

## Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi

5. Yuvarlak Masa Toplantısı

*İfade Özgürlüğü*  
*Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü*  
*Toplantı ve Dernek kurma özgürlüğü*  
Ankara, 1-2-3 Aralık 2010

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde nitelikli haklara (mad 9, 10, 11) genel bir bakış

*Mr Civan TURMANGİL, Bölüm Başkanı, AIHM / Head of Division, European Court of Human Rights*  
*Ms Onur ANDREOTTI, Kıdemli Hukukçu, AIHM / Senior Lawyer, European Court of Human Rights*

### I. Sözleşme'nin 9. maddesi (vicdan, inanç ve din özgürlüğü) bakımından vurgulanmasında önem olabilecek hususlar :

- Ana mesaj: çoğulcu demokratik devleti çeşitli inançlar arasında üstü kapalı bile olsa taraf tutmaz, herhangi bir tercih belirtmez ; buna karşılık çeşitli inanç topluluklarının birbirini hoş görerek bir arada yaşamalarını sağlamak üzere topluma müdahale etmelidir (Refah partisi .
- Sinan Isık (*Sinan Işık v. Turkey*, no. 21924/05, ECHR 2010-...) kararında açıklanan nedenler ile nüfus cüzdanlarındaki din ibaresinin kaldırılması yönündeki taleplerin Sözleşmeye uygunluğunun gözetilmesi.
- Basortusu ve diğer dinin gösterilmesi araçları konusunda Leyla Şahin *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI) ve Ahmet Aslan ve diğerleri *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, no. 41135/98, ECHR 2010-...) kararları devletin çeşitli inançtan kişilerin bir arada hoşgörü ile yaşamalarını sağlama yükümlüğüne uygun okunmalıdır. Sözleşme anlamında laiklik çoğulcu demokratik toplumun bir unsurudur, çoğulcu demokratik toplumu sınırlayacak bir karşı ilke değildir, yukarıda belirtilen ana mesaja uygun yorumlanır. Bu kararların tam çevirileri Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay BAssavcılığı için için yararlı olabilecektir.
- Çocukların din konusunda açık görüşlü ve eleştirel yaklaşım sahibi olmalarını sağlama yönünde devletin yükümlüğünü irdeleyen Lautsi kararı *Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, 3 November 2009) ve Dahlab kararının (*Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V) tam çevirileri her üç Yüksek Mahkeme için yararlı olabilecektir. Aynı bağlamda, din derslerinin içeriği konusundaki Hasan ve Eylem Zengin kararının (*Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, ECHR 2007-XI) çevirisi İdare'nin bu konudaki nihai denetimi yapan Danıştay için yararlı olacaktır.

- Kararların gerekçeli olması: yüksek yargı organları dengeyi nasıl kurduklarını kararlarında açıkça belirtmelidir. Örneğin kamu görevlilerinin inançlarını göstermeleri özgürlüğü, bu kişiler kamu görevinin yerine getirirken devletin inançlar karşısında tarafsız olması ve bir tercih belirtmemesi yükümü doğrultusunda sınırlandırılabilir. Buna karşılık kamu görevlisi kamu görevinden uzaklaştıkça bu sınırlama nedeninin önceliği azalır, kişinin inancını gösterme özgürlüğünün önceliği artar. İşyeri dışındaki kiyasetler, özel dersane veya meslek odaları mensuplarının kiyafetlerine ilişkin kararlarda bu konular irdelenmelidir.

## II. 10. madde (ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü) çerçevesinde altı çizilmesi gereken birkaç nokta:

### A. Ceza Hukuku alanı

- TMK 6 § 2 (terör örgütlerinin bildiri ya da açıklamalarını basanlar.) uygulaması ile ilgili olarak Gözel ve Öner/ Türkiye kararı (n° 43453/04 ve 31098/05) 6 Temmuz 2010 tarihli, kararın tümü ya da en azından §§ 51-64 Türkçe'ye çevirilmeli. Bu konuda bir başka örnek karar : *İmza c. Turquie*, n° 24748/03, §§ 25-28'de ilkeler özetlenmiş, 20 Ocak 2009 tarihli).
- TMK 6 § 5 (3713 sayılı Yasa'nın 6. maddesine, 5532 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle eklenen fıkra) uygulaması ile ilgili olarak Ürper ve diğerleri/ Türkiye kararı (n° 14526/07, 14747/07, 15022/07..), 20 Ekim 2009 tarihli. Kararın bütünü, ya da en azından §§ 37-45 ve 50-52 Türkçe'ye çevirilmeli.
- TMK 7 § 2 uygulaması ile ilgili olarak Gül ve diğerleri/Türkiye kararı (n° 4870/02), 8 Haziran 2010 tarihli. Kararın bütünü, ya da en azından §§ 40-45 Türkçe'ye çevirilmeli.
- TCK'nun 215. maddesinin metni, Sözleşme ve içtihadında sözü edilen, kısıtlamanın “yasayla öngörülme özelliği” ve “yasanın açıklık niteliği” ile bağdaşmaz gözükmemektedir. “Suçu ve suçluyu övme” hükmünün varlık nedeni ve uygulama koşulları TMK'nun 6 § 2 ya da 7 § 2 maddelerinden farklı ise bu hüküm gerekçelerinde açıkça ortaya konulmalıdır/ hangi suç, hangi suçlu, övme ne demek, kısıtlama 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan hangi meşrû amaca yönelik.../bu konuda ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Savcısı'na bilgi iletiliyor.
- TCK md 301 (bkz Fırat Dink/Türkiye kararı, n° 2668/07, 14 Eylül 2010 tarihli)

Her koşulda, bütün bu tür dava konusu söylemler incelenirken ulusal yargıcın uygulayacağı ve uyguladığını “yerinde ve yeterli” bir gerekçe ile göstereceği en **temel ölçüt** şudur:

**“Söylem (ifade) şiddet kullanmaya, silahlı direnişe ya da ayaklanmaya teşvik etmiyorsa; söylemin, kimlikleri belirlenebilir kişilere yönelik derin ve akıldışı bir nefret aşularak, telkin ederek, şiddete yol açma gücü yoksa, bu söylem ceza hukuku yolu ile kısıtlanmamalıdır”** (İsak Tepe/Türkiye kararı, § 24 n° 17129/02, 21 Ocak 2009 tarihli. Bu kararı Sürek n° 1 ile karşılaştırmız (Büyük Daire kararı, n° 26682/95).

- Genel olarak adalet mekanizmasının işleyişine dokunan meselelerle ilgili içtihat listesi dağıttım, oradaki kararların özet çevirilerini yaptırmak yararlı olabilir. 3 Aralık Ankara oturumundaki konuşma notlarımı da gönderiyorum. Ekinde ilgili içtihat listesi ile AKBK 2003 (13) n°lu tavsiye kararının çevirisi gözden geçirilmiş versiyonu var.

Bu bağlamda, TCK 288. maddenin uygulamasında, AB ilerleme raporu verilerine göre ciddi potansiyel sorunlar var; **soruşturmalar mahkûmiyete konu olmasa ya da cezalar ertelense bile basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratmaları Sözleşme hukukunda başlı başına bir problemdir.**

Md 288. in metninde öngörülen zamansal kısıtlama (“kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar”) Mahkeme içtihadına başlı başına aykırılık teşkil ettiği gibi, yine madde metnindeki kasıt unsurunun yorumlanmasındaki güçlük, meslekten (profesyonel) yargıçların etkilenmezliği karinesinin hiçe sayılması (bkz tersine, meslekten olmayan jüri üyelerinin taraflı yayınlardan etkilenme ihtimaliyle ilgili, aşağıdaki içtihat listesinde Fransa’ya karşı *Tourancheau et July* kararı n° 53886/00, § 75) gibi sakıncalar bir yandan, öngörülen cezaların ağırlığı diğer yandan, bu hükmün uygulanması Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlaline çok açık bir kaynak oluşturmaktadır.

TCK md 288 de öngörülen kısıtlamanın meşrû amacı masumiyet karinesini korumak ise, bu konuya yargı kararları gerekçelerinde açıklık getirmeli, Yargıtay içtihadında masumiyet karinesinin tanımı yapılmalı, öngördüğü kısıtlamanın masumiyet karinesini korumaya yönelik olduğu metninden açıkça anlaşılan bir yasa maddesinin (buna kısmen cevap veren bir madde, TCK 285 § 4 ?) uygulanmasına gidilmelidir.

- 5275 sayılı kanunun 62. maddesindeki kısıtlama hükmünün (hükümlülerin süreli ve süresiz yayınlara ulaşmasına getirilen kısıtlamalar) geniş uygulanıyor olması Strazburg Mahkemesi’ne çok sayıda başvuruya sebep oldu. Kısıtlamanın somut durumda yerinde ve yeterli bir gerekçe ile gerekliliğinin iç hukuk organlarınca kanıtlanmaması durumunda, Sözleşme hukuku açısından sorun teşkil edecektir.

## **B. Adli hukuk (tazminat hukuku) alanı**

a. Özel kişiler arasındaki hakaret/iftira konulu husumetlerde bu yol (BK 49) tercih edilmeli, ceza hukuku yollarını kullanmaktan imtina edilmelidir.

Özellikle devletin yetkilileri, kurumları, tarihsel değer addettiği simgeler, soyut varlık ve kavramları hakareten korumaya yönelik –iktidarda olanı ya da resmî görüşü eleştirmeye engel teşkil eder nitelikte- özel ceza hukuku hükümlerinin varlığı ve uygulanması Sözleşme hukuku açısından başlı başına bir sorun oluşturur (bkz Sacit Kayasu/Türkiye n° 64119/00 ve 76292/01, 13 Kasım 2008 , Fırat Dink/Türkiye n° 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, Colombani ve diğerleri/Fransa, n° 51279/99).

b. BK 49 uyarınca görülen tazminat davalarında Sözleşme md 10 ve md 8 arasındaki dengenin ne şekilde gözetildiği, ulusal yargıcın karar gerekçesinde açıkça görünür olmalıdır (bkz Pipi/Türkiye, n° 4020/03 kabul edilmezlik kararı, 12 Mayıs 2003 tarihli ve Sapan/Türkiye kararı, n° 44102/04 (« Tarkan davası »), 8 Haziran 2010 tarihli).

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nden toplantı sırasında aldığımız bilgiye göre manevi tazminatta uygulanan ilkelerden müteselsil sorumluluk ilkesi (« bir basın açıklamasında kişilik haklarına saldırı var ise açıklamayı yapan kişi ile ileten basın organı müteselsilen sorumlu tutulur »), basının haber verme işlevine oto-sansür uygulama anlamı taşıdığından, AİHM içtihadına aykırılık özelliği göstermektedir.

Genel ilke : Sözleşme 9, 10 ve 11. maddeleri ve buna bağlı içtihatın ana amacı demokratik toplumunda “çoğulculuğun” geliştirilmesi ve kuvvetlendirilmesidir. Yargıç her davada karşılaştığı, toplumdaki çeşitli menfaatler arası dengenin nasıl kurulacağı sorusuna Sözleşme'ye uygun düşecek cevabi bu ilke isiginda arayabilir.

### **III.Sözleşme'nin 11. maddesi (toplantı, gösteri ve örgütlenme özgürlüğü) bakımından vurgulanmasında önem olabilecek hususlar :**

- Haber verilmeden yapılan gösterilerin kolluk tarafından dağıtılması sırasında islenecek Sözleşme ihlallerinden dolayı idarenin sorumluluğunun incelenmesi yönünde içtihatın gelişmesi için Ekşi ve Ocak kararının (*Ekşi and Ocak v. Turkey*, no. 44920/04, 23 February 2010) ve özellikle 27-28. paragraflarının Danıştay'ın bilgisine sunulması.
- Parti kapatma davalarında, Yazar ve diğerleri *Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, ECHR 2002-II) kararında, özellikle de 46–61 paragraflarında, Refah partisi ve diğerleri kararının *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, ECHR 2003-II) 86-105. paragraflarında anılan ilkelerin (demokrasinin temel ilkelerine aykırı olmayan ve şiddeti tevsik etmeyen her türlü öneri, yasalarda ve Anayasa'da değişikliği de içerse bile, bir siyasi kuruluş veya dernek tarafından serbestçe savunulabilmelidir), Yargıtay başsavcılığı ve Anayasa Mahkemesi nezdinde çevirileri ile birlikte irdelenmesi.