

TÜRKİYE’DE İSTİSNA HÂLİ, TERÖR VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ*

Zühtü ARSLAN**

11 Eylül 2001 terör saldırılarından sonra, bazılarına göre, dünya “*terörizm çağı*” olarak nitelenen yeni bir siyasi döneme girdi. Bu dönemde demokratik devletlerin en büyük sınavı, hukuk düzeni içinde kalarak ve bireysel özgürlükleri ihlal etmeyerek terör tehdidiyle mücadele edebilmektir. Ancak bu sınavdan başarıyla geçmek kolay görünmüyor. Terörün geçici ve arızı bir durum olmaktan çıkıp adeta süreklileşmesi, beraberinde terör gerekçesiyle tesis edilen istisna hâlinin süreklileşmesini ve normalleşmesini getirmektedir. İstisna hâli de temel hak ve özgürlükleri keyfi bir şekilde sınırlandıran otoriter siyasi uygulamaları haklılaştırıcı bir işlev görmektedir. Terörün yarattığı olağanüstülükten en fazla etkilenen özgürlük hiç kuşkusuz ifade özgürlüğüdür. Korkunun iktidarda olduğu zor zamanlarda “*farklı*” ve “*aykırı*” kabul edilen seslerin susturulması kolayca popüler destek bulabilmektedir. Peki, ifade özgürlüğüne yönelik aşırı sınırlandırmalar, güvenliği sağlamada ve terörle mücadelede etkili bir yol mudur? Terörü ve şiddeti övmeyen, halkı isyana veya ayaklanmaya çağırmayan, kin ve düşmanlığa sürüklemeyen ifadelerin cezalandırılması neye hizmet etmektedir?

Bu makale, bu ve benzeri soruları cevaplamayı amaçlamaktadır. Makale iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde istisna hâlinin kavramsal çerçevesi ve istisnanın kurallaştırılması, olağanüstünün

* Bu makale, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi ile İnsan Hakları Ortak Platformu (İHOP) tarafından 30 Kasım- 2 Aralık 2006 tarihleri arasında düzenlenen “İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye” başlıklı uluslararası sempozyumda sunulan bildirinin genişletilmiş halidir.

** Doç. Dr., P.A. Güvenlik Bilimleri Fakültesi Anayasa Hukuku öğretim üyesi.

olağanlaştırılması sürecinde kullanılan iktidar teknikleri üzerinde durulacaktır. Bu iktidar tekniklerinin incelenmesi 11 Eylül sonrasında içinde bulunduğumuz durumun analizinde yararlı olacaktır. İkinci bölümde ise Türkiye’de ifade özgürlüğünün güvenlik ve terörle mücadele gerekçeleriyle sınırlandırılması ele alınacaktır. Bu noktada özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları ışığında Türkiye’deki ifade özgürlüğü sorununun siyasal/hukuksal boyutları üzerine değerlendirmeler yapılacaktır. Diğer yandan, Terörle Mücadele Kanunu’nda yapılan son değişikliklerin ifade özgürlüğü konusunda getirdiği sorunlar tartışılacaktır. Sonuç kısmında ise istisna hâlinde ifade özgürlüğünün neden korunması gerektiğine dair bazı tespitlere yer verilecektir.

1. İSTİSNA HÂLİNİN SÜREKLİLEŞMESİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1. 1. İstisna Hâli, Terör ve Düşük Yoğunluklu Demokrasi

Hukukun ve yargı düzeninin kısmen veya tamamen askıya alındığı dönemler istisna hâli olarak nitelendirilmektedir. Kavramı tarihselliği içinde ele alıp teorize eden Giorgio Agamben’e göre, istisna hâli giderek “*yönetimin hâkim paradigması*” haline gelmektedir. İstisna hâlinin süreklileştirilmesi, demokratik rejimler dahil, modern siyasal rejimlerin en önemli karakteristiği olarak karşımıza çıkmaktadır.¹ Ancak bu durum yeni değildir. Nazi Almanyasının uygulamalarına gönderme yapan Walter Benjamin 1940’lı yıllarda şöyle yazıyordu: “ezilenlerin geleneği bize içinde yaşadığımız *“istisna hâli”*’nin istisna değil, kural olduğunu öğretmiştir”.² Aynı şekilde, Herbert Marcuse soğuk savaş yıllarında içinde yaşadığı toplumun “*olağanüstü durumda bulunduğunu ve bunun olayların normal hâli olmaya başladığını*” söylemekteydi.³

Terörizm istisna durumunu yaratan en önemli faktörlerden biridir. Terör olaylarının artması sonucu toplumsal düzeni ve bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla geçici ve hukuka uygun

¹ Giorgio Agamben, *State of Exception*, trans. K. Attell, (Chicago The University of Chicago Press, 2005), s.2, 4.

² Walter Benjamin, “Theses on the Philosophy of History”, in *Illuminations*, (New York Schocken, 1969), s.257.

³ Herbert Marcuse, “Repressive Tolerance”, in Paul Connerton (ed.), *Critical Sociology*, (New York Penguin, 1976), s.320.

olağanüstü tedbirlerin alınabileceği kabul edilmektedir. Burada geçicilik ve hukuka uygunluk şartları önemlidir. Olağanüstünün olağanlaştırılması, terörün ve onla mücadelenin süreklileştirilmesi temel haklar bakımından en önemli tehlikeyi oluşturmaktadır.

İstisna hali, varlığını borçlu olduğu dost-düşman ayrımının yeni şartlar altında yeniden üretilmesi ile süreklileştirilmektedir. 11 Eylül sonrasında “küresel terör” tehdidi altında liberal demokrasiler “düşman”la mücadele için özgürlükler alanını daraltmışlar, olağanüstü hâl ilan etmeden günlük yaşamı olağandışlaştırmışlardır. “Küresel terör” karşısında tırmanışa geçen “küresel ulusalcılık” toplumun dışında olanı, dışarıdan geleni, farklı olanı, kısacası “öteki”ni kolayca “düşman”a dönüştürmüştür. Bu bağlamda baskıcı siyasal kararlarla kitlelerin “ulusalcı” refleksleri arasında karşılıklı bir ilişkinin olduğu söylenebilir. Burada en önemli faktör korkudur. Terör korkusu çok kolayca toplumsal ve siyasal paranoyaya dönüşebilmektedir. Korkunun kaynağının gerçek ya da kurgusal olup olmaması da çok önemli değildir. Önemli ve belirleyici olan algılamadır. İktidarın çoğu kez istisnai durumun süreklileştirilmesi amacıyla kullandığı ve topluma sistematik bir şekilde pompaladığı korku, sonuçta geniş kitlelerin baskıcı politikalara destek vermesine, dolayısıyla bu kararların meşrulaştırılmasına hizmet etmektedir.

Diğer yandan, terörün yarattığı istisna halinin meşrulaştırılmasında sembol ve retorik de önemli bir işleve sahip olduğu bilinmektedir. ABD’de 11 Eylül sonrasında sivil özgürlükleri sınırlamak için çıkarılan Vatansever(lik) Kanunu (Patriot Act) bunun tipik bir örneğidir. Kanunun isminin “vatansever” olarak belirlenmesi, bu kanunu ihlal ettiği ileri sürülen kişilerin doğal olarak “vatansever” olmadığı, hatta “vatan haini” olduğu imasını beraberinde getirmektedir. Esasen bu bilinçli olarak seçilmiş bir isimdir. Aynı şekilde Terörle Mücadele Kanunları da olağanüstü durumlarda alınabilecek tedbirlerin olağan dönemde geçerli bir yasaya taşınması ve bu tedbirlerin süreklileştirilmesi anlamına gelebilmektedir. Bunun arkasında terörün geçici değil devamlı bir tehdit olduğu düşüncesi vardır.⁴ Gerçekten de terör konu-

⁴ Nitekim Adalet Bakanı Cemil Çiçek Terörle Mücadele Yasasında değişiklik yapan yasa tasarısının Meclis Genel Kurulu’nda görüşülmesi sırasında yaptığı konuşmada bu terör tehdidinin sürekliliğine dikkat çekmiştir. Adalet Bakanına göre “terör, devam eden bir süreç, dinamik bir olgu, bugün bu şekilde yarın başka bir şekilde, bugün bu örgüt altında yarın başka bir örgüt altında varlığını sürdüren bir olgu”dur.

sundaki paradigma değişmiş, yeni paradigmada terör geçici, arızı ve yersel olmaktan çıkarılarak daimi, aslî ve evrensel bir tehdit haline getirilmiştir. Her yönüyle şiddeti yücelten ve sorunların tek çözümü olarak şiddeti gören bu yeni paradigma, özgürlüklerin kısıtlandığı “*düşük yoğunluklu demokrasi*” uygulamasını doğurmuştur.

İstisnayı süreklileştirmenin bir diğer yolu da *yedekleme* diyebileceğimiz tekniktir. İfade özgürlüğünü yasaklayan her bir maddenin adeta bir yedeği vardır. Birisi tartışılıp yürürlükten kaldırıldığında ya da etkisizleştirildiğinde diğeri hemen devreye girebiliyor. Böylece bir maddenin kaldırılması ya da ıslahı geçici bir rahatlama temin ederken yeni bir kriz dalgası ile uykuda kalan maddeler uyandırılıyor ve uygulanmaya başlıyor. Türkiye’de 1991’e kadar TCK’nın 141, 142 ve 163. maddeleri ifade özgürlüğünü sınırlandırmada sıkça kullanılan hükümlerdi. Berlin Duvarı ve ardından Sovyetler Birliği yıkılınca bu maddelere ihtiyaç kalmadı. Ancak, bu kez iki cepheli bir kuşatma başladı. Bir yandan eski TCK’nın 312. maddesi, diğer yandan da TMK’nın 8. maddesi devreye girdi. Birincisi 216. maddede kamu düzeni için “açık ve yakın tehlike” teşkil etmesi şartıyla ifadeyi suç sayan bir madde olarak yeni TCK’daki yerini devam ettirmektedir. İkincisi ise 2003 yılında ilga edilmiştir. TCK’daki değişiklikler sonrasında 216. madde daha az kullanılır bir madde haline gelirken, eski 159. maddenin değişik hali olan 301. maddenin yıldızının parlaması görülmektedir. Bu arada kaldırılan TMK 8. madde arka kapıdan hem TCK’ya hem de son değişikliklerle kısmen Terörle Mücadele Kanununa girmiştir.

1. 2. İfade Özgürlüğünü Spinoza Üzerinden Okumak

Devletin varlığına ve bekasına yönelik tehdit söz konusu olduğunda diğer hak ve özgürlüklerin yanında düşünce ve ifade özgürlüğü de ciddi ihlallere maruz kalabilmektedir. Ulus devletler, “*milli güvenlik*” ve “*toprak bütünlüğü*”nün korunması gibi gerekçelerle bazı düşüncelerin farklı araçlarla ifadesine sınırlamalar getirebilmekte, hatta bu sınırlamaları yargısal denetim dışına dahi çıkarabilmektedirler. Burada birisi genel diğeri de özel olmak üzere iki temel amacın gözetildiği söylenebilir. Genelde istisnaya karar veren egemenin “*doğru*” olarak

Bkz., *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem 22, Yasama Yılı 4, Cilt 126, 122. Birleşim, 29 Haziran 2006. <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil4/bas/b122m.htm>

sunduğu düşünce ve politikaların dışında düşünenlerin ve düşüncelerinin palazlanmasını engellemek, özelde ise istisna hâlinin varlık nedeni olarak sunulan dost/düşman ayırımına dair egemen söylemin, dolayısıyla istisna hâlinin meşruluğunun sorgulanmasına mani olmak amaçlanmaktadır.

Aslında ifade özgürlüğünü keyfi şekilde sınırlandırmanın devletin güvenliği ve bekasına hizmet ettiği düşüncesi tartışmaya açıktır. Bunu Spinoza'nın yaklaşık üç yüz yıl elli yıl önce ifade ettiği düşünceleri üzerinden açıklayabiliriz. Spinoza, bireylerin düşünme ve yargıda bulunma doğal haklarını hiç kimseye gönüllü olarak devretmeyeceğini ve egemenin bu yönde bireyleri zorlayamayacağını belirtir. Zihinleri kontrol etmeye çalışan yönetimlerin bu yaptıkları tiranca bir davranıştır. Bireylere neyin doğru neyin yanlış olduğunu, dolayısıyla hangi düşüncenin kabul edilip hangisinin reddedilmesi gerektiğini dayatmak egemenliğin istismarı ve uyrukların haklarının gaspı demektir.⁵ Spinoza'ya göre, *“herkes kendi düşüncesinin efendisi olma doğal hakkı”*na sahip olduğu için, insanların birbirinden farklı ve karşıt düşünceler taşımasını engelleyip, onları egemen gücün istediği yönde konuşmaya zorlamak tehlikeli sonuçlar doğuracaktır.⁶

Bu durum, devletin varoluş misyonunun da gereğidir. Devletin nihai amacı kişileri *“korku yoluyla yönetmek veya sınırlamak ya da itaate zorlamak değil, aksine herkesi mümkün olan her türlü güvenlik içinde yaşamaları için korkudan azade kılmak”*tır. Aynı şekilde, devletin amacı bireyleri kendi başlarına karar verebilen rasyonel varlıklar olmaktan çıkarıp, onları iradesiz kuklalara veya hayvanlara dönüştürmek de değildir. Spinoza'ya göre *“devletin gerçek amacı özgürlüktür”*.⁷

Spinoza, egemenin yasalar yoluyla bazı düşünceleri yasaklamasının devletin bu temel amacına hizmet etmediğini de açıkça savunmaktadır. Yasaklar bir yandan ikiye bölünür, maskeli, dalkavuk ve yağcı kişilerin çoğalması ve toplumu yozlaştırması, diğer yandan da dürüst

⁵ Benedict De Spinoza, *A Theologico-Political Treatise and A Political Treatise*, trans. R. H. M. Elwes, (New York Dover Publications, 1951), s. 257. Spinoza'nın siyaset üzerine iki temel denemesini içeren bu yapıtı kısmen Türkçe'ye çevrilmiştir. Bkz., Spinoza, *Siyaset Üzerine (Seçmeler)*, Çev. A. Timurçin, (İstanbul Morpa Kültür Yayınları, 2004); Spinoza, *Tractatus Politicus*, Çev. M. Erşen, (Ankara Dost Kitabevi, 2007).

⁶ Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 258.

⁷ Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, ss. 258-259.

ve samimi kişilerin yönetime muhalefet etmesi sonucunu beraberinde getirecektir. Spinoza, herkesin aynı şekilde düşünmesini sağlamaya çalışmanın boşuna bir uğraş olduğunu, zira egemenlerin ifade özgürlüğünü sınırlama girişimlerinin daha kararlı bir dirençle karşılaşacağını ve en önemlisi bu direncin sıradan insanlardan değil, “iyi eğitim, sağlam ahlâk ve erdemin kendilerini daha özgür kıldığı kişiler” tarafından gösterileceğini savunmuştur.⁸ O, insan doğasından hareketle, ifadeye yönelik yasakların suçluları ıslah etmekten ve kötülerini caydırmaktan ziyade, düşüncesini her türlü riske rağmen ifadede kaçınmayan dürist ve zihni açık insanları etkilediğini/rahatsız ettiğini ve sonuçta bu yasakların devlete büyük zarar verdiklerini vurgulamıştır.⁹ Ayrıca, ifadeyi yasaklayan yasaların ne kadar “faydasız” olduğunu da Spinoza şu sözlerle ifade etmiştir:

“Bu tür yasalar hemen her zaman faydasızdır, çünkü yasaklanan düşüncelerin doğru olduğuna inananların yasakçı kanuna uymaları mümkün değildir. Bu düşünceleri yanlış sayarak zaten kabul etmeyenler ise kanunu bir çeşit imtiyaz olarak görürler ve bunla öylesine böbürlenirler ki, iktidardakiler daha sonra isteseler bile bu kanunu yürürlükten kaldırma gücünü kendilerinde bulamazlar.”¹⁰

Spinoza, “devletin bekası” gibi gerekçelerle ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını da pek faydalı görmez. Bu tezini desteklemek için Spinoza, yaşadığı dönemin Amsterdam’ını örnek gösterir ve bu şehirde farklı inanç ve düşüncelere sahip insanların hoşgörü ve barış içerisinde birlikte yaşadıklarını, mahkemelerde kişilerin inanç ve düşüncelerinin ayrımcılık nedeni olmadığını belirtir. Bu nedenle, “gerçekte barışın asıl bozguncuları, özgür bir devlette üzerinde tiranlık kuramadıkları kanaat (yarğı) özgürlüğünü kısıtlamaya çalışanlardır”.¹¹ Kısacası, Spinoza’ya göre, “devlet(in bekası) için en güvenli yol... herkesin dilediği gibi düşünme ve düşündüklerini ifade etme özgürlüğü”ne sahip olmasıdır.¹²

⁸ Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, ss. 261-262.

⁹ Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 262.

¹⁰ Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 262. Spinoza, bu sözlerinin devamında, bir kişinin farklı düşüncelerini saklamayıp dile getirdiği için, adeta suçlular gibi, sürgüne gönderilmesinin ve hiçbir suç işlememiş ve kötülükte bulunmamış bir aydının “düşman” görülmesinin bir devlet için ne büyük talihsizlik ve zarar verici durum olduğunu vurgulamıştır. Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 263.

¹¹ Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 264.

¹² Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, s. 265.

Bununla birlikte, ifade özgürlüğü sınırsız da değildir. Spinoza, burada bir düşünceyi savunmakla, kamu düzenini bozacak ve yasalara itaatsizliğe, isyan ve ayaklanmaya teşvik niteliğindeki davranışlar arasında açık bir ayırım yapar. Ona göre, bir yasanın adil olmadığını ve kaldırılması gerektiğini savunabilirsiniz, ancak bu yasaya itaatsizlik edemezsiniz ve ona isyanı teşvik edici mahiyette bir davranış içinde bulunamazsınız.¹³

Spinoza'dan bu güne ifade özgürlüğü konusunda hem istisna hâlinde hem de normal durumlarda en çok tartışılan husus, bu özgürlüğün sınırlandırılmasıdır. Şimdi, sınırlama sorununu Türkiye tecrübesinden hareketle ele alabiliriz.

2. TÜRKİYE TECRÜBESİ

2. 1. İfade Özgürlüğü İhlallerinin Genel Manzarası

Türkiye'de ifade özgürlüğü sürekli tartışılan bir mesele olmuştur. Bunun nedeni liberalleşme ve demokratikleşme sürecinin tamamlanmamış olmasıdır. Bu da doğrudan Devlete ve siyasal rejime yönelik tehdit algılamasının süreklileştirilmesinden kaynaklanmaktadır. Tehdit algılamasının sürekliliği beraberinde ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamaları, bu kısıtlamalar da her dönemde yeni bir ceza maddesinin tartışılmasını getirmektedir.

Aslında bu problemi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin Türkiye hakkında verdiği ihlal kararlarını dikkate alarak da ortaya koyabiliriz. AİHM'nin ifade özgürlüğü ile ilgili olarak 1999-2006 yılları arasında verdiği toplam 205 ihlal kararından 125'i Türkiye aleyhinedir. Bu rakam 10.maddeyle ilgili ihlal kararlarının %61'ine tekabül etmektedir. AİHM 2005 yılında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle toplam 50 karar vermiştir. Bunun 39'u (yaklaşık %80'i) Türkiye hakkındadır. 2006 yılı içinde ise ifade özgürlüğüyle ilgili olarak verdiği toplam 62 ihlal kararından 35'i Türkiye'ye aittir.¹⁴

Türkiye hakkında verilen ihlâl kararlarının çok büyük bir kısmı Türk Ceza Kanunu'nun eski 312. maddesinden veya Terörle Mücadele Kanunu'nun 2003 yılında ilga edilen 8. maddesinden kaynaklanan

¹³ Spinoza, *A Theologico-Political Treatise*, ss. 259-260.

¹⁴ Rakamlar için bkz., www.echr.coe.int.

mahkûmiyet kararlarına dayanmaktadır. 312. maddede ifade özgürlüğünü korumaya yönelik adımların atılmış olması ve TMK'nın 8. maddesinin ilga edilmiş olması önümüzdeki dönemde ifade özgürlüğünden dolayı ihlal kararlarının düşebileceği ihtimalini akla getirebilir. Ancak bu maddelerden doğan “boşluğun” yeni maddelerle doldurulması, bilhassa TCK 301'den dolayı çok sayıda dava açılması ve TMK'da ifade özgürlüğünü sınırlandıran değişikliklerin yapılmış olması bu iyimserliği gölgelemektedir.

2. 2. AİHM'nin Türkiye ile ilgili kararlarında ifade özgürlüğü ve Terör

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temeli olarak görmek ve bu özgürlüğün devleti ve toplumun bir kesimini şoke edici söz ve haberleri de kapsadığını sürekli vurgulamaktadır. Diğer yandan Mahkeme, bu özgürlüğün sınırsız olmadığını, Devletlerin 10. maddedeki meşru amaçlara dayanarak yasal yollarla yaptıkları sınırlamaların demokratik toplumda zorunlu olması durumunda, başka bir ifadeyle “zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi” karşılamaya matuf ve orantılı olması şartıyla, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir. Bu bağlamda şiddet ve terör ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişki konusunda Strasbourg Mahkemesi'nin içtihatlarında ortaya çıkan temel esasları/eğilimleri kısaca açıklamakta fayda görüyorum.

a. Olağanüstü rejim altında yapılan sınırlamaların gerekçeli ve yargıya açık olması gerekmektedir.

İstisna hâlinin en önemli özelliklerinden biri, tehdit gerekçesiyle yargısal koruma mekanizmasının askıya alınabilmesidir. 1982 Anayasası'nın 148. maddesine göre “olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” Bu hüküm hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayacak şekilde, yargının paranteze alındığı bir siyasi rejimi doğurabilmektedir. Nitekim bu tür kanun hükmünde kararnameler idari makamlara hak ve özgürlükleri sınırlandırma konusunda yargısal denetime tâbi olmayan geniş bir yetki alanı bırakmaktadır.

285 sayılı “Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen 7. maddesi, diğer temel hak ve özgürlükler yanında, ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlayıcı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılmasını sağlamıştır. 7. maddede “Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz” denmektedir.

285 sayılı KHK’nin değişik 7. maddesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi iki karar verdi. 1991/1 sayılı ilk kararında Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 148. maddesine dayanarak yetkisizlik kararı vermiştir. Ancak, Mahkeme olağanüstü yönetimin hukuka bağlı olması konusunda önemli tespitler yapmıştır. Mahkeme demokrasilerde olağanüstü rejimlerle hukuk arasındaki ilişkiyi şu şekilde formüle etmiştir:

“Demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa’da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca, olağanüstü hal yönetimlerinin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü yönetim usulleri yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın, demokrasilerde sonuçta bir “hukuk rejimi”dir.”¹⁵

Anayasa Mahkemesi, teknik hukuk açısından, olağanüstü KHK’lerin hangi durumda denetlenip denetlenmeyeceğine dair ilkeyi de şu şekilde belirlemiştir: “Anayasa’nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa’ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu KHK’ler “olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda” çıkartılan KHK’lerdir. Anayasa Mahkemesi’nin çıkartılan bir olağanüstü hal KHK’sinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşımıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur.”¹⁶

¹⁵ E. 1990/25, K. 1991/1, K. T. 10.1.1991, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD), Sayı 27/1, ss. 92-93.

¹⁶ AMKD, Sayı 27/1, s.100. Mahkeme bu görüşünü şu sözlerle daha da açmıştır: “Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi “olağanüstü hal KHK’si” adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa’nın öngördüğü ve Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir

Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyi uygulayarak, 425 sayılı olağanüstü KHK ile getirilen bazı maddeleri iptal etmiş, ancak 7. maddeye ilişkin olarak yetkisizlik kararı vermiştir. Mahkeme bu konudaki kararını şöyle temellendirmiştir:

“Bu hükmü hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırabilmek olanağı yoktur. Anayasa’nın 125. maddesinin yedinci fıkrası olağanüstü yönetimlerde yasanın yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceğini belirtmektedir. Bu hükmün karşıt anlamından olağanüstü yönetim usullerinde dahi iptal davası açılmasını engellemeyeceği anlaşılmaktadır. Olağanüstü hal bir keyfilik ve denetimsizlik yönetimi değildir. Olağanüstü yönetimlerde yetkili makamların yaptıkları bireysel ve düzenleyici işlemlerin idari yargı denetimine bağlı olması gerektiğinden kuşku duyulamaz. Özgürlükçü demokratik düzeni benimsemiş ülkelerde bunun tersi düşünülemez. Ancak, bu madde 2935 sayılı Olağanüstü Hal Yasası’nda değil yalnızca Olağanüstü Hal Bölgesi için çıkarılmış olan 285 sayılı Olağanüstü Hal KHK’sinde değişiklikler yapmaktır ve Anayasa’nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasında çıkarılabileceği ve 148. maddesinde biçim ve öz yönlerinden Anayasa’ya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesi’ne dava açılmayacağı öngörülen KHK kuralı niteliğindedir. Bu nedenle, bu maddeye yönelik iptal isteminin yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir.”¹⁷

Anayasa Mahkemesi’nin bu sözleri, AİHM’nin Özgür Gündem gazetesinin OHAL Bölgesinde basımının ve dağıtılmasının yasaklanmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak gördüğü Çetin ve diğerleri/Türkiye kararında kullanılan önemli dayanaklardan birini teşkil etmiştir.¹⁸

2003/42 sayılı ikinci kararıyla Anayasa Mahkemesi bu maddeyi iptal etmiştir. Mahkeme, 5’e karşı 6 oyla verdiği kararda ise yargı yolunun kapatılmasının Anayasa’nın olağanüstü yönetimler için öngörmediği bir durum olduğunu, dolayısıyla itiraz konusu kuralın olağanüstü değil, olağan KHK sayılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme esasa ilişkin incelemesinde de 285 sayılı KHK’nin değişik 7. maddesinin Anayasa’nın 91. maddesine uygun olarak bir yetki kanu-

“olağanüstü hal KHK’si” niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa’ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa’nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur.” AMKD, Sayı 27/1, s.102.

¹⁷ AMKD, Sayı 27/1, s.108.

¹⁸ Bkz., Çetin ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru No: 40153/98, 40160/98), par.61.

nuna dayanmadığını ileri sürerek iptaline karar vermiştir.¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, mahkemenin aktivizmi, hukuk devleti anlayışı, temel haklar duyarlılığı gibi açılardan tartışılabilir olsa da, pratik sonuçları bakımından etkisiz bir karardır. Zira OHAL kaldırıldıktan yaklaşık 7 ay sonra verilen bir kararın pratik sonuçlarından ve faydalarından bahsedilemez. Anayasa Mahkemesi, 1991 yılındaki ilk kararında yetkisizlik yerine iptal kararı vermiş olsaydı AİHM önündeki birçok davada sonuç farklı olabilirdi.

OHAL Bölge Valisinin ifade özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik tasarrufları, AİHM tarafından hem 10. maddenin ihlâli, hem de bu kararlara karşı yargı yolu kapatıldığı için 13. maddenin ihlâli olarak değerlendirilmiştir. *Halis Doğan ve diğerleri/Türkiye* davasında, başvuru sahipleri ve yayın sorumluları oldukları Özgür Bakış isimli gazetenin OHAL Valiliğince Güneydoğu'nun bazı illerinde dağıtımının yasaklanması tedbiri tartışılmıştır.²⁰ Hükümet, yasaklama kararının 2935 sayılı kanunun 11/e maddesi ve 285 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 7. maddesi uyarınca alındığına, söz konusu "gazetenin dağıtılmasının terör olayları nedeniyle hassas bir ortamın oluştuğu bir bölgede yasaklandığına dikkati çekmekte, gazetede yayımlanan makalelerin halkı tahrik etme ya da terör olaylarını haklı gösterme eğiliminde olduğunu ve bu makalelerin bölgedeki kamu düzenini etkileyebileceğini belirtmektedir" (par. 20). Ayrıca, Hükümet terörle mücadele söz konusu olduğunda sözleşmenin 10. maddesinin taraf devletlere toprak bütünlüğünü ve kamu düzenini koruma noktasında çok geniş bir takdir yetkisi bıraktığını ve terör olaylarının olası etkisini değerlendirmede ulusal makamların daha yetkin konumda olduklarını belirtmiştir. Başvuru sahipleri ise bu argümanları kabul etmeyerek, gazetede yayınlanan makalelerin kamu düzenini bozmaya yönelik olmadığını ve dağıtım yasağının ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. (par. 20-23).

AİHM, olağanüstü rejime dair kanun ve kanun hükmünde karar-namelerin, bölgenin kamu düzenini bozma eğilimi taşıyan ve halkı tahrik eden her türlü yazılı belge ve yayının dağıtımını engelleme konusunda Valiye çok geniş yetkiler verdiğini ve esasen bu tür yetkilerin Sözleşme ile de bağdaşabileceğini belirtmiştir. Ancak, mahkemeye göre, yasaklamanın sınırlarının yasal olarak açıkça belirtilmesi ve

¹⁹ E.2003/28, K.2003/42, K.T.22.5.2003, AMKD, Sayı 40/1, s.92.

²⁰ *Halis Doğan ve diğerleri/Türkiye*, (Başvuru No: 50693/99), 10 Ocak 2006.

daha da önemlisi yetkilerin kötüye kullanılması olasılığı karşısında etkili adli denetim mekanizmasının sağlanması gerekmektedir. AİHM, mevcut olayda OHAL Bölge Valisine verilen geniş yetkiler karşısında başvuranları olası suistimaller karşısında koruyacak adli denetim mekanizmasının bulunmamasına, bunun da insanları “güvencesiz” bıraktığına dikkat çekmiştir. AİHM, davaya konu olan yasaklama kararının gerekçelendirilmediğini de belirterek söz konusu müdahalenin “demokratik toplumda gerekli” olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme terörle mücadelenin doğurduğu zorlukları anladığını, ancak bu durumun tek başına yapılan müdahaleyi haklılaştıramayacağını şu şekilde ifade etmiştir:

“AİHM incelemesine sunulan olayı çevreleyen koşulları, özellikle de terörle mücadeleye bağlı olarak ortaya çıkan zorlukları göz önünde bulundurmaktadır. Terör eylemleri nedeniyle söz konusu bölgede hüküm süren siyasi atmosfer önem arz etmektedir. Bununla birlikte, yasaklama kararının gerekçelendirilmediğini belirtmek yerinde olacaktır. Ayrıca, söz konusu gazetenin yasaklanmasını haklı kılacak, şiddet ve demokrasinin reddi düşüncesini yayabileceği ya da zararlı etkilerinin bulunduğu ortaya koyabilecek bir unsur bulunmamaktadır.” (par. 24)²¹

AİHM, diğer yandan, OHAL Bölge Valisinin kararları karşısında başvuranların iç hukukta mağduriyetlerini gidermek amacıyla müra-caat edecekleri mekanizmaların bulunmadığını, bu nedenle sözleşmenin 13. maddesinin de ihlâl edildiğini kararlaştırmıştır (par. 35-36).

Aynı şekilde, Emegın Partisi (EMEP) tarafından bütün seçim bölgelerinde dağıtılmak üzere bastırılan ve üzerinde “Baskılar Son Bulsun” “OHAL Kaldırılsın” yazılı afişlerin Diyarbakır’da dağıtımının 25 Kasım 1999 tarihli valilik kararıyla yasaklanması, AİHM tarafından hem 10. maddenin hem de 13. maddenin ihlali olarak görülmüştür.²²

b. Terörü, terör örgütünü ve şiddeti savunan sözler prensip olarak 10. maddenin koruması altında değildir.

AİHM, açıkça şiddeti ve terörü destekleyen ifadeleri 10. madde kapsamında değerlendirmemektedir. *Zana/Türkiye*²³ davasında Diyar-

²¹ Aynı yönde kararlar için bkz., *Çetin ve diğerleri/Türkiye*, (Başvuru No: 40153/98, 40160/98), 13 Şubat 2003; *Mehmet Emin Yıldız ve diğerleri/Türkiye*, (Başvuru No:60608/00), 11 Nisan 2006.

²² *Tüzel/Türkiye*, (Başvuru No: 57225/00), 21 Şubat 2006.

²³ *Zana/Türkiye*, B. N. 69/1996/688/880, 25 Kasım 1997. Alıntılarda kararların Adalet

bakır Eski Belediye Başkanı Mehdi Zana'nın ulusal yayın yapan bir gazetede yayınlanan sözleri ifade özgürlüğü kapsamında görülmemiştir. Zana 1987 yılında şöyle demişti: *"PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar..."* Bu sözlerinden dolayı Zana yargılanmış ve TCK'nın 312. maddesinde düzenlenen *"kanunun suç saydığı fiili övmek"*ten mahkum edilmiştir.

AİHM, Zana'nın sözleriyle ilgili değerlendirmesini yaparken (a) sözü söyleyen kişinin konumunu, (b) sözün söylendiği ortamı/zamanı ve sözün yayınlandığı yayın organının etkisini dikkate almıştır. Mahkeme bu unsurları hesaba katarak şu tespitte bulunmuştur:

"[B]u açıklamaya tek başına bakılmamalıdır. (Bu açıklamanın) başvurusunun da farkında olması gereken, olayın somut koşulları içinde özel bir anlamı vardır. Bu röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde PKK'nın sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür.

Bu koşullar altında büyük bir ulusal günlük gazetede yayınlanan röportajda, Güneydoğunun en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanının –"ulusal kurtuluş hareketi" olarak tanımladığı- PKK'ya verdiği desteğin, bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağı düşünülebilir". (par. 59-60).

Buradan hareketle AİHM, *"başvurucuya verilen cezanın "zorlayıcı bir toplumsal gereksinime" yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun olduğunu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin "uygun ve yeterli" olduğunu düşünmektedir..." (par. 61).*

Süreç/Türkiye²⁴ kararında da *Haberde Yorumda Gerçek* isimli haftalık bir dergide *"Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez"* ve *"Suç Bizim"* başlıklı iki okuyucu makalesinin yayınlanması üzerine dergi sahibi ile editörünün cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği meselesi gündeme gelmiştir. Bu kararda AİHM Lingens kararına atıf yaparak basının *"şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması veya asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş olan sınırlamaları aşmaması kaydıyla, bölücü olanlar da dahil olmak üzere, görüş*

Bakanlığı'nın internet sitesinde (www.adalet.gov.tr) yer alan Türkçe çevirilerinden de yararlanılmıştır.

²⁴ *Süreç/Türkiye* (No.1), B. N. 26682/95, 8 Temmuz 1999.

ve siyasi hususlarda bilgi vermesi”nin demokratik toplumlar açısından bir “zorunluluk” olduğunu belirtmiştir (par. 59). Ayrıca Mahkeme’ye göre ifade edilen sözler bireylere, kamu görevlilerine veya toplumun belli bir kesimine karşı “teşvik ettiği durumlarda Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir marja (takdir yetkisine) sahiptir”. (par. 61)

AIHM dergide yayınlanan mektuplarda kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlandığı bağlam üzerinde özellikle durmuştur. Mahkeme söz konusu kelimelerin açıkça şiddeti teşvik niteliğinde olduğunu belirterek şunları söylemiştir:

“Mahkeme ilk olarak, “katliam”, “zulüm” ve “cinayet” gibi göndermelerin yanı sıra, “Faşist Türk ordusu”, “TC cinayet çetesi” ve “emperyalizmin kiralık katilleri” gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kanaatine göre söz konusu mektuplar, temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı şeklinde değerlendirilebilecektir. Ayrıca, mektupların 1985’ten buyana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye’deki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır (bkz., yukarıda anılan Zana kararı, s. 2539, Madde 10). Bu bağlamda, mektupların içeriğinin iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurma gerekliliği ve haklı bir önlem olduğudur.

Ayrıca “Suç Bizim” başlıklı mektubun kişileri isimleri ile tanımlayarak, bunlara karşı olan nefretin alevlendirildiği ve bu şahısların fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı da dikkate alınmalıdır. Mahkeme bu açıdan, yetkililer tarafından Devletin toprak bütünlüğüne zarar verilmesi ile ilgili gerekçelerin vurgulandığı başvuranın mahkûmiyetine ilişkin nedenleri, başvuranın ifade özgürlüğü aleyhinde bir müdahale için ilgili ve yeterli bir dayanak olarak kabul etmektedir. Mahkeme, “bilgi” ve “görüşlerin” sadece kırıcı, şaşırtıcı veya rahatsız

edici olmasının müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını yinelemektedir. Mevcut davada söz konusu olan nefret konuşmaları ve şiddetin yüceltilmesidir. (par. 62)

Aynı şekilde *Hocaogulları/Türkiye*²⁵ kararında bir dergide yayınlanan “Gençlik İsyan Demektir” başlıklı makalede şiddeti teşvik mahiyetinde ifadelere yer verildiği için başvuru sahibinin ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir. AİHM bu davada şu tespitte bulunmuştur:

“Gençlere seslenen ve hiçbir devrimin insan zayıfatı olmadan gerçekleşmeyeceği görüşünü savunan yazarın dili barışa ve siyasi sorunların çözümüne çağrı olarak kabul edilemez. AİHM «(...) Diyarbakır zindanlarında işkenceci faşistlere sır verip ser vermeyerek ve Kızıldere’de düşmanları: “biz buraya dönmeye değil ölmeye geldik, diye selamlayarak dönenlere kavgalarının gelip geçici olmadığını bildirirler. Hem de canları pahasına. Evet, belki yenildiler. Ama direndiler. Çünkü gerçek zaferin böyle küçük ama kararlı direnişlerle kazanılacağını biliyorlardı” gibi ifadelerinin kullanımıyla net bir biçimde mücadelenin geçici olmadığı düşüncesinin vurgulandığını hatırlatmaktadır. Bunun yanı sıra, bütünü itibariyle şiddet kullanımını, silahlı direnişi veya başkaldırıyı tahrik eder bir makale olarak değerlendirilebilir.”

c. Şiddete teşvik niteliğinde de olsa edebi metinlerde ifade özgürlüğünün alanı geniştir.

*Karataş/Türkiye*²⁶ kararında AİHM cezaya konu olan ifadelerin nerede yayınlandığını dikkate almıştır. Mahkeme, bir şiir kitabındaki şiddete çağrı niteliğindeki ifadeleri 10.madde kapsamında bulmuştur. “*Dersim - Bir İsyanın Türküsü*” adlı şiir kitabında şiddete çağrı niteliğinde bazı şiirlere yer verilmiştir. Bunlardan ikisinde şu ifadeler mevcuttur:

[Özgürlük klanın yasasıdır]
 “... kutsal ellerimizde
 büyük bir tutku büyüyor
 - eski Kürdistanın ışığı
 Gün ışığında Munzursuyu kanımızla ala bulanmadıkça
 Osmanlı fahişesinin eniklerinin ezmesine izin vermeyeceğiz

²⁵ *Hocaogulları/Türkiye*, B. N. 77109/01, 7 Mart 2006.

²⁶ *Karataş/Türkiye*, B. N. 23168/94, 8 Temmuz 1999.

Ötesi

Binlerce yıldır kanuna uyduk

Özgürlük klan yasasıdır."

[Sessizce Deşt köyüne doğru baktılar]

"Direniş ve ihanet

Özgürlük ve esaret

Yan yana...

Bir kanun olarak kabul etmedik mi

Binlerce yıldır

Kan kanla yıkanır diye?"

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu sözleri ifade özgürlüğü çerçevesinde görmemiştir. Komisyon görüşünü şu şekilde temellendirmiştir: "Komisyon mevcut davaya ilişkin bir özelliğin başvuranın kendisini şiir yoluyla ifade etmeyi tercih etmesi olduğu kanaatindedir. Ancak, şiirin imtiyazları göz önünde bulundurulduğunda, Komisyon başvuranın şiirlerinin bir bölümünün Türk Devleti aleyhine silahlı ayaklanmayı ve bu mücadelede şehitliği övdüğünü tespit etmiştir. Bağlama dayalı olarak okunduğu zaman, kullanılan bazı ifadeler okuyucularda başvuranın Türk Devleti aleyhine silahlı mücadeleyi teşvik ettiği ya da buna davet ettiği ve bölücü amaçlara yönelik şiddeti desteklediği izlenimi yaratma kapasitesine sahiptir. Bu koşullar altında, başvuranın mahkûmiyeti ve kendisine uygulanan ceza acil bir sosyal ihtiyaca cevap verme ve sonuç olarak, demokratik bir topluluk için gereklilik olarak kabul edilebilir."

AİHM, Komisyonun görüşlerine katılmamıştır. Mahkeme, şu gerekçelerle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir:

"Mahkeme, ancak, başvuranın görüşlerini "devlet güvenliği", kamu "düzeni" ve "toprak bütünlüğü" üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde kitle iletişim yolu yerine şiir yoluyla açıklayan bir birey olduğunu göz önünde bulundurmaktadır. Nitekim, şiirlerin bazı bölümlerinin ton açısından gayet agresif olmasına ve şiddet kullanmaya davet etmesine rağmen Mahkeme doğası açısından şiirlerin sanatsal olmalarının ve sınırlı bir etkiye sahip olmalarının bir ayaklanmaya davetten ziyade zor siyasi konum itibarıyla derin bir üzüntü ifadesini içerdiklerini göz önünde bulundurmaktadır." (par. 52)

Ayrıca Mahkeme, başvuru sahibine verilen 13 aydan fazla hapis cezasının hedeflenen amaçlar açısından ölçüsüz olduğuna ve dolayısıyla “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığına karar vermiştir.

d. Siyasilerle ve Hükümetle ilgili eleştirilerde ifade özgürlüğünün alanı daha geniştir.

AİHM, siyasi aktörlere yönelik eleştirilerde sınırın ve hoşgörünün, normal kişilere yönelik eleştirilerle karşılaştırıldığında, daha geniş olduğunu kabul etmektedir. Ancak burada da temel şartlardan biri, ifadenin şiddete, teröre, ayaklanmaya teşvik edici mahiyette olmamasıdır. Örneğin *Birol/Türkiye*²⁷ kararında, İlknur Birol adlı bir öğretmenin mensup olduğu sendikanın bir mitinginde dönemin Adalet Bakanı Mehmet Ağar’la ilgili olarak “*Eli kanlıları hükümetin başına getiriyorlar. Eli kanlı faşistleri Adalet Bakanı yapıyorlar*” dediği için cezalandırılmasını 10.maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM’ye göre “*Dava konusu konuşma, politik bir kişinin Adalet Bakanı olarak atanmasıyla ilgili hükümet politikasının kritiğini içermektedir*” (par. 27). Ayrıca mahkemeye göre “*konuşmanın bazı kısımları dönemin Adalet Bakanının kişiliği hakkında negatif bir tablo çizse de, şiddet kullanmaya, başkaldırıya, silahlı direnişe teşvik edici mahiyeti bulunmamaktadır ve kin güden bir beyanat içermemektedir*” (par. 29).

Hükümete ve hükümet politikalarına yönelik eleştirinin sınırı bireylere ve siyasetçilere yönelik eleştiriye oranla daha geniştir. *Ceylan/Türkiye*²⁸ kararında, Petrol-İş Sendikası Başkanı olan başvurucunun bir haftalık gazetede yayınladığı yazısı gündeme gelmiştir. Başvurucu Münir Ceylan, yazısında özellikle “*Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da giderek yoğunlaşan devlet terörü*”nden ve “*Z*”ndan bahsetmiştir. AİHM öncelikle “*“Devlet terörü” ve “katliam” kelimelerinin kullanılmasının da gösterdiği gibi, ülkenin ilgili bölgelerinde Türk yetkililerinin fiilleri hakkındaki eleştiri sert, kullanılan dil ise keskindir*” tespitinde bulunmuştur (par. 33). Ancak Mahkeme, “*Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafı bağlamında, siyasi söylem veya kamu çıkarı ile ilgili konulardaki kısıtlamanın dar*” olduğunu ve *Hükümetlerin güçlü pozisyonlarından dolayı onlara yönelik eleştiri sınırının geniş olması gerektiğini hatırlatmıştır* (par. 34). En önemlisi “*Mahkeme, başvurunun sendika lideri ve bir siyasetçi olarak yazdığını ve bu makale-*

²⁷ *Birol/Türkiye*, (Başvuru No: 44104/98), 1 Mart 2005.

²⁸ *Ceylan/Türkiye*, B. N. 23556/94, 8 Temmuz 1999.

deki sert üslûba rağmen, şiddeti, silahlı direnişi ya da isyanı teşvik etmediğini gözlemlemiştir.”

Gerçekten de Mahkeme’nin hemen her davada dikkat çektiği husus şikayet konusu sözlerin “şiddeti, silahlı direnişi veya isyanı/ayaklanmayı” teşvik edip etmediğidir.

2. 2. Şiddete Teşvik ve “Açık ve Mevcut Tehlike” Kriteri

Yeni Türk Ceza Kanununun (TCK) 1. maddesinin gerekçesinde “totaliter devlet” ile “hukuk devleti” arasındaki farka dikkat çekilerek kanunun özgürlükçü felsefeye dayandığı ifade edilmiştir. TCK 1. maddenin gerekçesinde bu iki anlayış şu şekilde açıklanmıştır:

“[T]arihte ve günümüzde totaliter devletler, ideolojilerini benimsetmek ve rejimi ayakta tutmak için ceza kanunları yoluyla kişi hak özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar ya da ortadan kaldırmışlardır. Demokratik hukuk devletleri ise ceza kanunlarının kötüye kullanılmasını önlemek için, bu kanunların temel ilkelerine anayasalarında yer vermektedirler.”

Olağanüstü durumlar “hukuk devleti” uygulamasından uzaklaşıp, siyasal düzlemde üretilen söylemlerin benimsetilmesi ve statükoların korunması için baskıcı uygulamaların öne çıktığı “totaliter devlet” anlayışına geçişin yaşandığı durumlardır.

Yeni TCK’nın “hukuk devleti” anlayışını hâkim kılmak amacıyla attığı adımlardan biri ifade özgürlüğünü daha iyi koruyacak bazı kavramlara kanunda yer vermek olmuştur. “Açık ve mevcut tehlike” kriteri 5237 sayılı yeni TCK’nın 216. maddesine girmiştir.²⁹ Halkın bir kesimini diğeri aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik suçunun “soyut tehlike” suçu olmaktan çıkarılıp “somut tehlike” suçuna dönüştürülmesi ifade özgürlüğünün alanının genişletilmesi bakımından olumlu bir gelişme-

²⁹ TCK’dan önce bu kriter 2002 tarihinde yapılan değişiklikle 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 17 ve 19. maddelerine girmiştir. Bu kanunun 17. maddesine göre “Bölge valisi, vali veya kaymakam, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde yasaklayabilir.” Aynı şekilde 19. maddenin 2. fıkrasına göre “Valiler de aynı sebeplere dayalı olarak ve suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde; ile bağlı ilçelerin birinde veya birkaçında bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere yasaklayabilir.”

dir. Kısacası, bu suçun oluşabilmesi için söz konusu tehlikenin sadece soyut olarak var olması yeterli değildir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, *“böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.”*³⁰

Ancak hemen belirtmek gerekir ki *“açık ve mevcut tehlike”* kriteri tek başına ifade özgürlüğünü koruyucu bir kriter değildir. Tehlikenin açık, mevcut veya yakın olup olmadığını belirlemede takdir yetkisini kullanan yargıçların bu kriteri *“hak-eksenli”* ve özgürlükçü bir yaklaşımla yorumlayıp uygulaması çok önemlidir. Türk anayasa yargısında bu kriterin, *“açık ve öngörülebilir tehlike”* olarak, özgürlükleri sınırlayıcı bir yaklaşımla kullanıldığını söyleyebiliriz.³¹ Yargıtay da bu konuda ikircikli bir tavır takınmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından 13’e karşı 14 oyla verilen 2004/2006 nolu kararda 312. maddenin özgürlükçü bir yorumu yapılmış, madde ile önlenmeye çalışılan tehlikenin soyut değil somut tehlike olduğu, ifadenin kamu düzeni için açık ve yakın tehlike oluşturması gerektiği ve bunun da ancak şiddete çağrı niteliğinde gerçekleşebileceği vurgulanmıştır.³² Bu karardan kısa

³⁰ TCK 216. maddenin gerekçesinde tehlikenin somut olması şartı şu şekilde açıklanmıştır: *“Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Hâkim, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması gerekir. İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında “açık ve mevcut tehlike” kriterinin var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.”*

³¹ Bu konuda bkz., Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005).

³² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2004/8-130, K. 2004/206, K. T. 23.11.2004. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararında 312. maddedeki suçun tespitinde, yeni TCK yürürlüğe girdikten sonra da geçerli olacağını belirttiği, on ilkenin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bu “on ilke” şunlardır:

“Suçun oluşması için;

1. Eylemin aleni yapılması,
2. Kışkırtmanın; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmesi,
3. “Suç ve ceza da yasallık ilkesi” nedeniyle kışkırtmanın, aynı sosyal sınıf, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep ya da aynı bölgeye mensup olup da farklı görüş veya düşünceye sahip olanların bu özelliklerine dayandırılması halinde anılan suçun oluşmayacağını bilinmesi,

bir süre sonra verilen başka bir kararda ise şiddet unsurunun varlığı vurgulanıp gösterilmeden 312. madde ifadeyi daraltıcı bir şekilde yorumlanıp uygulanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2005/30 nolu bu kararında *"başörtüsünü İslam'ın sembolü olarak nitelendiren" yazarın "sistem ve hukuksal gerçeklik karşısında düşünce veya din ve inanç özgürlüğü kapsamında kalmadığı açık ve tartışılmaz olan başörtüsüne yönelik mahkeme kararlarıyla istikrar kazanmış uygulamaları İslam'a saldırı olarak göstermek suretiyle hitap ettiği kitleyi tahrik etmekte"* olduğu sonucuna ulaşılmıştır.³³

4. Kısırtmanın, farklı halk topluluklarını birbirine karşı düşmanlığa ve kin beslemeye sevk etmesi ve fakat bu halin *"kamu düzeni"* için tehlikeli olabilecek bir şekilde ve yeterlilikte olması,

5. 4744 sayılı Yasa gerekçesinde de açıklandığı üzere, tanımlanan tehlikenin soyut olmayıp somut ve yakın tehlike olduğunun göz önünde tutulması ve Yargıtay 8. Ceza Dairesinin birçok kararına yansıtıldığı üzere, kısırtmanın şiddet çağrısını içermesi,

6. Ne var ki, ilk bakışta açıkça saptanamasa dahi, muhatabı kitlenin algılayabileceği maharetli bir gizlilik altında yapılan düşmanlığa ve kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hallerinde, suçun oluşacağının kabul edilmesi,

7. Tek başına yeterlilik arz etmeyen ancak, önceden veya sonradan yapılanlarla birlikte değerlendirildiğinde aynı okuyucu veya dinleyici kitlesine hitap ediyor oluşu nedeni ile, kitlelerde kin ve düşmanlık birikimi yaratacağı kabul edilen eylemlerin anılan suçu oluşturabileceğinin, ancak bunun için, bütünün parçalarının ayrı hükümlere konu edilmeyerek toplu şekilde yargılanmasının gerekli olacağının bilinmesi,

8. Öngörülen suç unsurlarından herhangi birinin eksikliği durumunda tanımlanan cürümün oluşmayacağı,

9. Ceza Yasası uygulamalarında, genişletilen ve kıyas düzeyine varan yorumlarla suçun varlığına hükmedilemeyeceği, bu itibarla şiddet çağrısını içermeyen, somut ve yakın tehlike düzeyine de ulaşmamış kısırtmalara, dolaylı ve zorlayıcı soyutlukla anılan unsurları yakıştırarak, TCY'nın 312/2. maddesindeki suçun oluştuğunu kabullenmenin olanaklı bulunmadığı,

10. *"Kuşkunun lehe yorumlanacağı"* temel ilkesi gereği; aleniyetin varlığında, tahrikin yasada açıklanan farklılaşmalara dayalı olup olmadığında, halkın birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk edilip edilmediğinde ya da sevk ediliyorsa bu sonucu yaratmaya yeterli bulunup bulunmadığında, kamu düzenini bozabilecek etkinliğe ulaşp ulaşmadığında, soyutluktan kurtulup somut ve yakın bir tehlike haline dönüşüp dönüşmediğinde ve nihayet şiddet çağrısını taşıyıp taşımadığında kuşku hali doğduğunda, aşılması gerektiğinin ve aşılamıyorsa yorumun sanık yararına ve ifade hürriyetinin genişletme doğrultusunda yapılması icap edeceğinin gözönünde tutulması,

Zorunluluk arz etmektedir."

³³ Burada ilginç bir nokta Eygi kararını veren YCGK'nun, Aydar kararının içtihat oluşturmadığını belirtmesidir. Eygi kararında esas incelemesine geçilmeden önce şu açıklamaya yer verilmiştir: *"CGK'nun 2004/206 Karar sayılı ilamında, TCK'nun 312/2. maddesi yönünden ilke ve unsurların içtihat niteliğinde ortaya konulduğu belirtilmiştir. Anılan karar Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine ve*

AIHM kararları ışığında denebilir ki, korunan hukuki değer “*kamu güvenliği*” dir, “*devletin güvenliği*” değil.³⁴ Türkiye’de “*kamu*” (public) terimi özellikle yargı camiasında ısrarla “*devlet*” karşılığında kullanılmaktadır. Böyle olunca da “*kamusal alan*”, “*devlet alanı*”na, “*kamu güvenliği*” de kolayca “*devlet güvenliği*”ne dönüşebilmektedir. Oysa kamusal alan (public sphere) sınırlamalardan ziyade özgürlüklerin esas alındığı, bireylerin ve toplulukların kendi kimlikleriyle ve kendileri olarak serbestçe katılacakları, kendilerini ifade edecekleri ve başkalarıyla diyaloga girebilecekleri ortak alanları ifade etmektedir.

2. 3. Terörle Mücadele Kanununda Değişiklikler ve İfade Özgürlüğü

Türkiye’nin Strasbourg’ta ifade özgürlüğünü ihlalden mahkûm olmasının en önemli nedenlerinden biri Terörle Mücadele Kanunu’ndaki ifadeyi sınırlandıran hükümlerdir. Özellikle mülga 8. maddeden dolayı Türkiye’de mahkûm olup da AIHM’ye gidenlerin neredeyse tamamı davaları kazanmışlardır. Bu bağlamda Terörle Mücadele Kanun’un, güvenlik güçlerinin talepleri doğrultusunda değiştirilmesi³⁵ sonucunda ifade özgürlüğü açısından da yeni tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bu tartışmaları şu şekilde özetleyebiliriz.

- Terör örgütünün ve AMACININ propagandasını yasaklayan 7. madde, eleştirilerden sonra “*amacının*” sözcüğü çıkarılarak kabul edilmiştir. Ancak bu sözcüğün yarattığı problem büsbütün ortadan kalkmış değildir. Çünkü Ceza Kanun’un 220. maddesinin 8. fıkrasına göre

somut olay gözetilerek olay bazında verilmiş, yerel mahkeme yönünden bağlayıcı dahi olmayan kesinleşmemiş bir karardır. Yerel mahkeme yönünden bağlayıcılığı bulunmayan ve Yüksek CGK’nun yerleşik görüşünü yansıtmayan bahse konu kararın içtihat niteliği bulunmadığından, konunun bütün yönleriyle irdelenmesi gerekmektedir.”

³⁴ Bu konuda bkz., Fazıl Hüsni Erdem, “TCK’nun 312. maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni v. Demokratik Kamu Düzeni”, *AÜHFD*, 52/1 (2003): 37-62.

³⁵ TMK değişikliğinin arkasındaki nedeni Adalet Bakanı Cemil Çiçek Meclis Genel Kurulu’nda yaptığı konuşmada şu sözlerle açıklamıştır: “şu an, Türkiye’nin şu veya bu bölgesinde hayatını ortaya koyarak ülkenin birliği ve dirliği için mücadele veren insanlar, bizim yetkilere ihtiyacımız var, Terörle Mücadele Yasasının yeni baştan gözden geçirilmesine ihtiyacımız var diyor. Yani, durup dururken bu yasa niye geldi diyorsanız, bu ihtiyaçtan dolayı geldi. Bunu herkesin iyi anlaması lazım.” *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem 22, Yasama Yılı 4, Cilt 126, 122. Birleşim, 29 Haziran 2006.

“Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

• 6. maddeye eklenen ek fıkra da tartışmalara yol açmaktadır. Buna göre *“Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak on beş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmi dört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırk sekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır.”* Bu hüküm, olağanüstü dönemde uygulanan bir tedbirin olağan döneme taşınması ve olağanlaştırılması anlamına gelebilecek niteliktedir. Hâkim kararı olmadan bir savcının üç gün süreyle süreli yayınları durdurabilecek olması özellikle basın özgürlüğü açısından tartışmalı bir durum yaratmaktadır.

• 6 ve 7. maddelerde, daha önce de bulunan, bazı fiillerin *“basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında”* da cezaya hükmedileceği belirtilmektedir.

Buradaki tartışma, suçun işlenişine iştirak etmemiş olan yayın sahiplerinin ve yayın sorumlularının da cezalandırılmasının *“cezaların şahsiliği”* ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı noktasında odaklanmaktadır. Basın Kanunu’na göre cezai sorumluluk süreli ve süresiz yayınlar da eser sahibine (yazara) aittir. *“Cezai sorumluluğun şahsiliği”* ni Anayasa güvence altına almıştır. Cumhurbaşkanı bu nedenle de Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açmıştır. Peki Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki yorumu nedir?

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 12.4.1991 tarihinde kabul edildikten yaklaşık bir ay sonra dönemin Anamuhalefet Partisi (Sosyaldemokrat Halkçı Parti) tarafından bazı maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi 1992/20 sayılı kararıyla TMK’nın bazı maddelerini iptal etmiştir. Ancak Mahkeme, kanunun mevkute sahiplerinin de cezalandırılmasını öngören hükümlerini Anayasaya aykırı bulmamıştır.³⁶ Anayasa Mahkemesi’ne göre, dava konusu kuralla süreli yayın

³⁶ E. 1991/18, K. 1992/20, K. T. 31.3.1992, AMKD, Sayı 28 (1993): 232-368.

sahipleri açısından öznel (subjektif) sorumluluk yerine “nesnel (objektif) sorumluluk” ilkesi benimsenmiş, bu kişilerin sorumlu tutulabilmesi için “kasıt”, “bilerek yayımlatma” ve “iştirak”ten söz edilmemiş, sahibi bulundukları yayınlarda konusu suç teşkil eden bir yayının yapılması yeterli sayılmıştır.³⁷ Mahkeme 1966/36 sayılı kararına atıf yaparak şu tespitte bulunmuştur:

“Mevkute ve eser sahibinin sorumluluğu konusunda bir kimsenin eyleminden dolayı diğer bir kimseye ceza sorumluluğu yükleniyor gibi görünmekte ise de, gerçekte, sorumluluğun hukuksal nedeni sorumlu tutulanların kendi kusuruna dayanmaktadır. Bu kusur, yükümlü olduğu özeni göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğmakta ve böylece sorumlu tutulan kimsenin davranışı ile meydana gelen sonuç arasında nedensellik (illiyet) bağı kurulmaktadır.”³⁸

Anayasa Mahkemesi, terörle mücadelenin “ayrık” hükümler konulmasını zorunlu kılabilceği gerçeğinden hareketle gazete sahibinin sorumlu davranması gerektiğini hatırlatmıştır. Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları söylemiştir:

“Günümüzde basın, temsil ettiği teknolojik düzey ve sermaye gücüyle endüstriyel ve ticari bir sektördür. Başta yazı işleri müdürü olmak üzere gazetede çalışan basın mensuplarının özenle seçilmelerini sağlamak gazete sahibinin görevidir. Terörü önleme konusunda getirilen kuralların eksiksiz uygulanması gereği ve bir bütünlük taşıması toplum yararına kamu düzeni için genel kurallara ayrıklık oluşturan hükümler konulması zorunluluğunu getirmektedir”³⁹

Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak, TMK’nın 6. maddesinin sürelili yayın sahiplerinin de cezalandırılmasını öngören hükmünü Anayasa’nın 38. maddesindeki “cezaların kişiselliği” ilkesine aykırı görmeyerek beşe karşı altı oyla iptal isteminin reddine karar vermiştir.⁴⁰

³⁷ Ibid, s. 285.

³⁸ Ibid., s. 285-286.

³⁹ Ibid., s. 286.

⁴⁰ Yekta Güngör Özden, Selçuk Tüzün, Ahmet N. Sezer, Haşim Kılıç ve Yalçın Acar-gün 6.maddenin son fıkrasının tümünün iptali yönünde oy kullanmışlardır. Ahmet N. Sezer “Karşıoy Gerekeşi”nde karara muhalefetini iptal davasını açan Partinin dava dilekçesindeki argümanlarına paralel şekilde aşağıdaki gibi açıklamıştır: “1961 Anayasası’nın 33.maddesindeki cezaların kişiselliği ilkesi aynen 1982 Anayasası’nın 38.maddesinde yer almıştır. Anayasa’nın 38.maddesinde “Ceza sorumluluğu şahsidir” denilmektedir. 1961 Anayasası’nın bu kurala ilişkin gerekçesinde; “Esasen bu kaidenin Anayasa’ya konulması sayesinde, basın davalarında yazı ve karika-

Hemen belirtmek gerekir ki bu kararı veren Mahkeme heyetinden sadece bir üye (Haşim Kılıç) hâlen görev yapmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadının değişmesi olasılığı vardır.

Ancak AİHM de süreli yayınlarda yayınlanan yazılardan dolayı editör ve yayın sahiplerinin sorumlu tutulmasını Sözleşme'ye aykırı görmemektedir. Örneğin *Sürek* (No.1) kararında dergi sahibinin okur mektuplarından dolayı sorumlu tutulmasına yönelik itiraza AİHM şu cevabı vermiştir:

“Başvuranın bu mektuplarda bulunan görüşler ile şahsen bağlantılı olmadığına doğru olmasına rağmen, mektupların yazarlarına şiddet ve nefretin körüklenmesi için bir araç temin etmiştir. Dergi ile sadece ticari açıdan bağlı olduğu ve yazı işleri müdürlüğü sorumluluğu taşımadığı gerekçesi ile mektupların içeriğine ilişkin her türlü cezai sorumluluktan muaf tutulması gerektiği yönünde başvuran tarafından ileri sürülen iddiayı reddetmektedir. Başvuran mal sahibi olup, bu konumu itibarıyla derginin yazı işleri yönetimini şekillendirme hakkına sahiptir. Bu nedenle, halk için bilgi toplanması ve dağıtılması konusunda derginin yazı işleri ve muhabir personelinin görev ve sorumlulukları açısından vekâleten sorumlu olup, bu durum çatışma ve gerginlik durumlarında daha büyük önem taşımaktadır.” (par. 63)

Aynı şekilde Hocaogulları kararında da AİHM derginin yazı işleri müdürü olan başvuru sahibinin kendisinin kaleme almadığı yazılardan dolayı sorumlu tutulamayacağına dair itirazını reddetmiştir.⁴¹ Bu

türün müellifinden başkasının (gazete sahip ve yazı işleri müdürlerinin) rasgele cezalandırılmasını derpiş eden kanun hükümleri bertaraf edilmiş olacaktır” denilmekte; 1982 Anayasası'nın “Danışma Meclisi” gerekçesinde ise “Beşinci fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi, ceza hukukuna yerleşmiş ve “kusura dayanan ceza sorumluluğu” ilkesine dahil terki mümkün olmayan bir temel kuraldır” denilerek ceza sorumluluğu yönünden objektif sorumluluğun kabul edilmediği belirtilmiştir. “Ceza sorumluluğunun kişiselliği” ilkesi herkesin kendi kusurlu eyleminden sorumlu olması demektir. Oysa 6, 7 ve 8. maddelerin son fıkralarında belirtilen durumlarda, süreli yayın sahibi “yayın eylemini” yapan kişi değildir. Bu durumlarda yayın sahibinin kendisine ait kusurlu bir eylemi bulunmazken cezalandırılması “ceza sorumluluğunun kişiselliği” ilkesine aykırıdır.” *Ibid.*, s.360.

⁴¹ AİHM bu görüşünü şöyle temellendirmiştir: “Başvuranın bu makalede yer alan görüşler ile şahsen bağlantılı olmadığına doğru olmasına rağmen, yazarının şiddet ve nefrete daha az yer vermesi için çaba sarf etmemiştir. AİHM, yazarı olmadığı gerekçesi ile makalenin içeriğine ilişkin her türlü cezai sorumluluktan muaf tutulması gerektiği yönünde başvuran tarafından ileri sürülen iddiayı reddetmektedir.

noktada belirtmek gerekir ki, yayın sorumlularının süreli yayınlarda yayınlanan yazılardan dolayı sorumluluklarının söz konusu olması belki anlaşılabilir. Zira bu kişiler yayınlanan haber ve makaleleri denetleme yetkisine sahip oldukları için konusu suç teşkil eden yazıların yayınlanmasında bir ölçüde ortak sorumluluğa sahip oldukları söylenebilir. Ancak, süreli yayın sahiplerinin de sorumlu tutulmasını anlamak zordur. Özellikle onlarca ulusal ve yerel süreli yayına sahip kişilerin yayınlanan yazılardan dolayı sorumlu tutulmaları, cezaların şahsiliği ilkesini ihlal edici niteliktedir.

Sonuç yerine

İstisna hâlinin sona ermesinde ve siyasal/hukuksal düzenin normalleşmesinde ifade özgürlüğü önemli bir işlev görmektedir. İstisna hâlindeki baskıcı, otoriter uygulamalara yönelik eleştiriler ve en önemlisi bu uygulamaların süreklileştirilmesine karşı dile getirilen itirazlar ancak sözün serbestçe söylenebildiği durumlarda mümkündür. İstisna hâllerinin en karanlık noktası sözün askıya alındığı anlardır. Söz askıya alındığında meydan şiddete kalmaktadır. Şiddetin söz sahibi olduğu yerde de olağanüstünün olağanlaşması ve istisnanın kural haline gelmesi kaçınılmazdır. Bu anlamda terörle mücadelede şiddeti tek “Z” olarak gören yaklaşım sosyal/siyasal/hukuksal düzenin sürekli istisna durumunda kalmasına hizmet edecektir. Bu da “öteki”nin susturulmasına ve tasfiye edilmesine dayalı, “devlet-eksenli” bir istisna durumunun, kitlesel desteğin de etkisiyle, farklı biçimler altında yeniden üretilmesine neden olacaktır.

Şiddetle ifade özgürlüğü arasında empirik düzlemde ters orantılı bir ilişki vardır. Şiddetin yoğun olduğu dönemlerde “tehditler” karşısındaki korku büyüyor, bu da beraberinde özgürlüklerin, özellikle de muhalif düşünceleri ifade etme özgürlüğünün kısıtlanmasını getiriyor. 11 Eylül sonrasında liberal demokrasilerin yaşadığı özgürlük krizi, terörün toplumda yarattığı panik ve korkunun yönetilememesinden kaynaklanmaktadır. Bu korku atmosferinde siyasal ve toplumsal para-

Başvuran derginin yazı işleri sorumlusu olarak yazı işleri yönetimini şekillendirme hakkına sahiptir. Bu nedenle, başvuran halk için bilgi toplanması ve dağıtılması konusunda derginin yazı işleri ve muhabir personelinin görev ve sorumlulukları açısından vekaleten sorumlu olup, bu durum çatışma ve gerginlik durumlarında daha büyük önem arz etmektedir”

noya örneklerine sıkça rastlanıyor. Kısacası bu tür dönemlerde insanlar, Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Brandeis'in dediği gibi, *“cadılardan korkup, kadınları yakıyorlar”*.

“McCarthyizm, kolu sıvalı amerikanizmdir” diyen ve aynı zamanda boksör olan Senatör Joseph McCarthy'nin hayaleti küreselleşmenin de etkisiyle her yerde dolaşıyor. Şiddete dayalı McCarthyizm, ifade özgürlüğü düzleminde *“öteki”*nin susturulmasını, konuştuğunda cezalandırılmasını savunur. Oysa ifade özgürlüğü, bir anlamda *“öteki”*nin özgürlüğüdür. *“Öteki”* ile ilişkilerde yaşanan sorunlar, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını beraberinde getirmektedir. Ötekinin engellenmesi, bastırılması liberal demokrasilerde yaşanan özgürlük krizinin en önemli nedenlerinden biridir. *“Öteki”* ile ontolojik ilişkimizi sağlam bir moral temele oturtmadan özgürlükten bahsedemeyiz. Çünkü öteki gerçekte bizim dışımızda olan değil; aynadaki yansımamızdır.

Ötekinin susturulması, aynı zamanda onun siyasal özne olma hakkını elinden almaktır. Zira konuşma veya ifade, Hannah Arendt'in dediği gibi, *“kişiyi siyasal varlık yapan unsur”*dur. Siyasal varlık olmak, bir tercihten ziyade zorunluluğu ifade etmektedir. Her birimizi birer *“zoon politikon”* olarak formatlayan bir dünyada ifade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir. Bu değerın değerini bilmeliyiz.