idarede açıklık ilkesinin gereğidir ve yönetimde şeffaflığı sağlamaktadır (Güven, 2012: s.152). Böylece bireylerin karar alma mekanizmalarına etkin bir biçimde katılımı sağlandığı gibi hak arama özgürlüğü de hayata geçirilmiş olur (Güven, 2012: s.152).

2010 yılında 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklikle bilgi edinme hakkı anayasal güvenceye alınmıştır[10]. Bu hakla ilgili gerekli yasal düzenlemeler de yapılmıştır[11]. Artık önemli olan anayasa ve kanunda yapılan düzenlemelerin özgürlük lehine geniş yorumlanması ile hem sağlıklı düşünme ortamının oluşturulması hem de idarenin sınırlayıcı tavrının yumuşaması ve demokratik devlet olma yolunda bireylerin yönetimde daha aktif rol almasının sağlanmasıdır. Bunun için de kitap, dergi, radyo, televizyon ve internet gibi iletişim araçlarının etkin bir şekilde kullanımı ile toplumda etkin bilgi akışının sağlanması gereklidir.

2.3.2.Kanaat Özgürlüğü

Kanaat özgürlüğü serbest düşünme ortamında ulaşılan haber ve bilgilerin sonucunda bireyin oluşturduğu düşünce ve kanaatlerinden ötürü kınanamamasını içerir (Erdem, 1998: s.8) . Kişiler elindeki verilerle istediği sonuca ulaşmakta,

---

9Leander/İsveç, 9248/81, 26.3.1987, prg. 74. Kararın çevirisi için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=126.
10 Madde 74/4: "Herkes bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir"
11 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu 09.10.2003 tarihinde kabul edilmiştir.

istediği tercihleri yapmakta özgürdür ve bunlar hakkında herhangi bir kaygı duymaması, açıklama yapmaya zorlanamaması kanaat özgürlüğünün gereğidir (Sunay, 2001: s.57; Kaboğlu, 1993: s.46; Teziç, 1990: s.33; Kayaçağlayan, 2007: s.108). 1982 Anayasası'nda da bu özgürlük herhangi bir sınırlama olmaksızın güvence altına alınmıştır (AY md. 25/2).

Kanaat özgürlüğünün din alanındaki yansıması din ve vicdan özgürlüğüdür. Bireyler dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bu inanç ve kanaatleri sebebiyle kınanamazlar. Kamu makamları önünde dini inanç ve kanaatlerin açıklanmasının hak ihlali olup olmadığı konusunda tartışmalar olsa da bireyin inanç ve kanaatlerini bu makamlar önünde açıklamasının devletin tarafsızlığını şüpheye düşüreceği göz ardı edilmemelidir (Selçuk, 1998: s.238; Kayaçağlayan, 2007: s.108; Sunay, 2001: s.58). Çünkü bireyin inanç ve kanaatleri öğrenildiğinde, bunlar sebebiyle farklı muamelelerle karşılaşması gibi bir tehlike bulunmaktadır (Sunay, 2001: s.58).

Kamu görevinin getirdiği sadakat yükümünün gereği olarak memurların kanaat özgürlüğünün bu ödevle sınırlı olduğu ve kamu makamlarının bu konuda değerlendirme yapma yetkisi olduğu söylense de eşitlik ilkesi gereğince kamu görevlileri de herkes gibi kanaat özgürlüğüne sahiptir (Kaboğlu, 1993: s.46; Sunay, 2001: s.62).

2.3.3. Açıklama Özgürlüğü

İfade özgürlüğünün diğer unsuru bireyin edindiği bilgilerden vardığı kanaatlerini serbestçe dış dünyaya aktarabilmesidir. Açıklama özgürlüğü tanınmadıkça düşünce ve kanaat özgürlüğünün bir anlamı olmayacaktır (Erdem, 1998: s. 9; Sunay, 2001: s.63).

Düşüncenin açıklanmasında kullanılan vasıta önem taşımaz. Söz, yazı, resim vb. çok sayıda araçla düşünce ve kanaatlerin açıklanması mümkündür. Açıklanan düşünce ve kanaatlerin toplumda aykırı görülen, kabul edilmeyen, rahatsız edici ve olumsuz nitelik taşıması da önemli değildir.

Bilgi verme ve bilgiyi yayma sınırlarını aşarak görüşleri başkalarına benimsetme ve görüşlere taraftar kazanma amacıyla yapılan düşünce ve kanaat açıklamaları da şiddet içermedikçe korunacaktır (Sunay, 2001: s.64).

3. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI SORUNU

Özgürlüklerin kullanılmasında esas olan bireyin iradesince hareket edip etmemek konusunda serbestliğe sahip olması ve bu serbestliğin getirisi olarak hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu tutulmasıdır (Kaboğlu,1998: s.54). İfade özgürlüğü söz konusu olduğunda düşüncelerin doğru veya yanlış olarak ayırt edilmesi çok kolay değildir. Çünkü böyle bir ayrım bireyin algılamasına dayalı sübjektif bir ayrım olacaktır. Karşıt fikirlerin yasaklanması muhakeme etme yeteneğini ortadan kaldırarak hatalı düşüncelerin benimsenmesi riskini doğuracağından ancak karşıt düşüncelerin de ifade edilebilmesi ile sağlıklı bir değerlendirme yapılabilir (Örselli, 2009: s.227). Yani ifade özgürlüğü toplumsal yaşamın kaynağında yer alan bir özgürlük olduğu için düşünce ve kanaatleri içeriğe dayalı kategorilere ayırmak ve düşünceleri doğrudan yasaklamak yerine düşünce ve kanaatlerin ifade edilmesi imkanı sağlanarak bunların doğru veya yanlış olduğu, zararlı veya zararsız olduğu sonucuna varılmalıdır.

Varlığını zora ve baskıya bağlayan otoriter düzenlerde ifade özgürlüğünün tanınması, rejimin sorgulanması ve sarsılmasına sebep olacağından bu tür rejimlerde neredeyse her konuda özellikle de rejime yönelik olan eleştiriler kısıtlanmıştır (Barry, 2003: s.17). Fakat demokratik düzenin hakim olduğu toplumlarda ifade özgürlüğünün sınırlanması konusu biraz tartışmalıdır. Basite indirgemek gerekirse genel olarak barışçıl ifade açıklamalarının korunması gerektiği kabul edilirken şiddete teşvik eden, saldırgan, nefret içerikli ifadeler ile kişisel hakları ihlal etmeye yönelik ifade açıklamalarının yasaklanması hatta cezai yaptırıma bağlanması konularında mutabık olunmuştur (Erdoğan, 2001: s.4). Yayla, ifade özgürlüğünde şiddete çağrının sınır olması bakımından yalnızca bireylerin birbirine yönelik şiddet ifadelerini değil, devlet aygıtının resmi makamların şiddetini de dahil etmektedir (Yayla, 2008: s.10).

Diğer hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olan ifade özgürlüğü, onların kullanılmasında bir köprü görevi gördüğü için de hak ve özgürlükler arasında ayrı bir yere sahiptir. Diğer hak ve özgürlüklerle arasında bulunan yakın ilişkinin bir sonucu olarak zaman zaman ifade özgürlüğü kullanılırken bu özgürlük ile diğer hak ve özgürlükler arasında çatışmalar yaşanabilmektedir. İfade özgürlüğünün hem toplumsal hem de bireysel niteliği olmasına rağmen toplumda farklı menfaatler arasında çatışmalar söz konusu olduğunda çatışan menfaatler arasında denge sağlanabilmesi için bu özgürlüğün de bazı hallerde sınırlanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir (Kayaçağlayan, 2007: s.11). İfade özgürlüğünün sınırsız olduğunu kabul etmenin hukuk dışı saldırılara fırsat vermek anlamına geleceği savunulmaktadır (Gökçen, 2001: s.238).

Özgürlüğü kural, sınırlamayı istisna kabul ederek hukuka uygun bir sınırlama getirilebilmesi için ifade özgürlüğünün sınırlanması bir zorunluluk olmalıdır ve çatışan menfaatlerin birlikte yaşama geçirilmesini sağlamalıdır (Kayaçağlayan, 2007; s.11). Sınırlama yetkisinin sahibi olan devlet bu yetkisini ancak anayasalarda ve insan haklarını koruyucu belgelerde belirtilen sınırlı sayıdaki meşru menfaatleri gerçekleştirebilmek için kullanmalıdır (Sunay, 2001: s. 74; Kayaçağlayan, 2007: s.11) . Getirilen sınırlama ancak bu özgürlüğün kötüye kullanımını engellemek ve diğer hak ve özgürlüklerin dengelenmesini sağlamak amacına hizmet etmelidir (Korkmaz, 2014: s.93; Erdem, 2008: s.24) . Bu yüzden de sınırlayıcı hükümler düzenlenirken hangi hallerde sınırlamanın meşru sayılacağının yanında hangi noktadan sonra daha fazla sınırlama yapılamayacağı da belirlenmelidir[12]. 1989 yılında Avustralya'da, 1990 yılında Fransa'da, 1992 yılında Avusturya'da ırkları aşağılamayı yasaklayan ve bu nitelikteki ifadeleri cezai müeyyideye bağlayan kanunların kabul edilmesi, Danimarka'da ırkı, dini, etnik kökeni veya cinsel yönelimi dolayısıyla bir kimseyi

12. Temel hak ve özgürlüklerin anayasa ve kanunlarda yer almasa dahi kendi yapısından kaynaklanan sınırları (objektif sınır) vardır. Bunun sonucu olarak da iftira, küfür, haysiyet kırıcı, müstehcen, nefret içeren, şiddet içeren düşünce açıklamaları ifade özgürlüğü kapsamında korunmayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nizamettin Aydın, **3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerindeki Etkisi**, Ekin, 2008, s. 53; Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Objektif Sınır Kavramı", **AUSBFD,** C. 57, S. 2, 2002, s. 17-40.

alenen aşağılamayı yasaklayan kanunların kabul edilmiştir (Erdoğan, 2001: s.4). Bu tür düzenlemeler şiddete, nefrete veya kişisel hak ve özgürlüklere yönelik ifade açıklamalarına getirilen sınırlamalardır. Böylece ifade özgürlüğü ile kişi hakları gibi bazı hak ve özgürlükler arası denge kurulması amaçlanmaktadır.

İfade özgürlüğünün sınırlanmasının meşru görüldüğü hallerde dahi bireylerin düşüncelerini açıklamasını engelleyici, bu özgürlüğün kullanılmasını tamamen ortadan kaldırıcı nitelikteki antidemokratik sınırlama yapılması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacaktır (Çeçen, 2015: s.323; Kayaçağlayan, 2007: s.11). Aksi halde demokratik olmayan bir anlayışla sınırlama yapılırsa farklı görüşlerin beraberliğine dayalı çoğulcu bir toplum düzeninden uzaklaşılarak bireylerin tek tipleştirildiği bir toplum düzeni oluşturulacaktır (Sunay, 2001: s.75). Tanör de ifade özgürlüğüne sınırlama getirilebileceğini kabul ederken bu sınırlamanın düşüncenin muhtevasına ilişkin olmaması gerektiğini, düşüncenin kendisinin sınırsız olduğunu vurgular (Tanör, 1969: s.2002).

İfade özgürlüğü hakkında sınırlayıcı hükümler düzenlenirken düşünce açıklamaları hakkında içeriklerini esas alan sınıflandırmalar oluşturmak, bu sınıflandırmalardan hareketle doğrudan bir kısım düşüncelere yasaklar getirmek ve böylelikle düşünceler için soyut bir yasaklı bölge oluşturmak bireyleri belirli kalıplar içerisinde düşünmeye zorlamak anlamına gelecektir. Devletin bir ideolojiyi benimseyerek bireyleri bu ideoloji doğrultusunda düşünmeye zorladığı sistemler ancak antidemokratik otoriter sistemlerdir. İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar düşünce ve kanaatlerin kendini kısıtlayıcı nitelikte olmamalıdır (Hafızoğulları, 2004: s.90; Tanör, 1969: s.2002,203).

3.1. 1982 Anayasası'nın Sınırlandırma Rejimi

3.1.1. 1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Özgürlükler Hakkındaki Yaklaşımı

Anayasaların izlediği temel amaçlardan biri siyasi iktidarın yapısını ve yetkilerini belirlemek, diğeri ise temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır (Kaboğlu, 1998: s.34; Aydın, 2008: s.47) . Anayasalarda yer aldığı sürece temel hak ve özgürlüklerin somut olarak yaşama geçirilmesinin ve siyasi iktidara karşı güvenceye alınmasının mümkün olacağı savunulmaktadır (Aydın,

2008: s.47). Anayasalarda yer alan birden çok hak ve özgürlüğün toplumda beraber kullanılması, bunların uzlaştırılması ve ister istemez sınırlanması sonucunu doğuracaktır (Kaboğlu, 1998: s.58).

1961 Anayasası döneminde özgürlük-otorite dengesinde özgürlüklere verilen ağırlık 1971 yılında yapılan değişikliklerle otorite lehine değiştirilmiştir ve 1982 Anayasası döneminde de bu dengede otoriteye ağırlık verilmiştir (Becerik, 2007: s.4; Baloğlu, 2006: s.105). 1982 Anayasasının hazırlık sürecinde yaşanan toplumsal olayların sebebi olarak özgürlüklerin gösterilmesinden sonra 1961 Anayasasına hakim olan, bireyin devlete karşı korunması amacı, yerini devletin bireye karşı korunması anlayışına bırakmıştır ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerde özgürlüğü kayıtlayıcı hükümlere ağırlık verilmiştir (Baloğlu, 2006, s.105). 1982 Anayasası yürütmeye ağırlık veren yapısı, temel hak ve özgürlükler için getirdiği sınırlama sebeplerinin çokluğu ve idarenin yargısal denetimini kısıtlayan hükümlerin varlığı ile hukuk devleti ve insan hakları bakımından geri adım olarak nitelendirilmiştir (Kaboğlu, 1998: s.39). Tanör'e göre 1982 Anayasası anayasa ile ilgisi bulunmayan bazı toplumsal sorunları da otorite lehine çözecek hükümler getirmiş, bir anlamda insan hakları ihlallerini hukuki temele oturtarak meşrulaştırmıştır (Tanör, 1994: s.213).

1982 Anayasası 1961 Anayasasının kullandığı "insan haklarına dayalı devlet" kavramı yerine "insan haklarına saygılı devlet" kavramını kullanmıştır (AY md. 2). Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda bu kavramın toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet kavramlarını kapsayarak 1961 Anayasasına göre Devletin ve toplumun menfaatlerine daha çok önem verdiğini belirtmiştir[13].

1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmında 1995 yılındaki değişikliğe kadar "kutsal Türk Devleti" ibaresi yer almaktaydı (AY Başlangıç Prg.1). Bu ibare devlet iktidarının her şeyin üzerinde tutulduğu, manevi olarak kutsal kabul edildiği ve halkın devlet için var olduğu anlayışını yansıtmaktadır. Bu anlayışa göre de devletin bireylerin temel hal ve özgürlüklerini korumak için kendi iktidarını sınırlaması olağan görülmemektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak da

13 E.1984/14, K.1985/7, k.t. 13.6.1985, **Resmi Gazete,** 24.08.1985, Sayı 18852.

devletin birey haklarına geniş müdahalede bulunması ve hak ve özgürlüklere çok dar bir alan bırakılması kaçınılmazdır (Sunay, 2001: s.26).

Devleti bireyden üstün tutan anlayışa göre bireyler devletin resmi ideolojisi dışına çıkamayacak, farklı düşüncelere sahip olsalar bile bunu açıklama hakkına sahip olamayacaktır. Avrupa Birliği Uyum Paketleri ile yapılan değişikliklerle her ne kadar AİHS sistemine paralel değişiklikler yapılmaya çalışılsa da anayasada temel hak ve özgürlüklere ilişkin kavramların evrensel anlamından ziyade devletin üstünlüğüne dayanan, devlet ideolojisini korumayı amaçlayan, hak ve özgürlükleri dar bir alana hapseden nitelikte anlaşıldığı kabul edilmelidir (Sunay, 2001: s.28).

3.1.2. 1982 Anayasası'na Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

1982 Anayasasının darbe dönemi anayasası olmasının bir sonucu olarak ilk şeklinde yürütmeyi güçlendiren, bunu yaparken de hak ve özgürlükleri dar bir alana sıkıştıran bir anlayışa sahip olduğunu söylemiştik.

Anayasada düşünce ve kanaat özgürlüğü ile ifade özgürlüğü 25. ve 26. maddelerde düzenlenmiştir. Anayasa düşünce özgürlüğünün sınırsız olduğunu kabul ederken ifade özgürlüğünün hangi koşullarda sınırlanabileceğini açıkça düzenlemiştir. İfade özgürlüğünün kullanım şekillerinden olan örgütlenme ve basın özgürlüğü gibi özgürlükler için de ilgili maddelerde sınırlama sebepleri öngörülmüştür. Fakat ifade özgürlüğü ve yansıması olan diğer özgürlüklerin alanı zaten meşru sayılan kısıtlama sebepleri ile daraltılırken anayasanın Başlangıç kısmında 5. paragrafta yer alan *"düşünce ve mülahazanın ... koruma görmeyeceği..."* hükmünün de ayrı bir kısıtlama getirdiğini söyleyebiliriz (AY Başlangıç 5. Prg.).

Başlangıçta yer alan düzenlemeye göre bazı düşüncelerin belirtilen diğer düşüncelerden daha üstün tutulması söz konusu olduğu gibi Başlangıçta yer alan düşüncelere aykırı ifade açıklamalarının sırf bu niteliğinden dolayı suç sayılması söz konusu olacaktır (Sunay, 2001: s.36). Böylece Anayasa ve Başlangıçta yer alan değerlere uygun olmayan düşünceler de açıklanmadıkları sürece düşünce

olarak kalacak ve düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilecektir (Can, 2001: s.106; 2002: s.4). Kaboğlu da Başlangıçta belirtilen ilkelerin Anayasanın 26. maddesinde yer alan sınırlama hükümlerini aşacak nitelikte olduğunu belirtmiştir (Kaboğlu, 1998: s.205). Buradan ifade özgürlüğünün alanının Anayasanın ilgili maddelerindeki sınırlamalara getirilen ek bir sınırlama ile daha da daraltıldığı anlaşılmaktadır. Başlangıç kısmındaki bu düzenleme 1995 yılındaki anayasa değişikliği ile "faaliyet" şeklini almıştır. Değişiklik teklifinin gerekçesinde de "düşünce ve mülahaza" ibaresinin doğrudan düşüncenin kendisini yasaklamaya yönelik olduğu belirtilmiş, bunun yerine "eylem" kavramının kullanılması önerilmiştir; fakat Anayasa Komisyonunda "faaliyet" şeklinde değiştirilmesi kabul edilmiştir (Aydın, 2008: s.99).

İfade özgürlüğü açısından bakıldığında düşünce açıklaması "faaliyet" niteliğinde olmadığı için Başlangıçta sayılan değerlere aykırı düşünce açıklamalarının hukuka aykırı olmayacağı savunulabilirse de bu düşünce, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmayacağından kabul görmeyecektir (Can, 2001: s.107). Ayrıca "faaliyet" kavramı "söz, yazı vb." araçlarla yapılan ifade açıklamalarını içerecek şekilde geniş yorumlanarak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğinde düşünce özgürlüğü genişletilirken ifade özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olacaktır (Can, 2001: s.109; 2002: s.6). İfade özgürlüğünün bu şekilde sınırlanması ifade edilen görüşün açıklanış biçiminin değil düşüncenin kendisinin yasaklandığını göstermektedir (Can, 2001: s. 107). Eroğul'a göre temel hak ve özgürlükler bakımından gerçekten ilerleyici bir adımın atılabilmesi için yalnızca bu küçük değişiklik yeterli değildir ve Başlangıç tamamen kaldırılmıyorsa dahi daha geniş değişikliklere ihtiyaç vardır (Eroğul, 2001: s.274).

İfade özgürlüğünün sınırlanması bakımından Başlangıç ele alınırken Anayasanın 14. maddesine de göz atmak gerekir. 1982 Anayasasının ilk şeklinde temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesinin veya anayasada belirtilen ölçütlerden daha fazla sınırlanmasının yasak olduğu düzenlendiği gibi temel hak ve özgürlüklerin devletin milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozacak şekilde kullanılamayacağı da düzenlenmiştir(AY eski md.14). 2001 yılında Anayasada

AİHS ile uyumlu nitelikte yapılan değişiklikle 14. madde amacına biraz daha yaklaşarak temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması konusunda devlete de sorumluluk getirmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımı konusu ayrıntılı inceleneceğinden burada ilgili maddenin geçirdiği değişiklik üzerinde kısaca durulmuştur

Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması düzenleyen Anayasa hükmünde savaş seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde durumun gerektirdiği ölçüde Anayasaya aykırı önlemler alınabileceği, temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulabileceği açıkça düzenlenmiştir (AY md. 15/1). Aynı maddenin 2. fıkrasında ise olağanüstü hallerde bile dokunulamayacak haklar düzenlenmiştir[14]. Fakat Anayasanın 148. maddesinin 1. fıkrasında *"...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz."* hükmü ile Anayasaya uygunluk denetiminden muaf tutulması olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleriyle tüm temel hak ve özgürlükler hakkında sınırlamalar getirilmesinin önünü açmıştır. Bu hüküm hiçbir halde dokunulmayacak olan çekirdek haklarla ilgili düzenleme getirilmesi riskini de ortaya çıkarmıştır. Ayrıca bu maddeyle beraber temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulmasının yanında Anayasaya aykırı önlemler alınabileceği de kabul edilmiştir (Heper, 2014; s. 238).

1982 Anayasasında düşünce ve kanaat özgürlüğü 25. maddede sınırsız bir özgürlük olarak düzenlenmektedir (AY md. 25/2). Fakat ifade özgürlüğü anayasanın 26. maddesinde sınırlama sebepleriyle birlikte düzenlenmiştir. Bu iki özgürlük arasında çok sıkı bir ilişki olmasına rağmen düşünce ve kanaat özgürlüğü sınırsız bir özgürlük olarak kabul edilirken ifade özgürlüğü bazı

14 1961 Anayasasından farklı olarak Anayasaya aykırı tedbir alınabileceği açıkça yer almıştır. Ayrıca sınırlamanın milletlerarası hukuka ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği de yer almıştır.
Bu düzenlemenin ilk şekline göre ölüm cezaları ve savaş hukukuna uygun ölümler dışında yaşama hakkı sınırlanamayacağı düzenlendiği halde 2004 yılındaki değişiklikle ölüm cezaları maddeden kaldırılmıştır.

hallerde sınırlanabilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin 1963 yılında verdiği iki kararda düşünce ve kanaat hürriyetinin kişinin iç dünyasında kaldığı sürece sınırsız olduğu; fakat söz yazı ve benzer araçlarla dış dünyaya açıklanması halinde kısıtlamaya tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir[15]. Mahkemeye göre toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin dış dünyaya yansıtılması toplumu huzursuzluğa sevk ederek toplumsal yaşayışın ve Devletin güvenliğini sarsar.

Anayasanın 26. maddesinde ifade özgürlüğü şöyle düzenlenmiştir: *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir."*

Bu fıkrada düşünceyi yayma ve açıklama kavramları beraber düzenlenerek kullanılan araçlar örnek olarak sayılmıştır ve bu araçlar sınırlanmamıştır. Ayrıca radyo televizyon ve benzeri yollarla yapılan yayının izin sistemine bağlanmasının önü açılmış ve özgürlük için dar bir çerçeve çizilmiştir (Kaboğlu, 1998: s.205; Korkmaz, 2014: s.330). Böylece basının sansüre tabi tutulamayacağı kabul edilirken bunun dışında kalan radyo, televizyon gibi yollarla yapılan yayınların izne bağlanmasıyla bir çeşit ön denetimden geçirilmesi kabul edilmiştir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 201 : s.174)

Aynı maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebepleri sayılmıştır. Bu fıkraya göre, "*Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek*

15 E.1963/16, K.1963/83, k.t. 08.04.1963, **Resmi Gazete,** 9.7.1963, Sayı 11449; E.1963/17, 1963/84, k.t. 08.04.1963, **Resmi Gazete**, 17.7.1963, Sayı 11456.

sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."

Bu fıkrada 13. maddede kaldırılan genel sınırlama sebeplerinin bazılarının eklenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne benzer bir düzenleme olması amacıyla çok sayıda sınırlama sebebi sayılmıştır; fakat sözleşmede yer alan genel ahlak ve genel sağlık sebepleri yer almamıştır (Baloğlu, 2006: s.112). Anayasada yer alan devletin ülkesiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi ise sözleşmede sınırlama sebebi olarak düzenlenmemiştir.

Milli güvenlik kavramı siyasi, hukuki ve ekonomik yönden, içten ve dıştan gelebilecek tehditlere karşı devletin mevcut düzeninin devamlılığının sağlanması anlamındadır ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü kavramını da içerdiği söylenebilir (Sunay, 2001: s.91; Baloğlu, 2006: s.114). Kamu düzeni ise bir devletin siyasi, hukuki ve sosyal düzeninin korunması amacıyla bu düzeni bozacak nitelikteki faaliyetlerin önüne geçilmesi anlamındadır ve genel sağlık, kamu güvenliği, suçların önlenmesi kavramlarını kapsayıcı niteliktedir (Baloğlu, 2006: s.119). Bu kavramlara göre getirilecek olan sınırlamaların bazı düşüncelerin açıklanması ile bu ilkelerin ihlal edileceği şeklinde soyut ihtimallerle öngörülmesi ifade hürriyetinin muhtevasına yönelik olacak ve amaca uygun sayılmayacaktır (Sunay, 2001: s.85).

Anayasa Mahkemesi 3511 sayılı yasa ile Yüksek Öğretim Kurumlarında öğretim gören bayanların boyun ve saçlarını örtmelerini serbest kılan düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin dava hakkındaki kararında, söz konusu düzenlemeyi, bireyler arası mezhep ve din ayrımcılığı yaratabileceğinden, kamu düzenini tehdit edici nitelikte kabul etmiştir ve böylece kamu düzeni kavramını sadece kişilerin inanç ve düşünce alanını içerecek şekilde geniş yorumlamıştır[16].

Genel olarak, milli dayanışma, adalet, Başlangıçta sayılan temel ilkelere bağlılık, demokratik sosyal bir hukuk devleti olmak Cumhuriyetin nitelikleri

16 AYM, E.1989/1, K.1989/12, k.t. 07.03.1989, **Resmi Gazete,** 05.07.1989, Sayı 20216

arasında sayılmıştır(AY md. 2). Yollama yapılan başlangıç ilkeleri arasında Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlılık, Atatürk milliyetçiliği, milli egemenlik, Anayasanın ve hukukun üstünlüğü, hürriyetçi demokrasi, kuvvetler ayrılığı, devletin ülkesiyle bölünmezliği, laiklik ilkeleri yer alır. (Özbudun, 2013: s.76).

Sınırlama sebepleri olarak kabul edilen bu kavramların soyut anlamları sebebiyle hukuki nitelikten uzak kavramlar oldukları ve Anayasada bu kavramlara yer verilmesinin yanlış olduğu şeklinde eleştiriler mevcuttur (Baloğlu, 2006: s.116). Ayrıca burada sayılan kavramların soyut nitelikleri sebebiyle içeriklerinin kesin olarak tespit edilememesi sınırlamanın geniş yorumlanmasına yol açabilecektir (Sunay, 2001: s.80). Kullanılan kavramların muğlaklığı nedeniyle oluşacak sorunlara çözüm olarak Anayasanın 13. maddesinde yer alan ve sınırlamanın sınırını oluşturan ölçütlerin kullanılması gerektiği ve bunu yaparken de kavramlara AİHM'in yüklediği anlamın yüklenmesi önerilmektedir (Binici, 2004: s.5). Her ne kadar Anayasadaki yeniliğin AİHS ile paralellik sağlamak ve ifade özgürlüğünün alanını genişletmek amacını taşıdığı söylense de 26. maddede sayılan sınırlama sebeplerinin eski düzenlemeye göre artırılmış olması bu görüşü doğrulamamaktadır (Aydın, 2008: s.129; Tülen, 2001: s.209).

Anayasanın 26. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *"düşüncelerin açıklanmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz"* hükmü 2001 yılında kaldırılmıştır. Aynı maddeye 2001 yılında eklenen son fıkraya göre "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."* Bu sebeple idarenin düzenleyici işlemleriyle ifade özgürlüğüne yapılan sınırlamaların kanuni dayanağının bulunması gereklidir ve bunun denetim de idare mahkemeleri ile Danıştay tarafından yapılacaktır (Baloğlu, 2006: s.119). Şuanda böyle bir yasal düzenleme bulunmasa da ifade özgürlüğünün bu şekilde değişik açılardan düzenlenmesi isteği korkutucu olarak değerlendirilmiştir (Korkmaz, 2014: s.330). Kanaatimizce özgürlüğün kullanımı hakkında hazırlanan düzenleme ister istemez özgürlüğe bir sınır çizecektir[17]. İfade özgürlüğü yapısı gereği dokunmama yükümlülüğü yüklediğinden

17 Aynı yönde bkz. Korkmaz, 2014: s.331; Aydın, 2008: s.129.

özgürlüğün kullanılması için uygun ortamın sağlanması dışında her konuda yapılan düzenleme özgürlüğü sınırlayacaktır. Düşünceyi açıklama yollarının, şekil ve usullerinin hepsinin yasada tek tek gösterilmesi mümkün olmayacağından böyle bir düzenleme düşünceyi sınırlayıcı nitelik taşıyacaktır (Korkmaz, 2014: s.331).

Anayasanın 26. maddesinin 4. fıkrasında "*haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz"* düzenlemesi ile sınırlamanın kanunla yapılması ilkesine istisna getirilmiştir. Teknolojide yaşanan gelişmeler göz önüne alındığında iletişim araçlarının karmaşıklığını önlemek amacıyla devletin düzenleme yapabilmesi olağan karşılansa da bunun sınırlama olarak görülmemesi ve kanunla yapılma şartı aranmaması 13. madde ve 26. madde ile çelişmektedir (Baloğlu, 2006: s.113).

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse Anayasada ifade özgürlüğünün düzenlendiği maddeler ve ifade özgürlüğünün yansıması niteliğindeki maddeler Anayasanın genel yaklaşımı doğrultusunda incelendiğinde Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin anlamını yok edecek derecede sınırlamalar getirdiği söylenebilir (Sunay, 2001: s.39). Her ne kadar Anayasada özgürlüğün yok edilmesi derecesine yaklaşan kısıtlamalar olsa da demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklerin güvencesi konumunda bulunan Anayasa Mahkemesi sınırlamaları dar, özgürlüğü geniş yorumlayarak aradaki dengeyi korumakla ve çoğulculuğun hayata geçirilmesiyle yükümlüdür (Sunay, 2001: s.40).

3.1.3. Anayasada Yer Alan Güvence Ölçütleri

İnsan haklarının anayasal güvenceye alınması kurucu erkin halkın özgürlüklerine verdiği önemi göstermektedir; fakat asıl dikkat edilecek nokta anayasal güvenceye alınan hak ve özgürlüklerin getirilen sınırlamalarla değersizleştirilmemesidir (Kaboğlu, 1998: s.39). 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusu anayasanın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasanın ilk şeklinde 13. madde tüm temel hak ve özgürlüklerin

sınırlanmasında genel sınırlama sebeplerini içeren bir maddeydi. Bu şekliyle 13. madde hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olacak bir sınırlama sistemi öngördüğünden bu ikili sınırlama sisteminin hak ve özgürlükleri anlamsız kıldığını söylemek mümkündür. 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği ile 13. madde büyük değişikliğe uğramıştır. Yeni düzenlemeyle bu madde genel sınırlama sebeplerinin düzenlendiği bir madde olmaktan çıkarılmış, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca düzenlendikleri maddede bulunan özel sınırlama sebepleriyle sınırlanabileceğini düzenleyen ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında sınırlamanın sınırlarını belirten ilkeleri kapsayan bir güvence hükmü haline getirilmiştir.

Anayasada 2001 yılında yapılan değişikliklerden sonra temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması yalnız Anayasanın ilgili hükmünde bulunan sebeplerle ve kanunla düzenlenebilir; ancak sınırlama hakkın özünü, laik cumhuriyetin ve demokratik toplum düzeninin gereklerini, ölçülülük ilkesini ihlal edemez (AY md. 13). AİHS sisteminde olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kanunilik, ilgili maddede sayılan sebepler ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk esaslarına yer verilmiştir. Bunlardan başka aynı maddede hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında sınır oluşturan bazı güvence ölçütlerine de yer verilmiştir.

Hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın yasa ile öngörülmesi, temel hak ve özgürlüklerin KHK, tüzük ve yönetmelik gibi genel düzenleyici işlemlerle sınırlanamayacağını garantiler. Böylece sınırlamalar halkın parlamentodaki temsilcileri tarafından açık tartışma ortamında kabul edilen kanunlarla belirlenecek ve objektif nitelik taşıyacaktır (Aydın, 2008: s.107). Yasa yoluyla sınırlama getirilmesi ile yürütme organının yetkilerini kötüye kullanması ihtimali yaşanmayacağı gibi herkesin bu hak ve özgürlüklerden yararlanması da sağlanacaktır. (Kaboğlu, 1993: s.59). Kaboğlu, yasaların hak ve özgürlükleri güvenceye almak yerine doğrudan sınırlayıcı hükümler getirmesi halinde koruma görevinin hak ve özgürlüklerin koruyucusu olan anayasa yargısına düştüğünü belirtir (Kaboğlu, 1993: s.82).

Anayasanın ifade özgürlüğü ve diğer haklar için getirdiği güvence ölçütlerinin başında ölçülülük ilkesi gelmektedir. Bu ilkenin bir idare hukuku ilkesi olduğunu söyleyen Kaboğlu, bu ilkeyi bireyle kamu otoritesi arasındaki ilişkilerde devletin müdahalesinin mümkün olduğunca sınırlanması olarak tanımlar (Kaboğlu, 1993: s.103). Ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlükler sınırlanırken, sınırlamada başvurulan araç ile sınırlamayla ulaşılacak amacın elverişli olması, aracın amaç için gerekli olması ve araçla amaç arasında orantı bulunmasını ifade eder (Özbudun, 2013: s.114; Özkan, 2001: s.809; Kaboğlu, 1998: s.103). Bu ilke 1961 Anayasasında ve 1982 Anayasasının ilk şeklinde yer almamıştır. İlk kez 2001 yılında yapılan değişiklikle 13. maddeye sınırlamanın sınırı olarak eklenmiştir. Anayasada yer almasa da eski tarihli kararlarında Anayasa Mahkemesi, yapılan sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç arasında hakkaniyete uygun dengenin bulunması gerektiğini belirterek ölçülülük ilkesine uygunluğu aramıştır[18]. Kanaatimizce bu ilkenin demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez bir sonucu olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır[19].

Ölçülülük ilkesi Anayasaya girmeden önce hak ve özgürlükler için bir güvence sayılan diğer ilke demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kavramıdır. Anayasa Mahkemesi son dönemde verdiği bir kararda "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramının, hak ve özgürlük yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai nitelikte bir önlem olmasını, uygulanabilecek en son çare olmasını içerdiğini belirtmiştir[20]. Aynı kararda demokratik toplum düzeninin gereklerinden olmanın, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade ettiği de belirtilmiştir. Burada önemli olan, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramından "1982 Anayasasının getirdiği demokratik toplum düzeninin gereklerinin mi yoksa çağdaş demokratik toplum düzeninin gereklerinin mi" anlaşılacağı sorusudur. Anayasa Mahkemesi önceleri verdiği bir kararında demokratik toplum düzeniyle Anayasada gösterilen özgürlükçü demokrasi ve bu kapsamda belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğini

18 AYM, E.1986/17, K.1987/11, k.t. 22.5.1987, **Resmi Gazete,** 18.09.1987, Sayı 19578
19 Aynı yönde bkz. Binici, 2004: s.5.
20 AYM, E. 2015/96, K. 2016/9, k.t.10.2.2016, **Resmi Gazete,** 23.2.2016, Sayı 29633.

vurgulamıştır[21]. Daha sonra Polis Vazife Salahiyet Kanunu hakkındaki kararı ile demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramından evrensel demokratik ölçütlerin kabul edileceğini belirtmiştir[22]. İleriki zamanda 3420 sayılı kanunla ilgili verdiği kararda ise Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını hakkın özünün korunması ile bütünleştirerek kullanmış, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir düzenlemenin hakkın özüne dokunduğu sonucuna varmıştır[23].

Anayasada 2001 yılında yapılan değişiklikle demokratik toplum düzeninin gereklerine ek olarak hakkın özü güvencesi ve sınırlamanın laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olması gerektiği de 13. maddeye eklenmiştir. Öze dokunmama ilkesi gereğince yasal sınırlamalar yapılırken dahi temel hak ve özgürlüklerin temel çekirdeğine dokunulamayacağı ifade edilebilir (Binici, 2004: s.5). Hakkın özünün nerde başlayıp nerde biteceği Anayasa Mahkemesinin kararlarında ortaya konulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin son dönemdeki bir kararına göre hakkın özü, ihlal edildiğinde temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan, ortadan kaldıran çekirdek alanı belirtmekte olup, öz kavramı her temel hak ve özgürlük için kişiye dokunulması yasaklanan asgari bir alan güvencesi getirmektedir[24].

Hakkın özü bireye temel hak ve özgürlükleri bakımından mutlak koruma sağlayan bir alan oluşturmaktadır. Gözler bu değişikliği "talihsizlik" olarak karşılamıştır (Gözler, 2001: s.59). Gözler, hakkın özü kavramının muğlak olmasını, uluslararası belgelerde bu kavram yerine demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının kullanılmasını ve milli güvenlik, kamu düzeni gibi sebeplerle temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesinin gerekli olduğu durumlarda, müdahalenin hakkın özüne aykırı olacağından gerçekleştirilemeyeceğini gerekçe göstermiştir (Gözler, 2001: s.59). Fendoğlu ise hakkın özü kavramının da demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının da

21 AYM, E.1985/21, K.1986/23, k.t. 6.10.1986, **Resmi Gazete,** 14.03.1987, Sayı 19400
22 AYM, E.1985/8, K. 1986/27, k.t. 26.11.1986, **Resmi Gazete,** 14.08.1987, Sayı 19544
23 AYM, E.1988/14, K. 1988/18, k.t. 14.6.1988, **Resmi Gazete,** 14.07.1988, Sayı 19872
24 AYM, E.2015/29, K.2015/95, k.t.22.10.2015, **Resmi Gazete,**12.11.2015, Sayı 29530.

soyut olduğunu ve bu soyutluğun uygulamada Anayasa Mahkemesi kararları ile giderileceğini belirtmiştir (Fendoğlu, 2002: s.128,129).

Laik cumhuriyetin gereklerine uygunluk ilkesi daha önce anayasalarımızda yer almadığı gibi AİHS'de de yer almamaktadır. 2001 yılındaki anayasa değişikliği ile 13. maddeye eklenen bu ilke Anayasa Mahkemesi kararlarında sınırlamanın sınırı olarak değil de sınırlama nedeni olarak kabul edilmektedir; fakat bu yaklaşım yerine çağdaş ve seküler bir anlayışla yorumlanarak laik cumhuriyetin gereklerine uygunluk ilkesi temel hakların sınırlanması aşamasında koruyucu bir kavram olarak değerlendirilmelidir (Can, 2001: s.111; 2002: s.17). Gözler, laikliğin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasıyla ilgisiz bir konu olduğunu belirterek bu ilkenin uygulanabilir olmadığını savunmuştur (Gözler, 2001: s.62).

Anayasaya göre temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlama anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmak zorundadır. Yani sınırlanma hem anayasa metninde yer alan hükümlere uygun olacaktır hem de anayasanın bütününden çıkarılan genel anlama uygun olacaktır (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.149). Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmak şartının "anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmamak" kavramına göre daha fazla sınırlayıcı niteliğe haiz olduğu söylenebilir (Korkmaz, 2014: s.337).

Kanaatimizce Anayasada sınırlamanın sınırı olarak düzenlenen güvence ölçütleri genel olarak soyut nitelik taşıdığı ve bu kavramların somutlaştırılmasında Anayasa Mahkemesinin kararlarının büyük rolü olduğu fikri önem taşımaktadır. Çünkü Anayasa Mahkemesi anayasadaki kavramları yorumlarken anayasa metni ile sınırlı kalmaksızın evrensel nitelikteki hukukun genel ilkelerini göz önünde bulunduracak ve anayasadaki ilkelerle evrensel hukuk ilkelerini bütünleştirerek kararlarında uygulayacaktır (Kaboğlu, 1993: s.98).

3.1.4. Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Anayasa Mahkemesi kişinin iç aleminde kaldığı sürece düşünceleri sınırsız olarak görmüştür. Fakat düşünce açıklamalarının alanı bu kadar geniş

tutulmamıştır. Mahkeme kamu düzeni, milli güvenlik, kamu yararı gibi sebeplerle ifade özgürlüğünün sınırlanmasını Anayasaya uygun olarak değerlendirmiş ve bunun sonucu olarak da "düşünce suçlarının" önü açılmıştır (Kaboğlu, 1993: s.206). Mahkemenin 1982 Anayasasının ilk zamanlarında verdiği kararlarının somut nedenlerle değil de daha genel nedenlerle ifade özgürlüğünü sınırlamaya yönelik olduğu hususunda eleştiriler mevcuttur (Kaboğlu, 1993: s.207).

2010 yılında 5982 sayılı yasa ile yapılan anayasa değişikliğinde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları karara bağlamakla yükümlü olduğu da anayasaya eklenmiştir[25]. İfade özgürlüğü anlamında Mahkemenin bireysel başvuru kararlarında daha özgürlükçü bir yaklaşım izlediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Tıp Kurumu Genel Sekreteri'nin, Ankara'nın içme suyu üzerine hazırladığı raporlarda Kızılırmak suyunda arsenik olduğu yönündeki iddialarının Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı'na hakaret oluşturduğu gerekçesiyle Genel Sekreter hakkında tazminata hükmedilmesi konusunda yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir[26]. Mahkeme, başvurucunun sözleri sebebiyle cezalandırılmasını "başkalarının şöhret ve haklarını" korumaya yönelik meşru bir amaçla olduğunu kabul etse de kamu gücünü kullanan organlara ve siyasetçilere yönelik eleştirilerin sınırlarının daha geniş olduğunu belirtmiş ve böyle bir sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.

Ergün Poyraz'ın 2007 yılında yazdığı "Musa'nın Gülü" kitabında Recep Tayyip Erdoğan ile Abdullah Gül'ün "yalancı" ve "Yahudi" olarak nitelendirildiği, Abdullah Gül'ün kendisinin ve ailesinin asılsız ithamlarla aşağılandığı gerekçesiyle tazminata mahkum edilmesi sonrası yaptığı bireysel başvuruda mahkeme yine ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir[27]. Mahkeme siyasi kişiler hakkında daha sert eleştiriler yapılabileceğini, bu kişilerin

25 5982 yasa metni için bkz. http://www.anayasa.gen.tr/5982.htm .
26 Ali Rıza Üçer Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/8598,k.t.: 2/7/2015.
27 Ergün Poyraz Başvurusu, Başvuru numarası: 2013/8503, k.t.27/10/2015.

aile yaşantılarının göz önünde olacağını ve onların bunu bilerek siyasi hayata dahil olduklarını belirtmiştir. Bu şekilde siyasi kişilere yönelik eleştirilerin cezalandırılmasının toplumdaki farklı seslerin susturulması tehlikesini doğuracağını eklemiştir.

Başka bir kararda Anayasa Mahkemesi, ceza infaz kurumunda yapılan aramada ele geçen kitapçığın yazarı Abdullah Öcalan olduğundan örgüt dokümanı kabul edilmesi sebebiyle hücreye koyma disiplin cezası verilen kişinin, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir[28]. İnfaz kanununda hangi hallerde disiplin cezasına hükmedileceğinin net olarak belirtilmemesinin hem kişiler hem de idare yönünden belirsiz bir durum yaratarak, "öngörülebilirlik" ve "belirlilik" ilkelerini ihlal ettiğinden kanunilik ilkesini karşılamadığı sonucuna varılmıştır.

Önemli bir karar da habervaktim.com sitesinde yayınlanan bir yazıyla Kaos GL Derneği ve Avukat Sinem Hun'un hedef gösterilmek suretiyle homofobik nefret söyleminde bulunulmasına ilişkin yapılan başvuru hakkındadır. Bu kararda Mahkeme ilk kez nefret söylemini hukuki olgu olarak ele almıştır[29]. Fakat Mahkeme "sapkınlar" ifadesinin doğrudan toplumun bir kesimini belirterek derneği hedef gösterdiği ve derneğin de bu ifade hakkında bir başvurusu bulunmadığı; söz konusu avukat hakkında kullanılan "sapkınların avukatı ifadesinin de nefret suçu oluşturacak ağırlıkta olmadığına karar vermiştir[30]. Osman Alifeyyaz Paksüt karşı oy yazısında başvurucu hakkındaki ifadenin, avukatlığını yaptığı farklı cinsel yönelimleri olan kişileri temsil eden bir derneğin üzerinden başvurucuyu aşağılama amacıyla kullanıldığını, bu yüzden böyle bir ifadenin kullanılmasının fikir özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

2014 yılında Twitter adlı sosyal paylaşım sitesine erişim engeli getirilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği konusunda bireysel başvuru

28 Hüseyin Sürensoy Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/749, k.t.6/10/2015.
29 http://kaosgl.org/sayfa.php?id=17105 (e.t.20.4.2016)
30 Sinem Hun Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/5356,k.t. 8/5/2014.

olmuştur[31]. Mahkeme bu kararda öncelikle ifade özgürlüğünün anlamı ve kapsamı hakkında AİHM'in kararlarından yararlanarak geniş bir açıklama yapmıştır. Daha sonra bu genel ilkelerden hareketle sınırlamanın kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik şartlarını karşılayıp karşılamadığı üzerinde durmuştur. Başvuru konusu olayda sitenin tamamına yönelik erişimin engellenmesi hakkında bir yargı kararı olmadan TİB tarafından tüm sitenin kapatılması hem 5651 sayılı yasa ile öngörülmediğinden hem de demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerine aykırılık oluşturduğundan hukuka aykırı görülmüştür. Çünkü URL bazlı erişim engellemesi ile yalnızca sınırlanmak istenen ifadelerin sınırlanması imkanı varken tüm siteye erişimin engellenmesi milyonlarca kullanıcının ifade özgürlüğüne kısıtlama getirmiştir.

Gazetede yayımladıkları haberler sebebiyle Can Dündar ve Erdem Gül hakkında açılan davada tutukluluk kararı verilmesinin hak ihlali olduğu gerekçesiyle yapılan bireysel başvuruda da ifade özgürlüğü üzerinde durulmuştur[32]. Mahkeme öncelikle tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiğini belirlemiş, ardından müdahalenin meşru olup olmadığını tespit etmek için özgürlüğün sınırlanması için öngörülen hükümler çerçevesinde inceleme yapmıştır. Tutuklama tedbirinin Anayasanın 26. ve 28. maddesinde sayılan "suçun önlenmesi", "devlet sırlarının ortaya çıkmaması" ve "milli güvenlik" şeklindeki meşru amaçlarla uyumlu olduğu belirlenmiştir. Müdahalenin meşru sayılabilmesi için yalnızca bir meşru amaca dayanması yeterli değildir. Kararda ayrıca sınırlamanın demokratik toplumda zorunlu olması ve ölçülü olması bakımından da değerlendirme yapılmıştır. Mahkeme bu çerçevede yaptığı değerlendirmede yalnızca gazete haberine dayanarak verilen tutuklama tedbirinin aynı haberin daha önce başka gazetede yayımlandığı göz önüne alınmadan uygulanmış olmasının demokratik toplumda zorunlu bir ihtiyaca cevap verecek nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır.

---

31 Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/3986, Karar Tarihi: 2/4/2014.

32 Can Dündar ve Erdem Gül Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/18567, K.t. 25/2/2016, Resmi Gazete,Tarih ve Sayı: 10/3/2016-29649

3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Sınırlamaya Bakışı

3.2.1.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İfade Özgürlüğü

AİHS temel hak ve özgürlüklerin uluslararası alanda korunması amacıyla atılan önemli bir adımdır. 1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasına göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. 2004 yılında aynı maddenin son fıkrasına eklenen son cümleyle beraber usulüne göre yürürlüğe giren temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunlar arasında bir çatışma olduğunda sözleşme hükümleri uygulanacaktır (AY md. 90/4). Böylece AİHS iç hukukumuzun bir parçası olduğu gibi normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstün bir konumdadır. İç hukukumuzda temel hak ve özgürlüklerle ilgili yasa hükümleriyle Sözleşme arasında bir çatışma olursa AİHS uygulanacaktır.

Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi AİHM kararları ile sağlanmaktadır. Türkiye 28 Ocak 1990'da Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmiştir[33]. Mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi durumunda ülkeler tazminat ödemektedir. İç hukukumuzda son dönemde yapılan değişikliklerin amacı iç hukuktaki düzenlemeleri AİHS ile paralel hale getirerek insan hakları ihlalleri yüzünden ödenen cezalardan kurtulmak ve çağdaş hukuk düzenleri seviyesine ulaşabilmektir.

AİHS kapsamında ifade özgürlüğü ve sınırları incelenirken Sözleşme hükümleri ve AİHM kararlarını birlikte ele almak faydalı olacaktır. Sözleşme'de düşünce özgürlüğü din ve vicdan özgürlüğüyle beraber 9. maddede düzenlenirken ifade özgürlüğü 10. maddede düzenlenmiştir. İfade özgürlüğünün gerçekleşmesi için devlet hem bireylerin meşru sınırlar içinde düşüncelerini açıklaması ve yayması için uygun ortamı hazırlama hem de bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmeme yükümlülüğü altındadır (Özbey, 2013: s.46). Sözleşme'nin 10. maddesinin ilk fıkrasında ifade özgürlüğünün içeriği ve kapsamı "*Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü*

33 http://www.aihmbasvuru.com/ (e.t. 20.2.1026)

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." hükmü ile belirlenmiştir[34].

Sözleşme sistemine göre ifade özgürlüğü bilgi ve düşüncelere ulaşma hakkı, kanaat özgürlüğü ile bilgi ve düşünceleri açıklama hakkını kapsayacak şekilde geniş düzenlenmiştir. Düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılmasında resmi makamlar müdahalede bulunamayacaktır. Ayrıca düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması ülke sınırları ile sınırlı tutulmamıştır. 1982 Anayasasına da son değişikliklerle eklendiği gibi televizyon, radyo ve sinema işletmeleri yayımlarında izin sistemine tabi tutulabilecektir. Sözleşme sisteminde ifade hürriyeti, yalnızca bir fikrin dışa vurulması anlamında değil, fikre ulaşma, kanı oluşturma ve yayma imkanı ile serbestisini içine alacak şekilde düzenlenmiştir (Kayaçağlayan, 2007: s.3; Özkan, 2001: s.785).

Sözleşmenin 8, 9 ve 11. maddeleri ifade özgürlüğünün yakın ilişki içinde olduğu bazı hakları düzenlemiştir. İfade özgürlüğü bu hakları kapsayıcı özellik taşıdığından münhasıran ifade özgürlüğünün ihlal edildiği durumlarda Lex Generalis nitelik taşıyan 10. madde hükmü uygulanırken, diğer maddelerdeki haklarla ilgili bir ihlal söz konusu olduğunda Lex Specialis nitelikteki 8, 9 veya 11. madde uygulanır (Kayaçağlayan, 2007: s.6).

Sözleşme'nin 10. maddesinin önemli bir özelliği, yalnızca toplu şekilde, geniş gruplarca dile getirilen ifadelerin değil tek tek bireylerin veya küçük grupların savunduğu, başkalarının çıkarlarına ters düşme ihtimali bulunan düşünce açıklamalarını da koruma altına almasıdır (Binici, 2004: s.9). Bu maddede yalnızca sözlü yazılı olan değil, bir görüş savunmayı amaçlayan resim, eylem gibi düşünce açıklamaları da ifade araçlarıyla birlikte korunur (Binici, 2004: s.10).

34 Sözleşme metninin çevirisi için http://www.yargitay.gov.tr/abpro je/belge/temelbelge/AIHS _Tr_A6format.pdf

3.2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

İfade özgürlüğü her ne kadar demokratik toplumların temel öğelerinden olsa da AİHS sisteminde de mutlak bir hak olarak kabul edilmemiştir (Korkmaz, 2014: s.146). Burada sayılan, özgürlüğü kayıtlayıcı sebepler sınırlı sayıdadır ve çoğaltılamaz (Korkmaz, 2014: s.146) Devlet bazı durumlarda bu hakka da sınırlamalar getirebilir. İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın hangi hallerde meşru kabul edileceği Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Sınırlamanın meşru kabul edilmesi için bu fıkrada sayılan sınırlama sebeplerine uygun hareket edilmeli ve bu koşullar mümkün oldukça dar yorumlanmalıdır (Korkmaz, 2014: s.144).

AİHM önüne gelen davalarda öncelikle ifade özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığı incelenecek, eğer bir müdahale tespit edilirse müdahalenin 10. maddenin ikinci fıkrasındaki ölçütlere uygun olup olmadığı incelenecektir (Korkmaz, 2014: s.150). Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlama ölçütleri şöyle düzenlenmiştir:

"Görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir."

İfade özgürlüğünün aynı zamanda başka haklara kaynaklık ettiği için ayrı bir önemi olduğu ve bu hakkın sınırlanmasının hangi hallerde meşru sayıldığı bu maddeden anlaşılmaktadır (Kocasakal vd, ty: s.27). Bu düzenlemeye göre iç hukukta ifade özgürlüğünü sınırlayıcı düzenlemelerin sözleşmeye uygun olması için öncelikle kanunla yapılması, sonra bu sınırlamanın maddede belirtilen sınırlı amaçlarla yapılmış olması ve son olarak da sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması şartları aranmaktadır.

Özgürlüğe getirilen sınırlamanın hangi durumlarda hukuka uygun sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Fakat söz konusu hükümde sayılan sınırlama sebepleri oldukça fazladır (Kaboğlu, 1993: s.200). Kullanılan kavramlar da oldukça soyut ve kapsamlıdır. Bu sebeple kavramların anlamlandırılması ve sınırlanması konusunda en önemli görev AİHM organlarına düşmektedir. Mahkeme devletlere sınırlama konusunda takdir yetkisi tanımış olsa da bu takdir yetkisinin kullanımı da sıkı denetime tabi tutulmaktadır (Kaboğlu, 1993: s.200; Binici, 2004: s.15). Sözleşmede yer alan sınırlama nedenlerinin bulunduğu durumlarda hakkın sınırlanması mümkün olmaktadır; fakat devlet hakkı sınırlamak zorunda değildir (Özbey, 2013: s.49).

3.2.3. AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan ölçütlerin olaylara nasıl uygulandığını görmek açısından en önemli kaynak AİHM kararlarıdır. Mahkeme Müller kararında "ifade" kavramının kapsamını belirlerken bilgi ve düşünce alış verişi yapmanın yanında kültürel, siyasal ve toplumsal bilgi ve haberleri alma ve yayma imkanının da ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu vurgulamıştır[35].

Olgular ile değer yargıları arasında açık bir ayırıma giden AİHM'e göre olgular kanıtlanabilirdir; fakat değer yargıları kanıtlanamadığından bunların kanıtlanmasını talep etmek ifade özgürlüğünü ihlal edecektir; böylece doğruluğunun kanıtlanması imkanı olmayan fikir, eleştiri gibi değer yargılarının da ifade özgürlüğü kapsamında olduğu kabul edilmektedir (Macovei, ty: s.15).

Mahkeme Handyside kararında ifade özgürlüğünün, 10. maddenin çerçevesi içinde, sadece olumlu olduğu düşünülen, zararsız veya önemsiz görülen haber ve düşünceler için değil, ayrıca Devletin veya toplumun bir bölümünün

35 Müller/İsviçre, Başvuru no. 10737/84, 24 May 1988.

aleyhinde olan, onlara olağandışı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanacağını belirtmiştir[36].

3.2.3.1. Kanunla sınırlama

Sınırlamada esas alınan ölçütlerin ilki sınırlandırmanın yasayla öngörülmesidir. Sınırlamanın yasayla yapılması devletin iç hukukunda hangi durumlarda ifade hürriyetinin sınırlandırılacağının kanunlarda belirtilmesi anlamındadır; fakat yasayla yapılan düzenlemeler hem vatandaşların rahatça ulaşabileceği şekilde hem de vatandaşların davranışlarının sonuçlarını önceden bileceği derecede açık ve belirli olmalıdır (Kocasakal vd, ty: s.27; Kaboğlu, 1993: s. 195). Burada önemli nokta vatandaşın bu düzenlemelerin yer aldığı yasalara kolaylıkla ulaşması ve bu yasalarda da vatandaşların düzenlemeye aykırı davranışı sonucunda neyle karşılaşacağının bulunması, yani sonucun öngörülmesidir. AİHM, emekli bir İngiliz istihbarat üyesinin yazısının gazetede yayınlanmasının İngiliz Mahkemesi tarafından durdurulmasına karşı yaptığı başvuru konusunda, İngiliz Mahkemesinin yazının yayımının durdurulmasına yönelik uyguladığı kuralın Lordlar Kamarası tarafından açıklanmasının vatandaşlarca öğrenilmiş olma ve ulaşılabilir olma şartlarını sağladığını ve kuralın açık ve kesin olduğunu belirtmiştir[37].

Sözleşmede belirtilen "yasa" ifadesi yasama organı tarafından yapılan soyut normlar anlamına gelmektedir ve bu kavram maddi anlamda kullanılmıştır (Özbey, 2013: s.50) . Mahkeme de Sunday Times/ İngiltere kararında " *yasayla öngörülen* " ifadesindeki yasa sözcüğünün sadece "yasa"yı değil, yazılı olmayan hukuk kurallarını da kapsadığını belirtmiştir[38]. Mahkeme, yasanın verdiği yetkiye

---

36Handyside/Birleşik Krallık davası, 07.12.1976, Prg. 49, kararın Türkçe metni için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25.

37Observer ve Guardian/Birleşik Krallık davası, 26.11.1991, http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=284.

38Sunday Times/Birleşik Krallık davası, 26.4.1979, kararın Türkçe özeti için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32. Malone/Birleşik Krallık davasında da Mahkeme, "hukuka uygun olarak" ifadesinin, Sunday Times/Birleşik Krallık kararında belirtilen genel prensipler ışığında yorumlanması gerektiğini işaret ettikten sonra, hukuk kelimesinin, sadece yazılı hukuku değil, yazılı olmayan hukuku da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir. Kararın Türkçe metni için bkz. http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m8/Malone-Karar.pdf.

dayanarak yürürlüğe koyulan idarenin düzenleyici işlemlerinin yasayla düzenlenmiş olma şartını sağladığını belirtmektedir (Yetik, 2004: s.5).

Dink/ Türkiye davasında 7 Kasım 2003 ve 13 Şubat 2004 tarihlerinde, Agos'ta Ermeni kökenli Türk vatandaşların kimlik sorununa ilişkin görüşünü sunduğu yazılarında Fırat Dink'in Türklüğü aşağılama suçunu işlemekten mahkum edilmesinin ifade özgürlüğü hakkının ihlaline yol açtığı iddiası ile yapılan başvuruyu inceleyen Mahkeme, Türk Ceza Kanununda yer alan "Türklük" ifadesinin çok geniş ve muğlak olduğu gibi, Anayasa ile de çeliştiği ve öngörülebilirlik şartını sağlamadığı sonucuna varmıştır [39].

Sonuç olarak yeteri kadar açık olmayan yasa hükümleri belirsizlik oluşturarak idareye sınırları belli olmayan genişlikte takdir yetkisi vereceğinden keyfi uygulamalara yol açabilecektir (Yetik, 2004: s.13). Bu sebeple sınırlamanın yasa ile düzenlenmesi şartı hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünün gereğidir (Özkan, 2001: s.791).

3.2.3.2. Demokratik toplumda zorunluluk

Kamu gücü tarafından ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilirken müdahalenin "gerekli" olup olmadığı, demokratik toplumda acil bir sosyal ihtiyaca cevap verecek nitelikte olup olmadığı ve orantılılığı üzerinde durulmaktadır (Yetik, 2004: s.5).

Mahkeme içtihatlarında "gereklilik" kavramının Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki "gerekli" sıfatının, "zorunlu" sözcüğü ile anlamdaş olmadığı gibi "kabul edilebilir", "olağan", "makul" veya "arzu edilen" kavramları kadar esnek olmadığı belirtilerek, "gereklilik" kavramının kast ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada ulusal makamların değerlendireceği

39Dink/Türkiye davası, 14.09.2010, kararın Türkçe metni için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=13160.

vurgulanmıştır[40]. Bu konuda öncelikle ulusal mahkemenin kanaati önemli olmakla beraber ulusal mahkemenin takdir yetkisi yine AİHM'in denetimindedir (Binici, 2004: s.16).

Mahkeme gereklilik kavramının nitelik olarak "toplumsal zorunlu ihtiyaç" anlamına geldiğini ve sınırlamanın bu ihtiyacı karşılayıp karşılamadığına ulusal mahkemelerin takdir yetkisi dahilinde inceleyeceğini belirtmektedir[41]. Demokratik bir toplumda gereklilik şartı incelenirken kısıtlamanın denetlenmesinde olay tüm yönleriyle ele alınarak hem kısıtlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında hem de bu amaç ile uygulanacak yaptırımın şiddeti arasında orantılılığın bulunup bulunmadığına bakılır (Kocasakal vd, ty: s.29). Observer/ Birleşik Krallık davasında Mahkeme, eski bir İngiliz ajanının yazılarının gazetede yayınlanmasının yasaklanmasına yönelik mahkeme kararının Sözleşmeye aykırı olduğu iddiası üzerine, bu yazılar daha önce kitap olarak yayınlandığı için ve kitabın ithalinin İngiliz hükümeti tarafından yasaklanmadığı için alınan tedbirin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir (Karagöz, 2004: s.128) .

Demokratik toplum düzeni hakkında ortak bir standart belirlenirken, devletlerin içinde bulunduğu somut koşullar da dikkate alınmaktadır (Kayaçağlayan, 2013: s.115). Mahkeme Handyside kararında, demokratik toplumun en önemli öğelerinin çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük olduğunu belirtmiştir[42]. Demokratik toplum kavramının bu sayılanlar dışında hukukun üstünlüğü, ölçülülük ve kamu yararı ilkelerini içinde barındırdığı da söylenebilir (Yetik, 2004: s.5; Kayaçağlayan, 2013: s.117).

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda yasama organına geniş takdir yetkisi verilmesi özgürlüğün ölçüsüz olarak sınırlanmasına sebep

---

40 Handyside/Birleşik Krallık, 07.12.1976, Başvuru no: 5493/72, prg. 48. Sunday Times-1/Birleşik Krallık, Barthold/Almanya ve Observer ve Guardian/Birleşik Krallık davalarında aynı değerlendirme geçerlidir.

41Kayasu/Türkiye davası, 13.11.2008, Türkçe karar metni için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=10308 .

42Handyside/Birleşik Krallık davası, 07.12.1976, Prg. 49, kararın Türkçe metni için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25.

olabileceği için yasal düzenleme ve demokratik toplumda gereklilik şartlarının yanında sınırlama için meşru bir amacın gerektiği de Sözleşmede düzenlenmiştir (Karagöz, 2004: s.102).

3.2.3.3. Meşru Amaç

İfade özgürlüğünün meşru biçimde sınırlanmasına ilişkin 10. maddede sayılan meşru amaçların haklılığı sınırlamanın demokratik toplumda gerekliliği ve orantılılığı ile birlikte değerlendirilecektir (Yetik, 2004: s.5).

Tanör, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen meşru sınırlama nedenlerinin, taraf devletlerin anayasalarındaki sınırlama sebeplerinin birbirine eklenmesi ile oluşturulduğu, bu sebeple de Sözleşme'nin iç hukuklardaki düzenlemelerden daha sınırlayıcı özellikte olduğu görüşündedir (Yetik, 2004: s.15; Tanör, 1998: s.265).

Sözleşmenin 10.maddesinin 2.fıkrasında belirtilen meşru amaçlar şöyle sıralanabilir:

3.2.3.3.1. Ulusal Güvenlik, Toprak Bütünlüğü ve Kamu Emniyetinin Korunması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ulusal bütünlüğün korunması, toprak bütünlüğünün korunması ve terörle mücadeleyi sağlamak için ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesini kabul eder; fakat Mahkeme bu amaçla sınırlama yapılırken ulaşılmak istenen amaçla kullanılan vasıta arasında bir oran olması gerektiğini, böylece kişilerin ifade özgürlüğü ile devletlerin kendilerini tehditlere karşı koruma hakkı arasında dengenin kurulabileceğini söylemektedir[43].

Saszman davasında davacının ordu mensuplarını basın aracılığıyla itaatsizliğe ve askeri yasaları çiğnemeye kışkırtma suçu dolayısıyla tecilli olarak üç ay hapse mahkûm edilmesinin ulusal güvenlik, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarına hizmet ettiği öne sürülmüş, Komisyon

43Zana/Türkiye davası, 25.11.1997, Türkçe karar metni için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=719.

Avusturya federal ordusunda düzenin sağlanması ve ulusal güvenliğin korunması açısından davacının mahkûm edilmesinin haklı bir karar olduğuna karar vermiştir[44].

Başka bir davada eski bir İngiliz ajanın anılarını yazdığı yazıların iki gazetede yayınlanması üzerine İngiliz mahkemeleri yayın yasağı koymuştur ve yazılar kitap olarak ABD'de basıldıktan sonra İngiltere'de yayınlayan başka bir gazete ile diğer medya araçlarına da yasaklama kararı verilmiştir; fakat AİHM ilk iki gazete için yayın yasağı konmasını ulusal güvenlik bakımından demokratik bir toplumda gerekli kabul etse de kitap olarak basıldıktan sonra gizliliği kalkan yazıların üçüncü bir gazetede yayınlanması hakkında konulan yasağın ulusal güvenlik bakımından gerekli olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir[45](The Observer ve Guardian/1ngiltere davası, 26.11.1991).

Maddede sayılan meşru amaçlar yönünden değerlendirme yaparken dava konusu olayın şartları göz önüne alınmaktadır. Örneğin; Mahkeme Zana/Türkiye davasında başvurucunun 1987'de gazetecilerle yaptığı bir röportajda kullandığı ifadeler sebebiyle iç hukukta yasanın suç saydığı fiili övmek, kamu emniyetini tehlikeye düşürmek suçlarından mahkum edilmesini incelerken, röportajda kullanılan ifadelerin çelişkili olduğunu, Türkiye'de Güneydoğu bölgesinde o dönemde yaşanan olaylar dikkate alındığında ve başvurucunun bölgede etkili biri olduğu dikkate alındığında bu açıklamaların ortamı daha da gerecek nitelikte olduğunu, bölgede şiddet eylemleri düzenleyen PKK'den "ulusal kurtuluş örgütü" olarak bahsetmenin de Türkiye'nin ülke bütünlüğü için tehlike teşkil edecek nitelikte olduğunu belirterek mahkumiyetin demokratik toplumda baskın toplumsal ihtiyaca cevap verecek ölçüde olduğuna karar vermiştir[46].

Mahkeme devletin demokratik düzenine zarar verecek kişi ve gruplara karşı korunması için istihbarat örgütleri gibi gizli çalışacak kurumların var

---

44 Saszman-Avusıurya;1997 raporu. Monica Macovei, a.g.e., 87.
45The Observer ve Guardian/1ngiltere davası, 26.11.1991, Türkçe karar özeti için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=284.
46Zana/Türkiye davası, 25.11.1997, Türkçe karar metni için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=719.

olmasını kabul etmiştir[47]. Ulusal güvenlik konusundaki kararlarında her bilginin gizli olarak nitelendirilmesinin, bilgilere ulaşımın yasaklanmasının Sözleşme'deki sınırlamalar çerçevesinde kabul edilemeyeceğini ve ulusal güvenliğe dair bilgilerin bir kez kamusal alanda yayıldıktan sonra yasaklanmasının, yayınların toplatılmasının veya yayını yapanların cezalandırılmasının 10. maddeye aykırı olacağını vurgular (Özbey, 2013: s.62). Ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu emniyeti konusunda değerlendirme yaparken beyanın nasıl bir ortamda yapıldığını inceleyerek az sayıda kişiye ulaşan bir beyanın bu konuda bir tehlike oluştursa dahi sınırlı bir tehlike olacağını; şiddete, silahlı mücadeleye veya isyana teşvik olmadıkça da ülke bütünlüğüne yönelik bir tehlike oluşmayacağını söylemektedir[48].

Özetle Mahkeme ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu güvenliği konusunu incelerken ifadenin içeriğini belirleyerek bu sınırlama sebeplerine dahil olduğuna karar verirse ifadenin toplumda etkili birine ait olup olmaması, ifadelerin ulaştığı kitlenin sınırlı olup olmaması ve ifadelerin küçük bir gazetede ya da ulusal gazetede açıklanması gibi somut koşullara göre değerlendirme yapar (Karagöz, 2004: s.236).

3.2.3.3.2. Kamu Düzeninin Sağlanması ve Suç İşlenmesinin Önlenmesi

Demokratik bir toplumun temelini oluşturan iki unsur olan kamu düzeni ve özgürlükler arasında denge bulunur; eğer bu denge kamu düzeni lehine bozulursa özgürlüklerin ölçüsüz sınırlanması sorunu yaşanabilir ya da kamu düzeninden tamamen vazgeçilmesi durumunda toplumda kargaşa ortamı oluşabilir (Karagöz, 2004: s.288).

AİHM'e göre, devletler kamu düzenini sağlamak için kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı, belirlenen sınırlar dahilinde tedbir alabilecek, gerektiğinde ceza yaptırımı uygulayabilecektir ve eleştiri niteliğindeki ifadelerin

47Vereniging Weekblad Bluf/Hollanda davası, 9.2.1995, Türkçe karar özeti için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=501.
48Gerger/Türkiye davası, 08.7.1999, Türkçe karar özeti için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=880.

kişilere, kamu görevlilerine veya toplumun bir kesimine karşı şiddeti teşvik etmesi halinde ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda, Devlet daha geniş takdir yetkisine sahip olacaktır (Sunay, 2001: s.85). Şiddet içermeyen, kine nefrete şiddete teşvik etmeyen, bunları yüceltmeyen düşünce açıklamaları hoşa gitmeyen, şok edici, can sıkıcı ifadeler olsa dahi ifade özgürlüğü kapsamında korunacaktır (Özbey, 2013: s.71).

Karatepe / Türkiye davasında Kayseri Belediye Başkanı Ş. Karatepe'nin halka açık bir konuşmasında *"(...) Müslümanların içlerindeki düşünce, kin ve imanı korumalarını"* belirten mevcut düzeni ve laikliği yıkıcı nitelikteki sözleri sebebiyle mahkum edilmesi konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kini teşvik eden, yücelten, laik düzeni yıkmaya yönelik, çoğulcu düzene aykırı, kışkırtıcı, hoşgörüsüz ifadelerin sınırlandırılmasının halkın suç işlemeye teşvik edilmesinin önlenmesi şeklindeki meşru amaçla ölçülü olduğu ve bu nedenle sınırlamanın 10. maddeye uygun olduğu kararına varmıştır[49].

3.2.3.3.3.Genel Sağlık ve Genel Ahlakın Korunması

Genel ahlak, belli bir zamanda ve belli bir toplumda çoğunluk tarafından benimsenen ahlak kurallarına ilişkin hareketleri ifade eder (Karagöz, 2004: s.141). Genel ahlak konusundaki kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi genel ahlakın toplumdan topluma hatta bir toplum içerisinde bireyler arasında ya da zamanla farklılık gösterdiğini vurgulamış; genel ahlakın korunması sebebiyle ifade özgürlüğünün sınırlanması konusunda devletlere daha fazla takdir yetkisi tanımıştır; fakat ölçülülük ilkesine uygunluk şartından da vazgeçmemiştir (Sunay, 2001: s.91; Macovei, ty: s.91).

Genel sağlıkla ilgili olarak AİHM'in önüne çok az sayıda dava geldiği için daha çok genel ahlak konusundaki kararlar önem taşımaktadır. Genel ahlaka aykırılık sebebiyle ifade özgürlüğünün kısıtlanması hakkındaki kararlar daha çok müstehcen ifadeler içeren kitapların ve dergilerin toplatılması veya yayınının

49Karatepe/Türkiye davası, k.t. 31.07.2007, Türkçe karar özeti için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=8468.

yasaklanması şeklinde olsa da bir kararda AİHM bir resim sergisine üç resmi ile katılan ressamın iki resminde hayvanlarla insanlar arasında cinsel ilişki tasviri yapıldığı için genel ahlaka aykırılık nedeniyle resimlere el koyulmasını ve ressama para cezası verilmesini genel ahlakın korunması için toplumsal bir ihtiyaca hizmet ettiği gerekçesiyle 10. maddeye uygun bulmuştur[50].

AİHM başka bir kararında ülke kanunlarına göre kürtajın yasaklanması durumunda çeşitli derneklerce hamile bayanlara kürtaj olanakları hakkında bilgi verilmesinin demokratik bir toplumda suçun önlenmesi ve ahlakın korunması amaçlarıyla sınırlanabileceğini belirtmiştir; fakat bu konuda bilgi almanın başka yollardan mümkün olması halinde müdahalenin demokratik bir toplumda gereksiz olacağına karar vermiştir[51].

3.2.3.3.4. Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması

Genel olarak tüm toplumlarda başkalarının hakları, şeref ve haysiyetini korumak amacıyla ifade özgürlüğünü sınırlayıcı düzenlemeler yapılabileceği kabul edilmektedir; fakat burada önemli olan başkalarının hakları ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi kurmak, yani sınırlamanın da sınırını çizebilmektir (Karagöz, 2004: s.168). Bu sınırlamalar hem gerçek kişiler için hem de tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan topluluklar ile devletin organları için geçerlidir (Sunay, 2001: s.95). Bu konuda genellikle politikacılar ve devlet görevlilerinin eleştirilere karşı korunması hakkında kararlar olduğu halde resmi sıfatı olmayan kişilerin hakları ve şöhretinin korunması hakkında da kararlar bulunmaktadır.

Fiziksel bir müdahale olmasa bile aşağılayıcı, müstehcen, kaba yazı ve sözler ile hakaret, sövme, iftira şeklindeki ifade açıklamaları ifade hürriyeti kapsamında korunmayacaktır (Sunay, 2001: s.97).

AİHM kişilerin şöhret ve haklarının korunması konusuna büyük önem vermektedir; fakat politikacılar ve üst düzey devlet görevlilerine yapılan eleştiri,

---

50Müller/ İsviçre davası, 24.5.1988, Türkçe karar metni için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=159.
51Open Door and Dublin Well Women/İrlanda, 29.10.1992, Türkçe karar özeti için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=375.

iftira ve hakaret gibi ifadeler hakkında iç hukukta özel yasalar hazırlanmasını Sözleşme'ye uygun bulmamaktadır ve iç hukukta bu şekilde özel yasalar olsa dahi yerel mahkemelerin bunları uygulamaktan kaçınarak genel düzenlemeleri uygulaması gerektiğini belirtmektedir (Özbey,2013: s.77). Ayrıca Mahkeme kararlarında politikacılar ve hükümetlerin onlar hakkında yapılan eleştirilere karşı daha toleranslı olması gerektiğini, kabul edilebilir eleştirinin sınırının daha geniş olduğunu da vurgulamaktadır (Karagöz, 2004: s.174).

Castels/İspanya davasında Bask Partisi adayı olarak seçilen Miguel Castells 1979 da bir dergide Bask kökenli vatandaşlara karşı saldırılar yapan silahlı gruplar hakkında kamuoyuna bilgi vererek hükümetin bu durumdan sorumlu olduğunu söylemiştir; fakat bu sözleri sebebiyle hapse mahkum edilmesi üzerine yaptığı başvuruda AİHM, hükümetin eleştirilmesinde hoşgörü sınırının bireyin ya da politikacının eleştirilmesindeki sınırdan daha geniş tutulması gerektiğini belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır[52].

Constantinescu/Romanya davasında öğretmenler sendikası başkanının, hakkında takipsizlik kararı verilen üç öğretmen için "yataklık edenler" şeklindeki ifadesi nedeniyle mahkum edilmesi konusunda AİHM, başkalarının hakları ve şöhretinin korunması için belirlenen sınırlar içerisinde eleştiri yapabilecekken bu şekilde hakarete varan eleştirilerin sınırlanmasını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır[53].

Politikacıların şöhret ve hakları basın özgürlüğüyle çatıştığı durumlarda ulusal mahkemeler de orantılılık ilkesini göz önüne alarak söz konusu ifadeleri yayınlayanlara yaptırım uygulamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına karar verecektir (Sunay, 2001: s.98).

Tanrıya, dine veya kutsal sayılan nesne ve kişilere yönelik aşağılayıcı sözler ve hakaretler başkalarının şöhret ve haklarının korunması bakımından sınırlandırılabilecektir. Dinin hukuk düzenine hakim olduğu toplumlarda bu

52 Castells/ İspanya, Başvuru No. 11798/85, 23.04.1992.
53Constantinescu/Romanya davası, 27.6.2000, Türkçe karar özeti için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=1368.

şekildeki ifadeler cezalandırılmıştır; fakat toplumların laikleşmesi ile birlikte bu suç ya kaldırılmış ya da kamu yararı sebebiyle saklı tutulmuştur (Özbey, 2013: s.182).

Otto-Preminger Institute/Avusturya davasında Musevi, Hıristiyan ve İslam dinlerinin Tanrılarının şeytanın önünde eğilen yaşlılar olarak, Hz. İsa'nın ise zeka geriliği olan biri olarak gösterildiği "Cennetteki Konsey" isimli filmin yayınlanmasının yasaklanması konusunda AİHM dine yönelik, kutsal sayılan kişilere yönelik, başkalarını rencide edecek ifadelerin başkalarının haklarının ve genel ahlakın korunması amaçları ile orantılılık ilkesi gözetilerek sınırlanmasının Sözleşmeye uygun olacağını belirtmiştir[54].

3.2.3.3.5. Gizli Bilgilerin Yayılmasının Önlenmesi veya Yargı Gücünün Otorite ve Tarafsızlığının Korunması

AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde yargı organının otoritesi ve tarafsızlığının ihlal edilip edilmediğini de incelemektedir. Örneğin Barford/Danimarka davasında bir gazeteci, iç hukukta açtığı bir davanın davaya bakan hakimlerden ikisinin tarafsız olamamasından dolayı olumsuz sonuçlandığı yönünde bir makale yayınlamıştır; gazetecinin bu makale sebebiyle hakaret suçundan mahkum olması hakkında Mahkeme, devletin hakimlerin otoritesi ve saygınlığını koruma yükümlülüğü bulunduğunu belirterek gazeteci hakkındaki mahkumiyet kararının Sözleşme'ye uygun olduğuna karar vermiştir[55]. Aynı şekilde Oberschlick/Avusturya davasında da AİHM hakimler hakkındaki eleştirilerin hakaret oluşturduğunu kabul ederek bu ifadelerin yer aldığı yayınların toplatılmasının ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir (Özbey, 2013: s.81).

Mahkeme bu konuyla ilgili kararlarında yargı mensuplarının otoritesinin ve saygınlığının korunması ile basın özgürlüğü arasında denge kurma gerekliliğini belirtirken, hem yargıçların kamunun güvenine sahip olması

54 Otto-Preminger Institute/Avusturya davası; naklen Kasım Karagöz, a.g.tz., s. 184.
55Barford-Danimarka davası, 22.2.1989, Türkçe karar metni için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=181.

gerektiği ve yargıçların kamu önünde konuşmama sorumluluğu olduğunu hem de kamuyu ilgilendiren konularda basının halkı bilgilendirme yükümlülüğü olduğunu ve bu ikisi arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır (Özbey, 2013: s.84).

Skalka/Polonya davasında AİHM yargı organlarının da eleştirilere açık olacağını söylemiştir; ancak mahkemeyi ve mahkeme üyelerini aşağılamaya yönelik ifadelerle, kamunun mahkemeye olan güvenini yıkıcı nitelikteki asılsız ifadelerin eleştiri olarak kabul edilmeyeceğini ve bu ifadelerin sınırlanmasının sözleşmeye aykırı olmayacağını eklemiştir[56].

Yargı organlarının verdiği kesin kararlar hakkında kamuda tartışma yapılıp yapılamayacağı konusunda ise AİHM, yargı kararları hakkında tartışmalar ile eleştirilerin yasaklanmasının mümkün olmayacağını ve bu kararlardaki ifadeler nedeniyle hakarete uğradığını iddia edenlerin iddialarının kabul edilemeyeceğini belirtmektedir (Özbey, 2013: s.84).

Gizli bilgilerin yayılmasını önlemek amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması da meşru amaç olarak kabul edilmektedir. Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi konusunda inceleme yaparken ifade özgürlüğü ile kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla sözleşmenin 10. maddesindeki meşru amaçlar arasında orantı sağlamaya çalışmaktadır (Özbey, 2013: s.87).

Guja-Moldova davasında Moldova'da başsavcılıkta çalışan müdürün bir soruşturmada yer alan mektupları gazeteye vermesi sonrasında işten çıkarılması hakkında AİHM, çalışanların işverene karşı sadakat yükümlülüğü sebebiyle bilginin açıklanması için önce üst makama başvuru yapılması gerektiğini ve açıklanan belgelerde yer alan ifadelerin kamunun bilmekte menfaati olduğu konularla ilgili olduğunu belirtmiş; fakat daha az bir yaptırım uygulanması

56Skalka/Polonya davası, 27.5.2003, Türkçe karar içi bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3692.

mümkün olduğu halde işten çıkarmanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir[57].

57Guja/Moldova davası, 12.02.2008, Türkçe karar özeti için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=9227.

İKİNCİ BÖLÜM

1982 ANAYASA'SI VE AİHS ÇERÇEVESİNDE KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1. KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1.1. Kötüye Kullanma Yasağı Kavramının Ortaya Çıkışı ve Militan Demokrasi

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, normatif alanın belirlenmesi amacıyla yapılan bir düzenleme iken kötüye kullanma kavramı temel hak ve özgürlüklerin belirlenen normatif alan dahilinde ancak dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanılması ile ilişkili olarak ortaya çıkmıştır (Heper, 2014: s.236). II. Dünya Savaşı'nı hazırlayan süreçte totaliter ideolojiler demokratik usulleri kullanarak özgürlükçü rejimleri ortadan kaldırmaya girişmiş, yaşanan acı olaylar sonrasında özgürlükçü rejimlerin kendini korumak amacıyla aldığı önlemler militan demokrasi anlayışını doğurmuştur (Kaboğlu, 1993: s.66; Gülfidan, 2013: s.1).

Başlarda 1917 Bolşevik İhtilali ile gelişen komünist eğilime karşı alınan bir takım önlemler ve sert tavrın sonucunda aşırı sağcı ve faşist eğilim ortaya çıkmıştır (Hakyemez, 2000: s.31). Özellikle İtalya ve Almanya'da liberal demokrasinin olanaklarını kullanarak iktidara gelen baskıcı rejim yanlıları, iktidara geldikten sonra kendi yerini korumak ve sağlamlaştırmak amacıyla demokratik düzeni yıkıcı faaliyetlerde bulunmuştur.

Weimar Anayasası devlet iktidarını en üst irade olarak görmüş, hatta 48. maddesinde cumhuriyeti korumak için temel hakların askıya alınması ve siyasi partilerin yasaklanmasının mümkün olduğunu düzenlemiştir (Hakyemez, 2000: s.30). İkinci Dünya Savaşı'na yakın, Almanya'da devlet ile halkın bir olduğu

düşüncesi, devlet yararının her şeyin üstünde olduğu fikri ve 1929 Büyük Ekonomik Buhran'ın yol açtığı işsizlik toplumda ırkçılığın yayılmasına sebep olmuş; zaman içerisinde dönemde Weimar Anayasası'nın otoriteyi koruyucu tavrının da yardımıyla Hitler'in liderliğinde siyasi partiler kapatılarak, temel hak ve özgürlükler yasaklanarak tek parti diktatörlüğü kurulmuştur (Yokuş, 2002: s.41). Weimar Anayasasının demokrasiyi ve demokrasinin yarattığı toplum düzenini koruyucu bir düzenleme içermemesi sonucunda bir anlamda demokrasinin kendi kendini imha etmesi söz konusu olmuş, böyle bir durumun tekrar yaşanmaması düşüncesiyle de ulusal ve uluslararası belgelerde kötüye kullanma yasağı kavramı yer almaya başlamıştır.

Kaboğlu, hak ve özgürlüğün kötüye kullanılmasını kişinin veya bir topluluğun onu amacına aykırı olarak kullanmaya yönelmesi şeklinde tanımlamıştır (Kaboğlu, 1993: s.64). Hafızoğulları, liberal, demokratik devlet düzeninin temel yapısını oluşturan çoğulculuk anlayışına zarar verecek nitelikteki saldırılara karşı devletin kendi varlığını koruyucu tedbirler almak zorunda olacağını ifade eder (Hafızoğulları, 2004: s.88). Bu bağlamda demokrasinin varlığını korumak için kendini yok edecek özgürlükleri sınırsız bırakamayacağı görüşü savunulmaktadır (Kapani, 2013: s.217,222). Hakyemez, militan demokrasiyi faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm gibi demokrasiyi yıkmayı amaçlayan ideolojilere sahip bireylerin ifade ve örgütlenme özgürlüğü gibi bazı özgürlüklerinin kısıtlanması şeklinde liberal demokrasi anlayışının farklı bir yorumu olarak görmüştür (Hakyemez, 2000: s.34). Kanaatimizce militan demokrasi, demokrasinin kendini koruma çabasının ürünü olarak ortaya çıkarken hukuki metinlerde kötüye kullanma yasağı şeklinde somutlaşmıştır.

Söz konusu kavramların ortaya çıkmasından sonra anayasacılık hareketlerinin amacı özgürlükçü düzenin sürdürülmesi için hem devlet iktidarının sınırlanması, hem de özgürlükleri kötüye kullanmaya çalışanların özgürlüğünün sınırlanması olmuştur (Hakyemez, 2000: s.34). Bu noktada "Özgür düzeni bozucu faaliyetlere girişenlerin özgürlükleri korunmalı mıdır? Özgürlüğü yok etme özgürlüğü var mıdır?" soruları karşımıza çıkar.

Demokrasilerde özgürlüğün vazgeçilmez olduğunu savunan liberal görüşe göre özgürlüğü yok etmek isteyenlerin özgürlüğünü yasaklamak demokrasinin kendisiyle çelişmek olacaktır ve bu nedenle de savunulan fikirler zararlı olarak kabul edilse dahi özellikle ifade özgürlüğünün bu sebeple sınırlanması kabul edilmemiştir (Hakyemez, 2000: s.46; Yokuş, 2002: s.37). Çünkü rejim kendini korumak için dahi olsa özgürlüğü sınırlayıcı veya yasaklayıcı bir yola girdiğinde kendi kendini imha etme aşamasına gelmiş olacaktır (Yokuş, 2002: s.37). Bu görüşü savunanlar gerekçe olarak ifade özgürlüğünün devlet tarafından tanınan bir özgürlük değil; doğal hukuka dayalı bir özgürlük olduğunu, demokratik rejimin sağlıklı işlemesi için yıkıcı olarak kabul edilen düşünceleri savunanlara da ifade özgürlüğünün tanınması gerektiğini söylemiştir (Hakyemez, 2000: s.49).

Türk doktrininde Sami Selçuk, özellikle düşünce özgürlüğünün kötüye kullanılacağı ve demokratik istemin yok edileceği bahanesiyle sınırlanamamasını üç sebebe bağlamıştır. İlk neden her düşüncenin kendi karşıtıyla sentezlenerek var olduğu, ikinci neden demokrasinin özgürlükçü ve hoşgörülü yapısının gereği olması ve üçüncü sebep en uç görüşleri bile içinde barındıran demokrasinin bu yıkıcı görüşleri serbestleştirerek özgürleştireceği ve evcilleştireceği düşüncesidir (Selçuk, 1999: s.9). Bu sebeplerle demokrasinin kendi kendinin garantisi olduğunu ve özgürlükleri sınırlayıcı militan demokrasi anlayışının kabul edilemez olduğunu belirtir (Selçuk, 1999: s.9).

Özgürlükleri ve demokratik rejimi yok etmeye çalışanların özgürlüklere sahip olmaması gerektiğini savunanlara göre ise demokratik rejimin kendini koruması bir gerekliliktir ve tekrar II. Dünya Savaşı öncesindekine benzer olayların yaşanmaması için özgürlükçü düzeni yok etmek isteyenlerin özgürlükleri kısıtlanmalıdır (Hakyemez, 2000: s. 49; Yokuş, 2002: s.38) . Bu görüşe göre özgürlüğü yok etmek isteyenlere özgürlük tanımak, ilerde özgürlüğün ortadan kalkmasını peşinen kabul etmek anlamına gelecektir (Kapani, 2013: s.219).

Kapani, durumu örgütlenme ve ifade özgürlüğü bakımından ayrı ayrı değerlendirmiştir. Örgütlenme özgürlüğü bakımından değerlendirme yaparken

demokratik düzeni yok edip yerine diktatörlük getirmeyi amaçlayan ve hatta bunu şiddet yoluyla yapmaya çalışan siyasal kuruluşların bu eylemlerini önlemek için yasaklamalar getirilmesini haklı görmüştür (Kapani, 2013: s.226). Diğer yandan çoğulcu demokratik toplumların vazgeçilmezi olan ifade özgürlüğünün, özgürlüğü yok edici ve yıkıcı faaliyetlere aracılık etmek için kullanılması durumunda, şiddet eylemlerinin oluşacağına yönelik yakın tehlike halinin mevcut olduğu yargı organlarınca belirlenmişse, ifade özgürlüğünü kötüye kullananların bu özgürlükten mahrum bırakılmasını demokratik rejime uygun görmüştür (Kapani, 2013: s.227). Hafızoğulları demokratik devletin temelinde çoğulculuk kavramının yattığı görüşünden hareketle çoğulculuk ilkesini yok etmeye yönelik faaliyetler söz konusu olduğunda özgürlüklerin kısıtlanabileceğini kabul etmiştir (Hafızoğulları, 2004: s.88) . Hakyemez de yalnızca ifade özgürlüğünün yıkıcı faaliyetlerin propagandasının yapıldığı, şiddete teşvik aracı olarak kullanıldığı durumlarda özgürlüğü yok etme özgürlüğünün tanınması gerektiğini söyler (Hakyemez, 2000: s.54).

Kanaatimizce bu konuda net bir karar vermek oldukça güçtür. Demokrasi kültürünün yerleştiği, özgürlüklere olan bağlılığın sağlam olduğu bir toplumda faşizm, nasyonal sosyalizm veya komünizm gibi özgürlükler için tehlikeli kabul edilen görüşlerin savunulması tehdit olarak kabul edilmeyecek ve rejim için yıkıcı nitelikte olmayacaktır; fakat demokrasi kültürünün sallantıda olduğu toplumlarda ufak bir kıvılcım bile büyük sorunlar doğurabileceğinden özgürlük karşıtı söylemler büyük tehdit oluşturabilir; bu yüzden toplumun yapısı ve içinde bulunduğu durum göz önüne alınarak hareket edilmelidir[58]. Ayrıca demokrasiyi koruma adına demokratik rejimin tehlikeye düştüğü hallerde iktidara özgürlüklerin askıya alınması gibi bir yetki verilmesinin ne gibi sonuçlar doğurabildiği Weimar Anayasası örneğinde görülmüştür.

Militan demokrasi gereğince hak ve özgürlüklerin sınırlanması ancak demokratik düzenin ve bireylerin bütün özgürlüklerinin korunması şartı ile mümkün olmalıdır (Sevtap Yokuş, 2002: s.55). Militan demokrasi kavramı

58 Aynı yönde bkz. Kapani, 2013: s.220,226,227.

demokratik rejimi koruma adına temel hak ve özgürlüklerden taviz verilmesi, demokrasinin varlığını sürdürmek için mücadeleci tavır alması şeklinde genel olarak kabul edilmektedir. Varlığını demokratik rejime borçlu olan temel hak ve özgürlüklerin rejimi yok edecek derecede geniş algılanamayacağı görüşü ön plana çıkmaktadır (Sevtap Yokuş, 2002: s.54). Bu şekilde alınan önlemlerdeki temel amaç toplumda demokratik rejim düşmanlarının, rejimin sağladığı hakları kullanarak kendi totaliter ideolojilerini dikta etmesinin önüne geçmektir (Sevtap Yokuş, 2002: s.54).

Militan demokrasinin bireylerin yerine geçerek onlar için hangi rejimin uygun olduğuna karar vermesinin bireylerin iradesini yok saymak anlamına geldiği gerekçesiyle liberal demokratik düzene uygun bir yaklaşım olmadığı da savunulmaktadır (Şahin, 2009: s. 319). Özellikle ifade özgürlüğü çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekirse militan demokrasinin katı yaklaşımı ifadenin içeriğinin zararlı kabul edilerek doğrudan bir yasaklamaya gidilmesi sonucu düşünce suçu kategorisinin oluşturulmasına yol açabilecektir. İfade özgürlüğünün temelinde karşıt görüşlerin birlikte aynı ortamda savunulması vardır. Aynı zamanda böyle bir tartışma ortamının yaratılması demokratik toplumun ve çoğulculuğun da gereğidir.

Militan demokrasi anlayışının yansıması olarak 10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde de bildirgede yer alan hiçbir kuralın devlete veya bireylere hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik eylemlere girişme hakkı sağlamadığı vurgulanmıştır[59] (İHEB md. 30). AİHS 17. maddede de hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

1.2. Kötüye Kullanma Yasağının 1982 Anayasası'ndaki Yeri

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin anayasal sistemine kötüye kullanma yasağı kavramı ilk kez 1961 Anayasasında yapılan 1971 yılı değişiklikleri ile dahil olmuştur. Bu kavrama 1982 Anayasasında 14. maddede yer verilmiş, bir

59 İHEB Çevirisi için bkz. http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyannamesi.pdf.

nevi katmerli sınırlama sisteminin garantisi görevi yüklenmiştir (Gülfidan, 2013: s.2). Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, uluslararası insan hakları metinlerinden farklı olarak Türk anayasalarında genel sınırlama rejimi kapsamında tutulmuştur (Heper, 2014: 239). Anayasanın 14. maddesinin AİHS 17. maddeye göre daha sınırlayıcı nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Sözleşme'de yalnızca temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik faaliyetler yasaklanırken, Anayasa'nın 14. maddesinde, bunun yanında temel hak ve özgürlüklerin devletin bazı temel niteliklerine aykırı kullanımları da hakların kötüye kullanılması sayılmaktadır (Heper, 2014: 239).

1982 Anayasasının ilk şeklinde 14. maddede temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımının yasaklandığı haller geniş bir şekilde sayılmıştır. Buna göre "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığının tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan 'bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar."*

Bu haliyle 14. maddenin tüm temel hak ve özgürlüklere, özellikle de ifade özgürlüğüne sınır çizmeyi hedeflediği söylenebilir (Yokuş, 2002: s.162; Hakyemez, 2000: s. 33). Temel hak ve özgürlüklere çizilen sınırın anayasanın 13. maddesinde yer alan demokratik toplum düzenine uygunluk kriteriyle sınırlı olması gerektiği unutulmamalıdır (Aliefendioğlu, ty: s.19). 14. maddenin 2001 değişikliğinden önceki durumunu Başlangıç kısmı ile birlikte değerlendirmek gerekir. 2001 yılındaki değişiklikten önce Başlangıç'ta, "hiçbir düşünce ve mülahazanın" şiddet unsuru içermeyen, eyleme dönüşmemiş nitelikte dahi olsa bu paragrafta belirtilen ilkelere aykırılık teşkil edemeyeceği yer almaktaydı. 14. madde ile birlikte değerlendirildiğinde sadece eylemlerin değil düşünce açıklamalarının da yasaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır (Hakyemez, 2000: s.185; Yokuş, 2002: s.163).

Diğer bir bakış açısıyla bakıldığında 14. maddede yer alan "yok etmek", "bozmak", "tehlikeye düşürmek" gibi davranışların eylem niteliğinde olduğu ve bu sebeple de maddede yasaklanın düşüncelerin açıklanmasından çok bu davranışları gerçekleştirmeye yönelik eylem kastı olduğu sonucuna varılmaktadır (Hakyemez, 2000: s.185; Yokuş, 2002: s.163; Turhan, 1988: s.108,109; Özbudun, 2013: s.120). Burada belirtilen eylemler ile özgürlüklerin kullanılması arasında bir nedensellik bağının bulunması durumunda özgürlükler kötüye kullanılmış sayılır ve bunların yasaklanması mümkün olur (Hakyemez, 2000: s.185; 2002: s.34; Yokuş, 2002: s.163; Özbudun, 2013: s.120; Kaboğlu, 1993: s. 67).

Tanör ve Yüzbaşıoğlu, Anayasa Mahkemesinin 1986 yılında verdiği bir kararını örnek göstererek bu görüşe karşı çıkmıştır. Söz konusu kararda devletin sanatı ve sanatçıyı korumasının, sanat yoluyla işlenen suçların cezalandırılmasına engel olmadığı belirtilmiş, bunun gerekçesi olarak da Anayasanın 14. maddesi gösterilmiştir[60]. Tanör ve Yüzbaşıoğlu bu kararla 1961 Anayasası döneminde bilim sanat özgürlüğünü sınırsız, düşünce özgürlüğünü sınırlı kabul eden Anayasa Mahkemesinin, 1982 Anayasası ile bilim sanat özgürlüğünün de alanını daralttığı, bu durumda "yasaklanan düşünce özgürlüğü değildir, eylem kastıdır" görüşünü savunma imkanı kalmadığı görüşündedir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.145,146). Ayrıca Tanör, 2001 öncesi haliyle 14. maddenin aynen 13. madde gibi temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı genel bir hüküm olmasının yanında düşünce suçlarının Anayasaya uygun görülmesinde başvurulan bir hüküm olduğunu bu sebeplerle de ifade özgürlüğünün alanını daralttığını ve AİHS'nin 17. maddesinden ayrıldığını vurgular (Tanör, 1994: s. 205)

Erdoğan'a göre de bu madde fiilen resmi ideolojiye aykırı düşen her türlü sivil ve siyasal düşünce ve oluşumları yasakladığı, bunların toplumda yer bulma imkanını büyük ölçüde ortadan kaldırdığı için doğrudan doğruya düşüncenin kendisini de yasaklamaktadır (Erdoğan, 2001: s.127,129).

60 AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, k.t. 26.11.1986, **Resmi Gazete,** 14.08.1987, S. 19544.

Söz konusu düzenlemeye göre belirtilen yasaklara uymayan ve başkalarını uymamaya teşvik ve tahrik edenler hakkında müeyyide uygulanacaktır (AY eski 14. Md.). Böylece "teşvik" ve "tahrik" fiilleri de müeyyideye tabi kılınmıştır. Maddenin son fıkrası gereğince Anayasada yer alan hükümlerden hiçbiri Anayasada yer alan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik bir eyleme aracılık etmek şeklinde yorumlanamaz. Bu hüküm kötüye kullanma yasağını yalnızca bireyler hakkında düzenlediği için AİHS'nin 17. maddesinden ayrılmaktadır. Çünkü AİHS'nin 17. maddesinde kötüye kullanma yasağı hem devlet hem de bireyler hakkında düzenlenmiştir. AİHS'teki düzenlemenin amacı insan haklarını devletin ölçüsüz sınırlandırmasına karşı korumak iken 1982 Anayasası bir bütün olarak devletin korunması anlayışını benimsemiştir (Heper, 2014: s.246).

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse 2001 değişikliğinden önce Anayasanın 14. maddesi çoğulcu demokratik devlet düzenini sağlamayı amaçlayan militan demokrasinin çerçevesini aşmış, temel hak ve özgürlükleri geri plana atarak yalnızca devleti koruma amacına hizmet eden bir hüküm durumundadır (Yokuş, 2002: s.165).

2001 yılı değişikliklerinden sonra Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin Devletin bölünmez bütünlüğünü, insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyet düzenini bozmaya yönelik faaliyetler için kullanılamayacağı düzenlenmiştir(AY md.14/1)

Devletin ve bireylerin Anayasadaki hükümleri kullanarak temel hak ve özgürlükleri Anayasada düzenlenenden daha fazla sınırlayamayacağı veya kötüye kullanamayacağı da güvence altına alınmıştır(AY. md. 14/2). Bu düzenlemelere aykırı davranışlar hakkında uygulanacak yaptırım kanunla düzenlenecektir (AY md. 14/3).

2001 Anayasa değişikliğinden sonra da 14. maddenin ilk fıkrasında devleti koruyan yasaklara ilişkin içeriğin tümüyle değiştiği söylenemez. Erdoğan'a göre kötüye kullanma fiili zararı esas almayıp hak sahibinin güttüğü amacı esas

aldığından değişiklik sadece şekilsel anlamda kalmış, normatif anlamda bir değişiklik söz konusu olmamıştır (Erdoğan, 2002: s.69). İlk fıkrada devleti korumaya yönelik yasaklar devam etse de maddede yasaklanan "faaliyet" kavramı yalnızca "eylem" niteliği taşıyan davranışlarla sınırlandırılırsa artık bu madde vasıtası ile düşünce açıklamalarının sınırlanması sorununun sona erdiğini söylemek mümkün olacaktır (Yokuş, 2002: s.166).

Özbudun, maddede kullanılan "faaliyet" kavramının yargı organlarınca düşünce açıklamalarını kapsayacak şekilde geniş yorumlanması tehlikesini taşıdığını söylemektedir (Özbudun, 2013: s.120). Gerçekten de "faaliyet" kavramı eylem niteliğine dönüşmemiş düşünce açıklamalarını kapsayacak şekilde yorumlanırsa 14. maddede sayılan değerlerle çelişebilecek kamuoyu oluşturmaya yönelik düşünce açıklamalarının da yasaklanması sonucunu doğuracaktır (Can, 2002: s.9). Başlangıç kısmında yer alan "hiçbir düşünce ve mülahaza" kavramı yerine "hiçbir faaliyet" kavramının kullanılması Başlangıcın genel anlamı ve ruhu düşünüldüğünde düşünce açıklamaları adına bir gelişme sayılamayacaktır (Yokuş, 2002: s.166).

Gözler konuya farklı yaklaşarak, zaten hukukun hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını korumayacağı gerekçesiyle 1961 Anayasası ve 1982 Anayasasında kötüye kullanma yasağının düzenlenmesini ve bu konu hakkında doktrindeki tartışmaları çok gereksiz gördüğünü belirtmektedir (Gözler, 2013: s.122).

14. maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklik ile getirilen en önemli yenilik kötüye kullanma yasağının sadece bireyler için değil, aynı zamanda devlet için de söz konusu olmasıdır (Heper, 2014: s.248; Yokuş, 2002: s.166). Böylece devlet, temel hak ve özgürlükler için Anayasada düzenlenenden daha geniş sınırlamalar öngören veya temel hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaç edinen bir faaliyette bulunamayacaktır (Heper, 2014: s.248). Böylece Anayasanın 14. maddesi ile AİHS'nin 17. maddesi arasında paralellik sağlanmaya çalışılmıştır.

1.2.1. 1982 Anayasası'nın 14. Maddesinde Koruma Altına Alınan Değerler

1.2.1.1. Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü

Devletin bölünmezliği onun egemenliği ile ilişkili olarak, en basit anlamda bir toprak parçası üzerindeki bütün yetkilerini belirleyebilmesi ve hukuk yaratma kudretine sahip olmasıdır (Teziç, 2013: s.139). Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi ise ülke, ulus, egemenlik ve devlet kavramlarının birbirlerinden ayrılmaz bir bütünlük oluşturduğunu ifade etmektedir (Heper, 2014: s.249; Yokuş, 2002: s.168). Bu bütünlük federalizmi yasaklayan, tek ülke, tek ulus ve bunlara bağlı tek bir siyasi otoriteye dayanan üniter devlet yapısını gerektirir (Yokuş, 2002: s.168; Hakyemez, 2000: s.202). Maddede yasaklananın, federalizmi savunan görüşlerden ziyade bu görüşleri kullanarak bölücülük yapılması olduğu söylenmiştir (Hakyemez, 2000: s.204). Diğer yandan devletin milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin, ülke sınırları içinde farklı etnik kökenden gelen bireylerden de olsa tek bir ulusun varlığını kabul etmek suretiyle toplumda azınlık yaratılmasını önleyerek, bireyler arasında bu konuda eşitliğin sağlanmasına hizmet ettiği savunulmaktadır (Hakyemez, 2000: s.205). Demokratik toplum olmanın gereği ayrılıkçı olmamak şartıyla farklı etnik grupların kendini özellikle siyasi partiler yoluyla ifade etmesidir (Yokuş, 2002: s.168).

Anayasa'da birçok hak ve özgürlük ile ilgili olarak düzenlenen bu ilke Anayasa'nın değiştirilemez nitelikteki hükümleri arasında da yer almaktadır. Bu sebeple devletin bölünmez bütünlüğünün korunması Anayasa'yı değiştiren iktidarı da bağlayıcı niteliktedir (Yokuş, 2002: s.168). Başlangıcın 5. paragrafı ve 14. madde hükümlerinin bütün temel hak ve özgürlükler üzerinde etkili olduğu düşünüldüğünde; devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi bütün temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve sınırlanmasında uygulanabilecek bir genel kural niteliğindedir (Heper, 2014: s.250).

1.2.1.2. İnsan Haklarına Dayanan Devlet

1961 Anayasasında devletin niteliklerini sayarken "insan haklarına dayanan devlet" kavramını kullanmıştır[61]. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin "insan haklarına saygılı devlet" olduğu düzenlenmiştir. Bunun üzerine iki kavram arasında nasıl bir fark olduğu sorusu çok tartışılmıştır. 2001 yılındaki anayasa değişikliğiyle 14. maddeye "insan haklarına dayanan" ifadesinin eklenmesi iki kavramın karşılaştırılması konusunda tartışmaları yoğunlaştırmıştır. Bu konuda iki farklı görüş ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre iki kavram arasında temelde yaklaşım farkı bulunmaktadır ve 1982 Anayasası ile insan hakları devletin temel eksenini oluşturan kaynaklardan olmaktan çıkarak saygı duyulması gereken değerler bütünü halini almıştır (Sabuncu, 2006, s.36). Diğer bir görüşe göre ise iki kavram arasında temelde bir ayrılık bulunmaksızın sadece anlatım bakımından farklılık bulunmaktadır (Özbudun, 2013: s.107). Bu görüşü savunanlar 2. maddede bulunan "toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet" kavramlarının insan haklarına saygılı devletin çerçevesini çizen kavramlar mı olduğu yoksa bağımsız kavramlar olarak mı kullanıldığı sorusu üzerinde de durmuştur.

Bir görüşe göre Anayasanın genel ruhundan anlaşılan, özgürlüklere karşı otoriteye ağırlık veren tutumunun getirisi olarak bu kavramların "insan haklarına saygılı" olmanın sınırı olduğu savunulmaktadır (Tanör, 1994: s.107). Sonuçta bu kavramların insan haklarına saygılı devletin sınırlarını belirttiğini söylemek temel hak ve özgürlüklerin alanını daraltıcı bir yorum olacaktır (Özbudun, 2013: s.107; Yokuş, 2002: s.169; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s.79). Ayrıca kavramların birbirinden virgülle ayrılmış olmaları sebebiyle birbirinden ayrı kullanıldığı da söylenmektedir (Özbudun, 2013: s.107). Sonuç olarak 2001 yılındaki değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin hem insan haklarına saygılı hem de insan haklarına dayanan bir devlet olduğu kabul edilerek temel hak ve özgürlükler bakımından olumlu bir adım atıldığı söylenmektedir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.80; Heper, 2014: s.252). Genişletici yorum yapılarak Anayasanın geneli için "insan

61 Metin için bkz. https://anayasa.tbmm.gov.tr/1961.aspx

haklarına dayalı devlet" anlayışının geçerli olduğunu da kabul etmek mümkündür (Yokuş, 2002: s.170).

1.2.1.3. Demokratik Cumhuriyet

Anayasanın 14. maddesinde koruma altına alınan değerlerden biri de demokratik ve laik cumhuriyet yapısıdır. Devletin niteliklerinin düzenlendiği 2. maddede de bu değerler koruma altına alınmıştır. Cumhuriyet egemenliğin halkın kendisi tarafından kullanılmasını ifade ederken demokrasiyi de içine almaktadır (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.85). Diğer bir deyişle "demokratik devlet" cumhuriyeti tamamladığı gibi onu somutlaştıran bir ilkedir (Soysal, 1997, s.272). Demokratik bir devlet olmanın temel koşulu siyasal otoritenin bütün partilere iktidara gelebilmeleri için eşit şans tanındığı genel oya dayalı serbest seçimlerle belirlenmesi ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasıdır (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.86; Yokuş, 2002: s.170; Özbudun, 2013: s.87). Halkın oylarıyla seçilmiş iktidarın yetkilerini hukuka ve anayasaya uygun olarak kullanması kadar iktidarın el değiştirebilmesi imkanının sağlanması da demokratik devlet olmanın gereğidir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.86). Tanör ve Yüzbaşıoğlu; çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışı ülkeden ülkeye yapılanma biçimi bakımından farklılık gösterse de bu sayılan temel koşulların evrensel olduğu görüşündedir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.86).

1982 Anayasasında devletin demokratik niteliği vurgulansa da Anayasanın Başlangıç kısmının 3. paragrafında "bu anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi" ibaresi hala varlığını korumaktadır. Bu ifadeden evrensel demokrasi ve demokratik devlet anlayışı yerine 1982 Anayasası çerçevesi ile sınırlı demokrasi anlayışının geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye'de geçerli demokrasi anlayışının militan demokrasi anlayışının getirdiği sınırlamaları aşarak özellikle ifade özgürlüğü ve siyasi örgütlenme özgürlüğüne normalin ötesinde kısıtlama getirdiği görülmektedir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s. 86,87).

Anayasanın 14. maddesinde yer verilen "demokratik cumhuriyet" ilkesi 1982 Anayasası'nın değişikliklerden önceki şeklinde taşıdığı genel anlam kapsamında değerlendirilirse getirilen yasaklamalar çok geniş kabul edilecektir;

fakat değişikliğin amacı evrensel hukuk düzenlerindekine benzer bir "demokratik devlet" anlayışı oluşturmak ise "insan haklarına dayanan devlet" ifadesi temel hak ve özgürlüklerin alanını genişletici şekilde yorumlanmalı ve "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri… demokratik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*" İfadesi militan demokrasi kavramı çerçevesinde anlamlandırılmalıdır (Yokuş, 2002, s.171).

1.2.1.4. Laik Cumhuriyet

1982 Anayasası'nda 2001 değişikliğinden önce Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin "*din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak"* hedefiyle kullanılamayacağı açıkça düzenlenmişti (AY eski md. 14). 2001 değişikliğinden sonra 14. maddede Anayasada yer alan hak ve özgürlükler hakkında "*…lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*" düzenlemesine yer verilmiştir (AY md. 14).

Özbudun'a göre; laikliğin din özgürlüğü ve din ve devlet işlerinin ayrılması olmak üzere iki boyutu bulunur (Özbudun, 2013: s.79). Yazar din hürriyetini de inanç ve ibadet özgürlüğü olarak ikiye ayırmıştır (Özbudun, 2013: s.79). Anayasanın 24. maddesinin ilk fıkrasına göre "*Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir."* Böylece bireylerin istediği dini inancı benimseyebileceği gibi hiçbir inancı benimsememekte özgür oldukları da anayasal güvence altına alınmıştır (Özbudun, 2013: s.79; Gözler, : s.65). Aynı maddenin 3. fıkrasına göre kimseye dini inanç ve kanaatlerini başkalarına açıklaması için baskı yapılamaz; kimse bu inanç ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz (AY md. 24/3). Böylece inanç özgürlüğü anayasada sınırsız bir özgürlük olarak düzenlenmiştir ve olağanüstü hallerde dahi bu özgürlük korunacaktır (AY md. 15).

25 Nisan 2006 tarih ve 5490 sayılı yasanın 7. maddesi gereğince nüfus aile kütüklerinde kişilerin din bilgisinin bulunması zorunludur[62]. Bu düzenlemenin anayasanın 24. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu eleştirilerinden sonra çözüm olarak kanunda aile kütüklerinde isteğe bağlı olarak din bilgisinin değiştirileceğine veya din hanesinin boş bırakılacağına yönelik değişiklik yapılmıştır (5490 sayılı yasa md.35). Böylece dini bilgilerini beyan etmek istemeyen kişilerin din bilgisine ait kısmın boş bırakılmasını talep etme hakkı verilmiştir; fakat kişilerin boş bırakmayı talep etmesi de dini bilgilerine yönelik bir beyan sayılır ve anayasadaki ilgili hükme aykırılık oluşturacağı açıktır (Gözler, 2013: s.65).

AİHM Sinan Işık/Türkiye davasında, 2006 yılından bu yana din hanesinin boş bırakılması mümkün olsa da resmi evraklardaki din ibaresinin silinmesi için makamlara yazılı başvurunun gerekmesi ve boş bırakılsa dahi din ibaresinin bulunması bireyi dini inanç ve düşünceleri hakkında bilgi vermeye zorlayacağından, durumun kişinin dinini ve inancını açıklamama hürriyetine aykırı olacağına karar vermiştir[63].

Din özgürlüğünün ikinci yarısını oluşturan ibadet hürriyeti hakkında Anayasanın 14. maddesi hükümlerine aykırı olmamak şartıyla serbestlik tanınmıştır. (AY md. 24/2). Yani ibadet özgürlüğünün sınırını Anayasanın 14. maddesi oluşturmaktadır. Kimseni dini ibadet ve törenlere katılma konusunda baskı altına alınamayacağı şeklinde ibadet etmeme hürriyeti de 24. maddede güvenceye alınmıştır (AY md. 24/3).

Laikliğin ikinci önemli boyutu olan din ve devlet ayrılığı kapsamında, devletin resmi bir dininin olmaması, devletin bütün dinlerin mensuplarına eşit davranması, din kurumları ile devlet kurumlarının ayrılmış olması ve devlet

62 5490 sayılı yasa MADDE 7/1: "Her mahalle veya köy için ayrı aile kütüğü tutulur. Aile kütüklerinde aşağıdaki bilgiler bulunur…. e) Dini…"
63 Sinan Işık/Türkiye, Başvuru no.21924/05, k.t. 02.02.2010. (Yazı İşleri Müdürü Tarafından Yayınlanan Basın Özeti) çev. Av. İsmail Kavak, Av. Ata Sabri Atılgan, Av. Elçin Kurt, Av. Emine Çileli, Av. Nuray Rüzgar, Av.Erkul Erdem Av.Serap Kervan, Av. Serkan Cengiz.

yönetiminin din kurallarından etkilenmemesi gerekir (Özbudun, 2013: s.80-84; Yokuş, 2022: s.117).

Laiklik ilkesi gereğince devletin resmi bir dini olmaması, tüm dinlere karşı eşit mesafede yani tarafsız konumda bulunması devletin herhangi bir dine yönelik zorunlu eğitim şartı öngörmemesini de kapsar (Özbudun, 2013: s.81; Sabuncu, : s.123). 1982 Anayasası'nda din kültürü ve ahlakı hakkında eğitim ve öğretimin ilk ve ortaöğretimde devlet gözetiminde zorunlu olduğu, din eğitimiyle ilgili diğer derslerin küçüğün kanuni temsilcisinin talebi üzerine verileceği düzenlenmiştir (AY md. 24/4). Gözler, bu düzenlemede zorunlu tutulanın "din eğitimi" değil, "din kültürü ve ahlak öğretimi" olduğunu söyleyerek ilk ve orta öğretim kurumlarında zorunlu tutulan din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinde öğrencilere belli bir dinin inançlarının benimsetilmesinin ve ibadetlerinin öğretilmesinin bu maddeye aykırılık oluşturacağını söylemektedir (Gözler, 2013: s.68).

Danıştay Sekizinci Dairesi, 7. sınıfta okuyan bir öğrencinin velisi tarafından çocuğunun din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muaf tutulması isteğinin reddedilmesi hakkında önüne gelen dosyada, öncelikle ilk ve ortaöğretim kurumlarında verilen, öğretime ilişkin müfredatın "din kültürü ve ahlak öğretimi" mi yoksa "din eğitimi" mi olduğunun tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir[64]. Daha sonra yaptığı incelemede bu derslerde öğrencilere namaz kılmanın öğretildiği, bazı surelerin ezberletildiği ve sonuç olarak bir din anlayışının benimsetildiği tespit edilmiş ve verilen dersin "din kültürü ve ahlak bilgisi" dersi değil "din eğitimi" dersi niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. Anayasanın 24. madde 4. fıkra hükmüne göre din eğitiminin kişilerin kendi isteğine, küçüklerin ise kanuni temsilcisinin talebine bağlı olması sebebiyle böyle bir talep olmadan verilen din eğitiminin Anayasaya aykırılık oluşturacağına karar vermiştir.

AİHM de Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye kararında ders kitaplarında Müslüman inancının temel ilkeleri ile şahadet, beş vakit namaz, Ramazan, hac

64 Danıştay 8. Daire, E.2006/4107, K.2007/7481, k.t.28.12.2007.

gibi konulara yer verildiğini; fakat Türkiye'de hakim olan dinsel çeşitliliğin "din kültürü ve ahlâk bilgisi" derslerinde dikkate alınmadığını belirtmiştir[65]. Yakın zamanda, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinde sunni inancına yönelik eğitim verilmesi sebebiyle alevi inancını benimseyen vatandaşların yaptığı başvuru hakkında AİHM din öğretimi alanında ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesi konusunda Türk eğitim sisteminin yeterli donanıma sahip olmadığını belirtmiş ve devletin tüm dinlere karşı tarafsız kalması gerektiğini vurgulamıştır[66].

Laiklik ilkesi hakkında bir diğer tartışma konusu Anayasa'da Diyanet İşleri Başkanlığı'na genel idare teşkilatı içinde yer verilmesinin bu ilkeye aykırılık oluşturup oluşturmadığıdır (AY md. 136). Kurumda yalnızca Müslümanlara yönelik çalışmalar bulunduğundan ve diğer vatandaşlara yönelik bir hizmet söz konusu olmadığından 136. maddedeki amaç da göz önüne alındığında din olgusunun çoğulcu siyasetin önlenmesinde araç olarak kullanıldığını söylemek mümkündür (Hakyemez, 2000: s.215; Yokuş, 2002: s.173). Gözler'e göre, din hizmetleri kamu hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu hizmetlerin görülmesi de Diyanet İşleri Başkanlığı'na bırakılmış, yani devlet dine bağlanmamış bu kurumla din devlete bağlanmıştır, sonuç olarak din kurumları ile devlet kurumlarının birbirinden ayrılması sağlanamamıştır (Gözler,2013: s.70).

Anayasa'nın 14. maddesindeki laiklik ilkesi ile ilgili yasaklamalar dışında, 2. maddede laiklik Cumhuriyetin temel niteliklerinden sayılmış, 4. maddeye göre bu hüküm değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez kabul edilmiştir[67]. Ayrıca 5. maddeye göre laiklik niteliğini korumak devletin temel amaç ve görevlerindendir. Anayasada laiklik ilkesi gereğince din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılması yasaklanmıştır (Başlangıç prg. 5). 24. maddenin 5. fıkrasında devlet düzeninin dine dayandırılması suretiyle kutsal duyguların kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Bu maddelerden de anlaşıldığı gibi laiklik ilkesi 14. madde haricinde de militan demokrasi anlayışı kapsamında

65 Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye, Başvuru no. 1448/04, k.t. 09.10.2007.
66 Mansur Yalçın ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 21163/11, 16.09.2014.
67 Anayasa metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf

doğrudan özgürlükleri sınırlayıcı bir ölçüt olarak kullanılmaktadır (Heper, 2014: s.253).

1.2.2. Anayasada ifade Özgürlüğüne Yönelik Kötüye Kullanma Yasağı

1982 Anayasası'nın 14. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı tüm hak ve özgürlükler için düzenlenmiş olsa da bazı hak ve özgürlükler için ayrı maddelerde özel kötüye kullanma yasakları da bulunur. Özellikle düşünce ve ifade özgürlüğü ile siyasi partilere ilişkin özgürlükler hakkında bu yasaklamalar yoğunluk kazanmıştır (Yokuş, 2002: s.174).

Anayasa'da düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü iki ayrı maddede düzenlendiğinden, düşünce özgürlüğünün sınırsız kabul edildiğinden ve ifade özgürlüğünün sınırlanmasının hangi şartlar altında meşru kabul edildiğinden daha önce bahsetmiştik. 2001 yılındaki Anayasa değişikliğinden önce ifade özgürlüğü ile ilgili maddede yer alan sınırlama sebepleri siyasi ifade açıklamaları ile ilgili kabul edilmemiştir; fakat Anayasa'nın 13. maddesindeki genel sınırlama sebeplerinin ve 14. maddesinde yer alan genel yasaklayıcı hükmün ifade özgürlüğü bakımından da geçerli olacağına şüphe yoktur (Teziç, 1990: s.175).

2001 yılındaki değişiklikten önce 14. maddenin genel sınırlama hükmü olup olmadığı, temel hak ve özgürlüklerin, en çok da ifade özgürlüğünün, norm alanını daraltıp daraltmadığı konusu tartışmalıdır. Kanadoğlu'na göre bu maddenin getiriliş amacı temel hak ve özgürlüklerin özellikle de düşünce özgürlüğünün kullanım alanını daralmak olduğundan maddenin temel hak ve özgürlüklerin norm alanına müdahale etmediği sonucuna varmak güçtür (Kanadoğlu, 2000: s.27). Tanör'e göre ise 14. madde de 13. madde gibi temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı genel bir hüküm olmakla beraber düşünce suçlarının anayasal sığınağı konumundadır ve doğrudan düşünceyi yasaklayıcı bir nitelik taşır (Tanör, 1994: s.205). Erdoğan da maddenin yalnızca kötüye kullanım biçimindeki eylemleri değil resmi ideoloji dışına taşan her türlü düşünsel oluşumu ve bunların etkinlikte bulunma imkanını ortadan kaldırarak doğrudan düşüncenin kendini yasaklayan yapıda olduğunu söyler (Erdoğan, 2001: s.127,129).

Daha geniş kapsamlı bir değerlendirme yapan Uygun'a göre 14. madde temel hak ve özgürlüklerin belirli kullanım biçimlerini "kötüye kullanma" olarak nitelendirip yasaklamaktadır; fakat bu maddenin düşünce özgürlüğünün norm alanını daraltıp daraltmadığını tespit edebilmek, dünce özgürlüğü ile ilişkisini yorumlayabilmek için maddeyi Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki ifadelerle birlikte incelemek gerekir (Uygun, 1992: s.67-69). Başlangıç kısmındaki "bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi" ifadesi ile "*hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesi ile bölünmezliği esasının… karşısında korunma göremeyeceği"* ifadelerinin Anayasa'nın 14. maddesi ile birlikte yorumlanması durumunda, bu maddenin düşünce özgürlüğünün belli kullanım biçimlerini sınırladığı gibi bu özgürlük bakımından bir genel sınırlama hükmü olduğunu söylemek mümkündür (Uygun, 1992: s.66-71; Heper, 2013: s.244).

1982 Anayasası'nda 13. maddede temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ayrıntılı olarak düzenlenmiş; yasalara aykırı olarak hak ve özgürlüklerin kullanılması halinde 14. maddede sayılan amaçların güdülebileceği ihtimali düşünülerek ayrıca 14. maddede kötüye kullanma yasağına yer verilmiştir (Aktaran: Heper, 2014: s.244).

Maddenin gerekçesinden de anlaşıldığı gibi 14. maddenin amacı sınırlamanın yetersiz kaldığı durumlarda hak ve özgürlüklere, özellikle de ifade özgürlüğüne yasaklamalar koyarak özgürlüğün kullanım alanını daha da sınırlamaktır ve bunu sağlarken 14. madde ile paralel düzenlenen Başlangıç kısmından faydalanılmaktadır (Heper, 2014: s.244).

Diğer bir görüşe göre yalnızca özgürlüğün kullanılması ile maddede sayılan "eylemler" arasında açık bir nedensellik ilişkisi bulunması durumunda özgürlüğün kötüye kullanılmış sayılmasının mümkün olabileceği vurgulanmaktadır (Teziç, 1990: s.36; Özbudun, 2013: s.120; Kaboğlu, 1993: s.67; Uygun, 1992: s.67). Aksi halde 14. madde genel sınırlama hükmü olarak kabul edilir, bazı düşüncelerin açıklanabileceği bazılarının açıklanamayacağı

belirlenirse özgürlüğün kendisi ortadan kaldırılacaktır (Yokuş, 2002: s.176; Hakyemez, ty: s.37).

2001 Anayasa değişiklikleri ile 14. maddede sayılan içerikteki "faaliyetler" yasaklanmış, Başlangıç kısmında da "düşünce ve mülahaza" kavramı yerine "faaliyet" kavramı kullanılmıştır. Bu değişiklikler sonrasında düşünce açıklamalarının bu madde gerekçe gösterilerek sınırlanamayacağı savunulabilir (Yokuş, 2002: s.177; Hakyemez, ty: s.37). Hakyemez'e göre, maddenin başında yer almaya devam eden "*Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri*" biçimindeki ifade, düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırını daraltmada anayasal bir dayanak olarak kullanılma tehlikesini taşımaktadır (Hakyemez, ty: s.37).

Kaboğlu, 14. maddede 2001 değişikliğinden önce Anayasadaki hükümler kullanılarak Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri yok edecek yorum yapılamayacağı hükmünün yorum biçimindeki düşünce açıklamalarına yasak getirdiğini belirtmiştir (Kaboğlu, 1993: s.7). 2001 değişikliğinden sonra devlete ve kişilere yönelik hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını ve Anayasadakinden daha geniş sınırlanmasını yasaklayan hüküm çerçevesinde aynı yorumu ifade özgürlüğü ile ilgili tekrarlayabilmek mümkün müdür? 14. Maddede bütün olarak faaliyetin esas alındığını ve yalnızca "*…Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak…"* olan yorumlar için önemli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır (Yokuş, 2002: s.177).

1.3. Kötüye Kullanma Yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Yeri

1.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Düzenleme

1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı düzenlenirken özellikle 2001 yılındaki değişikliklerle AİHS ile paralellik sağlanmaya çalışılmıştır. AİHS 17. maddede temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı şöyle düzenlenmiştir:

"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.[68]"

Esas olarak 17. maddedeki düzenlemenin amacı Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerden hiçbirisinin bu hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya belirlenenden daha çok kısıtlanması için kullanılamamasını sağlayarak temel hak ve özgürlükleri korumaktır (Turhan, 2002: s.135-137).

Sözleşme'nin 17. maddesinde görüldüğü üzere AİHS yalnızca bireylere yönelik değil Sözleşme'de imzası bulunan devletler için de hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını yasaklamıştır. Yani söz konusu hükümde öncelikle Sözleşme'deki hak ve özgürlükler kullanılarak bunların yok edilemeyeceği belirtilmiş, sonrasında devlete Sözleşme'nin koruma altına aldığı hak ve özgürlükleri sınırlarken Sözleşme'de yer alan sınırların aşılmaması sorumluluğu yüklenmiştir (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: s. 362). Böylece Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklere zarar veren faaliyetler Sözleşme'nin korumasından yararlanamayacağı gibi bunların sınırlanmasında devletlerin hak ve özgürlüğe getirdiği sınırlamalar Sözleşme'de belirlenenden öteye geçemeyecektir.

Sözleşme'nin hazırlandığı II. Dünya Savaşı sonrası dönemde yeni yeni ortadan kalkan faşist tehlike ve soğuk savaş dolayısıyla devam eden komünist tehlike karşısında demokratik yönetimlerin kendini korumasını sağlayıcı bir önlem olarak düşünülmüştür (Kaboğlu,1993: s.65). Böylece Sözleşme'de koruma altına alınan temel hak ve özgürlükleri kullanarak insan haklarını yok etmeyi

---

68Sözleşmenin tam metninin çevirisi için bkz. http://www.bireyselbasvuru.info/Belgelerim/Belge/AIHSRKOTYRWCHA86507.pdf. AİHS dışında İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (md. 30), Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (md. 5), Birleşmiş Milletler Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (md. 5), Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 29) ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (md. 54) da temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümler içermektedir.

amaçlayan totaliter doktrinlerin amacına ulaşması engellenecektir (Hakyemez, 2000: s.119).

Kaboğlu'na göre, Sözleşmeye sadakat ödevi niteliğinde bir hüküm olan 17. madde, Sözleşme'nin düzenlediği hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının sınırını belirtmektedir (Kaboğlu, 1993: s.64).

AİHS'nin 17. maddesinde yasaklanan, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma düşüncesi ya da niyeti değil, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma niyetinde olanların insan haklarını yıkıcı eylemleridir (Yokuş, 2002: s.97). Sınırlamanın taşıdığı amaçtan sapmamasını düzenleyen bu hüküm ile hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının "iyi niyet" esasına dayandığı söylenebilir (Yokuş, 2002: s.97).

Haklara getirilecek kısıtlamaların Sözleşme hükümleri ile sınırlı olduğunu düzenleyen 18. madde de 17. madde ile beraber yorumlanacaktır. (Gülfidan, 2013: s.4). Sonuç olarak 17. madde ile 18. madde Sözleşme'de temel hak ve özgürlükler hakkında öngörülen sınırlayıcı hükümlerle beraber uygulama alanı bulur (Yokuş, 2002: s.97; Heper, 2014: s.239). Yani Sözleşme'de sınırlama öngörülmeyen hak ve özgürlükler için bu iki hüküm uygulanmayacaktır. 18. maddenin amacı Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükler iç hukuklarda sınırlanırken Devletlerin egemenlik alanında sahip olduğu takdir yetkisini kötüye kullanmasını önlemektir (Yokuş, 2002: s.97).

17. madde ile temel hak ve özgürlükleri kullanarak insan haklarını yıkıcı faaliyetlere girişilmesi kadar, Devletlerin temel hak ve özgürlükleri Sözleşme'de belirtilenden daha geniş sınırlamalara tabi tutması da engellenmek istenmiştir (Yokuş, 2002: s.97). Yani 17. madde Sözleşme'de koruma altına alınan tüm hak ve özgürlükler değil, yalnızca hak ve özgürlükleri yok etmeye elverişli faaliyetlere yol açabilecek, kötüye kullanılmaya uygun hak ve özgürlüklerden, özellikle de ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğünden, yararlanılmasını önleme sebebiyle uygulama alanı bulur (Turhan, 2002: s.136). Kötüye kullanılması mümkün olmayan hak ve özgürlükler bakımından 17. maddenin

uygulanması Sözleşme'ye aykırılık oluşturacaktır ve bu sebeple hak ve özgürlüğün kötüye kullanıldığı net bir şekilde ispatlanmak zorundadır (Turhan, 2002: s.136).

İfade özgürlüğü demokratik toplum düzenini tehlikeye sokacak faaliyetlere aracılık etmek suretiyle kullanılacak olursa devletler 17. madde gereğince ifade özgürlüğüne sınırlama getirebilecektir; fakat devletin getirdiği sınırlama Sözleşme'nin meşru kabul ettiği sınırları aşamaz. Böylece hem demokratik toplumun yıkıcı faaliyetlere karşı korunması sağlanmış olur hem de devletlerin bu tür yıkıcı faaliyetleri kendi otoritesini güçlendirecek bir araç olarak görüp özgürlüklerin özünü yok edecek sınırlamalar getirmesinin önüne geçilmiştir. Demokratik toplumun devamlılığı sağlanırken devletin demokratik düzeni tehdit eden faaliyetlere girişen bireylerin hak ve özgürlüklerini yok etmesi de önlenmiş olmaktadır. Sözleşme'deki hükümlere dayanarak Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılamaması demokrasinin kendini koruyacak önlemler alması anlayışına dayanan militan demokrasi anlayışının bir yansımasıdır; fakat Sözleşme'de Devlete de yer verilerek bireyler yanında devletin de bu tür faaliyetlerde bulunabileceği kabul edilmiştir (Hakyemez, 2000: s.119).

1.3.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. Maddesine İlişkin Geliştirilen İçtihat

AİHS'nin 17. maddesini daha net anlamlandırabilmek ve kapsamını belirleyebilmek için maddenin AİHM tarafından nasıl uygulandığını incelemek faydalı olacaktır. 17. madde ilk kez 20.07.1957 tarihli Alman Komünist Parti/Almanya kararında uygulanmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin işçi sınıfının diktatörlüğünü amaçlayan, bunu gerçekleştirmek için demokratik düzeni ihlal edici eylemlerde bulunan Alman Komünist Partisi (KPD)'ni kapatma kararı vermesi üzerine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle başvuru yapılmıştır (Aktaran: Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: s.363) . Komisyon 17. maddeyi bu maddelerden daha genel kabul ederek kararını yalnızca 17. maddeye dayanarak vermiştir (Gülfidan, 2013: s.11). Sözleşme'nin getirdiği özgürlüklerin totaliter akımlarca

istismar edilmesini önlemeyi amaçlayan 17. madde göz önüne alındığında Alman Komünist Partisi'nin mevcut rejimi ortadan kaldırarak proleter diktatörlük oluşturmaya yönelik eylemlerinin, özgürlükleri tahrip edici olacağı sonucuna varılmış ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir (Gülfidan, 2013: s.11).

Komisyon'un kararı ilk bakışta Sözleşme'nin toplumlar için amaçladığı çoğulcu, demokratik ve özgürlükçü rejimi koruma amacıyla rejimin sağladığı özgürlükleri kullanarak antidemokratik, totaliter bir yapı kurmaya yönelik eylemleri engeller nitelikte görünmektedir. Fakat kararda komünist ideolojik yaklaşımın kendisi bir tehlike olarak görülmüş, mevcut durumda bir tehlike söz konusu olmasa dahi ileriye dönük tehlike oluşacağı varsayımıyla hareket edilmiştir (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: s.363). Uygun'a göre, kararın verildiği dönemde Parti'nin programı ve teşkilatı demokrasi adına doğrudan bir tehlike yaratmadığı gibi 17. madde kapsamında "eylem" olarak değerlendirilmesi genişletici yorum niteliğinde olacaktır (Uygun, 1992: s.183). Madra'ya göre Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin kullanılması ve Sözleşme'dekinden daha fazla sınırlanamaması hususunda bireyler kadar devlete yüklenen sorumluluk da Komisyon kararlarında dikkate alınmalı ve 17. madde olabildiğince dar yorumlanmalıdır (Madra, 1981: s.205).

Alman Komünist Partisi kararı Komisyon'un militan demokrasi anlayışı ile hareket ettiği bir karar olmanın yanında 17. maddenin son derece geniş yorumlanması sonucu ifade özgürlüğünün içini boşaltan bir karardır (Kaboğlu, 1993: s.65).

AİHM Türkiye Birleşik Komünist Partisi hakkında 30.01.1998 tarihinde verdiği kararında farklı bir tavır takınmıştır. Anayasa Mahkemesi partilerin ülke bütünlüğünü bozma, devletin tekliği ilkesini değiştirme, milletin bütünlüğünü yok etme, bölge ve ırk esasına dayanan partiler kurma yoluna gidemeyecekleri ve parti isminde yasak kelime olarak "komünist" kelimesinin bulunması gerekçesiyle Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılmasına karar

vermiştir[69]. Bunun üzerine AİHM'e yapılan başvuruda Mahkeme ilk önce TBKP'nin tüzük ve programında bir sosyal sınıfın diğer bir sosyal sınıf üzerinde egemenlik kurmasına yönelik eylemlere yönelmediği, çoğulcu demokratik düzenin gereklerini yerine getiren serbest seçimlere katılan bir parti olduğunu ve sırf adında "komünist" kelimesi geçtiği için kapatılmasının doğru olmadığını belirtmiştir (Sağlam, 1999: s.189). AİHM geleceğe yönelik bir tehlike üzerinden değil, mevcut durum üzerinden karara varmış ve henüz eyleme geçmemiş bir siyasi partinin 17. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek Sözleşme'nin 11. maddesi üzerinden karar vermiştir (Gülfidan, 2013: s.13; Hakyemez, 2000: s.124). Mahkeme, Parti'nin herhangi bir eylemde bulunmadığı halde sırf tüzük ve programında yer alan ifadelerden dolayı ayrılıkçı faaliyetlerde bulunmuş gibi kapatılmasının meşru amaçla orantısız olduğu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur (Sağlam, 1999: s.197).

Komisyon'un Alman Komünist Partisi Almanya kararıyla farklılık arz eden diğer karar Lawless/İrlanda kararıdır. İrlanda vatandaşı olan Lawless İrlanda Kurtuluş Ordusu (IRA)'nın şiddet içerikli faaliyetlerinin yoğunlaştığı dönemde yasadışı silah bulundurmak ve yasadışı örgüt üyeliği sebepleriyle 11 Temmuz 1957 günü yakalanmış, 11 Aralık 1957 tarihine kadar bir yargıç önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmuştur[70]. İrlanda Hükümeti, Lawless'in IRA'nın faaliyetlerine katıldığını; gözaltına alındığı sırada IRA faaliyetleriyle ilişkili bulunduğuna dair kuşku yarattığını; IRA'nın Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tehlikeye sokacak eylemelerinden dolayı yasaklandığını; Lawless'in Sözleşme'nin 17. maddesindeki eylemlerle bağlantılı olduğunu; bu nedenle Sözleşme'nin 5, 6, 7 ile diğer maddelerine dayanma hakkı bulunmadığını ileri sürmüştür[71].

---

69 AYM, E. 1990/1, K. 1991/1, K.t. 16.7.1991, Resmi Gazete, 28.01.1992, S.21125.
70 Lawless/ İrlanda, Başvuru no: 332/57, k.t: 01.07.1961. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3
71 Lawless/ İrlanda, Başvuru no: 332/57, k.t: 01.07.1961, prg. 35. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=3

Komisyon, totaliter grupların Sözleşme hükümlerini kendi antidemokratik amaçlarını gerçekleştirme aracı olarak kullanması halinde 17. maddenin uygulanacağını söylemiştir. Ancak bunu yaparken Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden birini tahrip etmeyi amaçlayan faaliyetlere karıştığı tespit edilen kişileri, Sözleşme'yle herkese tanınmış hak ve özgürlüklerden mahrum edilmesini gerekli görmemiştir.

Kararın önemli bir özelliği de 17. maddenin hangi hakları kapsadığının belirlenmesi hakkındadır. Komisyon hak ve özgürlüklerin tahrip edilmesini kolaylaştıracak haklar ile hak ve özgürlüklerin tahrip edilmesini kolaylaştırmayan haklar ayrımı yapmış, 17. maddenin hak ve özgürlüklerin tahrip edilmesini kolaylaştıran haklar (10, 11. maddeler gibi) bakımından uygulanabileceğini kabul etmiştir (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: s.363). Böylece Alman Komünist Partisi kararında Sözleşme'deki tüm hak ve özgürlükler bakımından geçerli olacak şekilde geniş yorumlanan 17. maddenin uygulama alanı daraltılmıştır. İnsan haklarının sert çekirdeğini oluşturan dokunulmaz hakların da 17. madde kapsamında olmayacağı söylenmektedir (Şahin, 2009: s.477).

Lawless/ İrlanda kararında izlenen yol Glimmerveen/ Hollanda kararında da sürdürülmüştür. Başvuranlar, ırk ayrımcılığına kışkırttığı düşünülen el ilanlarını dağıtma amacıyla bulundurmaktan mahkum olduklarından ve belediye seçimlerinde aday olmalarının engellendiğinden ifade özgürlüğü ve serbest seçim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuştur[72]. Komisyon'a göre 17. madde hükmü hem 10. maddeyi kullanarak ırk ayrımcılığına dayanan fikirleri yaymayı hem de ırk ayrımcılığını savunan bir siyasi programla seçime girmeyi yasaklar (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: s.333). 17. maddenin hak ve özgürlükleri tahrip edici faaliyetlere imkan veren hak ve özgürlükler hakkında uygulanacağı görüşüyle hareket eden Komisyon, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bunu yaparken temel hak ve özgürlüklerden birini ortadan kaldırmayı amaçlayan eylemlerde bulunan bireylerin Sözleşme'de güvence altına alınan tüm

72 Glimmerveen ve Hagenbeek/ Hollanda, Başvuru no: 8348/78, k.t. 11.10.1979. bkz. http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=79&t=11078&start=5 (e.t.27.04.2016)

hak ve özgürlüklerden yoksun bırakılmasını gerekli görmemiştir (Kaboğlu, 1993: s.65; Yokuş, 2002: s.107).

Glimmerveen ve Hagenbeek/ Hollanda kararına benzer bir karar olan Kühnen/ Almanya kararında Nasyonal Sosyalist Parti'nin yeniden kurulması gerektiğini savunan bir kuruluşun lideri olan başvurucu, aynı zamanda gazetecilik mesleğini icra ederken Parti'nin yeniden kurulmasına yönelik yayınlar hazırlamış, ilanlar dağıtmıştır ve bu faaliyetleri sırasında verdiği bir mülakat sebebiyle cezaya çarptırılmasının Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla başvuru yapmıştır (Aktaran: Gülfidan, 2013: s.22). Komisyon başvuruyu öncelikle 10. maddede yer alan sınırlama ölçütleri üzerinden değerlendirmiş, daha sonra müdahalenin gerekliliği hususunda 17. madde üzerinden değerlendirme yaparak 10. maddenin 17. maddeye aykırı şekilde kullanılmayacağına karar vermiştir (Gülfidan, 2013: s.23). Başvurucunun ifadeleri Sözleşme ile korunan değerlerle çelişir nitelikte, ırkçı ve ayrılıkçı olmakla beraber demokratik toplum düzenini tehlikeye sokacak özellikte görülmüştür. Karar verilirken söz konusu ifadelere müdahalenin 10. madde gereğince demokratik toplumda gerekli olduğu sonucuna varılmıştır ve 17. madde burada yorum aracı olarak kullanılmıştır (Gülfidan, 2013: s.24).

Bu kararların çoğunda 17. madde bir sınırlama hükmü olarak değerlendirilmiştir. Bunun dışında Sözleşme organlarının 17. maddeyi sınırlamanın sınırı olarak gördüğü kararlar bulunmaktadır ve bunlardan biri de Engel ve diğerleri/ Hollanda kararıdır (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: s.364).

Hollanda ordusunda mecburi askerlik görevlerini yaptıkları sırada ayrı olaylarda askeri disipline aykırı davrandıkları gerekçesiyle çeşitli cezalar alan başvuruculardan Engel, gözaltına alınmasıyla ilgili Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiği ve 11. maddeye de uyulmadığı gerekçesiyle; diğerleri de yayınladıkları yazılardan dolayı askeri disipline zarar verdikleri gerekçesiyle

cezalandırılmalarının Sözleşme'ye aykırı olduğunu iddia ederek AİHM'e başvurmuştur[73].

AİHM, önüne gelen olayda ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 17 ve 18. maddelerine aykırı olarak, öngörülen sınırlamaları aşacak ölçüde olduğu iddiasına karşın özgürlüğe getirilen kısıtlamanın 10. maddenin 2. fıkrasına göre demokratik toplumda gerekli kabul edileceğinden bahsetmiş; 17 ve 18. maddeler bakımından inceleme yapılmasına gerek olmadığını belirtmiştir[74].

Engel ve diğerleri kararı ile doğrudan 10. maddeyi ihlal eden bir durum yokken 17. maddenin uygulanmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Böylece Sözleşme'deki haklardan birine getirilen sınırlama Sözleşme'ye göre meşru kabul edilirse 17. madde ihlal edilmeyecektir; sınırlama Sözleşme'ye aykırı bulunur ve hak ihlali olduğu belirlenirse hem 17. maddenin hem de hakkın ihlali gündeme gelecektir (Yokuş, 2002: s.111). Maddenin yardımcı hüküm olarak uygulandığını da göstermektedir. Ayrıca 17. maddenin hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın sınırını oluşturacak nitelikte yorumlanması hak ve özgürlükler hakkında yer alan özel sınırlama hallerine ek olarak "ikinci bir sigorta fonksiyonu" olarak görülmektedir (Yokuş, 2002: s.111; Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: s.364). Maddenin bu şekilde yorumlanması " hakların doğasında mevcut sınırlar" ve "hakların zımni sınırları" doktrinin geçerliliğini tartışmaya açmaktadır (Gölcüklü ve Gözübüyük, 1998: s.364).

1.3.3. Sözleşme Organları'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. Maddesini Yorumlamasındaki Gelişim

17. maddenin doğrudan uygulandığı ilk karar olan Alman Komünist Partisi kararında söz konusu madde hükmü 9,10 ve 11. maddelere nispeten genel bir hüküm olarak kabul edilmiş ve kabul edilmezlik kararı verilerek 17. maddeye Sözleşme'de güvence altına alınan özgürlüklerden yoksun bırakma etkisi atfedilmiştir (Gülfidan, 2013: s.11). Sonraki kararlardan olan Glimmerveen

73 Engel ve diğerleri/ Hollanda, Başvuru no: 5100/71, k.t. 08.06.1976. Türkçe çevirisi için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=23

74 Engel ve diğerleri/ Hollanda, Başvuru no: 5100/71, k.t. 08.06.1976, prg.104. Türkçe çevirisi için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=23

kararında ise AİHM, bir yandan 17. maddenin kapsamını daraltma yoluna gitmiş; diğer yandan "faaliyet" kavramını siyasi ifade açıklamalarını dahi kapsayabilecek kadar geniş yorumlamıştır (Yokuş, 2002: s.114).

Alman Komünist Partisi kararından farklı özellikler taşıyan Lewless kararında ise 17. maddenin kapsamı biraz daha netleştirilmiştir. Hak ve özgürlüleri kendi içinde ikiye ayıran Komisyon özellikle 9, 10 ve 11. maddelerin diğer özgürlükleri yok etme aracı olarak kullanılmaya elverişli olduğunu belirterek 17. maddenin bu maddeler bakımından uygulama alanı bulacağını kesinleştirmiştir.

Son dönemde verdiği kararlarda AİHM Alman Komünist Partisi kararındaki yaklaşımından uzaklaşmıştır. Bunun bir örneği de Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararıdır. Bu kararda doğrudan 17. maddeye başvurmak yerine ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü üzerinden değerlendirme yapmıştır. Ayrıca Alman Komünist Partisi kararında olduğu gibi demokratik düzen için ilerde muhtemel tehlike doğurma olasılığını değil mevcut durumu göz önünde bulundurmuştur. Bunun bir nedeni olarak günümüzde komünizmin 1957'lerde olduğu gibi Avrupa için tehdit olarak görülmemesi gösterilmektedir (Yokuş, 2002: s.114).

AİHM artık 17. maddeyi yalnız başına uygulanabilecek bir norm olarak görmemekte; özellikle hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Sözleşme'ye göre meşru sayıldığı durumlarda 17. madde bakımından inceleme yapılmasını gereksiz bulmaktadır (Yokuş, 2002: s.114).

1.3.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Kötüye Kullanma Yasağının İfade Özgürlüğüne Yansıması

Kötüye kullanma yasağının ifade özgürlüğü bakımından en büyük yansıması çoğulcu demokratik düzeni yıkıcı ideolojileri savunan ifadelerde bulunma ve bunları yaymanın ifade özgürlüğü kapsamında mı yoksa özgürlüğü yok etme özgürlüğünün olamayacağını düzenleyen 17. madde kapsamında mı değerlendirileceğidir (Yokuş, 2002: s.120). 17. maddede eylemden bahsedilmiş

olsa da Alman Komünist Partisi kararında eylem niteliğinde olmayan düşünce açıklamaları 17. madde kapsamında değerlendirilmiştir. Devlet ve bireyler bakımından tehlikeli kabul edilecek eylemleri başlatabilecek düşünce açıklamaları ile bir eylemin gerçekleşmesi arasında net bir ayrım yapılamadığı durumlarda düşünce açıklamaları da eylem gibi kabul edilebilmektedir (Yokuş, 2002: s.120).

İfade özgürlüğünün 17. madde yönünden ele alındığı bir karar olan De Becker davasında, işlediği suçun cezasını çektikten sonra gazetecilik yapması ömrünün sonuna kadar yasaklanan başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediği tartışılmıştır[75]. Komisyon kişinin belli bir dönemde bu özgürlüğü kullanarak demokratik düzeni tahrip edecek davranışlar sergilemesinin 17. madde uyarınca hak ve özgürlüklerinden mahrum edilmesi için yeterli olmayacağını söylemiş, kendisinin özgürlüğü suiistimal edeceğinin ispatlanmasını gerekli görmüştür (Yokuş, 2002: s.126).

İfade özgürlüğü ile 17. maddenin birlikte değerlendirildiği bir başka karar olan Kühnen davasında Komisyon, ifade özgürlüğünü kullanarak ırk ayrımcılığına yönelik düşüncelerin yayılmasını 17. maddeye aykırı bulmuştur. Sonuçta 17. maddeyle yasaklanmış olan eylemlerin 10. maddeden faydalanılarak gerçekleştirilmesi engellenmiştir (Yokuş, 2002: s.127).

2. TÜRKYE'DE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAKLAMALARIN YASAL BOYUTU

2.1. Siyasi Partiler Kanunu'nda Siyasi İfade Hürriyetini Kısıtlayıcı Hükümlere Genel Bir Bakış

1982 Anayasası'nda siyasi partilerin kuruluşu, partilere üyelik, partilerin uymak zorunda olduğu ilkeler genel olarak 68 ve 69. maddelerde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 68. maddesinde daha çok partilere kimlerin üye olabileceği konusu

75 De Becker/Belçika, Başvuru no: 214/56, k.t. 27.03.1962. Türkçe özet için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=4

üzerinde durulmuş, maddenin 4. fıkrasında[76] siyasi parti tüzük ve programlarının uyması gereken ilkeler düzenlenmiştir. Bu ilkeler "demokratik devlet", "laik devlet" ve "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" olmak üzere üç ana başlığa indirilebilir (Hakyemez, 2000: s.199). Fıkrada belirtilen yasaklamalar Anayasa'nın 14. maddesinde yer alan kötüye kullanma sebeplerini de içine alır durumdadır (Yokuş, 2002: s.183).

Siyasi partilerin kapatılması konusunda 2001 yılında önemli değişiklikler olmuştur. Önceden Siyasi Partiler Kanunu'nun 103. maddesinde bulunan ve Anayasa Mahkemesi'nin Refah Partisi kararında kendiliğinden Anayasaya aykırı görerek iptal ettiği[77] "odak olma" kavramı 2001 Anayasa değişiklikleri ile 69. maddede tanımlanmıştır[78]. Anayasanın 69. maddesindeki diğer bir değişiklik siyasi partilerin temelli kapatılması yerine dava konusu fiilin ağırlığına göre devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasının düzenlenmesidir. Böylece Anayasa'ya göre bir siyasi partinin kapatılması zorlaştırılmıştır (Yokuş, 2001: s.108).

Anayasa'nın geçici 15. maddesinde 12 Eylül 1980'den ilk genel seçimler sonrası toplanacak TBMM'nin Başkanlık Divanı oluşturulana kadarki dönemde çıkarılan kanunların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği hükmü gereği Siyasi Partiler Kanunu hakkındaki Anayasa'ya aykırılık iddialarını Anayasa Mahkemesi uzun dönem reddetmiştir; fakat SPK'nın 103. maddesi 4445 sayılı yasa ile 1999 yılında değişikliğe uğradığından yeni hüküm sayılmış ve incelenerek iptal edilmiştir (Yokuş, 2002: s.119). Bu değişiklik olmasa bile Anayasa Mahkemesi SPK'nın çoğu maddesinin değişmesi sebebiyle neredeyse yeni bir kanuna dönüştüğü yorumunu yaparak geçici 15. maddeyi uygulamaktan

---

76 MADDE 68/4: "Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez."

77 E.2000/86, K.2000/50, k.t. 12.12.2000, Resmi Gazete, 22.12.2000, S. 24268 karar ile odak olma kavramı Anayasa'ya aykırı bulunmuştu.

78Madde metni ve kanunun tamamı için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2820.pdf.

kaçınabilirdi (Yokuş, 2002: s.109). Yine de 2010 yılındaki değişiklikle geçici 15. madde kaldırılmış ve Siyasi Partiler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığının denetlenmesinin önünde bir engel kalmamıştır.

Militan demokrasi anlayışının gereği olarak özgür ve demokratik düzeni korumak için özgürlük düşmanı ideolojileri savunanları özgürlüklerden mahrum etme yaklaşımının yansıması olarak SPK'da siyasi partiler hakkında Anayasa'da yer alandan daha geniş sınırlamalar öngörüldüğü söylenebilir (Hakyemez, 2002: s.553; Yokuş, 2002: s.191).

SPK 78/(a)'da yer alan "*Türk Devletinin…Anayasa'nın başlangıç kısmında ve 2. maddesinde belirtilen esaslarını…değiştirmek amacı güdemez"* ifadesi Anayasa'nın 68/4 hükmünde yer alan sınırlamaları genişletmiş durumdadır. SPK 78/(f)'de "*Anayasanın hiçbir hükmünü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlayamazlar."* hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 68. maddesinin 4. fıkrasında "insan haklarından" bahsedildiği halde burada yalnızca "Anayasa'nın kapsamına aldığı temel hak ve hürriyetlerden" bahsedilmesi de Anayasadaki düzenleme ile örtüşmemektedir (Yokuş, 2002: s.191).

Refah Partisi kararında Anayasa Mahkemesi Refah Partisi Genel Başkanı'nın üniversitelerde öğrencilerin başörtü kullanmasını desteklediğini; Genel Başkan Yardımcıları ve milletvekillerinden bazılarının lâiklik karşıtı söz ve davranışlarda bulunduğunu; bu yüzden bu kişilerin demokratik hak ve özgürlükleri, demokrasiyi ortadan kaldırmak ve şeriat düzenini getirmek için partiyi kullandığını belirterek laiklik ilkesine aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir[79].

SPK 80. maddede devletin tekliği ilkesinin korunması başlığı altında siyasi partilerin T.C'nin dayandığı devletin tekliği ilkesini değiştirmek amacına yönelik faaliyetleri yasaklanmıştır ve böylece üniter devlet biçimi dışında bir

79 E. 1997/1, K. 1998/1, k.t.: 16.1.1998.

devlet biçiminin savunulması devletin bütünlüğünü bölmeye yönelik bir faaliyet olarak kabul edilmiştir (Yokuş, 2002: s.191).

Kanunun 82. maddesinde siyasi partilerin "bölgecilik veya ırkçılık" içeren, 83. maddesinde de *"herkesin… kanun önünde eşit olduğu prensibine.."* aykırı olan amaç güdemeyeceği ve faaliyette bulunamayacağı düzenlenmiştir. Kanunun 84-89. maddeleri arasında laiklik kavramı ile ilişkili yasaklar yer alır. En dikkat çekeni ise Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinde yer alması hakkında Anayasa'nın 136. maddesine aykırı beyanda bulunulmasının yasaklanmasıdır. ÖZDEP kararında Anayasa Mahkemesi parti programında "devletin diş işlerine karışmaması, bu hizmetlerin cemaatlerce yerine getirilmesi" şeklindeki ifadenin genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı'nın görevlerini ortadan kaldırmaya yönelik olduğunu, bu durumun Anayasa'nın 136. maddesine aykırılık oluşturacağını ve bu sebeple SPK 89. maddeye de aykırılık oluşturduğu kanaatine varmıştır[80].

Özetlemek gerekirse siyasi partiler Anayasa'nın Başlangıç kısmında ve 2. maddesinde bulunan ilkelere, inkılap kanunlarına, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içindeki durumuna, Anayasa ve SPK hükümlerine karşı beyan ve faaliyette bulunamazlar; dil farkına dayalı azınlıklar bulunduğunu ileri süremezler ve bir başka partiyi destekleyemezler (Tanör, 1994: s.132).

2001 değişiklikleriyle 69. maddede bulunan "*Siyasî partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları ...yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir."* hükmü göz önünde bulundurulduğunda siyasi partiler hakkında getirilen yasaklamaların Anayasa'da yer alan düzenlemeler çerçevesinde kalmak şartıyla kanunla düzenleneceği sonucuna varılır (Yokuş, 2002: s.191). SPK ile siyasi partiler hakkında Anayasa'yı aşacak nitelikte getirilen sınırlamalar Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır (Yokuş, 2002: s.191).

80 E. 1993/1,K.1993/2,K.t.: 23.11.1993, Resmi Gazete,14.02.1994, S. 21849.

2.2. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da İfade Özgürlüğünü Kısıtlayıcı Hükümlere Genel Bir Bakış

İçerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenleme amacı güden 5651 Sayılı Kanun 23 Mayıs 2007'de yürürlüğe girmiştir. 19 Şubat 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6518 sayılı kanunla ve 1 Mart 2014 tarihinde yürürlüğe giren Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6527 sayılı kanunla 5651 sayılı kanunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler özellikle ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün geniş bir alanda kullanılmasına fırsat veren sosyal medya ile ilişkisi bakımından önemli tartışmalara yol açmıştır. Özellikle Twitter ve Youtube adlı sosyal paylaşım sitelerine getirilen erişim engellemesi kararları büyük ses getirmiştir.

Erişimin engellenmesi konusunda 5651 sayılı kanun 2. maddesinde dört çeşit tedbir saymıştır[81]. Bunlardan biri alan adı sunucularında (dns), erişimi engellenmek istenen alan adına erişimin kapatılması yoluyla gerçekleştirilen alan adından erişimin engellenmesi yöntemidir (Sönmez, 2014: s.1). Böyle bir engelleme sitenin tamamına girişi alan adından engelleyecektir (Sönmez, 2014: s.1). Başka bir yöntem olan IP adresinden erişim engellenmesi, o IP adresinde yer alan bütün alan adlarına ulaşımın engellenmesine yol açacaktır (Kılıç, 2010: s.411). Eğer o IP adresinde birden çok alan adı varsa engellenmek istenen içerik dışında da olsa tüm alan adlarına erişim engellenmiş olacaktır (Sönmez, 2014: s.1). böyle bir uygulama ile hukuk kuralları çerçevesinde fikirlerini beyan eden insanların ifade özgürlüğü de zedelenebilir.

Erişimin URL adresinden engellenmesi ise doğrudan engellenmek istenen hukuka aykırı içeriğin bulunduğu internet sayfasının erişiminin engellenmesi şeklinde uygulanır (Sönmez, 2014: s.2). Böylece sadece zararlı içeriğin

81 Kanuna ulaşmak için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf.

engellenmesi sağlandığından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınacak ölçülülük ilkesine uygun davranılmış olur. Bunlar dışında kanunda "benzeri yöntemlerle" erişimin engellenebileceği düzenlenmiştir. İfade özgürlüğü gibi hayati öneme sahip bir hakkın internet üzerinden kullanılması konusunda sınırlama öngören bu hüküm sınırlama getiren tedbirleri tahdidi olarak belirtmemiş, diğer benzer tedbirlerle erişim engellenmesinin sağlanabileceğini belirterek tedbirleri genişletmiştir.

5651 sayılı kanun'un 8. maddesine göre İnternet ortamında yapılan ve içeriği, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun da yer alan; intihara yönlendirme çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçları ile 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçların oluşturduğu hususunda yeterli şüphe bulunan yayınların engellenmesine karar verilecektir.

Kanun'un 8. maddesinde hangi makamların erişimin engellenmesi kararı vermeye yetkili olduğu da belirtilmiştir. Buna göre soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde mahkeme bu kararı verebilir. Soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı da erişim engellenmesi kararı verebilmektedir. Cumhuriyet savcısının kararı en geç 24 saat içinde hakim onayına sunulur; hakim de en geç 24 saat içinde kararını verir. Karar onaylanmazsa tedbir hemen kaldırılır. Bu makamlar dışında içerik veya yer sağlayıcının yurtdışında olması durumunda, TİB de kanunda sayılan suçlardan dolayı erişim engelleme kararı verebilecektir. Ayrıca, çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarını oluşturan içerikler söz konusu ise içerik veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunsa bile TİB tarafından erişim engelleme kararı verilebilecektir.

Özel hayatın gizliliğinin ihlali söz konusu olduğunda Kanun'un 9/A hükmüne göre kişiler doğrudan TİB'e başvurarak söz konusu içeriğe erişimin engellenmesini isteyebilir. Bu durumda içeriğin engellenmesine yönelik talebin sahibi 24 saat içinde talebini sulh ceza hakiminin onayına sunmalıdır.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde faaliyet gösteren idari bir makam olan TİB'e doğrudan erişim engelleme yetkisi verilen durumlar idari bir makama önüne gelen olayda kanunda sayılan suçların oluşup oluşmadığı hakkında karar verme yetkisi tanımaktadır. İdari bir kuruma yargısal karar alma yetkisi tanınması kuvvetler ayrılığı ile de çelişmektedir (Sönmez, 2014: s.2). Bireylerin özgürce görüşlerini paylaştığı, ifade özgürlüğü gibi önemli bir hakkın kullanıldığı bir ortamda getirilen her erişim engellenmesi kararı ifade özgürlüğüne bir sınırlama niteliğindedir. Sınırlamanın hukuka uygun olması için titizlikle hareket edilmesi gerekir.

6552 sayılı yasa ile 5651 sayılı kanunda yapılan değişiklikler Anayasa Mahkemesi'ne anayasaya aykırılık başvurusuna konu olmuştur. 6552 sayılı yasa ile 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde öngörülen, *"Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"*de erişimin engellenmesi kararı verme yetkisinin doğrudan TİB'e de tanınması ve maddede yetkinin sınırlarından bahsedilmemesi, maddede geçen kavramların soyutluğu gibi sebeplerle dava açılmıştır[82].

Anayasa Mahkemesi kuralda yer alan *"millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi"* ibarelerine dayanarak verilmesi öngörülen erişimin engellenmesi tedbiri ifade özgürlüğü ve haberleşme hürriyeti noktasında bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüzce sınırlandırma tehlikesini taşıyan bir hukuki himaye vasıtası olduğunu, TİB'e tanınan yetkinin sınırlarının belli olmadığı sebepleriyle düzenlemeyi Anayasa'nın 26. maddesine aykırı görmüştür.

6518 sayılı yasanın 93. maddesi ile 5651 sayılı kanunun 9. maddesinin dokuzuncu fıkrasına eklenen "*Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı*

82 E. 2014/149, K. 2014/151, k.t. 2.10.2014, Resmi Gazete, 1.1.2015, S.29223.

mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe[83] *müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için uygulanır*" hükmünde yer alan "*veya aynı mahiyetteki yayınların"* ifadesinin kanunilik şartının gereği olan açıklık ve anlaşılırlık şartlarını sağlamadığı, sınırlarının belirsiz olduğu ve sonuçları bakımından öngörülebilir olmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir[84]. Mahkeme kararda ifade özgürlüğü hakkında değerlendirme yaparken Birlik tarafından hakimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin aynı mahiyetteki yayınların başka internet sitesinde yayınlanması halinde, bu siteler hakkında da erişimin engellenmesi kararının uygulanacağı ve bunun da ifade özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlandıracağını belirtmiştir.

Twitter adlı internet sitesine erişimin engellenmesi hakkında yaptığı değerlendirmede Mahkeme erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulanmasının twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğünü ihlal eden ağır bir müdahale niteliğinde olduğu belirtilmiştir[85].

Anayasa Mahkemesi kanunda ifade özgürlüğünün ölçüsüz sınırlandırılmasını önleyici bazı hükümleri iptal etse de söz konusu kanunda halen özgürlüğü tehlikeye sokan hükümler bulunmaktadır. 2015 yılında yapılan kanun değişikliği ile yaşam hakkı, can ve mal güvenliğinin korunması, suç işlemenin önlenmesi, kamu düzeni, genel sağlık ve milli güvenlik sebeplerinden biri veya birkaçı sebebiyle hâkim kararıyla ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Başbakanlık tarafından erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir (5651 sayılı yasa md. 8/A). Bu düzenleme ifade özgürlüğüne doğrudan sınırları belli olmayacak sınırlamalar getirmeye imkan tanır niteliktedir. Maddede kullanılan kavramlar makamlara geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Kavramların soyut niteliği keyfi uygulamalara gidilmesine sebep olabilir. Kanuna göre erişimin

83 Kanunda Birlik kavramından Erişim Sağlayıcılar birliğinin anlaşılacağı söylenmektedir. Bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf

84 E. 2014/87, K. 2015/112, k.t. 8.12.2015, Resmi Gazete, 28.01.2016, S. 29607.

85 Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/3986, Karar Tarihi: 2/4/2014.

engellenmesi kararlarının verilebilmesi için ilgili maddede sayılan suçların işlendiğine dair yeterli şüphe bulunmalıdır. Fakat uygulamada suçlarla ilgili olmayan, siyasi amaç taşıyan erişimin engellenmesi kararları verilmektedir.

2.3. Basın Kanunu'nda İfade Özgürlüğünü Sınırlayan Hükümlere Genel Bir Bakış

İfade özgürlüğünün kullanım yollarından biri de basın yoludur. Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle radyo ve televizyon gibi düşünce açıklama araçları oldukça çeşitlense de yazılı ve basılı eserler yoluyla da ifade özgürlüğü yaygın olarak kullanılmaktadır. Bireylerin görüşlerini açıklamak ve yaymak için basın araçlarını aktif olarak kullanması, basın özgürlüğünün ifade özgürlüğünün bir uzantısı olduğunu göstermektedir; fakat çok geniş bir alanı oluşturması dolayısıyla basın özgürlüğünün ayrı bir kanunla düzenlenmesi uygun görülmüştür (Armağan, 1998: s.2).

Basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenleyen, basılmış eserlerin basım ve yayımını kapsayan 5187 sayılı Basın Kanunu 26.6.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunda basının özgür olduğu belirtildikten sonra basın özgürlüğünün *"bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma"* haklarını içerdiği düzenlenmiştir[86]. Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasına göre "*demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması"* sebepleriyle basın özgürlüğü sınırlanabilir. Bu maddede yer alan sınırlama sebepleri Anayasa'da ifade özgürlüğü için öngörülen sınırlama sebepleri ile paralel düzenlenmiştir. Düzenlemenin asıl amacı Anayasa'daki hükme de kaynaklık eden AİHS 10. maddenin 2. fıkrasına benzer bir düzenleme oluşturmaktır. Her ne kadar hükmün içeriğinde yer alan sınırlama nedenleri AİHS ile benzerlik gösterse de hükmün uygulanması ve yorumlanması aşamasında

86Kanunun tamamına ulaşmak için bkz. http://cocukhizmetleri.aile.gov.tr/data/5422bc94369dc316585c0e01/1.5.5187.pdf

AİHM içtihatlarının göz önüne alınması gerektiği de unutulmamalıdır (Korkmaz, 2014: s.379).

İfade özgürlüğü bakımından Kanunun 19. maddesinin çokça tartışılmıştır. 2012 yılında 6352 sayılı yasa ile ilga edilen 19. maddeye göre bir suç haberinin alınmasıyla başlanan soruşturmanın takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadarki sürede Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemleri ile soruşturma ile ilgili belgelerin yayınlanması yasaklanmıştır[87]. Maddenin ikinci fıkrasında "g*örülmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişilerin"* de birinci fıkrada belirtildiği şekilde cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Bir görüşe göre ceza muhakemesine hakim olan soruşturmanın gizliliği ilkesi, suçsuzluk karinesi gereğince konulan birinci fıkra hükmü, kamu davası açılıncaya kadar şüphelinin kaçmasını engelleme, delillerin sağlıklı bir şekilde toplanması ve kişilerin lekelenmemesi amaçlarına hizmet etmektedir (Horozgil, 2012: s.151). Diğer yandan 19. madde bireylerin bilgi edinme, haber alma ve yayma özgürlüğünü sınırlayan bir hükümdür (Korkmaz, 2014: s.379). Ayrıca ikinci fıkraya göre kovuşturma aşamasında karar kesinleşinceye kadar hakim ve mahkeme işlemleri hakkında bilimsel içerikli çalışmaların yayımlanması açıkça yasaklanmıştır (Korkmaz, 2014: s.379). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliği kabul edilirken amaç çatışma halinde olan hak ve özgürlükler arasında dengenin sağlanması olmalıdır.

Kanunun 20. maddesinde "*Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar*ın"; 21. Maddesinde ise "*evlenmeleri yasaklanmış olan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde ve 765 sayılı Türk eza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436. maddelerinde yazılı cürümlere (5237 sayılı TCK 102, 103, 109 ve*

87 Madde metni ve kanun metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5187.html

227. Maddeleri) ilişkin haberlerde mağdurların, on sekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının" kimliklerini açıklayan veya tanınmalarını sağlayan yayın yapanların cezalandırılması düzenlenmiştir. Bireylerin bilgi ve haber alma özgürlüğü ile fail ve mağdurların kişisel hak ve özgürlükleri arasında denge kurmaya çalışan, kamu düzenini korumayı amaçlayan bir düzenlemedir.

Basılmış eserlere el koymayı düzenleyen 25. maddenin ikinci fıkrasına göre 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, inkılap kanunlarında, 765 sayılı TCK 146/2, 153/1, 153/4, 155, 311/1, 311/2, 312/2, 312/4, 312/a maddelerinde, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2 ve 7/5. Maddelerinde belirtilen suçlarla ilgili eserlere hakim kararıyla el koyulması soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla mümkündür. Özgürlüğü doğrudan sınırlayan hükümde el koymanın yalnız soruşturma veya kovuşturmanın bulunması halinde yapılacağı hükmü bir nebze olsun güvence sağlasa da maddede yer alan el koyma nedenleri çok geniştir (Korkmaz, 2014: s.379). İkinci fıkrada dağıtımın durdurulması ve satışın yasaklanması halleri de düzenlenmiştir. Madde yayın yasağı kararı verilmesinde gerekçe oluşturacak şekilde düzenlenmese de maddenin öngördüğü el koyma, dağıtımı durdurma, satış yasağı kararı dolaylı olarak yayının yasaklanmasına sebep olacaktır (Horozgil, 2012: s.150).

2.3.1 Basın Kanunu'na Dayanan Yayın Yasakları

Basın özgürlüğünün ifade özgürlüğü ile yakın ilişkisinden dolayı basın özgürlüğüne getirilen her sınırlama bireylerin bilgi ve haberlere ulaşma, düşünce açıklamasında bulunma ve bunları yayma imkanlarını kısıtlayacağından doğrudan ifade özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğuracaktır. Basın Kanununda ifade özgürlüğünü sınırlayıcı hükümlerin uygulamada somutlaştırılmasının en önemli örneklerinden biri yayın yasaklarıdır. Yayın yasakları hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir uygulama olduğundan, böyle bir sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesine uygun ve özgürlükle ilgili maddede yer alan özel sınırlama sebeplerine bağlı olarak yalnızca kanunla öngörülmesi gereklidir (Horozgil, 2012: s.150).

Uygulamada yayın yasağı kararları daha çok soruşturma aşamasında ve Anayasa'nın 28. maddesi ile Basın Kanunu'nun 3 ve 25. maddeleri gerekçe gösterilerek verilmektedir (Horozgil, 2012: s.151). 10.10.2015 tarihinde Ankara'da yaşanan patlama sebebiyle yaşanan can kayıpları hakkında Ankara 6. Sulh Ceza Hakimliği'nin 14/10/2015 sayılı ve 2015/4048 D.İş sayılı kararı ile yayın yasağı konulmuştu. Kararın gerekçesinde yazılı ve görsel basın ile internet ortamında, ilgili suça iştirak şüphesi olanlarla ilgili paylaşımlar yapılmasının soruşturmanın sağlıklı ilerlemesine engel olduğu, konunun kamu düzeni ve milli güvenlikle alakalı olduğu ve 5187 sayılı yasanın 3/2 maddesinde sayılan şartların oluşması sebebiyle soruşturma sonuna kadar dosya kapsamı hakkında yazılı, görsel ve sosyal medya ile internet ortamında her türlü haber, röportaj, eleştiri vb. yayınların yapılmasının yasaklandığı belirtilmiştir[88].

Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasına dayanan bir başka yayın yasağı kararı ise MİT tırları olayı hakkındadır. Olay hakkında Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2014/533 sayılı kararıyla yayın yasağı getirilmiştir. Kararda, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, toprak bütünlüğünün korunması, devlet sırlarının açıklanmasının ve bu şekilde suçların önüne geçilmesi ile yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının korunması yayın yasağına gerekçe olarak sayılmıştır[89].

Son zamanlarda verilen yayın yasaklarının bir kısmı da çocukların cinsel istismarı konusunu kapsayan dosyalar hakkındadır. Yakın zamanda çeşitli eğitim kurumlarında çocukların cinsel istismarı suçları işlendiği konusunda yürütülen soruşturma kapsamında yazılı ve görsel basında, sosyal medya ve internet ortamında soruşturma bitene kadar haber, röportaj, eleştiri gibi yayınların yapılması yasaklanmıştır[90]. Bu konudaki sınırlamaların gerekçesi kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında yer alan kamu düzeninin sağlanması ile başkalarının şöhret ve haklarının korunması sebepleridir.

88 http://www.guncelhukuk.com.tr/hukukun-ustunlugu/yayin-yasagi.html (E.T.30.4.2016)
89 Adana 7. ACM., 2014/533.
90 Milas SCH, 04.04.2016, 2016/289; Karaman SCH, 07.03.2016, 2016/486.

Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Basın hürdür, sansür edilemez"*. Sansür genel olarak görsel ve yazılı basın yoluyla veya haberleşme araçlarıyla yapılan yayınların önceden devlet kontrolünden geçirilmesidir (Bayzan, 2009: s.383). Yayın yasağı kararları ölçüsüz uygulandığında sansür sonucunu doğurabilecektir. Bu kararları genel olarak kamu düzeni, milli güvenlik suçun önlenmesi gibi amaçlara hizmet etse de diğer taraftan bireylerin ifade özgürlüğüne doğrudan müdahale söz konusudur. Bu sebepler Sözleşme ve Anayasa'da sayılan meşru amaçlar arasında sayılmış olsa da ifade özgürlüğünü sınırlayıcı sebepler olarak düzenlenmiştir. Yani ifade özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırılması için araç olarak kullanılamazlar. Yayın yasaklarıyla bireylerin eleştiride bulunması dahi yasaklandığından ifade özgürlüğünün bütünüyle ortadan kalktığı söylenebilir. Kanunda özgürlüğün sınırlanmasını düzenleyen maddelerde kullanılan kavramların son derece geniş ve muğlak oluşu da bunu kolaylaştıracaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜŞÜNCE AÇIKLAMALARININ CEZALANDIRILMASI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 301. MADDESİNİN UYGULAMASI

1. "AÇIK VE MEVCUT TEHLİKE" ÖLÇÜTÜ

Anayasa'da ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği kabul edilmiş ve sınırlama sebepleri AİHS ile paralel olacak şekilde düzenlenmiştir. İfade özgürlüğünün sınırlanabilirliği kabul edilse dahi sınırlamada kullanılacak ölçütler ve sınırlamanın sınırını oluşturacak ölçütler bakımından değişik görüşler mevcuttur.

Tanör'e göre; çoğulcu demokrasilerde yasaklanan ve cezalandırılan ifadeler: başkalarının kişilik haklarına, haysiyet ve şerefine, özel hayatının gizliliği ilkesine yapılan sınırlamalar; kamu düzeni sebebiyle getirilen sınırlamalar; suça kışkırtmanın veya suç sayılan eylemin övülmesinin yasaklanması; devletin varlığının, iç ve dış güvenliğinin korunmasıyla ilgili sınırlamalar olmak üzere dört grupta toplanmaktadır (Tanör, 1979: s.73,74). Özellikle günümüzde en hassas sınırlama konusunu oluşturan devletin varlığı, iç ve dış güvenliğinin korunması hakkındaki sınırlamalar söz konusu olduğunda "açık ve mevcut tehlike" ölçütünün esas alınması gerektiğini savunmaktadır (Tanör, 1979: s.74).

"Açık ve mevcut tehlike" ölçütü ilk kez 1919 yılında Schenck/ United States davasında yargıç Holmes tarafından ortaya atılmıştır (Hakyemez, 2000: s.72). Söz konusu kararda "zararlı eğilim" ölçütü kullanılmış, Sosyalist Parti Genel Sekreteri olan Schenck'in ABD'nin I. Dünya Savaşı'na katılmaması gerektiği yönündeki ifadelerin dağıtılması sebebiyle mahkum edilmesi Anayasa'ya uygun görülmüştür (Hakyemez, 2000: s.72). "Zararlı eğilim" ölçütüne göre yasama organınca makul düşünüşle ciddi ve önemli bir zarara

götüreceği yönünde bir eğilim olduğu inancını oluşturan ifadeler yasaklanabilecektir (Hakyemez, 2000: s.71; Yokuş, 2002, s.81; Tanör, 1969: s.61). Böylece sadece tehlikeli eğilimde olduğu görülen soyut ifadelerin yasaklanması gibi bir sakınca doğacaktır (Hakyemez, 2000: s.71).

"Açık ve mevcut tehlike" ölçütü devletin, toplumda ağır sonuçlar doğurmaya elverişli hareketleri yasaklamakta yetkili olması şeklinde anlaşılmaktadır (Yokuş, 2002: s.81). Bu ölçüte göre yasaklamanın meşru sayılması için düşüncelerin yalnızca sözle ifade edilmesi yeterli değildir; düşüncenin açıklanması ile hukuka aykırı eylem arasında açık bir nedensellik bağı kurulması ve düşünce açıklamasının hukuk düzeninin ihlali için açık bir tehlike oluşturması da gereklidir (Yetik, 2004: s.2; Kaboğlu, 1998: s.52). Kaboğlu'na göre, bu durumda cezalandırılan düşüncenin açıklanış şeklidir ve somut olayda düşüncenin açıklanış şeklinin tehlike oluşturup oluşturmadığına bakılır (Kaboğlu, 1998: s.52).

Tanör'e göre Anayasa'da yer alan bireylerin siyasi olsa dahi istediği görüşe inanma ve bunları barışçıl şekilde savunma hakkı mutlaktır; fakat bu hakkın tek istisnası toplumun hassas olduğu bazı dönemlerde bazı ifadelerin huzursuzluk yaratacak, açık ve mevcut bir tehlikeye yol açacak olmasıdır (Tanör, 1969: s.59).

Bu ölçütün uygulanma şartlarını şöyle sıralanmıştır: düşünce, açıklandığı ortam düşünüldüğünde tehlike oluşturacak olmalı; tehlike oluşması için düşünce açıklanmış olmalı; düşüncenin açıklanmasıyla oluşan tehlike devletin önlemesini gerektirecek kadar ciddi olmalı; oluşan tehlike ile düşünce açıklaması arasında nedensellik bağı olmalı ve tehlikenin yakınlığı oldukça yüksek olmalıdır (Aktaran: Hakyemez, 2000: s.73).

Genel olarak ifade etmek gerekirse bir düşüncenin açıklanmasının yasaklanması için toplumda açık ve mevcut bir tehlike yaratması gerekir (Yokuş, 2002: s.82). Şan, şöhret, namus gibi konulardaki olumsuz ve saldırgan ifadeler açık ve tehlike oluşturması beklenmeden açıklandığı an yasaklanacaktır (Aktaran: Tanör, 1969: s.59). Açıklıktan anlaşılan tehlikenin şüphe oluşturmayacak

derecede belirgin olmasıdır; tehlikenin mevcut olmasından kasıt ise açıklanan ifadenin zarar oluşturma ihtimalinin neredeyse kesin derecede olmasıdır (Arslan, 2003: s.58). Yargıç Holmes tehlikenin açık ve mevcut olması durumunu, oldukça dolu bir tiyatroda durduk yere "yangın var" diye bağırılması halinde oluşacak olan korku ve paniğin yaratacağı tehlike hali üzerinden örneklendirmiştir (Yokuş, 2002: s.82; Arslan, 2003: s.58). Sonuçta kavramların anlamlandırılmasında somut olayın koşullarının etkili olacağı açıktır.

Amerika'da 20. yüzyılın başlarında demokratik rejimi yıkmaya yönelik "komünist" düşünceler tehdit olarak görülmüş ve mevcut rejimi şiddet kullanarak değiştirmeyi savunan görüşlerin cezalandırılması hakkında Smith Yasası kabul edilmiştir (Yokuş, 2002: s.82; Arslan, 2003: s.60). Dennis davasında bu kanuna dayanan Amerikan Yüksek Mahkemesi, şartlar uygun olduğunda kurulu düzeni şiddet yoluyla yıkmayı amaçlayan Komünist Partisi üyelerinden oluşan grubun düşüncelerini yaymasının toplumun kendini koruması yönünde "açık ve mevcut bir tehlike" oluşturacağını söylemiştir (Arslan, 2003: s.58). Karara katılmayan Yargıç Douglas "açık ve mevcut tehlike" kriterinin çok sınırlı uygulanması gerektiğini söyleyerek, ilerde oluşacak muhtemel bir duruma yönelik korku sebebiyle ifade özgürlüğünün sınırlanamayacağını vurgulamıştır (Yokuş, 2002: s.83). Yani ifade özgürlüğü yalnızca açık ve objektif delillere dayanan bir tehlike sebebiyle kısıtlanmalıdır (Arslan, 2003, s.58) .

Yates davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi, Smith Yasası tarafından yasaklananın "somut eylem" olduğunu net bir şekilde ortaya koymuş; düşüncenin, açıklanmasındaki niyet iyi olmasa dahi, şiddete yönelen davranışlarla beraber açıklanmadığı sürece yasaklanmaması gerektiği kararına varmıştır (Aktaran: Yokuş, 2002: 83).

Yüksek Mahkeme 1969 yılında verdiği Brandenburg kararında söz konusu ölçütü daha da ilerletmiş, ifade özgürlüğünün sınırlanması için ifadenin hukuk dışı bir eyleme kışkırtması veya bu eylemi meydana getirmesi gerektiğini belirtmiştir (Arslan, 2003: s.61). Somut bir suç eylemine açıkça kışkırtma

oluşturmayan ifadelerin yasaklanamayacağının kabulüyle "açık ve mevcut tehlike ölçütü" daha güvenli bir hale gelmiştir (Hakyemez, 2000: s.75).

"Açık ve mevcut tehlike" ölçütü olağanüstü dönemlerde rejim karşıtı görüşlerin bastırılması için kullanılabileceğinden ifade özgürlüğü için tehlike yaratabilecek niteliktedir; fakat yine de ölçütün Brandenburg kararı itibariyle düşünce açıklamalarına tanınan alanın genişletilmesi için kullanıldığı görülmektedir (Hakyemez, 2000: s.75; Arslan, 2003: s.63). Tanör ise bu ölçütün hem düşünce hem de ifade özgürlüğü bakımından en geniş serbestliği tanıyan ölçüt olduğu görüşündedir (Tanör, 1969: s.58-60).

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bu ölçütü uygulamıştır. Mahkeme, 1982 Anayasası'nın otoriter ve özgürlükleri aşırı sınırlayıcı yapısını da göz önüne alarak ifade özgürlüğünün yalnız Anayasada belirtilen görüşler çerçevesinde kullanılabileceği; Anayasa'da benimsenen dışındaki görüşlerin açıklanma ve yayılma imkanı bulamayacağı kanaatindedir (Arslan, 2003: s.3).

Sosyalist Birlik Partisi davasında, Parti'nin tüzük ve programındaki ifadeler ve aynı doğrultudaki kışkırtıcı eylemleriyle, Türkiye'de ırka dayalı parçalanma amacı taşıdığı ve Devletin bölünmez bütünlüğünü bozucu bir durum oluşturduğu belirtilerek kapatma kararı verilmiştir[91].

Demokrasi ve Değişim Partisi kararında da parti programında yer alan ifadelerin ırk ayrımcılığını amaçladığı ve bu ifadelerin ülkenin bölünmez bütünlüğü için yakın ve görülebilir bir tehlike oluşturduğu sebebiyle partinin kapatılmasına karar verilmiştir[92].

Anayasa Mahkemesi kararlarında, tehlikenin düşünce aşamasında veya eylem aşamasında olması arasında bir ayrım yapmadığı gibi henüz faaliyete bile başlamamış olan partilerin devletin bölünmez bütünlüğüne karşı nasıl "açık ve mevcut bir tehlike" yarattığı da açıklanmamıştır (Arslan, 2003: s.64).

---

91 AYM, E. 1993/4, K. 1995/1, K.t: 19.7.1995, Resmi Gazete,22.10.1997, S. 23148
92 AYM, E. 1995/1, K. 1996/1, K.t. 19.3.1996, Resmi Gazete, 23.10.1997, S.23149.

2. HUKUK DÜZENİMİZDE DÜŞÜNCENİN AÇIKLANMASININ CEZALANDIRILMASI

Demokratik ve çoğulcu bir toplum düzeninde düşüncenin açıklanmasına getirilen sınırlama doğrudan düşüncenin kendisinin sınırlanması sonucunu doğurmamalıdır (Hafızoğulları, 2004: s.90). Totaliter devlet ve hukuk düzenlerinin temelinde farklı olanı ezmek, ona söz hakkı tanımamak, topluma dayatmalarda bulunmak ve farklı olanı zararlı kabul ederek düşüncenin açıklanmasından ziyade kendisinin suçun konusu sayılması söz konusudur (Hafızoğulları, 2004: s.88). Bu şekilde bir ideolojiyi, bir görüşü, siyasal sistem ve benzerlerini savunma ile yaymanın suç sayılması düşünce suçu oluşturur[93](Tanör, 1994: s.59, 1979: s.72; Hakyemez, 2000: s.189). Başka bir tanıma göre düşünce suçu, bazı düşünce ve kanaatlerin propagandasının veya telkininin suç sayılmasıdır (Dönmezer, 1966: s.431).

Faşizm ve Nazizm gibi ideolojilerin ortaya çıkardığı devlet düzenleri kendi varlığını koruma altına almak için tehlikeli gördüğü düşüncelerin açıklanmasını yasaklamıştır (Acar, 1998: s.837). Demokratik devlet düzenlerinde demokratik yönetimin korunması için özgürlüğü yok etme özgürlüğü olmadığı, özellikle AİHS 10. maddenin diğer özgürlükleri ortadan kaldıracak şekilde kullanılamayacağı kabul edilmiştir (Acar, 1998: s.838).

Bir görüşe göre, düşüncenin açıklanması ile açıklamada kullanılacak vasıta arasında bir ayrım yapmadan, yapısında şiddet olduğu kabul edilen, hukuk düzenini tehlikeye sokacak zararlı düşüncelerin açıklanması kesin olarak yasaklanmalıdır (Acar, 1998: s.840). Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda faşizm, anarşizm ve komünizm gibi ideolojileri içeren düşüncelerin, yapısında şiddet olduğunu ve bu düşüncelerin açıklanmasının yasaklandığını belirtmiştir[94]. Günümüzde düşünce açıklamasının yasaklanması ve

93 TCK 18. Madde 1. Fıkra (b) bendinde geri verme talebine esas teşkil eden fiilin düşünce suçu oluşturmasından bahsedilmiştir. Kanunda "düşünce suçu" teriminin kullanılması insan hakları bakımından tehlike oluşturabilecektir.

94 AYM, E. 1963/173, K. 1965/40, k.t. 26/9/1965, Resmi Gazete, 25.7.1967, Sayı 12656.

suç sayılması bakımından şiddetin düşüncenin açıklandığı araçta bulunması aranmaktadır (Hafızoğulları, 1989: s.1068).

Ceza hukuku bakımından önemli bir nokta propagandanın ifade özgürlüğü kapsamına dahil olup olmadığıdır. Yargıtay bir kararda propagandayı belli bir düşüncenin toplum içinde yayılmasını, toplumda yerleşmesini sağlamak için, muhatapların fikirlerini değiştirip, kendi taraflarında yer almalarını sağlayıcı her türlü araçtan faydalanarak, telkin, teşvik ve etkide bulunmak olarak tanımlamıştır[95].

Gökçen'e göre; propaganda bir şahsın veya grubun, başka bir şahsın veya grubun düşüncelerini ve tutumunu değiştirmek, denetlemek, onların tepkilerini kendi istediği şekle sokmak için gerekirse kitle iletişim araçlarını da kullanarak giriştiği etkinliktir (Gökçen, 2001: s.21).

Tanör'e göre; propaganda kavramının taraftar kazanmak niyeti ve yayılması istenen düşüncenin birden fazla kişiye ulaştırılması olmak üzere iki unsuru vardırt (Tanör, 1969: s.208). Eğer taraftar kazanma niyeti olmazsa sadece belli bir konuyu eleştiri veya açıklama söz konusu olacaktır, eğer birden fazla kişiye ulaştırılması söz konusu değilse o zaman da düşüncenin tek bir kişiye benimsetilmesi olacağından telkinden bahsedilir (Tanör, 1969: s.208). Kişilerin duygu ve düşüncelerini başkalarına anlatırken bu düşüncelerini onlara da kabul ettirmeye çalışması oldukça doğal bir davranıştır (Tanör, 1969: s.208; Sancar, 2006: s.200). Çünkü ifade özgürlüğünün içeriği düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılmasını da kapsar. Propaganda, bir amaca ve bu amacı gerçekleştirmek için eylemelere yönelmesi, ilerde eylemin gerçekleşme ihtimali olması durumunda değil; ancak eylemin gerçekleşmesi halinde, ifadenin değil, eylemin kendisinin yasaklanması şeklinde cezalandırılmalıdır (Sancar, 2006: s.200).

Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası gereğince terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya

95 YCGK, E. 1995 / 123, K. 1995 / 153, K.t. 22.05.1995.

övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır[96]. Suçun basın yayın yoluyla işlenmesi ağırlaştırıcı sebep kabul edilmiştir. 2015 yılında 6638 sayılı yasa ile ikinci fıkradaki suçun dernek, vakıf, siyasî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde iki katı ceza öngörülmüştür[97]. Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yüzlerini gizleyerek molotof ve benzeri ateşli veya yanıcı silah kullanımı halinde de daha ağır ceza verileceği düzenlenmiştir. Maddenin eski şeklinde kanunun 1. maddesinde yer alan amaçlara yönelik faaliyet gösteren örgütlerin propagandası yasaklanmıştır. Bu düzenleme hakkında, bütün düşünce açıklamalarını kapsayacak genişlikte olduğu yönünde eleştiriler çoğaldığından değişikliğe gidilmiştir (Korkmaz, 2014; s.381).

Maddede toplumun huzur ve güvenliği korunmaktadır. Maddede propaganda yapan "kişi"den bahsedilmektedir. Bu sebeple suçun faili herkes olabilir. Suçun gerçekleşmesi için ifadenin "cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde" kullanılmalıdır. Bunu anlamak için de kullanılan ifadeleri bir bütün olarak ele almak gerekir[98]**.** Yakın zamanda bir televizyon programında canlı yayına telefonla bağlanan konuğun doğu ve güneydoğu bölgesinde yaşanan olaylar ve sivil can kayıpları hakkında "çocuklar ölmesin anneler ağlamasın, burada çatışmalar var duyarlı olalım" şeklindeki genel ifadelerinin terör örgütü propagandası oluşturduğu iddiasıyla hem konuşmacı hem de kanalın yayın sorumlusu hakkında soruşturma açılmıştır. Ayrıca bu olay sebebiyle ilgili televizyon kanalı hakkında Radyo Televizyon Üst Kurulu idari para cezası vermiştir. Kurul kullanılan ifadelerin Türkiye Cumhuriyeti Devletinin terör örgütüne karşı yürüttüğü askeri operasyonların masum insanların ölümüne yol açtığı yönündeki iddialar ile terör eylemlerini, faillerini ve mağdurlarını terörün

96 Kanunun tamamı için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3713.pdf.
97 04.04.2015 Tarih ve 29316 Sayılı Resmi Gazete.
98 Y9.CD., E. 2008/19490, K. 2010/10595, k.t. 14.10.2010.

amaçlarına hizmet eder şekilde sunduğu kanaatine varmış; yayın hizmetlerinin terörü övmesini yasaklayan 6112 sayılı yasanın 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir[99]. Bu konuda devletin kendini koruma hakkı ile ifaden özgürlüğü arasında denge kurulması gerekir. Kullanılan ifadeler konuşmanın bütünü dahilinde ele alındığında şiddete çağrı yapar nitelikte ise düşünce açıklamaları sebebiyle ceza verilmesi ifade özgürlüğüne hukuka uygun bir müdahale oluşturur.

Düşünce açıklamalarının cezalandırılması konusunda hakaret ile eleştiri arasındaki sınırı çizmek önemlidir. 5237 sayılı TCK'da hakaret "şerefe karşı suçlar" başlığı altında 125. maddede düzenlenmiştir. Hakaret içeren aşağılayıcı ifadelerin yaptırıma bağlanmasındaki amaç insan haysiyetini korumaktır. TCK'nın 125. maddesine göre bir kimseye onur şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi cezalandırılır. Kişilerin itibarını korumak ifade özgürlüğünden önde tutulmuş; hakaret ifade özgürlüğünün sınırı gibi değerlendirilmiştir (Korkmaz, 2014; s.377).

Basın yoluyla işlenen hakaret suçlarında okuyucularda ilgili kişiyle ilgili kin ve nefret duyguları uyandıracak küçük düşürücü değer yargılarının kullanılması meşru sınırların aşılması olarak değerlendirilmiştir[100]. Basının haber verme ve eleştiri hakkını kullandığı durumlarda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni sayılması için açıklamanın gerçek ve güncel olması, verilişinde kamu yararı bulunması ve olay ile olayın anlatılması arasında fikri bağ bulunması gerekir[101].

Düşünce açıklamalarının cezalandırılması konusunda son dönemde en çok gündeme gelen hüküm TCK'nın 299. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına hakaret suçudur. Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar bölümünde yer alan bu hükme göre Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun alenen

99 28.01.2016 tarih ve 2016/06 sayılı Üst Kurul Toplantısı Kararı.
100 Y.4.C.D., E.2005/628, K.2006/13920, k.t. 18.9.2006.
101 Y.4.C.D.,E. 2005/7706, K. 2006/14025, k.t. 18.9.2006.

işlenmesi ağırlaştırıcı sebeptir. Soruşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlıdır. Suçun oluşması için genel kast yeterlidir. Cumhurbaşkanına yönelik düşünce açıklamalarının kişi ile ilgili değer yargılarına yer vermesi halinde açıklamanın tümü değerlendirilmez; açıklamada değer yargılarına yer verilmemişse bütün olarak değerlendirilir[102].

Son dönemde Cumhurbaşkanına hakaret iddiasıyla açılan davalar oldukça artmıştır. Adalet Bakanı Bekir Bozdağ 2016 yılının mart ayında yaptığı açıklamada Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a hakaretle ilgili 1845 dosyaya kovuşturma izni verdiklerini açıklamıştı[103]. Çok sayıda gazeteci ve akademisyen hakkında halen soruşturmalar devam etmektedir. Bir televizyon programında yayınlanan haberler sırasında siyasi bir mitingde yer alan "Katil Erdoğan" pankartının görünmesi nedeniyle program yöneticileri ve sunucu İrfan Değirmenci hakkında Cumhurbaşkanına hakaret sebebiyle açılan dava buna bir örnektir[104]. Aynı ifadenin bir gazetede manşet olarak kullanılması sebebiyle gazete yöneticileri hakkında açılan Cumhurbaşkanına hakaret davasında 11 ay 20'şer gün hapis cezası verilmiştir[105].

Boğaziçi Üniversitesi öğretim üyesi Doç. Dr. Koray Çalışkan hakkında da sosyal medyadaki Cumhurbaşkanının bir terör örgütüne destek verdiği yönündeki paylaşımları sebebiyle dava açılmıştır[106]. Yazar Perihan Mağden hakkında ise bir röportajı sırasında kullandığı "Erdoğan köşeye sıkışmış vahşi bir kaplan gibi…" sözleri nedeniyle Cumhurbaşkanına hakaret davası açılmıştır. Başka bir olayda Yüzüklerin Efendisi filminde yer alan Smeagol karakteri ile Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın yan yana konulduğu fotoğrafı sosyal medyada paylaşan bir doktor hakkında da TCK'nın 299. maddesi sebebiyle

---

102 YCGK, E.1995/261, K.1995/289, k.t. 17.10.1995.

103 http://bianet.org/bianet/siyaset/172610-bozdag-cumhurbaskanina-hakaretten-1845-dava-izni-verdik (e.t.26.06.2016)

104http://bianet.org/bianet/insan-haklari/171527-ekranda-katil-erdogan-pankarti-gorundu-diye-hapis-istendi(e.t.26.06.2016)

[105]http://bianet.org/bianet/insan-haklari/170074-uc-gazeteciye-11-ay-20-ser-gun-hapis(e.t.26.06.2016)

106http://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/171297-koray-caliskan-hakkinda-cumhurbaskanina-hakaret-sorusturmasi(e.t.26.06.2016)

soruşturma açılmış, ayrıca bu fiil sebebiyle memuriyetten men cezası verilmiştir[107].

Pakdemirli/Türkiye davasında AİHM dava konusu ifadelerin eleştiri sınırlarını aşabilecek nitelikte olduğunu söylerken yerel mahkemenin davacının şahsiyetine yönelik zarardan çok Cumhurbaşkanı'nın statüsünün aşırı ölçüde korunması üzerinde durduğunu belirtmiştir[108]. Mahkeme başka bir kararında suç konusunda özel bir yasa ile korumanın artırılmasının AİHS ruhuna aykırı olduğunu söylemiştir[109].

İstanbul 43. Asliye Ceza Mahkemesi Cumhurbaşkanına hakaret konusunda önüne gelen bir davada AİHM'in devlet başkanlarının ayrıcalıklı bir statüyle korunmasının çağdaş hukuk düzenlerine uygun olmadığı şeklindeki tutumunu da belirterek, TCK'nın 299. maddesinin Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesine aykırılık sebebiyle iptaline karar verilmesi yönünde Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur[110].

Cumhurbaşkanına hakaret konusunda açılan davalar hakkında örnekleri çoğaltmak mümkündür. Devlet adamları ve üst düzey yöneticilerin de kişilik hakları, şeref ve haysiyeti korunmalıdır. Fakat demokratik bir toplum düzeninde devlet başkanını halktan daha üstün bir konuma yerleştirerek makamı gereğince ayrıcalıklı bir şekilde koruma altına almak bireylerin ifade özgürlüğünü ortadan kaldıracak orantısız uygulamalara yol açabilecektir. TCK'da her ne kadar düşüncenin açıklanmasını cezalandıran başka hükümler bulunsa da TCK'nın 301. maddesi ve maddenin uygulanması örnek olarak incelenmiştir.

107http://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/169828-peter-jackson-fotograflardaki-gollum-degil-smeagol(e.t.26.06.2016)
108 Pakdemirli/ Türkiye Davası, Başvuru no: 35839/97.
109 Colombani ve diğerleri/Fransa Davası, Başvuru no: 51279/99.
http://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/173450-mahkeme-cumhurbaskanina-hakaret-maddesinin-iptali-icin-aym-ye-basvurdu(e.t.26.06.2016)

3. TÜRK MİLLETİNİ, TÜRKİYE CUMHURİYETİNİ, DEVLETİN KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA SUÇU (TCK md.301)

3.1. Genel Bilgiler

Şeref ve saygınlığa zarar verecek fiillerin yaptırıma tabi tutulmasının genel amacı bireylerin şerefini korumaktır; fakat bazı durumlarda bireyler dışındaki bazı kurum ve değerlerin saygınlığını korumak amacıyla da yasal düzenlemeler yapılmaktadır (Kelep, 2013; s.757). Bir görüşe göre bireylerin toplum içerisindeki şerefini ve saygınlığını korumaya yönelik yaptırım altına alınan fiiller "genel tahkir suçu"; bireyler dışındaki bazı kurum ve değerlerin saygınlığını korumaya yönelik yaptırım altına alınan fiiller ise "özel tahkir suçu" olarak adlandırılır (Artuk vd, 2015: s.1240; Odyakmaz, 2001: s. 485). Bu ayrıma göre "Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama" başlıklı 301. maddede düzenlenen suç "özel tahkir suçu" niteliğindedir.

"Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama" başlıklı 301. madde şöyledir: *"(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır."

3.2. Suçun Türk Hukukundaki Tarihi Gelişimi

5237 sayılı TCK'nın 301. maddesine karşılık gelen 765 sayılı TCK'nın 159. maddesi yürürlükten kaldırılıncaya kadar çok sayıda değişiklik geçirmiştir. 159. maddenin ilk şekli ile 1 Haziran 2005 tarihinde yeni kanunun yürürlüğe

girmesine kadarki süreçte geçirdiği değişikliklere kısaca göz atmak faydalı olacaktır[111].

3.2.1. Maddenin 1926 Sayılı Kanunda Yer Alan İlk Hali

1926 tarihli 765 sayılı kanunun ilk şeklinde 159. madde şöyle düzenlenmiştir: "*Büyük Millet Meclisini veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasını yahut Türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde tatbik olunur.*

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına sövenler altı ayı geçmemek üzere hapsolunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur."

Kanunun 160. maddesine göre, takibat yapılabilmesi için Büyük Millet Meclisi Riyasetinden izin almak gereklidir (Sancar, 2006: 46). 765 sayılı TCK'da iki ayrı maddede yer alan düzenleme yeni TCK'da tek maddede toplanmıştır.

3.2.2. 11.6.1936 Tarihli 3038 Sayılı Yasa ile Maddede Yapılan Değişiklikler

11.6.1936 tarihinde 3038 sayılı yasa ile 765 sayılı kanunun 159. maddesi[112]:

"*Türklüğü ve Cumhuriyeti, Hükümetin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

Devletin silâhlı kuvvetlerini veya adliyenin manevî şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenlere de aynı ceza verilir.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına alenen sövenler altı ayı geçmemek üzere hapsolunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir ve tezyif, yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır."şeklini almıştır.

---

111 Madde metinleri ve değerlendirmeler için bkz. Öztekin Tosun, "Türk Ceza Kanunu'nun 159. Maddesi ve Basın Hürriyeti ile ilişkisi", Yargıtay Dergisi, C.6, S.4, 1980, s.455 vd.
112 23.6.1936 tarih ve 3337 sayılı Resmi Gazete.

Soruşturma izni hakkındaki 160. maddede de değişiklik yapılmıştır. Buna göre suçun, 159. maddenin birinci fıkrasındaki Türklüğe ve Cumhuriyete yönelik işlenmesi halinde soruşturma yapılması Büyük Millet Reisi ve bulunmadığı hallerde vekalet eden kişinin; Devletin silahlı kuvvetlerine yönelik işlenmesi halinde soruşturma yapılması Milli Müdafa Vekaletinin; birinci ve ikinci fıkrada sayılan diğer hallerde soruşturma yapılması Adliye Vekâletinin iznine bağlıdır.

Böylece hem Türklük ve Cumhuriyet kavramları eklenmiş hem de aleniyet şartı getirilmiştir. Maddeye ilk kez suçun yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenmesi hali de eklenmiştir. Koruma altına alınan kurumlar ve verilen cezalarda artış olması Devletin varlığını, gücünü ve itibarını kuvvetlendirme isteğinin göstergesidir (Sancar, 2006: s. 48).

3.2.3. 29.06.1938 Tarihli 3531 Sayılı Yasa ile Maddede Yapılan Değişiklikler

29.06.1938 tarihli 3531 sayılı kanun değişikliği ile 159. maddenin[113] ikinci fıkrasında değişiklik yapılmış; emniyet ve muhafaza kuvvetleri de madde ile korunan kurumlar arasına eklenmiştir. Soruşturma izni veren kurumlar bakımından da 160. maddede değişiklik yapılmış ve söz konusu suç hakkında izin verme yetkisi Adliye Vekaleti'nde toplanmıştır.

3.2.4. 20.09.1946 Tarihli 4956 Sayılı Yasayla Maddede Yapılan Değişiklikler

20.09.1946 tarihli 4956 sayılı kanunla getirilen değişiklikle[114] ise korunan kurumlar arasında bakanlıklar da sayılmış, birinci fıkraya "…*Büyük Millet Meclisi'nin meşruiyeti hakkında suizannı davet edecek şekilde alenen mütecavizane fiil ve hareketlerde bulunanların"* cezalandırılacağı hükmü eklenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrası "*Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında hakaret ve tecavüze uğrayanın adı sarahaten zikredilmemiş veya hakaret veya tecavüz üstü kapalı geçiştirilmiş olsa bile mahiyetinde ve birinci fıkrada yazılı olanlardan birine matuf olduğunda tereddüt edilmeyecek derecede*

113 16.07.1938 tarih ve 3961 sayılı Resmi Gazete.
114 24.9.1946 tarih ve 6416 sayılı Resmi Gazete.

karineler varsa hem tecavüze uğrayanın adı zikredilmiş hem de tahkir, tezyif veya tecavüz tasrih kılınmış gibi muamele olunur." şeklinde düzenlenmiştir. Soruşturma izni verecek makamın Adalet Vekaleti olduğu düzenlenmiştir.

Maddeye "matufiyet[115]" eklenmiş, tahkir ve tezyif kavramlarına ek olarak "hakaret ve tecavüz" kavramlarının kullanılması anlam kargaşasına sebep olmuştur.

3.2.5. 05.01.1961 tarihli 235 Sayılı Yasa ile Maddede Yapılan Değişiklikler

27 Mayıs 1960 sonrası dönemde yine bir kanun değişikliği yapılmış ve bu değişiklikle 159. madde daha yalın bir hal almıştır. 05.01.1961 tarihli kanun değişikliği[116] ile Büyük Millet Meclisi'nin meşruiyeti hakkındaki ifadelerle ilgili hüküm çıkarılmıştır. Düşünce ve ifade özgürlüğü bakımından ölçüsüz bir sınırlama olan bu hükmün maddeden çıkarılması olumlu bir adımdır (Sancar, 2006: s.52).

İkinci fıkra ise *"Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vuku bulmuş addolunur."* şeklinde düzenlenmiştir.

3.2.6. 6.2.2002 Tarihli 4744 Sayılı Yasa ile Maddede Yapılan Değişiklikler

Avrupa Birliği uyum sürecinde çıkarılan 4744 sayılı yasa ile 6.2.2002 tarihinde 159. maddede bir değişiklik daha olmuştur[117]. Bu değişiklikle cezalarda hafiflemeye gidilmiştir. 159. maddenin birinci fıkrasında *"bir seneden üç seneye kadar hapis"* cezası; üçüncü fıkrasında ise *"15 günden 6 aya kadar hapis"* cezası öngörülmüştür.

4771 sayılı kanunla 3.8.2002 tarihinde 159. maddeye eklenen 5. fıkrada yalnızca eleştiri amacı güden düşünce açıklamalarının cezalandırılmayacağı

115 TDK 'ya göre matuf olma yönelme anlamındadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkan Sancar, a.g.e., s.244-249.
116 12.01.1961 Tarih ve 10705 sayılı Resmi Gazete.
117 19.02.2002 tarih ve 24676 sayılı Resmi Gazete.

düzenlenmiştir. Bu düzenleme demokratik, çoğulcu bir düzende kanunda yer almasa dahi bilinen ve uygulanan bir kuraldır. Uygulamada maddenin katılığını azaltmak için bir nevi hatırlatma niteliğinde getirilen bir hükümdür (Sancar, 2006: s.54).

3.2.7. 30.7.2003 Tarihli 4963 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler

4963 sayılı kanunla 30.7.2003 tarihinde yapılan değişiklikle 159. maddenin 1. fıkrasındaki cezanın alt sınırı bir yıldan altı aya indirilmiştir[118]. Maddenin son fıkrasında *"tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın"* yalnız eleştiri amacıyla açıklanan düşüncelerin suç oluşturmayacağı düzenlenmiştir.

İfade özgürlüğünün alanını genişletmek amacıyla yapılan bu değişiklikle birinci fıkra ile son fıkra arasında düzen sağlanamamış; ilk fıkrada "tahkir ve tezyif" derken, son fıkrada "tahkir, tezyif ve sövme"den bahsedilmiştir (Sancar, 2006: s.54).

12.5.2004 tarihinde Adalet Komisyonu Başkanlığı'na sevk edilen TCK Tasarısı'nda söz konusu maddede yer alan değer ve kurumlar arasında cezalandırma bakımından derecelendirme yapılmıştır ve "tahkir ve tezyif" kavramları yerine "aşağılama" kavramı kullanılmıştır (Artuk, 2007: s.221).

3.3. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suç dediğimiz şey bir haksızlığı kapsar; her suç bir haksızlık oluştursa da suç kavramı haksızlıktan daha geniş olduğundan her haksızlık suç olarak kabul edilemez (Özgenç, ty.: s.2). Suçta bir hukuki değerin zarar görmesi durumu söz konusudur (Özgenç, ty: s.3). Hukuki değer ise toplumda yerleşmiş davranış normlarının ortaya çıkardığı değerleri ifade eder (Özgenç, ty: s.3; 2008: 166).

Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi, Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar Başlığı altında üçüncü bölümde düzenlenmiştir. Yani bu başlık altında düzenlenen suçların genel amacı

118 07.08.2003 tarih ve 25192 sayılı Resmi Gazete.

bireylerden ziyade Devleti ve organlarını korumaktır. Maddede korunan hukuki değer, Türk Milleti'nin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin ve Devletin yargı organları ile askeri ve emniyet teşkilatının saygınlığı ve itibarıdır. Kanun koyucu bu düzenleme ile devletin ve toplumun önemli unsurlarını oluşturan bu kurum ve organların saygınlığına zarar verici gereksiz tartışmalara konu edilmesini önlemeyi istemiştir (Artuk vd: 2015, s.1248).

Yargıtay'ın bir kararında, 765 sayılı yasanın 159. maddesinde devlet kavramının ve devletin varlığı için hayati önem arz eden, bölünmez bir bütünün parçalarını oluşturan kurumların sayılması ve bunlara yönelik aşağılayıcı davranışların yaptırım altına alınmasıyla, devletin manevi kişiliğinin ve itibarının güvence altına alınması amaçlandığı vurgulanmıştır[119].

301. maddede devleti oluşturan kavramlar olan ülke, ulus ve egemenlik kavramlarını ifade edecek kavramlar kullanıldığı söylenebilirse de maddede sayılan kurum ve organları bir arada kullanmanın suçla korunan hukuki değeri belirlemeyi zorlaştırdığı konusu sorgulanabilir. Sonuç olarak koruma altına alınan, buralarda görev yapmakta olan kişilerden bağımsız olarak, devletin kurum ve organlarının bütününün manevi kişiliğidir (Sancar, 2006: s.66). Söz konusu kurumları kutsallaştırmak bunlar hakkındaki ifade ve eleştiri hakkını son derece sınırlandıracağından bu kurumların itibarının fonksiyonel çerçevede korunması özgürlüğü genişletici bir yaklaşım olacaktır (Sancar, 2006: s.67).

3.4. Suçun Unsurları

3.4.1. Maddi Unsurlar

3.4.1.1. Fiil

Belli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelmiş olan, dış dünyada değişiklik meydana getiren, bireyin iradesinin ürünü olan, icrai veya ihmali insan davranışı

119 YCGK, E. 1995/127, K. 1995/157, k.t.22.5.1995.

fiildir (Artuk vd, 2015(b): s.216; Özgenç, 2008: s.171). TCK'nın 301. maddesi kapsamında baktığımızda hareketin "aşağılamak" olduğunu görürüz.

3.4.1.1.1. Aşağılama

"Aşağılamak" kelimesi sözlükte, olduğundan değersiz göstermek, küçük düşürücü davranışlarda bulunmak, hor görmek anlamlarına gelmektedir[120]. Eski kanunda aşağılamak kavramı yerine "tahkir ve tezyif" kavramları kullanılmaktaydı. Sözlükte tahkir kelimesi aşağılama ile aynı anlamda kabul edilmiştir[121]. Tezyif kavramı ise *"adi, bayağı, aşağılık göstermeye çalışma"* anlamlarına gelmektedir[122].

Hukukumuzda ağırlıklı görüşe göre 765 sayılı kanunda kullanılan "tahkir ve tezyif" kavramı, tek başına hakaret ve tek başına sövme kavramlarından daha ağırdır; maddede tahkir kavramına tezyif kavramının eklenmesi ile tek başına tahkir veya tek başına tezyif suçun oluşması için yeterli kabul edilmemiştir (Erman, 1951: s.281). Bu şekilde kabul edildiğinde tahkir aşamasında kalan eleştiriler tezyif aşamasına gelmedikçe cezalandırılmayacaktır (Artuk, 2007; s.33).

Yargıtay'ın bir kararında Metal-İş Sendikası başkanının dönemin cumhurbaşkanının yeniden seçilmesi konusunda sarf ettiği sözlerin Cumhurbaşkanına ve TBMM'nin manevi şahsiyetine yönelik tahkir ve tezyif içerip içermediği hakkındaki kararında, suçun maddi unsurunun, maddede sayılan kurum ve organların tüzelkişiliklerine yönelik, onları aşağılayan, değersizleştiren, saygınlığını ve itibarını zedeleyici hareketler olduğu söylenmiş; hangi hareket ve sıfatların tahkir ve tezyif niteliğinde olduğunun toplumun geneline yerleşmiş olan örf ve adetlere göre belirleneceği vurgulanmıştır[123].

Yakın tarihli başka bir kararda Mahkeme, TCK md. 159'da tahkir ve tezyif etmek ifadesine yer verilerek suçun oluşması için sadece tahkirin yeterli

120 http://tdk.gov.tr.
121 http://tdk.gov.tr.
122 http://tdk.gov.tr
123 YCGK, E. 2001/132, K. 2001/155, K.t. 03.07.2001.

görülmediğini bunun yanında tezyif ediciliğin de arandığını söylemiş; Kanunun tahkir edici olmakla beraber tezyif edici ağırlığa varmayan söz ve yazıları cezalandırmadığı kanaatine varmıştır[124]. Yeni kanunda geçen "aşağılamak" hareketinin de bu anlamda değerlendirilmesi gerektiği söylenmektedir (Artuk vd., 2015(a): s.1250). 5237 sayılı yasanın gerekçesinde aşağılamak, suçun konusunu oluşturan değerlere yönelik saygınlığı azaltmaya yönelik davranışlar olarak tanımlanmış; aşağılamak kavramının eski kanundaki "tahkir ve tezyif" kavramlarının karşılığı olarak kullanıldığı söylenmiştir (Artuk vd, 2015(c): s.353). Can'a göre bu kurumlar hakkında olumsuz her türlü düşüncenin ve eleştirinin ifadesi aşağılama olarak kabul edilecektir (Can, 2007: s.334). Şen'e göre tahkir etmek, küçük görmek anlamına gelen aşağılamadan ve bir konunun doğru ve yanlış taraflarını değerlendirmek için yapılan eleştiriden tamamen farklıdır ve bu kavramlar birbirine karıştırılmamalıdır (Şen, 2007: s.15)

Hor görmek, küçük görmek anlamlarına gelen aşağılamak fiili hakarete göre daha hafif bir saldırıyı ifade eder (Artuk vd., 2015(a): s.1249). Diğer bir görüşe göre bu suç seçimlik hareketli bir suçtur ve hakaret ile sövme hareketleri aşağılama fiilinin bir çeşidini oluşturur (Birtek, 2007: s.7). Kanunun gerekçesinde hakaret yalnızca gerçek kişilere karşı işlenebildiğinden, hareketin kurum ve kuruluşlara karşı işlenmesi halinde "aşağılama" kavramının kullanıldığı söylenmektedir (Artuk vd., 2015(c): s.354).

3.4.1.1.2. Aleniyet

TCK'nın 301.maddesine göre hareketin suç teşkil etmesi için aleniyet şartının sağlanmış olması gerekir. Aleni, açık, ortada, meydanda olan; aleniyet ise açıklık anlamındadır[125]. Aleniyet unsurunun gerçekleşmesinde yerin bir önemi yoktur (Artuk, 2007: s.231). Özel bir yerde gerçekleşmiş olmakla beraber başkalarının öğrenebileceği şekilde işlenmesi halinde de aleniyet şartı sağlanmış olacaktır (Turhan, 2001: s.298). Maddede sayılan aleniyet şartının sağlanması için fiilin umumi bir alanda belirsiz sayıda kişi tarafından görülmüş olması gerekmez;

124 YCGK., E. 2006 / 169, K. 2006 / 184, k.t. 11.07.2006.
125 http://www.tdk.gov.tr

görülebilir veya öğrenilebilir olması yeterlidir (Birtek, 2007: s.7; Sancar, 2006: s.174). Yargıtay bir kararında resmi bir makama yazılmış, sadece görevliler tarafından okunabilecek bir dilekçenin başkaları tarafından öğrenilmesi mümkün görülmediğinden eylemin aleniyet kazanmadığı sonucuna varmıştır[126].

3.4.1.2. Fail3

Hukukumuzda karşıt görüşler bulunsa da genel olarak tüzel kişilerin fail olamayacağı kabul edilmiştir (Artuk vd., 2015(b): s.274-284). Suçun faili yalnızca gerçek kişiler olabilir. Özel bir yükümlülük altında bulunan veya belli niteliklere sahip kişilerce işlenebilen suçlara özgü suçlar denir (Artuk vd., 2015(b): s.273). TCK 301. maddede fail bakımından herhangi bir özellik aranmadığı için suç özgü suç değildir. Bu sebeple herkes bu suçun faili olabilir. Maddede yer alan "aşağılayan kişi" ifadesi bunu göstermektedir (Artuk, 2007: s.231).

5237 sayılı TCK'nın ilk halinde 301. maddenin 3. fıkrasına göre suçun yabancı ülkede bulunan bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi cezayı ağırlaştıran nitelikli hal olarak görülmüştü. Kanunun ilk halindeki bu düzenlemenin, devletin kurum ve organlarının saygınlığının dışa karşı korunmasının öneminden kaynaklandığı söylenebilir. Bu hükmün 5759 sayılı yasa[127] ile kaldırılmasından sonra yurt içinde veya dışında bir Türk vatandaşı tarafından bu suçun işlenmesi arasında fark kalmamıştır.

3.4.1.2.1. Suçun Cumhurbaşkanınca veya TBMM Üyelerince İşlenmesi

Monarşilerde, kral kabine ile beraber sorumluluk almak zorunda kalırsa istifa etmek zorunda kalacağından rejimin doğasına aykırı bir sonuç oluşmaması için kralın sorumsuzluğu kabul edilmiştir (Artuk vd., 2015(b): s.162). Benzer şekilde parlamenter rejimlerde de cumhurbaşkanının sorumsuzluğu kabul edilmiştir. Anayasanın 104. maddesine göre cumhurbaşkanı devletin ve

126 Y, 9.C.D., E. 2002 / 930, K. 2002 / 1029, k.t. 13.05.2002.
127 08.05.2008 tarih ve 26870 sayılı Resmi Gazete.

yürütmenin başıdır. Maddede cumhurbaşkanının yasama, yürütme ve yargı ile ilgili yetkileri de düzenlenmiştir.

Parlamenter rejimde devletin başkanı olan Cumhurbaşkanı tarafsız konumda bulunduğundan birlikte yaptıkları işlemlerde sorumluluk başbakan ve ilgili bakana aittir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.317). Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun iki boyutu vardır. Siyasi sorumsuzluk cumhurbaşkanının görev süresi sona erene kadar meclis veya bakanlar kurulu gibi hiçbir organ tarafından görevinden düşürülemeyeceğini ifade eder (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.322). Cumhuriyet yönetimlerinde genellikle Cumhurbaşkanının cezai sorumsuzluğu görevi ile ilgili suçlar bakımından kabul edilmiştir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.331). Anayasanın 105. maddesi gereğice Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden dolayı da sorumlu tutulamayacağı kabul edilmelidir (Artuk vd., 2015(b): s.165).

Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu düzenlenirken göreviyle ilgili sorumlu tutulduğu tek suç "vatana ihanet suçu" olarak düzenlenmiştir. Fakat Anayasa'da ve kanunlarda suçun tanımı veya kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi bulunmamaktadır. Anayasa'nın 105. maddesine göre TBMM üyelerinin üçte birinin teklifi üzerine yapılacak oylamada, üye tamsayısının dörtte üçünün oyu sağlanırsa Cumhurbaşkanı Yüce Divan'da vatana ihanet suçundan yargılanacaktır. Bir görüşe göre Yüce Divan'a sevk edilen bakanların dahi bakanlığı düşerken daha fazla oyla ve vatana ihanet gibi ağır bir suçla suçlanarak Yüce Divan'a sevk edilen Cumhurbaşkanı görevine devam edemeyecektir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.333; Özbudun, 2013: s.291). Bu durumda Anayasa'nın 106. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı makamının geçici olarak boşaldığı kabul edilerek yenisi seçilene kadar TBMM Başkanının Cumhurbaşkanına vekalet edeceği söylenmektedir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.333; Özbudun, 2013: s.291). Diğer bir görüşe göre ise, Anayasanın 106. maddesinde belirtilen "başka bir sebep" içine Yüce Divan'a sevk halini sokmak doğru değildir ve Cumhurbaşkanı hakkındaki yargılamadan çıkacak olan karar beklenmeden görevine son verildiğinin kabul edilmesi hukukun genel ilkelerine aykırı olacaktır (Artuk vd, 2015(b): s.168).

Cumhurbaşkanının görevi dışındaki suçları bakımından sorumlu tutulup tutulmayacağı konusunda da görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre Cumhurbaşkanı seçilmekle beraber TBMM üyeliği sona ereceğinden yasama dokunulmazlığının kalkacağını kabul etmek Cumhurbaşkanını bakanlardan daha aşağı bir konuma sokacaktır ve bu yüzden Cumhurbaşkanının şahsi suçlarından dolayı sorumsuzluğu kabul edilmelidir (Aktaran: Artuk vd, s.2015(b): s.169). Diğer görüşe göre, Anayasanın 105. maddesinde yalnızca Cumhurbaşkanının görevine giren suçlardan vatana ihanet suçu dışındakiler bakımından sorumsuz olduğu düzenlendiğinden, göreviyle ilgili olmayan bir suç işlerse sorumlu olduğunun kabul edilmesi gereklidir, çünkü bu suçlar için sorumsuzluğu kabul edilmiş olsa Anayasa'da açık düzenleme bulunurdu (Aktaran: Artuk vd, s.2015(b): s.169).

Anayasa'da yasama meclisi üyelerinin görevini gereği gibi yerine getirmesini sağlamak, görev sırasında herhangi bir baskı yaşamasını engellemek ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yasama bağışıklıkları düzenlenmiştir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2013: s.240).

Yasama sorumsuzluğunun düzenlendiği Anayasa'nın 83. maddesine göre TBMM üyeleri Meclis çalışmaları sırasında kullandıkları oy söz ve düşünceleri sebebiyle sorumlu tutulamazlar. Anayasa'nın 112/4 hükmü gereğince Milletvekili olmayan Bakanlar da yasama sorumsuzluğuna sahiptir. Meclisçe başka bir karar alınmamışsa, meclis çalışmaları sırasındaki oy, söz ve düşünceleri Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan da sorumlu tutulamazlar.

Anayasanın 83. maddesinin 2. fıkrasında yasama dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Milletvekillerinin görevlerini yapmasını ve meclis çalışmalarına katılmasını sağlamak için seçimden önce veya sonra suç işlediği iddia edilen milletvekilinin Meclis kararı alınmadıkça tutulamayacağı, tutuklanamayacağı, yargılanamayacağı ve sorgulanamayacağı güvence altına alınmıştır. Seçimden önce soruşturulmasına başlanmış olmak şartıyla Anayasa'nın 14. maddesine aykırılık halinde veya ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde bu hüküm uygulanmayacaktır. 301. maddede düzenlenen suçun bu kişilerce meclis

çalışmaları sırasında işlenmesi halinde suç vasfı devam etse de sorumluluk doğmayacaktır.

3.4.1.3. Mağdur

Suçtan zarar gören, işlenen bir suçla menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak zarar gören kimse; mağdur ise işlenen suçun kendisi için haksızlık oluşturması sebebiyle suçtan zarar gören kimsedir (Artuk vd., 2015(b): s.288). Yani suçtan zarar gören kavramı mağduru da içine alan daha geniş bir kavramdır. Gerçek kişiler dışında kalan tüzel kişiler veya tüzel kişiliği olmayan topluluklar mağdur sıfatını alamaz (Artuk vd., 2015(b): s.289).

TCK 301. madde her ne kadar devletin güvenliğine karşı suçlar arasında düzenlenmiş olsa da maddede suçla muhatap olan kurum ve organlar gerçek kişi olmadığından mağdur devlet değil, toplumdaki tüm bireylerdir (Artuk vd., 2015(a): s.1251). Buna karşılık maddede sayılan unsurlar devletin önemli kurum ve organları olduğundan, aşağılama fiiline maruz kalan kurum ve organlara yapılan saldırıdan dolayı devletin suçtan zarar gören olacağı söylenebilir (Yıldırım, 2011: s.103).

3.4.1.4. Konu

Suçun konusunu hareketin yöneldiği kişi ya da şey oluşturur (Artuk vd., 2015(b): s.284). TCK'nın 301. maddesinde yaptırıma bağlanan fiilin yöneldiği varlıklar Türk Milleti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti; kurumlar ise Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin Yargı Organları, Askeri Kuvvetler ve Emniyet Teşkilatından olarak sayılmıştır (Artuk vd., 2015(a): s.1251).

3.4.1.4.1. Türk Milleti

2008 yılında 5759 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan önce "Türk Milleti" ifadesi yerine maddede "Türklük" ifadesi kullanılmaktaydı[128]. Türk

128 08.05.2008 tarih ve 26870 sayılı Resmi Gazete.

kelimesi sözlükte "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yaşayan halk ve bu halktan olan kimse, Dünyanın çeşitli bölgelerinde yaşayan, Türkçenin değişik lehçelerini konuşan soy ve bu soydan olan kimse" olarak tanımlanmıştır[129].

"Türklük" terimi 5237 sayılı kanunun gerekçesinde dünyanın neresinde yaşarlarla yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık olarak kullanılmaktadır (Artuk vd., 2015(c): s.353). Kavramın Türk Milleti kavramından daha geniş olarak Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürü paylaşan toplumları da içine alacağı vurgulanmıştır (Artuk vd., 2015(c): s.353). Şen'e göre Türklük kavramı Dünya'nın neresinde yaşarlarsa yaşasınlar Türklere özgü ortak varlık, millete ait ortak bir değerden öte milleti oluşturan ve korunma altına alınması beklenen bir hak ve hürriyet olarak anlaşılmalıdır (Şen, 2007: s.16,17). Yargıtay bir kararında, maddede yer alan Türklük kavramının Türk Milletini kastetmekte olduğunu söyleyerek, kavramdan, Türk milletini oluşturan insani, dini, tarihi değerler ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli, manevi değerler bütününün anlaşılması gerektiği sonucuna varmıştır[130].

Sancar'a göre Türklük kavramı ile soy ve kültür esasına dayalı bir koruma amaçlanıyorsa Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesinin gereği olarak ülkedeki bütün soy ve kültürlerin aynı şekilde korunması gereklidir ve aksi bir yaklaşım "ırkçı" olarak kabul edilmelidir (Sancar, 2006: s.86).

Korkut'a göre Türklük benzeri ırka ya da kültürel kimliğe ait bir değerin korunması başka hiçbir hukuk düzeninde bulunmamaktadır ve bu kavram Türk Milleti olarak değiştirilse dahi Türk milletini aşağılamanın anlamı tam olarak netleştirilemeyebilir (Korkut, 2007: s.37).

Şahin'e göre gerekçede belirtildiği gibi Türklük kavramı Türk ırkına mensup olanları ifade etseydi buradaki düzenleme TCK'nın 216. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*halkın bir kesimini ırk, mezhep vb. dayanarak aşağılama"* hükmü kapsamında kalacağından anlamını yitirecektir ve bu sebeple de Türklük

129 http://tdk.gov.tr
130 YCGK E. 2006 / 9-169, K. 2006 / 184, K.t. 11.07.2006

kavramından Türk ulusu anlaşılmalıdır (Şahin, 2009: s.406). Bu şekilde anlaşıldığında Türk ulusu kavramı halkın tamamını kapsayacak ve 216. maddenin 2. fıkrasını tamamlayacaktır (Şahin, 2009: s.405,406).

Bahsedilen görüşler ve kanunun gerekçesi incelendiğinde Türklük kavramının sınırları ve anlamı üzerinde görüş birliği olmadığı görülmektedir. Ceza hukukunun temel prensiplerinden olan kanunilik ilkesinin bir gereği olarak ceza kanunlarında yer alan suçların açık ve anlaşılır olması; bireylerin hangi davranışlarının suç oluşturduğunu kanun metninden anlayabilmesi gerekir (Artuk vd., 2015(b): s.101). Türklük kavramı bu açıklığı sağlamamaktadır. AİHM bir kararında, Yargıtay'ın Türklük kavramını Türk etnik kökenli kişilerin sahip oldukları değerleri ve gelenekleri içerecek şekilde yorumladığını, kapsamı oldukça geniş olan Türklük ifadesinin TCK'nın 301. maddesinin öngörülebilirliği konusunda ciddi şüpheler ortaya çıkarabileceğini belirtmiştir[131].

Birtek'e göre, Türklük kavramı yerine kullanılması gereken Türk Ulusu kavramıdır ve bu kavramın kullanılmasıyla AİHM içtihatlarında ifade özgürlüğü kapsamında sayılan rahatsız edici, küçültücü, resmi ideolojiye aykırı, sarsıcı ifadelerin 301. madde kapsamına dahil edilmesi zorlaşacak, maddenin kapsamı ifade özgürlüğü lehine daraltılmış olacaktır (Birtek, 2007: s.10)

Kanunda yapılan değişiklik neticesinde Türklük kavramı yerine maddede "Türk Milleti" kavramı kullanılmıştır. Madde gerekçesinde millet kavramının tanımı yapıldıktan sonra bir toplumun millet olma niteliğine sahip olması için üzerinde yaşanılan toprak parçasının bulunması, bireyler arasında kültür ve tarih birliği olması, ve bireylerin aynı devlet altında yaşama arzusuna sahip olması gerektiği belirtilmiştir (Artuk vd., 2015(c): s.354).

Bir görüşe göre Türk milleti kavramı Türklük kavramına göre daha dar bir kavramdır ve daha belirgin bir kavram olması dolayısıyla kanunda yapılan değişiklik isabetli olmuştur (Artuk vd., 2015(a): s.1252) . Başka bir görüşe göre

131 Dink/ Türkiye, Başvuru no: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, k.t. 14.09.2010.

"Türklüğü aşağılama"nın suç olmaktan çıkarılmasıyla Türkiye sınırları içinde bir Almanın alenen "pis Türkler" demesinin Türk milletini aşağılama kastıyla söylenmedikçe suç oluşturmadığı iddia edilebilecektir ve bu sebeple ifade özgürlüğü bahanesiyle Türlük kavramı korumasız bırakılacaktır (Derdiman: 2009: s.15).

3.4.1.4.2. Türkiye Cumhuriyeti Devleti

Maddede gerçekleşen diğer değişiklik "Cumhuriyet" kavramı yerine "Türkiye Cumhuriyeti Devleti" ifadesinin kullanılmasıdır. Anayasa'nın 1. maddesinde "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" hükmü bulunur. Bir görüşe göre Cumhuriyet bir yönetim biçimini ifade ettiğinden herhangi bir soyut yönetim biçiminin aşağılanmasının suç oluşturması demokratik bir toplumda anlamsız kalacaktır; fakat her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti Devleti ifadesi daha somut olsa da Devlet'e yönelik aşağılayıcı ve hakaretamiz ifadelerin Devletin saygınlığını zedelemesi kolay görülmemektedir (Şahin, 2009: s.418). Başka bir görüşe göre cumhuriyet kavramı ile korunmak istenen zaten Türkiye Cumhuriyeti Devleti'dir (Kelep, 2013: s.762; Artuk vd., 2015(a): s. 1253). Yargıtay bir kararında maddedeki "Cumhuriyet" kavramının "Devlet" ile anlamdaş olduğunu, bu nedenle Devleti tahkir ve tezyifin, niteliği itibariyle, Cumhuriyeti tahkir ve tezyif oluşturacağını vurgulamıştır[132].

Derdiman, Cumhuriyet kavramının Türkiye cumhuriyeti Devleti kavramından geniş olduğunu, bu değişiklik sonrası maddenin sağladığı korumanın daraltıldığını, artık cumhuriyetin niteliklerinin aşağılanmasının bu suç kapsamında sayılamayacağını söyleyerek değişikliği olumsuz değerlendirmiştir (Derdiman, 2009: s.11).

3.4.1.4.3. Türkiye Büyük Millet Meclisi

Anayasa'nın 7. maddesine göre yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir ve bu yetki devredilemez. 301. maddede suçun konusunu oluşturan kurumlar arasında TBMM de sayılmıştır. Burada TBMM'yi

132 YCGK E. 9 / 70, K. 1998 / 156, K.t. 05.05.1998.

oluşturan tek tek veya grup olarak kişilerin aşağılanması değil; bütün olarak organı aşağılayıcı faaliyetler alenen yapıldığı takdirde suç oluşturacaktır (Sancar, 2006: s.94). Aşağılama hareketinin yöneldiği eğer tüm milletvekilleri ise o zaman suçun oluşup oluşmadığı durumun koşulları çerçevesinde belirlenmelidir. Parlamentodaki komisyonlara yönelik aşağılayıcı davranışların 301. madde kapsamında değerlendirilmesi konusunda genel kabul edilen görüş, 301. maddenin doğrudan organın kendisini koruyucu özelliğinden dolayı komisyonlar hakkında bu maddenin uygulanmayacağıdır (Sancar, 2006: s.95).

3.4.1.4.4. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti kavramı ile Başbakan ve Bakanlar Kurulu'nun tamamından oluşan yürütme organı kastedilmiştir (Artuk, 2007: s.228). Tek tek bireyler hakkındaki aşağılamalar TCK 301. madde kapsamında değerlendirilmez. Yargıtay bir kararda iktidar kavramının hükümetle sınırlı olmayıp ondan daha geniş olduğunu, hükümetin icraat yönünden iktidarın temsilcisi olduğunu belirtmiştir[133].

3.4.1.4.5. Devletin Yargı Organları

Devletin yargı organları yargılama makamının yanında savcılık makamını da içine alır; fakat adliyedeki diğer yardımcı meslekleri kapsamaz (Artuk, 2007: s.228). Yargı gücünün temsilcileri olan heyet ve kişilerden bağımsız olarak yargı organlarının bütününün itibarına yönelik bir düzenlemedir (Turhan, 2011: s.297). Yargıtay bir kararda, Cumhuriyet savcıları için olumsuz görüşler içeren bir yazının tahkir ve tezyif içerdiği hakkında şüphe olmasa da yazının yalnız İstanbul ve Ankara bölgesindeki savcılara yönelik olması sebebiyle söz konusu suça vücut vermediğine kanaat getirmiştir[134].

3.4.1.4.6. Devletin Askeri ve Emniyet Teşkilatı

Devletin askeri ve emniyet teşkilatı da madde kapsamında yer almaktadır. Devletin askeri teşkilatı Türk Silahlı Kuvvetleri'ni ifade eder (Kelep, 2013:

133 YCGK, E. 1977/172, K. 1977/198, 9.5.1977.
134 YCGK E. 1971 / 384, K. 1971 / 420, k.t.20.12.1971.

s.764). Orduyu temsil eden Genelkurmay Başkanlığı'nın, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin unsurları olan kara, deniz ve hava kuvvetlerinin ayrı ayrı ve bütün olarak hedef alınması durumunda 301. madde uygulama alanı bulacaktır (Artuk, 2007: s.229). 211 sayılı İç Hizmet kanununun 1. maddesinde hava deniz ve kara kuvvetleri yanında jandarma ve sahil güvenlik kuvvetlerinin de Türk silahlı Kuvvetleri kapsamında olduğu belirtilmiştir[135]. Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 3. maddesinde polis ve jandarmanın umumi zabıta teşkilatını; diğer kanunlara göre teşkilatlanan zabıta kuvvetlerinin hususi zabıta teşkilatını oluşturduğu düzenlenmiştir[136]. Kanunun 8. maddesinde polisin siyasi, idari ve adli olmak üzere üç kısma ayrıldığı düzenlenmiştir. Kanunun 9. maddesine göre idari polis içtimai ve umumi intizamı temin eder; siyasi polis devletin umumi emniyetine taalluk eden işlerle mükelleftir; adli polis asgari tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde adli işlerle uğraşmak üzere Emniyet Umum müdürlüğünce kadrodan ayrılan bir kısımdır.

301. maddeyle korunan, emniyet teşkilatının tamamıdır. 765 sayılı TCK döneminde, sanığın nezarete alınması sırasında görevli polis memurlarına kızarak sarf ettiği sözlerin kül halinde ve doğrudan doğruya oradaki polis memurlarına yönelik olduğunun belirlendiği olayda, TCK'nın 159. maddesinde belirlenen suçun unsurlarının oluşmadığına karar verilmiştir[137].

3.4.2. Manevi Unsur

Kast suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (Artuk vd., 2015(b): s.300). 5237 sayılı kanunda suçun oluşması için aranan manevi unsur kasttır ve bazı istisnai hallerde suçun taksirle işlenebileceği de düzenlenmiştir. Bazı hallerde suçun oluşması için maddi unsurların bilinmesi ve istenmesi yeterli olmaz, failin belli bir saikle hareket etmesi de aranmaktadır (Artuk vd., 2015(b): s.316).

135Madde metni ve kanunun tamamı için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf

136Madde metni ve kanunun tamamı için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.3201.pdf

137 Y 9. CD, E. 2004 / 255, K. 2004 / 546, k.t. 01.03.2004.

TCK'nın 301. maddesinde yer alan suçun manevi unsuru kasttır (Artuk, 2013: s.233). 765 sayılı kanun döneminde verilen bir kararda suçun manevi unsuru "*tahkir ve tezyif kastıyla, başka bir deyişle yasanın bu kurumlara sağlamak istediği saygıyla çelişen, alçaltıcı bir duruma sokmak"* amacıyla hareket edilmesi şeklinde belirlenmiştir[138].

Suçun oluşması için failin anayasal kuruluşları alenen aşağılamayı istemesi ve bilmesi gerekir (Artuk, 2007: s.233). Yargıtay bir kararda, sanık ile işçisi arasında çıkan tartışmada işçinin, seni devlete şikayet edip alacağımı alacağım demesine karşılık sanığın "seni de devleti de sinkaf ederim" şeklindeki cevabının şikayetçiye yönelik sövmeden ibaret olduğu, sanığın olayın akışı içerisinde devlete ve maddedeki kurum ve organlara yönelik aşağılama kastının olmadığı gerekçesi ile suçun oluşmadığı sonucuna varmıştır (Y9.CD E.1983/576, K.1983/579, Aktaran: Turhan, 2011: s.299).

Kanunda suçun taksirli hali düzenlenmediği için taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bir görüşe göre kişi açıkladığı ifadelerin maddede yer alan kurumları aşağılayıcı özellikte olabileceğini, ifadelerin suçun unsurlarını taşıdığını biliyor ve yine de umursamazlık içinde ifadeyi açıklıyor ise suç olası kastla işlenmiş olacaktır (Kelep, 2013: s.764). Fakat olası kastla suçun işleneceğinin kabul edilmesi 301. maddenin uygulama alanını oldukça genişleteceğinden suçun hukuka aykırılık unsuru bakımından titiz bir değerlendirme yapılarak sorumluluğun sınırlanması gerekecektir (Kelep, 2013: s.764).

765 sayılı TCK döneminde 159. maddede yer alan suçun oluşması bakımından genel kastın yeterli olduğunu savunanlar olduğu gibi özel kastın gerektiğini söyleyenler de olmuştur. 159. maddede suçun unsurunu oluşturan fiil "tahkir ve tezyif" olara yer alıyorken, 301. maddede "alenen aşağılama" fiili düzenlenmiştir. Bunun dışında manevi unsura yönelik iki madde arasında fark olduğunu gösteren bir ifade kullanılmamıştır. Bu sebeple 159. madde hakkında

138 YCGK E. 2001 / 132, K. 2001 / 155, k.t. 03.07.2001.

manevi unsura ilişkin görüşler ve Yargıtay kararlarının geçerliliğini yitirdiğini söylemek doğru olmayacaktır.

Sancar, suçun oluşması için aranan genel kastın hem iradi hem de neticeye yönelik bir isteği içerdiğini söyleyerek suçu işlemeye iten saikten farklı bir kavram olduğunu vurgular (Sancar, 2006: s.183). Bu görüşe göre ilgili maddede aranan kast aşağılama hareketinin alenen olduğunu bilerek ve isteyerek yapılmasından ibarettir, madde metninden bunun dışında bir sonuç çıkarılamamaktadır. Maddede sayılan organlara yönelik fiilin aşağılayıcı ve alay edici olup olmadığı hakkında hakim somut olayda suçun işlendiği zamana, yere göre ve kullanılan ifadenin bütününden çıkan genel anlama bakarak sonuca varacaktır (Erman, 1951: 286).

Aşağılamanın basın yoluyla işlenmesi halinde kastın belirlenmesi için failin kişiliği, siyasi kimliği, siyasi geçmişi göz önüne alınarak somut olayda eleştiri, mizah kastıyla veya aşağılama kastıyla hareket edip etmediğinin anlaşılabileceği söylenmektedir (Erman, 1951: s.286). Böyle bir tutum hakimin somut olaydan uzaklaşarak failin özel hayatını kapsayan geniş bir değerlendirme yapması sonucunu doğurabilecektir (Sancar, 2006: s.185). Suçun oluşması için hareketin yapılması dışında ayrı bir neticenin gerçekleşmesi gerekmediğinden failin aşağılamada bulunurken maddede sayılan organ ve kurumlara zarar vereceğini bilecek ve isteyecek durumda olup olmadığı önem taşır ve Yargıtay da inceleme yaparken bunu göz önünde bulundurur. Bir davada, halk otobüsünde şoförlük yapan sanıkla PTT idaresinden aldığı kartı göstererek ücretsiz yolculuk yapan yolcu arasında kartın geçerliliği hakkında çıkan kavgada sarf edilen sözlerin muhatabına yöneltilmiş olduğu ve bu sebeple suçun unsurlarının oluşmadığı kararına varılmıştır[139]. Özel kast gerektiğini savunan görüşe göre suçun oluşması için maddede sayılan organ ve kurumlardan birini veya birkaçını aşağılama amacına yönelik hareket etme bilinci gerekir (Senkeri, 1996: s.255). Bu görüşe göre söz yazı resim vb. ifadeler objektif olarak aşağılayıcı özellikte olsa

139 Y 9.CD, E. 1992/11035, K.1992/1117, Aktaran: Sancar, 2006: s.186.

bile failin aşağılama kastı bulunmuyorsa suç oluşmayacaktır (Sancar, 2006: s.187).

Erman'a göre şaka veya hiciv maksatlı karikatür ve yazılarda sınırlar aşılmadığı takdirde siyasi kurumları alaya almak aşağılama oluşturmaz; ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilecektir (Erman, 1951: s.285,286). Bu çerçevede kastın varlığı her olayın kendi şartları içinde ayrı ayrı değerlendirilmekte ve fevri davranışlar ile öfkeyle söylenen sözlerin özel kast oluşturmadığı sonucuna varılmaktadır (Gündel, 1997: s.91).

Birtek'e göre maddeye ilişkin olarak suçun manevi unsuru incelenirken maddede yer alan anayasal kurum ve organların saygınlığının hedef alınması (özel) kastı aranmalıdır ki hakaret suçuyla bu suç arasında ayrım daha net yapılabilsin (Birtek, 2007: s.6). Yargıtay da bu suçun oluşması bakımından özel kastın aranması gerektiği görüşündedir. Bir kararda 159. maddedeki suçun oluşması için, failde genel kasttan başka, özel kastın da bulunması gerektiği; fakat alkollü olan sanığın aniden karşılaştığı manzara karşısında, kendi kötü durumunun da etkisiyle söylediği sözlerde tahkir özel kastı bulunmadığı görüşüne yer verilmiştir[140]. 765 sayılı kanun dönemindeki başka bir kararda sanığın polise karşı kızgınlıkla söylediği sözlerin, o sırada mukavemet ettiği polislerden başka hükümetin manevi şahsına yönelik olduğunu gösteren deliller yokken, özel kastın varlığının kabul edilmesi kanuna aykırı bulunmuştur[141].

Özel kastla işlenen suçlarda aranan özel amaç açıkça kanun metninde belirtilmiştir. TCK'nın 105. maddesinde cinsel taciz suçunun oluşması için "bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmek" denmiştir. Yani manevi unsurda cinsel amaç aranmaktadır. Aynı şekilde TCK'nın 141. maddesinde hırsızlık suçunun oluşması için "kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı" aranmaktadır. 301. maddeye bakıldığında bu şekilde bir saik aranmadığı görülmektedir.

140 YCGK, 5.10.1987, 9/167-422, Aktaran: Birtek, 2007: s.6.
141 Y9.CD,4314/219, 20.1.1982, Aktaran: Sancar, 2006: s.187.

Sancar'a göre her iki görüşün vardığı sonuç da aynıdır (Sancar, 2006: s.188). Çünkü genel kast arandığını savunan görüşe göre "tahkir ve tezyif" kastı genel kasta dahildir ve bu kastın olmaması halinde suç oluşmaz. Aynı şekilde "tahkir ve tezyif" kastını özel kast olarak değerlendirenler de böyle bir kast olmaması halinde suç oluşmayacağını söyler. İncelenen suç sırf hareket suçu olduğundan suçun gerçekleşmesi için ayrı bir netice gerekmediği ve bu sebeple suç bakımından sonradan eklenen kastın söz konusu olmayacağı söylenmektedir (Yıldırım, 2011: s.167) .

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında suçun oluşması için özel kast gerektiğini vurguladığından bahsetmiştik. Yakın tarihli kararlara bakıldığında kast konusunda kararlarda birlik olmadığı görülmektedir. Sanığın, alkollü bir durumda iken iki kişi ile tartışmaya başladığı, daha sonra kendisine müessir fiilde bulunulması üzerine bağırarak hem bu şahıslara ve hem de devlete karşı sinkaflı sözler söylediği, otele gelen polis memurlarının huzurunda da benzer küfürlere devam ettiği olayda; Cumhuriyeti alenen "tahkir ve tezyif" özel kastının bulunmadığına karar verilmiştir[142].

Başka bir kararda Cumhurbaşkanına yönelik "bir gel o şapkanı alıp nasıl kafana geçiriyoruz" sözünün 159. madde kapsamına girip girmediği değerlendirilirken suçun maddi öğesinin, maddede belirtilen kavramlara yönelik, onları aşağılayan, hor gören, küçük düşüren, onurlarını zedeleyici hareketler olduğu söylenmiş, özel kast arandığından söz edilmemiştir[143].

Polisle tartışmaya giren sanığın ettiği küfürlerin 301. madde kapsamına girip girmediği hakkındaki başka bir davada sanığın eylemi "bilinçsiz ve kendiliğinden gerçekleşen bir eylem" kabul edilmiş; bu nedenle de eylemin suçu meydana getirecek bir genel ve özel kast unsuru bulunmadığı sonucuna varılmıştır[144]. Bu olayda da suçun gerçekleşmesi için özel kast arandığından

142 Y9.CD, E. 2007 / 12194, K. 2009 / 5269, k.t. 30.04.2009.
143 YCGK, E. 2001 / 9-132, K. 2001 / 155, k.t. 03.07.2001.
144 YCGK, E. 2008 / 170, K. 2008 / 220, k.t. 14.10.2008.

bahsedilmemiş, hem genel kast bakımından hem de özel kast bakımından inceleme yapılmıştır.

Bir diğer önemli nokta da eleştiri ve hiciv gibi saikle 301. maddede sayılan organ ve kurumların aşağılanması, alaya alınması halinde suçun oluşmamasının özel kastın olmayışından mı kaynaklandığıdır. 301. maddede açıkça eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Yani bu gibi durumlarda faile ceza verilmemesinin sebebi özel kastın yokluğu sebebiyle suçun oluşmaması değil; ifade özgürlüğüne dayanan hakkın kullanımı sonucu fiilin en başından beri hukuka uygun kabul edilmesi ve hukuka aykırılığın bulunmamasıdır (Sancar, 2006: s.188).

3.4.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık kanundaki tarife uygun olarak işlenen fiilin hukuk düzeninde mübah sayılmamasıdır (Gökçen, 2002: s.215). Ceza hukukunda yasaklanan bir fiile aynı hukuk düzeni içindeki başka bir kural ile izin veriliyorsa artık fiilin hukuka aykırılığından bahsedilemez ve fiili hukuka uygun hale getiren kurala hukuka uygunluk nedeni denir (Sancar, 2006: s.192; Gökçen, 2001: s.215).

5237 sayılı TCK'da hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması, meşru müdafa, ilgilinin rızası ve kanun emrini yerine getirme yer almaktadır. 301. madde kapsamında incelenmesi gereken hukuka uygunluk nedeni, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenidir. TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrasına göre "hakkını kullanan kimseye ceza verilmez". Birçok hakkın kullanılması hakkından bu hukuka uygunluk nedeni gündeme gelse de TCK 301. madde ile ilgili olarak iki konu üzerinde durmak daha doğru olacaktır.

3.4.3.1. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı Hakkı ve TCK 301. Madde

301. madde bakımından hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni ile ilişkili incelenmesi gereken ilk konu iddia ve savunma dokunulmazlığı hakkıdır. Anayasa'nın 36. maddesine göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. TCK'nın 128. maddesinde yargı mercileri ve idari makamlar

önünde kişilere yönelik isnatlarda bulunmak cezalandırılmayacaktır[145]. TCK yalnızca kişilere yönelik olumsuz değerlendirmelerin iddia ve savunma hakkı kapsamında olduğunu düzenlemiştir. 301. madde kurum ve organlara yönelik aşağılamayı kapsar. Bu yüzden bu madde kişiler yönünden 301. madde için uygulanmasa da hakkın hangi merciler önünde kullanılacağı ve kapsamı konusunda yorum yapmaya yardımcı olacaktır (Kelep, 2013: s.765). Sadece yargı mercileri önünde değil, idari makamlar önündeki iddia ve savunmalarda kullanılan ifadeler de hukuka uygunluk nedeni kapsamındadır. Ancak kullanılan aşağılayıcı ve olumsuz ifadelerin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi somut olayla ilgili olmasına bağlıdır. Kullanılan aşağılayıcı ifadenin iddia veya savunma bakımından bir zorunluluk oluşturması gerekir; fakat bu zorunluluğu ifade edilmek istenenin aşağılama içeren ifadeden başka yolla anlatılamayacağı şeklinde değil, aşağılayıcı ifadenin iddia veya savunmaya hizmet etmesi gerektiği şeklinde anlamak gerekir (Senkeri, 1996: s.262).

3.4.3.2. Eleştiri Hakkı, İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Kanununun 301. Maddesi

Genel bir tanımlama yapmak gerekirse kişilerin haber ve bilgilere ulaşma, bunların sonunda bir kanaate varma, bu kanaatlerinden dolayı kınanmama ile duygu düşünce ve kanaatlerini serbestçe açıklayıp, yayma özgürlüğünün ifade özgürlüğünü oluşturduğunu söylemiştik. Bu özgürlük devlete, dokunmama ihlal etmeme şeklinde negatif edimin yanında kişiye serbestçe düşünceler üretebilmesi için gereken eğitim, kültür ve maddi olanakların sağlanması gibi pozitif edimler de yüklemektedir (Sancar, 2006: s.198). Özgürlüğün kullanılmasında yararlanılan araçlar bakımından bir sınır bulunmamaktadır. Tek başına olabileceği gibi toplu olarak dernek, parti, toplanma ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü ile de ifade özgürlüğü kullanılabilir.

İfade özgürlüğünün kullanım şekillerinden biri olan eleştiri hakkı çeşitli olaylar ve bunlarla ilgili kimselerin durum ve davranışları hakkında

145Madde metni ve kanunun tamamı için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.5237&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=

değerlendirmelerde bulunma, görüş bildirme özgürlüğü olarak açıklanabilir (Artuk, 2007: s.237). 301. maddenin 3. fıkrasına göre eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz. Eleştirmek niyetiyle açıklanan düşüncelerin sert olması olağandır (Erman, 1950: s.170).

Özellikle politika mensuplarına yönelik eleştiriler önemlidir. İktidar kendine yönetme yetkisini veren halkın vekili olarak bu yetkiyi geçici olarak halk adına kullanır. Yetkinin asıl sahibi halktır. Halk eleştiri hakkını kullanarak iktidarın icraatları ve politikalarının eksik yönlerini rahatça söyleyebilir. Böylece kamunun hizmetçisi konumunda bulunan iktidarın halkın arzularına göre hareket etmesi gerektiği hatırlatılmış olur (Sancar, 2006: s.211). AİHM Lİngens/Avusturya davasında, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırlarının, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniş olduğunu belirtmiştir[146]. Siyasetçilerin, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek gazetecilerin ve halkın bilgisine açtığı; bu nedenle de daha geniş bir hoşgörü göstermek zorunda olduğu söylenmiştir. Aynı görüşlerin yinelendiği Oberschlick/Avusturya kararında politikacının şerefinin korunması hakkına sahip olduğu halde, bu korumanın siyasal konuların açıkça tartışılmasından doğacak yarar ile dengelenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur[147].

Mahkeme, Castells/İspanya kararında hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırlarının, şahısları ve hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniş olduğunu belirtmiştir[148]. Mahkemeye göre demokratik bir sistemde Hükümetin eylemleri ve ihmalleri, sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basının ve kamuoyunun da yakından incelemesine tabidir. Hükümet işgal ettiği üstün mevkiin getirisi olarak haksız saldırılarla karşılaştığında bunları atlatmak için başka araçları kullanabileceği durumlarda ceza davasına başvurma yetkisini çok sınırlı kullanmalıdır. Fakat temelden yoksun veya kötü niyetle

146 Lingens/Avusturya, Başvuru no:9815/82, K.t 08.07.1986. Kararın tamamının Türkçe çevirisi için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=112.
147 Oberschlick/Avusturya, Başvuru no: 265,
148 Castells/ İspanya, Başvuru No. 11798/85, 23.04.1992.

oluşturulmuş iftira niteliğindeki suçlamalara, karşı ölçülü, cezai nitelikte önlemler alınabilir.

Artuk'a göre; eleştiride anayasal kurum ve organların çalışmaların eksik ve yararsız yönleri sorgulanırken; aşağılamada anayasal kurum ve organların varlığı ve saygınlığı sorgulanmaktadır (Artuk, 2007: s.237). Yargıtay'a göre, eğitim ve kültür düzeyine bağlı olarak eleştirinin sert ve kaba olması mümkün ise de, kurumlar eleştirilirken düşünce açıklaması sayılmayan, küçültücü, aşağılayıcı ifadeler kullanılmamalı ifade özgürlüğü çerçevesinde hareket edilmelidir[149]. Başka bir kararda kurumlar hakkındaki eleştiri ile aşağılama niteliğindeki açıklamaların ayırt edilmesi noktasında kurumların saygınlığını zedeleyici veya yok edici, varlık nedenini tartışılır hale getiren düşünce açıklamalarının eleştiri sınırlarını aşacağı sonucuna varılmıştır[150].

301. maddenin gerekçesinde eleştiri hakkının Anayasamızda güvence altına alınan ifade özgürlüğünün doğal bir parçası olduğu vurgulandıktan sonra, Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da söylendiği üzere, ağır, sert veya incitici nitelikte de olsa, eleştiri hakkı kullanıldığında kişiye yaptırım uygulanamayacağı belirtilmiştir (Artuk vd., 2015(c): s.354).

TCK'nın 26. maddesinde hakkını kullanan kişiye ceza verilmeyeceği düzenlendiğinden eleştiri hakkıyla ilgili özel bir düzenleme bulunmasaydı da 26. maddedeki genel düzenleme kapsamında eleştiri amacıyla açıklanan düşünceler cezalandırılamayacaktı. Gerekçede 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 159. maddesine eklenen eleştiri hakkı ile ilgili hükme, tasarıda yer verilmemesinin yanlış anlamalara ve uygulamalara neden olabileceği düşünülerek, maddeye bu hususun yazılması gerektiği belirtilmiştir (Artuk vd, 2015(c): s.355).

149 YCGK. 03.7.2001, 9/132-155.
150 YCGK, E. 2006 / 169, K. 2006 / 184, k.t. 11.07.2006.

3.4.3.3. Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi ile İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarına Genel Bakış

TCK 301. maddesi ifade özgürlüğünün bittiği noktada devreye girmektedir. Yani bireyler anayasal kurum ve organları eleştiri hakkını kullanabilir; fakat kullanılan ifadeler bu kurum ve organları açıkça aşağılayıcı nitelikte ise suç oluşturacaktır. Suçun oluşup oluşmadığı noktasında eleştiri hakkı ile aşağılama kastı arasındaki ayrım önemlidir.

5237 sayılı yasa yürürlüğe girdikten sonra 301. madde hakkında açılan davalarda artış olmuştur. Bu davaların çoğunluğu gazeteci ve yazarlar hakkındadır. Örneğin; Elif Şafak'ın Ermeni meselesi konusunda yazdığı bir kitabında kullandığı ifadelerin, Türklüğü aşağılama amacı güttüğü iddia edilmiş; açılan davada mahkeme kitaptaki olayların ve kişilerin kurgu olduğunu, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söyleyerek beraat kararı vermiştir[151]. Bu durum 2006 AB İlerleme Raporu'na da konu edilmiştir. Raporda TCK 301. maddenin şiddet içermeyen ifadeleri sınırlar nitelikte olduğu ve otosansür ortamının oluşmasına sebep olabileceği önemle vurgulanmış, madde kapsamında çok sayıda akademisyen ve yazar hakkında kovuşturma yapıldığından bahsedilmiştir[152].

Konunun önemine binaen soruşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlanmış olsa da 301. madde hakkında oldukça fazla dosya bulunmaktadır. Yargıtay'ın 301. madde hakkında verdiği kararlara kısaca değindikten sonra AİHM'in bu madde ile ilgili kararlarını incelemek yerinde olacaktır.

Konuyla ilgili bir davada Yargıtay, sanığın, Türkçe ve Ermenice olarak yayın yapmakta olan bir gazetede yayımlanan makalesindeki "*Türkten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur"* sözlerinin 765 sayılı TCK'nın 159. maddesine aykırı olup olmadığını incelemiştir[153]. Karar verirken aşağılama kastı olup olmadığını

151 http://bianet.org/bianet/medya/85530-yazar-elif-safak-tek-celsede-beraat-etti (e.t.10.5.2016)
152 http://www.ab.gov.tr/files/Duyurular/Turkiye_Ilerleme_Rap_2006.pdf (e.t. 15.05.2016)
153 YCGK, E. 2006 / 169, K. 2006 / 184, k.t. 11.07.2006.

belirlemek için yalnız birkaç cümle üzerinden değil; yazının bütünü üzerinden hareket edilmesi gerektiği söylenmiştir. Kararda ifade özgürlüğünün kapsamı ve sınırlama sebeplerinden de bahsedilmiştir. Eleştiri hakkı hukuka uygunluk nedeni oluştursa da sövme içerikli sözlerin eleştiri sayılmayacağı ve kurumlar eleştirilirken fikir açıklama niteliğinde bulunmayan, küçültücü, aşağılayıcı ifadeler kullanılmaması gerektiği vurgulanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu üyelerinin çoğunluğu söz konusu ifadelerin Türklüğü aşağılamak kastıyla kullanıldığına kanaat getirmiştir. Görüşe katılmayan üyeler ise yazının bütününe bakarak dava konusu edilen ifadelerin bilimsel anlamları üzerinde durulmadığı; sanığın Türklüğü aşağılama kastıyla hareket etmediği; politik eleştiri niteliğindeki yazının sert bir üslupla yazılmasının eleştirinin genel özelliği olduğu fikrindedir.

Söz konusu dosya daha sonra AİHM önüne gitmiştir. AİHM Dink/Türkiye davasında ifade özgürlüğüne müdahale olduğunu tespit ettikten sonra müdahalenin haklılığı konusunda ayrıntılı bir inceleme yapmıştır[154]. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin yasayla öngörülme, meşru amaca yönelik olma ve demokratik toplumda gerekli olma kriterlerini taşıması gerektiğinden bahsetmiştik. Mahkeme incelemesini bu üç kriter üzerinden yapmıştır. İlk olarak sınırlamanın öngörüldüğü yasa hükmü olan 301. madde hakkında değerlendirme yapmıştır. Yasayla öngörülmüş olma şartı hem sınırlamanın yasal temeli olmasını; hem de sınırlamanın düzenlendiği yasanın öngörülebilir ve açık olmasını kapsar. Mahkeme konunun yasal temelinin bulunduğunu kabul etmiştir; fakat maddedeki "Türklük" ifadesinin, Yargıtay tarafından Türk etnik kökenli kişilerin sahip oldukları değerleri ve gelenekleri içerecek şekilde yorumlanmasının, Anayasadaki tüm Türk yurttaşlarını etnik ya da dini aidiyetlerine bakılmaksızın kapsayan "Türk" tanımıyla çelişir bir durum ortaya çıkardığını vurgulamıştır. Bu açıdan TCK'nın 301. maddesinin öngörülebilirliği ve açıklığı konusunda ciddi şüpheler olduğu sonucuna varılmıştır.

Müdahalenin meşru amaca dayanması bakımından yapılan değerlendirmede Cumhuriyet organlarının değerinin düşürülmesinin kamu düzeni

154 Dink/Türkiye, Başvuru no: 2668/07, K.t. 14.09.2010. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=13160.

için tehdit oluşturabileceği iddia edilmiştir; fakat Mahkeme, başvurucunun şiddet kullanımına çağrıda bulunmadığı bir durumda ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın kamu düzeninin korunmasına hizmet etmeyeceği görüşündedir.

AİHM kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının, Hükümete karşı olma durumunda daha geniş olduğunu hatırlatmış; söz konusu makale dizisinin, bütününe bakıldığında şiddet kullanımını teşvik etmediği gibi ayaklanma veya siyasi mücadeleye de yöneltmediğini belirtmiş ve bu durumda ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını demokratik toplumda acil sosyal ihtiyaca cevap verecek nitelikte görmemiştir.

2008 yılında 301. maddede yapılan değişiklikler 2009 AB İlerleme Raporu'nda olumlu bir gelişme olarak kaydedilmiştir; fakat akademisyen, siyasetçi ve gazeteciler hakkında açılan davaların ve mahkumiyet kararlarının devam etmesi halen toplumda oto sansüre sebep olabilecek bir tehlike olarak kabul edilmiştir[155].

AİHM'in bu konudaki önemli diğer kararı 301. maddedeki değişiklikten sonra verdiği Akçam/Türkiye kararıdır[156]. Prof. Dr. Taner Akçam hakkında Ermeni soykırımı hakkındaki görüşlerini belirttiği yazılarından dolayı birden çok defa soruşturma açılmış ve soruşturmalar takipsizlik kararı ile sonuçlanmıştır. Başvurucu, Ermeni meselesi hakkında bilimsel araştırmalarından dolayı TCK 301. madde sebebiyle potansiyel olarak soruşturma açılabilecek olmasının, kendisinde büyük strese, endişeye ve soruşturma korkusuna neden olduğunu ve Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini savunmuştur. Buna karşılık Mahkeme kişinin, bir ihlalin mağduru olması için, hak ve özgürlüğe getirilen müdahaleden doğrudan etkilenmesi gerektiğini tekrarlamıştır. Sözleşme, müdahaleden doğrudan etkilenmemiş olan bireylere, Sözleşme'de düzenlenen hakların yorumlanması veya ulusal yasa hükümlerinin

155 http://www.ab.gov.tr/files/ceb/Progress_Reports/2009_ilerleme_raporu.pdf (e.t. 10.05.2016)
156 Akçam/Türkiye, Başvuru No. 27520/07, 25.10.2011. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. http://bianet.org/bianet/dunya/134448-aihm-in-taner-akcam-karari-turkce-de.

Sözleşme'ye aykırı olabilecekleri iddiasıyla başvuru yapmasına izin vermez[157]. Fakat Mahkeme bir kararında belirttiği gibi iç hukuktaki yasa hükmü başvurana uygulanmamış olsa dahi bireyi doğrudan etkiliyorsa, yasanın kendisi bireyin haklarını ihlal edebilecektir[158].

Kararda başvuranın tarih profesörü olduğu, araştırmaları sonucu Ermeni meselesi hakkında yazdığı yazıları sebebiyle hakkında birden çok defa soruşturma açıldığı, takipsizlik kararı verilse de toplumda "vatan haini" ilan edildiği, tehdit mesajları aldığı konularından bahsedilmiştir. Yargıtay'ın TCK 301. madde hakkındaki kararlarında özellikle Ermeni meselesi hakkında devletin kabul ettiği görüş dışındaki görüşlerin "Türklüğe" veya "Türk milletine" hakaret kabul edildiğine dikkat çekilmiştir. Bu iddialar karşısında Hükümet 301. maddede yapılan değişiklikle bu madde hakkında soruşturma açılmasının Adalet Bakanının iznine bağlanması sonrasında açılan davalarda düşüş olduğunu söylemektedir. Fakat Mahkeme, ilerde iktidarın değişmesi sonucu siyasi iradenin bu yetkiyi nasıl kullanacağının belli olmadığı, bu yüzden de düzenlemenin bir güvence sağlamadığı görüşündedir. Bu sebeplerle Mahkeme 301. maddenin başvuranın ifade özgürlüğü için bir tehdit oluşturduğunu kabul etmiştir.

Başvuranın mağdur sıfatı taşıdığı kabul edildikten sonra 301. madde hakkında değerlendirme yapılmıştır. 2008 yılında 301. maddede değişiklik yapılmasına rağmen Yargıtay'ın "Türk milleti" ifadesini "Türklük" ifadesiyle aynı anlamda yorumladığı sonucuna varan AİHM, 301. maddedeki terimlerin çok geniş ve kapsamının belirsiz olması sebebiyle "yasayla öngörülmüş olma" şartını sağlamadığına kanaat getirmiştir

2015 tarihli AB İlerleme Raporu'nda da ifade özgürlüğü ve TCK hakkında tespitler bulunmaktadır. Doğrudan 301. maddeden bahsedilmemiştir; fakat

157 Akçam/Türkiye, Başvuru No. 27520/07, prg. 66.
158 Klass ve Diğerleri/Almanya, Başvuru no: 5029/71, K.t. 06.09.1978, prg.33. Kararın Türkçe özeti için bkz. http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=30

TCK'da ifade özgürlüğünü sınırlayan hükümlerin varlığını sürdürdüğü söylenmiştir[159]

3.5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

3.5.1. Teşebbüs

TCK 301. maddede düzenlenen suçun tamamlanması için maddede sayılan kurum ve organların alenen aşağılanması dışında ayrı bir netice aranmadığından hareketin yapılmasıyla suç tamamlanır (Sancar, 2006: s.239; Artuk, 2007: s.239). Suçun oluşması için ayrıca kurumların itibarının bir zarara uğraması aranmadığı için bu suç tehlike suçudur (Sancar, 2006: s.240). Suçun sırf hareket suçu olması ve tehlike suçu olması sebebiyle hareketin bölümlere ayrılamadığı durumlarda suça teşebbüs mümkün olmayacaktır (Sancar, 2006: s.240; Artuk, 2007: s.239). Bu yüzden suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalamayacağını aşağılayıcı ifadenin açıklanmasında kullanılan araçlara göre belirlemek gereklidir.

Sözle yapılan aşağılamada aleniyet şartı sağlanmışsa, sözün söylendiği an suç tamamlanacağından teşebbüsün mümkün olmadığı söylenmektedir (Erman, 1951: s.284). Çünkü hareketin parçalara ayrılması mümkün görünmemektedir (Kelep, 2013: s.773). Odyakmaz, ilgili suça teşebbüs konusunu değerlendirirken ikili bir ayrım yapmıştır; suçun söz veya hareketle işlenmesi halinde teşebbüs mümkün olmadığını, suçun yazı yoluyla işlenmesi halinde teşebbüsün mümkün olabileceğini söylemektedir (Odyakmaz, 1999: s.545). Başka bir görüşe göre; sözle aşağılamada da teşebbüs mümkündür ve örnek olarak bir televizyon programı yayını sırasında teknik aksaklık yaşanması durumu gösterilmektedir (Ceyhan, 2013: s.1799).

Kitle iletişim araçları olmaksızın yazı ile aşağılama konusunda teşebbüsün mümkün olduğu genel olarak kabul edilmektedir (Artuk, 2007: s.239; Kelep, 2013: s.773). Suçun teşebbüs aşamasında kalması için yazılı ifadenin muhatabına ulaşmaması gerekir; fakat aleniyet kazanması şarttır (Yıldırım, 2011: s.218).

159 http://www.ab.gov.tr/files/000files/2015/11/2015_turkiye_raporu.pdf (e.t. 3.04.2016)

Çünkü aleniyet suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Sanığın, asker arkadaşına yazdığı mektubun görevli bölük kumandanı tarafından okunması hakkındaki olayda aleniyet unsurunun gerçekleşmediğine karar verilmiştir[160]. Bu durumda suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilemez.

TCK 6. maddenin 1. fıkrasının (g) bendinde her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla olan yayınların basın yoluyla yapıldığının anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir[161]. Bütün kitle iletişim araçları ile yapılan yayınlar süreli veya süresiz olmalarına bakılmaksızın basın ve yayın yoluyla yapılan yayınlara dahildir. Bu yüzden de basın kanunun ilgili hükümleri bu yayınlar için de uygulanacaktır.

Özellikle basın suçlarının düzenlendiği 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. Maddesinde *"basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur"* hükmü önemlidir[162]. Yayımdan *"basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasının"* anlaşılması gerektiği de aynı kanunun 2. maddesinde düzenlenmiştir.

TCK 301. maddedeki suçun basın yoluyla işlenmesinde yayımın yapılması anında suç tamamlanacaktır. Ancak teşebbüs konusunda belirsizlik vardır. Bir görüşe göre kanunda suçun yayım anında oluşacağı ve yayımdan kamuya arzın anlaşılması gerektiği düzenlemesi gereğince kamuya arz edilmemiş bir eser cezalandırmaya konu edilemez (Sancar, 2006; s.242). Çünkü kamuya arz edilmemiş eserlerin içerikleri hakkında denetim yapılması demokratik bir devlet olmayla bağdaşmayan sansür uygulamasına sebep olur (Odyakmaz, 1999: s. 545). Basılmış eserin okuyucu ile buluşmadan aleniyet kazanamayacağı açık olduğundan Basın Kanununda geçen "yayım" suçun tamamlanması için yeterlidir; suç "yayım" anında oluşacağından bundan önceki hareketler suç

160 Y9.CD, 11.04.1980, 1519/1496.
161 5237 sayılı TCK tüm metine ulaşmak için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf
162 5187 sayılı Basın Kanununa ulaşmak için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5187.pdf

oluşturmaz ve bu sebeple teşebbüs mümkün görülmemektedir (Sancar, 2006; s.242).

Bir görüşe göre suçun oluşması aleniyet şartına bağlandığı için basın ve yayın yoluyla eserin dağıtımına yönelik icra hareketlerine başlanmadıkça teşebbüs mümkün değildir; ancak dağıtım aşamasına geçildiğinde eserlerin yakalanması durumunda teşebbüsten bahsedilecektir (Odyakmaz, 1999: s.545,546). Bu durumda bir eser basılmış; fakat henüz dağıtıma geçilmeden bir depoda bekletiliyorsa ve bir arama sonucu ele geçirilmiş ise teşebbüsten bahsedilemez (Odyakmaz, 1999: s.546). Aleniyeti sağlayacak olan dağıtım olduğundan dağıtıma geçildiği esnada yakalanırsa teşebbüsten bahsedilir.

3.5.2. İştirak

Kanunen tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun aralarında yaptıkları anlaşma gereği birden çok kişi tarafından işlenmesi halinde iştirakten söz edilir (Artuk vd., 2015(b): s.624) . TCK 301. maddede düzenlenen tek bir fail tarafından tek başına işlenebilen bir suçtur. İlgili suç iştirak bakımından özellik arz etmez; iştirakin her türlüsünün gerçekleşmesi mümkündür (Artuk, 2007: s.239). Aynı suç işleme kararı çerçevesinde 301. maddede sayılan kurumları aşağılama fiilinin birlikte işlenmesi halinde müşterek faillik söz konusu olur. Bunun dışında azmettiren veya yardım eden olarak da iştirak mümkündür.

TCK 301. maddede düzenlenen suçun basın yoluyla işlenmesi halinde doğacak sorumluluk Basın Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 11. Maddesinde cezai sorumluluk, 13. Maddesinde hukuki sorumluluk düzenlenmiştir[163].

3.5.3. İçtima

Ceza hukukumuzda kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza verilmesi esastır (Artuk vd., 2015(b): s.682). Suçların içtimaı söz konusu olduğunda her suçtan ayrı ceza vermek yerine ya suçlardan en ağır ceza

163 5187 sayılı Basın Kanununa ulaşmak için bkz. http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5187.pdf

gerektirenin cezası verilir ya da hepsi tek suç kabul edilerek ceza artırılarak verilir (Artuk vd., 2015(b): s.682).

Tek fiille birden çok değerin ihlali, ihlalin aynı veya farklı zamanda olması gibi durumların ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir.

3.5.3.1. Zincirleme Suç

TCK'nın 43. maddesine göre aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, faile tek bir ceza artırılarak verilir. Aynı maddede mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu hükmün uygulanacağı düzenlenmiştir. Aynı suç işleme kararıyla 301. maddedeki kurumlardan birinin farklı yer ve zamanlarda aşağılanması durumunda bu hüküm uygulanacaktır.

Basın yoluyla işlendiğinde bir yazının ayrı ayrı bölümler şeklinde yayımlanması halinde içeriği suç oluşturan her bölüm kendi başına suç oluşturacaktır (Sancar, 2006: s.236; Gündel, 1997, s.92; Senkeri, 1996: s.270). Fakat bir kitap veya derginin içinde aynı kişiye ait birden çok yazıyla 301. maddedeki kurumlar aşağılanmışsa tek bir suç işlenecektir (Sancar, 2006: s.237).

Hareketin sayısı bakımından tespit zincirleme suçun oluşup oluşmadığını belirleme noktasında önemlidir. Sancar'a göre, maddede korunan kurumlardan birinin aynı konuşma veya yazıda birden çok defa aşağılanması halinde arada zaman aralığı fazla olmadığı ve aşağılayıcı ifadeler tek bir hedefe yöneldiği için, ifadeler aynı fiilin parçaları olarak kabul edilerek fail tek bir suçtan cezalandırılır; fakat aynı kuruma karşı farklı zamanda kullanılan aşağılayıcı ifadeler birden çok suç oluşturacaktır (Sancar, 2006: s.237).

Yargıtay, sanığın tek bir bütün olarak teslim ettiği yazının, kendi istek ve iradesi dışında yazı işleri müdürlüğünce bölümler halinde yayınlanması karşısında tek bir suç oluşacağından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına karar vermiştir[164]. Başka bir kararda aynı derginin bir ay

164 Y. 9. CD. 25.03.1996 tarih ve 556/1682 sayılı karar, Çetin, s. 193.

arayla çıkan iki ayrı sayısında yayınlanan yazıların iki ayrı suç oluşturduğuna karar verilmiştir[165].

3.5.3.2. Fikri İçtima

TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasına göre tek bir fiille aynı suçun birden çok kişiye karşı işlenmesi aynı neviden fikri içtima oluşturur ve ceza dörtte bir oranında artırılarak verilir[166]. 301. maddede birbirinden bağımsız birden çok kurum sayılmıştır. Düzenlenen suç seçimlik hareketli değildir ve maddede sayılan kurumlardan birden fazlasının aşağılanması ayrı ayrı suç oluşturacaktır (Sancar; 2006: s.235). Bu yüzden tek bir fiille maddede sayılan kurumlardan birden çoğunun aşağılanması durumunda aşağılanan kurum kadar suç oluşacak ve gerçek içtima kuralları uygulanacaktır (Senkeri, 1996: s.269)

Artuk'a göre 301. maddenin 1. fıkrasında yer alan kurumların birden çoğu tek fiille aşağılansa tek suç oluşacaktır; fakat 1. ve 2. fıkradaki kurumların aşağılanması halinde gerçek içtima kuralları uygulanabileceği gibi aynı neviden fikri içtima kurallarının uygulanması da akla gelecektir (Artuk, 2007: s.241).

Yargıtay, cumhuriyeti, adliyeyi ve bayrağı aşağılamak suçlarından açılan davada, sanığın gerçek içtima kuralları çerçevesinde aşağılanan değer sayısınca cezalandırılması gerektiğini belirtmektedir[167]. Sadece "devlet" sözcüğü kullanılarak yapılan aşağılamada maddede sayılan diğer kurumların devlet içinde yer aldığı ve onların da aşağılandığı düşünülemez ve yalnızca tek bir fiilden dolayı ceza verilir (Sancar, 2006: s.236).

TCK'nın 44. maddesine göre bir fiille kanunda düzenlenen birden çok suçun işlenmesi halinde fail öngörülen cezalardan en ağırı ile cezalandırılacaktır[168]. Aynı fiille 301. maddede sayılan kurumlardan birinin

---

165 Y. 9. CD. 29.11.1995 tarih ve 6349/6288 sayılı karar, Çetin, s. 194.
166 Madde 43/2: "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır."
167 Y.9.CD. 16.02.2004, K.2004/ 401
168 Madde 44:"İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."

aşağılanmasının yanında kanunda yer alan başka bir hüküm de ihlal edilmişse fail kanunda iki fiil için öngörülen cezalardan daha ağır olanı ile cezalandırılır.

3.6. Soruşturma Usulü ve Yaptırım

Ceza muhakemesinde kural olarak suç işlendiği haberini alan cumhuriyet savcısı soruşturma başlatmak ve soruşturma sonunda yeterli suç şüphesine erişirse iddianame hazırlamak zorundadır. Fakat bazı durumlarda bu faaliyetin gerçekleşmesi için bazı şartlar aranır; bu şartlar "muhakeme şartı" adını alır[169]. İzin şartı da bu şartlardan biridir. İzin, bazı suçlar bakımından dava açılması gerekip gerekmediği konusunda değerlendirme yapma yetkisinin kanuni düzenleme ile iddia makamı dışında bir makama bırakılmasıdır (Toroslu, 2015: s.53).

765 sayılı kanun döneminde 159. maddedeki suçun soruşturulması Adalet Bakanlığının iznine bağlanmıştı. 5237 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği dönemde 301. madde hakkında soruşturma açılması için izin şartı düzenlenmemiştir. Daha sonraki zamanda bu maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle çok sayıda dava açılmıştır. Bu durum yukarıda bahsettiğimiz AB İlerleme Raporlarına da konu olmuştur. Daha sonra dava sayının azalması amacıyla 2008 yılında yapılan değişiklikle 301. maddenin son fıkrasında suçun soruşturulması Adalet Bakanının iznine bağlanmıştır.

765 sayılı yasada "Adalet Bakanlığı" ifadesi kullanıldığından bu yetkinin doğrudan bakan tarafından mı kullanılacağı, yoksa bakanlık bünyesinde görevli müsteşar ve müsteşar yardımcısı gibi kişilerin de mi izin verme yetkisine sahip olduğu tartışılmıştır.

Yargıtay'a göre, 159. maddede yer alan suç hakkında soruşturma yapılması "Adalet Bakanlığı"nın iznine bağlı olduğundan "Bakanlık" tabiri

169 Konu ile ilgili bilgi içi bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş, Ankara, 2015, s.53.

Bakanın şahsından bağımsız olarak bütün olarak Bakanlığı ifade eder ve yetkinin Bakanlığı temsil eden müsteşar tarafından kullanılması geçerli kabul edilmedir[170].

Bir görüşe göre maddedeki suçun izin şartına bağlanmasındaki amaç suç hakkında dava açılması yetkisinin siyasi bir makama devredilmesi olduğundan müsteşar gibi idari makamda bulunan kişiler bu yetkiyi kullanamaz, yetki sadece Adalet Bakanına ait olacaktır (Sancar, 2006: s.253). Sancar'a göre, izni yalnızca siyasi karar olarak adlandırmak ve yalnızca siyasi kişiliği olan bakan tarafından verilebileceğini düşünmek doğru değildir; izin konusunda önemli olan kamu yararı esasına göre gerçekleştirilmesidir (Sancar, 2006: s.253).

5237 sayılı yasada 2008 yılında yapılan değişiklikten sonra izin verme yetkisi doğrudan Adalet Bakanına tanınmıştır. Böylece bu tartışmalar sona ermiştir. Ancak izin vermeye yetkili merciin Adalet Bakanı olması konusunda da tartışmalar bulunmaktadır. 301. maddede değişiklik öngören 5957 sayılı yasanın gerekçesinde partiler üstü ve yansız bir kişi olması dolayısıyla bu suç hakkında kovuşturma yapılması iznini verme yetkisinin Cumhurbaşkanına tanındığı; Cumhurbaşkanının kamu yararını gözeterek yargının alanına müdahale etmeden somut olayda dava açılıp açılmamasına karar vereceği belirtilmiştir (Artuk vd, 2015(c): s.255). Artuk da Adalet Bakanının siyasi kimliği dolayısıyla yansız olmasının zor olacağı, bu yüzden de izin verme yetkisinin idareden bağımsız bir makama verilmesi gerektiği görüşündedir (Artuk, 2007: s.241,242).

301. maddenin 4. fıkrasında yapılan değişiklikle yürütmenin üyesi olan Adalet Bakanının yargı yetkisine sahip olduğu, bu durumun hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine ters düştüğü, Anayasa'nın 8 ve 9. maddesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle itiraz yoluna başvurulmuştur[171]. Mahkeme izin verme yetkisinin Adalet Bakanına tanınmasını yargısal bir yetki olarak görmemiş; ülkenin politik çıkarları, devlet ve toplum yararı için tanınan bir takdir yetkisi olarak değerlendirmiştir ve Anayasaya aykırı görmemiştir.

---

170 Y.9. C.D.E. 1978 / 1069, K. 1978 / 1058, k.t. 09.03.1978.
171 AYM, E. 2009 / 25, K. 2009 / 57, K.t. 07.05.2009.

301. maddede izin soruşturma safhasında gerekli bir şart olarak düzenlenmiştir. Bu aşamada işlemlerin nasıl devam edeceği Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Genelgesi'nde düzenlenmiştir[172]. Genelge'ye göre soruşturma evresinde izin alınmadan önce hakkında suç isnadı bulunan kişinin ifadesi alınmayacak, bu aşamada toplanan deliller, izin alınmasını gerektirecek bir suç işlendiği şüphesi olduğunu gösteren evrak, suçun nasıl işlendiğini ve Cumhuriyet savcısının izin hakkındaki gerekçeli görüşünü içeren fezleke Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilecektir[173].

301. maddenin 1. fıkrasında yer alan kurumların aşağılanması halinde "altı aydan iki yıla kadar" hapis ceza öngörülmüştür. İkinci fıkradaki kurumların aşağılanması halinde de birinci fıkrada öngörülen yaptırım uygulanacaktır. Bu sebeple, maddede düzenlenen suça bakmakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir (Artuk vd., 2015(a): s.1263).

172 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Sayı: B.03.0.CĢG.0.00.00.05/010.06.02/17-1 09/05/2008, GENELGE No:18/1. Genelgeye ulaşmak için link. http://www.cigm.adalet.gov.tr/docs/genelge/18noluyeni.pdf.

173 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Sayı: B.03.0.CĢG.0.00.00.05/010.06.02/17-1 09/05/2008, GENELGE No : 18/1.

SONUÇ

Demokratik toplumun temel yapı taşlarından olan ifade özgürlüğü sadece düşüncenin serbestçe açıklanması ile sınırlı düşünülmemelidir. Düşüncenin oluşumu aşamasında haber ve bilgilere rahatça erişebilmek, bunları serbest düşünme ortamında harmanlayabilmek, bütün bu değerlendirmeler sonucunda serbest kanaat ve düşünce sahibi olabilmek de ifade özgürlüğünün kapsamındadır.

İfadenin açıklanması ve yayılması için kullanılan araçların sınırlı olmadığı görülmektedir. Resim, yazı, konuşma, ve benzer yollarla toplu veya tek başına ifade özgürlüğünü kullanmak mümkündür. Kullanılan araçlara göre özgürlüğün tezahür biçimi de değişmektedir. Örneğin bir parti çatısı altında toplanan bireylerin siyasi iktidar ve rejime yönelik düşüncelerini açıklaması siyasi ifade özgürlüğü; düşüncelerin basılı eserler yoluyla açıklanıp yayılması basın özgürlüğünü oluşturur. Bu yakın ilişki sebebiyle basın özgürlüğüne, siyasi ifade özgürlüğüne ve internet özgürlüğüne getirilen yasaklamalar doğrudan ifade özgürlüğünün alanını daraltacaktır.

1982 Anayasasında bir yandan demokratik düzeni korurken diğer yandan otoriteyi güçlendirme anlayışının etkisiyle temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımı yasaklanmıştır. Bu yasak kendini kanunlarda da göstermektedir. SPK'da siyasi partiler hakkında Anayasada belirtilenden daha geniş sınırlamalar bulunması bu duruma örnektir. Özellikle siyasi partilerin kapatılması hakkında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda demokratik rejim için sakıncalı görülen görüşleri savunan partilerin henüz faaliyete geçmemiş olsa dahi kapatılabileceği anlaşılmaktadır[174]. Anayasanın 68 ve 69. maddelerinde siyasi partilerin uyması gereken ilkeler düzenlenmiştir. SPK'ya bakıldığında bu sınırlamaların oldukça genişletildiği görülmektedir. Örneğin Diyanet İşleri

174 Örnek olarak Demokrasi ve Değişim Partisi hakkındaki karar verilebilir. AYM, E. 1995/1, K. 1996/1, K.t. 19.3.1996, Resmi Gazete, 23.10.1997, S.23149.

Başkanlığı'nın konumuna yönelik beyanlar partinin kapatılmasına sebep olabilmektedir. Ayrıca SPK 78. madde gereğince siyasi partiler Anayasanın Başlangıç kısmı ve 2. maddesinde yer alan ilkelere de uymak zorundadır. Anayasa'nın 69. maddesi gereğince siyasi partilerin uyması gereken ilkeler Anayasada siyasi partiler için belirlenen esaslar çerçevesinde kanunla belirlenir[175]. Bu hüküm gereğince Anayasanın siyasi partiler için belirlediği kurallardan daha geniş sınırlama öngören SPK maddeleri Anayasayı ihlal edecektir.

Diğer taraftan Basın Kanunu ile de benzer hükümler getirilmiştir. Anayasaya göre basın sansür edilemez. Basın özgürlüğünün hangi hallerde sınırlanacağı Anayasanın 28. maddesinde ve Basın Kanunu'nda düzenlenmiştir. Fakat burada sayılan sebeplerden birine dayanarak soruşturma evresinde getirilen yayın yasakları ile konu hakkında eleştiri yapılması dahi yasaklanmaktadır. Bu tarz yasaklamalar doğrudan hakkın özüne dokunacak ve hakkı kullanılmaz hale getirecektir. Kanunun 25. maddesinde düzenlenen basılı eserlere el koyma, eserleri toplatma, eserlerin dağıtımını yasaklama halleri yayın yasağı olarak düzenlenmemiş olsa da maddenin sınırlamayı geniş tutması yayın yasağı sonucu oluşturacaktır(Horozgil, 2012: s.150).

İnternet üzerinden yapılan düşünce açıklamaları hakkındaki 5651 sayılı yasada idari bir makam olan TİB'e erişim engelleme yetkisi verildiği durumlar bulunmaktadır. İfade özgürlüğüne müdahale oluşturan böyle bir yetkinin yargısal makamlarla sınırlı tutulması daha yerinde olacaktır. İdare içerisindeki bir makamın özgürlüğü sınırlayıcı önlem alma yetkisini bir yargıç kadar bağımsız kullanabileceği şüphelidir. İdari makamın keyfi uygulamalarda bulunacağı tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Ayrıca erişim engelleme kararı verilirken yalnız bir sayfanın engellenebilmesinin mümkün olduğu durumlarda tamamen siteye

175 Madde için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf

erişimin engellenmesi ölçüsüz bir uygulama oluşturacağından uygulamada bu durum göz ardı edilmemelidir[176].

Düşünce açıklamasının suç sayılması ve yaptırıma tabi tutulması noktasında uygulanan ölçütlerden olan "açık ve mevcut tehlike" ölçütü Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında da karşımıza çıkmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında düşünce açıklamasının sınırlanması için düşünce açıklaması ile ortaya çıkan eylem arasında açık bir nedensellik bağı aranırken Anayasa Mahkemesi kararlarında düşünce açıklamasının eyleme dönüşmesi aranmaksızın parti tüzüğündeki ifadeler tehlikeli kabul edilmiştir[177]. Bu yaklaşım doğrudan düşüncenin kendisinin yasaklanması sonucunu doğuracaktır.

Düşünce açıklamasının cezalandırılması hakkında TCK'da yer alan hükümlerden biri olan TCK 301. maddesi de ifade özgürlüğü ile devletin itibarının korunması arasındaki sınırı belirlemeyi amaçlar. Fakat maddede kullanılan kavramların muğlaklığı konusunda tartışmalar sürmektedir. 2008 yılında yapılan yasa değişikliği ile "Türklük" ifadesi yerine "Türk Milleti" kavramı kullanılmaya başlansa da yargı kararlarında kavramların anlamlandırılması farklılık arz etmemektedir[178]. Devletin kurum ve organlarının aşağılanmasını yaptırıma bağlayarak devletin saygınlığını korumayı amaçlayan bu hükümle ilgili davalarda, AİHM kararlarında bahsedildiği gibi siyasi konularda eleştiri hakkının sınırlarının geniş olduğu unutulmamalıdır. Önemli olan düşüncenin kendinin mi yoksa açıklanma şeklinin mi cezalandırıldığıdır.

TCK 301. madde kapsamında soruşturma yapılmasının Adalet Bakanının iznine bağlanması bu yetkiyi yürütme içinde bir makamın siyasi kaygılarla kullanabileceği şüphesi yaratmıştır. Bu sebeple yetkinin tarafsız bir makama tanınması daha yerinde olacaktır.

176 Bkz. Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/3986, Karar Tarihi: 2/4/2014.
177 Bkz. AYM, E. 1995/1, K. 1996/1, K.t. 19.3.1996, Resmi Gazete, 23.10.1997, S.23149.
178 AİHM'in Akçam/Türkiye kararı örnek verilebilir.

Açılan davalarda yasa hükümleri kadar bu hükümlerin yorumlanması da önemlidir. Devletin kurum ve organlarına yönelik aşağılama içerdiği iddia edilen ifadeler bir bütün olarak değerlendirilmeli ve aşağılama kastı ile eleştiri kastı arasında ayrıma dikkat edilmelidir. Bu noktada yargıçlara büyük görev düşmektedir. Hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini göz önüne alarak bağımsız kararlar verilmeli; karar verilirken devlet otoritesinin korunması kadar kişi özgürlüklerinin korunması da amaç edinilmelidir.

KAYNAKÇA

AB'nin Türkiye İlerleme Raporu (2009) ,

http://www.ab.gov.tr/files/ceb/Progress_Reports/2009_ilerleme_raporu.pdf. (e.t., .08.05.2016)

AB'nin Türkiye İlerleme Raporu (2006),

http://www.ab.gov.tr/files/Duyurular/Turkiye_Ilerleme_Rap_2006.pdf. (e.t. 08.05.2016)

Acar, Bülent Hayri (1998). "Düşünceden Değil, Düşüncenin Açıklanmasından Doğan Cezasal ve Hukuksal Sorumluluk" , Yeni Türkiye, S.22.

Arslan, Zühtü (2003). "İfade Özgürlüğünün Sınırlarını Yeniden Düşünmek: Açık ve Mevcut Tehlikenin Tehlikeleri", Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce.

Aliefendioğlu, Yılmaz. (1996), "Düşünsel Özgürlük", İnsan Hakları Yıllığı, S.17 18/1.

Akad, Mehmet ve Dinçkol, Abdullah (2007). 1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul: Der Yayınları.

Akgül, Mehmet Emin (2012). "İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Sınırlanması", AÜHFD, 1(61).

Armağan, Servet (1998). "Basın Özgürlüğü ve Sınırları", GÜHFD, 2(1-2).

Artuk, M. Emin Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya (2015). Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet.

Artuk, M. Emin (2007). "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu", TBB Dergisi, S. 70.

Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya (2015), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet.

Aydın, Nizamettin (2008). 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerindeki Etkisi, Ekin Yayınları.

Baloğlu, Çiğdem (2006). İfade Özgürlüğü, Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Barry, Norman (2003). "Hukuki ve Siyasi Açıdan İfade Hürriyeti", Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, çev. Özlem Çağlar Yılmaz, Liberal Düşünce.

Bayzan, Şahin (2009). "Türkiye ve Dünyada İnternet Yasakları ve Sansür Kavramı ile Zararlı İçeriğe Karşı Yaptırım ve Uygulamalara Genel Bir Bakış" [Bildiri]. XI. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, Harran Üniversitesi, Şanlıurfa.

Becerik, Arzu (2007). İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Yargının Tarafsızlığı, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Binici, Hüsamettin (2004). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. Maddede Düzenlenen İfade Özgürlüğüne Genel Bir Bakış", Adalet Dergisi, S.19.

Birtek, Fatih (2007), "İfade Özgürlüğü ve TCK 301. Maddenin Bu Kavram Işığında Değerlendirilmesi", İBD, 81(2).

Bozkurt, Enver, Süleyman Dost (2002). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 7(1).

Can, Osman (2001). "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?", Liberal Düşünce Dergisi.

Can, Osman. (2002), "Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü",
http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/can.pdf.

Can, Osman (2007) "Kutsallar ve Düşünce Özgürlüğü- TCK 301. Madde", CHD, S.5.

Ceyhan, Murat (2013). "TCK 301", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Nur Centel'e Armağan), 19(2).

Çeçen, Anıl. (2015), İnsan Hakları, 4. Baskı, Seçkin Yayınları.

Çoban, Ali Rıza. (1998) "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Tartışmalar", Yeni Türkiye dergisi, S. 21.

Derdiman, Cengiz (2009). "TCK'nın 301. maddesindeki Değişikliğin Hukuki ve Siyasi Sonuçları", PARADOKS, Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, (e-dergi), http://www.paradoks.org,ISSN 1305-7979, S.1.

Dönmezer, Sulhi (t.y). "Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi", file:///C:/Users/sultan/Downloads/4517-13121-1-PB%20(2).pdf.

Duran, Hasan (2006). "İfade Özgürlüğü ve Türkiye", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1)

Erdem, Fazıl Hüsnü (1998). "Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi", ABD, 1998/1.

Erdoğan, Mustafa (2001). "Demokratik toplumda İfade Özgürlüğü; Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce Dergisi.

Erdoğan, Mustafa, (2007). İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku, İstanbul: Orion Yayınları.

Erdoğan, Mustafa, (2002). Anayasa ve Özgürlük, Ankara: Yetkin Yayınları,

Eroğul, Cem (2001). "Altıncı Anayasa Değişikliği", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, 25(231).

Erman, Sahir (1950). Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul: Cumhuriyet Matbaası.

Fendoğlu, Hasan Tahsin (2002). "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY md. 13)", Anayasa Yargısı, S. 2.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi Çevirisi, http://www.dusuncetarihi.com/makale/insan-ve-yurttas-haklari-bildirisi-1789 (e.t: 05.09.2015)

Gökçen, Ahmet, (2001). Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Liberal Düşünce.

Gölcüklü Feyyaz, Şeref Gözübüyük (1998). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması, Turhan, Ankara.

Gözler, Kemal (2013). Türk Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul: Ekin Yayınevi.

Gözler, Kemal (2001). "Anayasa Değişikliği ve Temel Hak ve Özgürlükler", ABD, S. 4.

Gülfidan, Serkan (2013). İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kötüye Kullanım Yasağı, IIX Levha.

Gündel, Ahmet (1997). Atatürk'e Cumhurbaşkanına, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret Suçları, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Güven, Gülşah (2012). "Bilgi Edinme Hakkı ile Türkiye'de Bilgi Edinme Hakkının Kullanımı Usulü ile Kullanımı Konusunda Yaşanan Sorunlar", İBD, 86(4).

Hafızoğulları, Zeki (2004). "Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı", TBB, S.55.

Hafızoğulları, Zeki (1989). "TCK'nın 142. Maddesinin Türk/İtalyan Hukuk Düzeninde Anlamı, Kapsamı ve Sınırları", ABD, Y.46.

Hakyemez, Yusuf Şevki, (2000). Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin.

Hakyemez, Yusuf Şevki, (2002). "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Objektif Sınır Kavramı", AÜSBFD, 57(2).

Hakyemez, Yusuf Şevki (2002). Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğü, AÜSBFD, 57(2).

Hakyemez, Yusuf Şevki (2002). "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri", Anayasa Yargısı, S.19.

Heper, Yunus (2014). "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nın 14. Maddesindeki Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı", TAAD, Y.5, S.18.

Horozgil, Denizhan (2012). "İfade ve Basın Özgürlüğü Çerçevesinde Soruşturma Evresinde Yayın Yasakları Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", HHFD, 2(2).

İHEB Çevirisi,. http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyannamesi.pdf (e.t: 05.09.2015)

Kaboğlu, İbrahim (2012). Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul: Legal Yayınevi.

Kaboğlu, İbrahim (1998). Özgürlükler Hukuku, İstanbul: Afa.

Kaboğlu, İbrahim (1993). "Düşünce Özgürlüğü: Avrupa Ölçütleri ve Türkiye", İnsan Hakları Yıllığı, 15(1).

Kapani, Münci (2013). Kamu Hürriyetleri, İstanbul: Yetkin Yayınevi.

Kamber, Suat (2012). İfade Özgürlüğü, Uzmanlık Tezi, Ankara: Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı.

Karagöz, Kasım (2004). İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu, Doktora Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Kayaçağlayan, Metin (2007). "AİHM Kararları Işığında İfade Özgürlüğünün Sınırlanması", ABD, S. 2.

Kelep, Tuğba (2013). "TCK M. 301'in ifade Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi; AİHM'in Akçam Kararı Neler Düşündürüyor?", İÜHFM, 71(1).

Kılıç, Doğan (2010). "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti", GÜHFD, 14(2).

Kocasakal, Ümit, Emine Eylem Aksoy, Pınar Memiş (ty). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 1.

Korkmaz, Ömer (2014). Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul: Yetkin Yayınevi.

Korkut, Levent (2007). "İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK'nın 301. Maddesi", ABD, 22-24(1).

Kuçuradi, İonna (1998). "Düşünce Özgürlüğü: Nedir Acaba?", Şu Kitapta: Haz. Hayrettin Ökçesiz, Düşünce Özgürlüğü, İstanbul: AFA.

Macovei, Monica (ty). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2.

Madra, Ömer (1981). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara: AÜSBF Yayını.

Odyakmaz, Zehra (1999). "Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu", Faruk Erem Armağanı, Ankara: TBB Yayını.

Örselli, Erhan (2009). "Ulusal Program ve Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, S. 27.

Özkan, Işıl (2001). "AİHM Kararlarında Düşünceyi İfade Özgürlüğü ve Türkiye Kararları", TBB.

Özbey, Özcan (2013). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", TBB, S.106.

Özgenç, İzzet (ty). "Yeni TCK'nın Hazırlanmasında Esas Alınan Suç Teorisi", www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/pp2.ppt, s.2.

Özgenç, İzzet (2008). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Seçkin.

Özbudun, Ergun (2013). Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Yetkin Yayınları.

Sabuncu, Yavuz (2006). Anayasaya Giriş, Ankara: İmaj Yayınevi.

Sağlam, Fazıl (1999). "AİHM'in Türkiye'de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi", Anayasa Yargısı, C.16.

Sağlam, Fazıl (1982). Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara: AÜSBF Yayını.

Sancar, Türkan (2006). "Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini'" Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m. 159/1-Yeni TCK m. 301/1-2), Ankara: Seçkin Yayınevi.

Selçuk, Sami (1998). "Düşün Özgürlüğü", Şu kitapta: Haz: Hayrettin Ökçesiz, Düşünce Özgürlüğü, İstanbul: AFA.

Selçuk, Sami (1999). 1999-2000 Yılı Adli Yargı Açılış Konuşması, http://www.yargitay.gov.tr/sayfa/adli-yil-aciliskonusmalari/documents/acilisKonusma/1999-2000.pdf.

Senkeri, Tarık (1996). Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul: Kazancı Yayınları.

Soysal, Mümtaz (1997). 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul: Gerçek Yayınevi.

Sunay, Reyhan (2001). İfade Özgürlüğünün Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce.

Sönmez, Seval (2014). " 5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Alınan Erişimin Engellenmesi Kararlarının İfade Özgürlüğüne Etkisi", http://sevalsonmez.com/28Eylul2014.

Şahin, Kemal (2009). İnsan hakları ve özgürlük boyutuyla: İfade özgürlüğü gerekçeleri ve Sınırları, İstanbul: On İki Levha yayınları.

Şen, Ersan (2007). "Türk Ceza Kanunu m. 301", CHD, S.3.

Tanör, Bülent (1998). "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğüne İlişkin Hukuk Politikaları", Şu kitapta: Haz. Hayrettin Ökçesiz, Düşünce Özgürlüğü , İstanbul : AFA Yayınları.

Tanör, Bülent (1994). Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları.

Tanör, Bülent (1969). Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, İstanbul: Öncü Yayınevi.

Tanör, Bülent (1979). TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, İstanbul: Forum Yayınevi.

Tanör, Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu (2013). Türk Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınları.

Teziç, Erdoğan (1990). "Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü", Anayasa Yargısı Dergisi, C.7.

Teziç, Erdoğan (2013). Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi.

Toroslu, Nevzat (2015). Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Savaş Yayınevi.

Turhan, Aydın (2001). "Düşünce ve İfade Özgürlüğü Kapsamında Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesinin Değişimi", TAAD, 1(2).

Turhan, Mehmet (1988). "Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası", DÜHFD, 4(4).

Turhan, Mehmet (2002). "Avrupa Insan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", AÜSBF Dergisi. 57(3).

Tülen, Hikmet (2001). "3 Ekim 2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme", AÜHFD, 5(4).

Uygun, Oktay (1992). 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, İstanbul: Kazancı yayınları.

Yayla, Atilla (2001). "İfade Özgürlüğü Nedir ve Niçin Gereklidir?", Liberal Düşünce Dergisi, S.50.

Yayın Yasağı (2015), http://www.guncelhukuk.com.tr/hukukun-ustunlugu/yayin-yasagi.html (e.t.30.04.2016)

Yazar Elif Şafak Tek Celsede Beraat Etti (2006), http://bianet.org/bianet/medya/85530-yazar-elif-safak-tek-celsede-beraat-etti (e.t. 18.05.2016)

Yetik, Engin (2004) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü Kavramı", Adalet Dergisi, S. 19.

Yıldırım, Zeki (2011). Türk Milletini Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu, Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yokuş, Sevtap (2002). Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, İstanbul: Yetkin Yayınevi.

Yokuş, Sevtap (2001). "Türk Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan hakları Mahkemesinin Siyasi Partilere Yaklaşımı", AÜHFD, 50(4).

ÖZGEÇMİŞ

Sultan ÇAMAK

1990 yılında Nevşehir'in Gülşehir ilçesinde doğdu. İlk ve orta öğrenimini Nevşehir'de tamamladı. 2008 yılında lisans öğrenimine başladığı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 2012 yılında tamamladı. 2013 yılında ÖYP kapsamında YÖK tarafından Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne Araştırma Görevlisi olarak atandı. ÖYP kapsamında Dokuz Eylül Üniversitesi'nde altı ay İngilizce dil eğitimi aldı. Halen Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı alanında Araştırma Görevlisi olarak çalışmaktadır.