

Türkiye'nin Çağdaşlaşması, Demokratikleşmesi, AB Yolu Yargı'nın Sorumluluğuna Havale Edildi

Kâzım Berzeg*

Hükümetçe TBMM'ye sevk edilen ve adına "AB'ye uyum" veya "mini demokrasi paketi" denilen tasarı açıkça iç ve dış kamuoyunu yanıltma tertibinin ürünüydü. Tasarıda asıl önemli ve temel hüküm TCK'nın 159. maddesi idi. Tasarıdaki değişiklik, sözde, cezanın azaltılması kılıfı içinde kapsamının ifade özgürlüğünü tamamen yok edecek biçimde genişletilmesiydi. Tartışmalarda, son yıllardaki uygulanmasını ceza hukukunun temel ilkeleri yönünden uygun bulmadığımız, fakat konjonktürel ve kısmi önemi olan TCK 312. madde ön plana çıktı. Oysa özgürlüğün anahtarı TCK'nın 312 vb. hükümlerin çağdaş, demokratik anlayışla uygulanmasını sağlayacak ifade özgürlüğünün anahtarı TCK'nın 159. maddesi idi. Yanıltma tertibini hazırlayanlar muhtemelen önceden 312. madde tartışması içinde 159. maddenin gözden kaçacağını düşünmüş de olabilirler.

Bazı gazetelerde Adalet Komisyonu'nda "Resmî Görüş" adı verilen, uzman olmayanları yanıltabilecek, detaylı bir yazının dağıtıldığı haberleri yer aldı. Sayın Bahçeli de, büyük olasılıkla parti ideolojisini değil, "resmî görüş"ü savundu.

Tartışmalarda basının çoğunluğu gibi "hukuk bilginleri"nin çoğunluğu da sessiz kaldılar; katılanların çoğunluğunun özgürlükçü demokrasi hukukunu yeterince benimseyemeyenler olduğu göze çarptı. Basında yalnızca İsmet Berkan (Radikal), Metin Münir, Gülay Göktürk, Mehmet Altan (Sabah) gibi bir azınlık çağdaş demokrasilerdeki gerçeği yansıtan ve 159. maddenin tümüyle ilgasını öneren yazılar yazdılar.

Sonuçta TBMM, 312. maddeyi bir ölçüde hafifleten, 159. maddeyi de fiilen aynen koruyan bir şekli kabul etti. Hukuk tatbika-

*Avukat.

tına aşına olmayanlar 159. maddede cezanın üst sınırının azaltılmasını “cezanın azaltılması” olarak nitelendirdiler. Bu yanlış, zira Yargıtay’ın kökleşmiş içtihadında “cezanın alt sınırının aşılmasının hakimın takdirine bağlı olduğu, bunun için kanıtlanmış ve sanığın kişiliğini bu yönde belirleyen somut olaylar olması gerektiği” kabul edilmiştir (bkz. Yargıtay 8. C. D. 30. 3. 79 tarih, E; 2119 sayılı karar). İchtihatta “yeterli somut olaylara ait kanıtlanmış kabul”e çok istisnâ haller dışında rastlanmaz. Bu sebeple kural “cezanın alt sınırının uygulanması”dır.

Bu sebeple, TCK’nın 159. maddesindeki alt sınırın aynen korunması, fiilen, süre yönünden “ceza azaltılması” değildir.

Her şeye rağmen, TBMM, 312. maddeyi kısmen iyileştirmek, 159. maddeyi de ifade özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıracak tasarıyı eski hükmün korunması suretiyle bertaraf etmek suretiyle zımnen de olsa, özgürlükçü demokrasiye imkânlar nispetinde sahip çıktığını ortaya koydu; daha ilerisini, Batı demokrasilerindeki işlevini benimsemesi kaydıyla Yargı’ya havale etti. Batı demokrasilerinde Türkiye’deki yorumu ve uygulanmasıyla 159. maddenin benzeri yoktur.

TCK’nın 159. Maddesi Türkiye’ye Özgü Hassasiyetlerin Gereği Değildir

Basında, TV’lerde antidemokratik-baskıcı düşüncüyü savunan bazıları, herülkenin özel hassasiyetleri olduğunu, Türkiye’nin de 159. ve 312. maddeler konusunda özel hassasiyetinin bulunduğunu söylediler. Bu sebeple, TCK’nın 159. ve benzer hükümlerin kanunumuza nasıl girdiğini hatırlamak faydalı olur.

Bilindiği gibi, Birinci Dünya Harbi’nden sonra İtalya’daki öncü modelin adıyla faşist ideoloji Almanya, İspanya, Portekiz’de hakim oldu. İkinci Dünya Harbi’nde kısmen veya tamamen Alman-İtalyan işgaline uğrayan Fran-

sa, Norveç, Yunanistan, Hollanda gibi ülkelerde işgalcilerin zoruyla faşist “kukla yönetimler” kuruldu. Bütün bu ülkelerde başta ceza kanunları olmak üzere mevzuat otoriter-totaliter anlayışa göre değiştirildi. Harpten sonra mevzuat büyük oranda değiştirilip demokratikleştirildi. Bazılarında uygulanmayan “fossil kırıntıları” kaldı.

Türkiye 1926’da, eski İtalyan Ceza Kanunu’nu iktibas etmişti. Bu kanunda TCK’nın 159. maddesi ve benzeri otoriter-totaliter düzen hükümleri yoktu. İtalya 1930’da faşist ideoloji yönünde yeni bir ceza kanunu yürürlüğe koydu. Türkiye de, CHP genel sekreteri olan rahmetli Recep Peker öncülüğünde yeni İtalyan ceza kanunundan alıntılar yapmaya başladı. TCK’nın 159. maddesi bugünkü kapsamıyla 1936’da 3038 sayılı kanunla İtalya’dan aktarıldı. Kısaca, bizim geçmişimizde, gelenegimizde ve Atatürk yönetiminin ilk 14 yılında TCK’nın 159. maddesi yoktur. TCK’nın 159. maddesi bizim hassasiyetlerimize göre değil, Mussolini bürokrasisinin hassasiyetlerine göre oluşturulmuştur. İkinci Dünya Harbi’nden sonra İtalya ve diğer ülkeler, bu hükmün benzerlerini yürürlükten kaldırdıkları veya uygulanmayan fossil kırıntıları haline getirdikleri halde, biz “resmî ideolojinin temeli” haline getirdik ve canlı olarak muhafaza ettik. Hatta kapsamını sürekli genişlettik. Halkımız, baskıcı, otoriter-totaliter düzene ve uygulamalara karşı olduğunu her fırsatta ortaya koymuştur; özgürlükçü demokrasi özlemi içindedir. Bu sebeple, gerçek hassasiyetimiz 159. madde ve benzeri hükümlere karşıdır.

Batılı Demokrasilerde TCK’nın 159. Maddesi Benzeri Uygulanan Bir Hüküm Yoktur

Tartışmada antidemokratik zihniyeti seslendirenler, “Batıda ve AB ülkelerinde de aynı, benzeri hükümler var” dediler; Avrupa İnsan

Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesini örnek gösterdiler.

Evvellä bu iddiada noksan bilgiye ek olarak bir yöntem saptırması var. Şöyle ki: Edebi, siyasî, teknik bir metni herhangi bir kimse ihtiva ettiği kelimelerin lügat karşılıklarına bakarak manalandırabilir. Hukuk alanında ise durum farklıdır. Hukukta bir kanun hükmünü (hukuk normunu) nihâî ve kesin olarak manalandırma, yorumlama yetkisi, yalnızca mahkemelerin, hakimlerindir. Bir kanun hükmü üzerine yetkili, görevli mahkeme kesin hüküm kurmuş, içtihat yaratmışsa, o hükmün manası artık ihtiva ettiği kelimelerin lügat karşılığı değil, mahkemenin kazandırdığı manadır. Hukukta yöntem budur.

Bu sebeple, AB ülkelerinin hukukunu o ülkelerin mahkemelerinin içtihadıyla kazandırdığı anlam dışında anlamaya, AİHS'nin hükümlerini de AİHM'nin içtihadı dışında anlama ve yorumlamaya yetkimiz yoktur. Hukuk, kanun, norm hükümleriyle değil, onların üzerine görevli, yetkili mahkemelerin kurduğu içtihatla bellidir.

Hukukun bu farklı yöntemi çerçevesinde ne AB ülkelerinde ne de demokratik herhangi bir ülkede TCK'nın 159. maddesi ve benzeri maddelerin aynısı, karşılığı yoktur. Bu yüzden AB yetkilileri de, bu farklı hukuk yöntemi ışığında uygulamaya bakacaklarını söylemektedirler.

Bu konuda öğretici ve önemli bir mülakatı Müge G. Kırıkkanat "Avrupa Şartı'nın Babası" Prof. Guy Braibant'la yaptı ve Radikal'de 7 Ocak 2002'de yayınladı. Ünlü hukukçu da Avrupa ülkelerinin mahkeme kararlarıyla sabit olduğu üzere TCK 159 m. ve benzeri hükümlerin Fransa ve diğer AB ülkelerinde olmadığını, resmî kurum ve görevlilere iftiranın, hakaret ve sövmenin herhangi bir şahsa karşı yapılanla aynı hukukî

duruma tâbi olduğunu, Türkiye'nin bu kanunlarla (uygulamayla) AB'ye giremeyeceğini ve Avrupa'daki insan hakları uygulamasının ABD'deki *âdeta sınırsız* ifade özgürlüğünü örnek aldığını söylüyor. Burada G. Braibant'ın söylediklerini örnek almanın sebebi, söyledikleri içinde iftira (libel) gibi ABD'den intikal eden tabirlerin yer alması ve Avrupa'da ABD örneğinin izlendiğini söylemesidir.

ABD'de "Otoriteye Başkaldırma" Cezalandırılmıyor

ABD hukuk literatüründe TCK 159 ve benzeri hükümler kapsamındaki fiiller "Otoriteye başkaldırma (*Challenging Authority*)" kavramıyla ifade edilmektedir.¹

Otoriteye başkaldırma biçimindeki fiil veya durumlar 20. yüzyıl başlarından itibaren siyasî kadrolar, sivil-asker bürokrasiye karşı "açık ve yakın tehlike (*clear and immediate danger*)" oluşturmaması kaydıyla mutlak ifade özgürlüğü kapsamında'yken bundan 1907 tarihli Yüksek Mahkeme kararıyla yalnız yargı istisna edilmişti. Yüksek Mahkeme, 1941 tarihli Bridges-California kararında eski kararından dönmüş ve hakimlerin de bütün diğer kamu görevlileri gibi, görülmekte olan davayı etkilememe ve açık ve yakın tehlike yaratmama kaydıyla değiştirilebileceğini hükme bağlamış, bu içtihadını sürdürmüştür.²

Yüksek Mahkeme, 1951 yılındaki Dennis-Birleşik Devletler kararında ise açık ve yakın tehlike kistasını "açık ve mevcut tehlike (*clear and present danger*)" olarak değiştirmiştir. Kararda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için "düşünce taraftarlığı (*advocacy of ideas*)" yeterli görülmemiş, "bir hareketin

¹ John B. Harer, *Intellectual Freedom*, Texas A-M University Library, 1992, s. 14.

² Kent Greenawalt, *Speech, Crime, and the Uses of Language*, Oxford, Oxford University Press, 1989, s. 93-95.

rahriki, taraftarlığı (*advocasy of action*)” şartı öngörülmüştür.³

ABD Yüksek Mahkemesi, *bayrak yakmayı* “otoriteye başkaldırma”nın sembolik ifadesi saymış, bu fiili ifade özgürlüğünün sembolik göstergesi kabul etmiş, Street-New York kararında ve onu izleyenlerde bayrak yakmanın suç oluşturmayacağı sonucuna varılmıştır.⁴

ABD’de yargı, “başka hiçbir ülkede olmadığı kadar güçlüdür”.⁵ Kamu otoritelerinin en saygınıdır. Bu sebeple, Yüksek Mahkeme kararıyla “serbest eleştiri” kapsamına en son 1941’de dahil edilen organdır. Ancak, ABD literatüründe yargı da ifade özgürlüğü kapsamında şiddetle eleştirilmektedir.

Bir başka araştırma için son günlerde elimde bulunan, ABD’de bazıları alanlarında best-seller listelerinde yer alan birkaç kitapta yargıya ait cümlelerden örnekler şunlardır (Bunları emsal olarak değil, bilgi vermek için sunuyorum):

a) Robert H. Bork’un *Souchning Towards Gonorrab* adlı kitabında, “The Supreme Court as an Agent of Modern Liberalism” bölümünden (s. 119):

“Netice şu ki, antidemokratik, ASLINDA DESPOTİK BİR YARGININ önünde demokratik bir ulus olmanın imkânı yok.”⁶

b) Matthew J. Franck’ın *Against the Imperial Judiciary* adlı kitabının *Sonuç* bölümünde 214. sahifesinde:

“Öyle BERBAT (profligate) YARGIMIZ VAR Kİ, bizi pohpohlaması da, bize ihanet etmesi de bizi pek rahatsız etmiyor.”⁷

³ John B. Harer, *a.g.e.*, s. 15.

⁴ John B. Harer, *a.g.e.*, s. 17.

⁵ Cem Frogül, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, Ankara, 1996, s. 100.

⁶ Robert H. Bork, *Souchning Towards Gonorrab*, New York, 1997, s. 119. Cümle aynen şöyledir:

“The upshot is that the democratic nation is helpless before an ANTI-DEMOCRATIC, indeed a DESPOTIC JUDICIARY.”

c) Max Boot’un *Arrogance, Corruption, and Incompetence on the Bench-OUT OF ORDER* adlı kitabı, adıyla en ağır ifadelerle sahip, şöyle ki:

“Yargıda (hakimlerde) küstahlık, çürütme, chliyetisizlik-BOZUK”.⁸

Kitaptaki bazı bölüm başlıklarda da “Juristocracy, Justice for Rent” (hakim saltanatı, kiralık adalet) gibi en ağır eleştiri kelimeleri yer almaktadır.

ABD’de, en üst ve en saygın kamu otoritesi sayılan yargıya ifade özgürlüğü kapsamındaki bu çok ağır eleştirilerin onun saygınlığını zedelediği düşünülüyor.

Başka alanlarda, ABD’de, ansiklopedilere geçmiş olaylar var.

General G. S. Patton, İkinci Dünya Harbi’nden önce 7. ordu, sonra ordular grubu komutanı olarak en başarılı ABD komutanıydı. İtalya harbi sırasında hastalık bahanesiyle cepheden ayrılıp hastaneye giden bir askere bir tokat attı. Bir tokat yüzünden ABD basını ve halkı neredeyse ayaklandı. Sonuçta general ve ordu, basın, radyo, tv ilanlarıyla ABD halkından özür dilemek zorunda bırakıldı. Vietnam’daki ABD askerlerinin sivil halka kötü muamelesi ABD basını tarafından dünyaya duyuruldu. Son yıllarda Fransızlar, Cezayir harbinde ordularının sivil halka yaptığı zulmü dünyaya ilân ediyorlar.

Bunlar “tahkir ve tezyit” sayılmıyor. ABD ordusu dünyanın, Fransız ordusu da Avrupa’nın en güçlü ordusudur. Kısaca bu ülkelerde TCK’nın 159. maddesi benzeri uygulanan hüküm yoktur.

⁷ Matthew J. Franck, *Against the Imperial Judiciary*, University Press of Kansas, 1996, s. 124. Cümle aynen şöyledir:

“We live with a judiciary so profligate that it hardly bothers any longer to flatter us as betrays us.”

⁸ Max Boot, *Arrogance, Corruption an Incompetence on the Bench OUT OF ORDER*, New York, 1998.

Avrupa Ülkelerinde Terörizmi ve Silahlı Şiddeti Teşvik Dışında Kısıtlama Yoktur

Avrupa ülkelerinde ifade özgürlüğü alanındaki yargı tatbikatını AİHM'nin gerekçeli kararlarından (uzun karar) öğrenmek mümkündür. Zira, kararlarda, davalı ülkelerdeki kanun uygulamaları da yeterli biçimde anlatılıyor. Ayrıca, Avrupalılar bize göre ihlali düşündürmeyecek çok marjinal konuları da AİHM'ye götürüyorlar. AİHM kararları varken başka kararlara bakmak gereksiz.

Norveç'te

Hükümet tasarısını basında, tv'lerde savunan MHP'liler, ısrarla NORVEÇ'TE de TCK'nın 159. maddesi benzerinin olduğunu söylediler. Norveç, 1940'larda Nazi işgaline uğrayan ve dört yıl Almanlar'ın kurduğu "kukla hükümet"le yönetilen, bu süre içinde mevzuatını Nazi ideolojisine göre değiştiren ülkelerdendir. Bu dönemlerden mevzuatında "fosil kırntıları" kalmış olabilir. Ancak bu fosil kırntıları uygulanmıyor.

Bu sebeple önce Norveç'ten bir örnek vereceğim.

AİHM 25.11.1999 tarih, 23118/93 no'lu Nilsen ve Johnsen-Norveç kararına esas olan olay kısaca şöyledir:

Norveçli bir ceza hukuku profesörü "POLİS VAHŞETİ" başlıklı bir araştırma yayınlar ve bu yayında polis hakkında "oldukça katı, aşağılayıcı, küçük düşürücü" ifadeler kullanır. Yayıncı hakkında herhangi bir ceza takibatı yapılmaz. Norveç polislerinin iki üst düzey görevlisi (Nilsen ve Johnsen) yayına tepki gösterirler ve bu tepkilerin sebebiyle, yayıncı profesöre karşı kullandıkları ifadeler yüzünden Norveç Mahkemesi'nce bu üst düzey polis yetkilileri cezalandırılır.

Norveç Mahkemesi'nin kararına karşı polis yetkilileri AİHM'ye başvururlar. AİHM,

yayıncının tüm Norveç polisini hedef alan çok ağır "tahkir ve tezyifi"ne zorunlu bir karşılık olduğu gerekçesiyle, polis yetkililerinin cezalandırılmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak kabul ediyor.

Norveç'teki durum, TCK'nın 159. maddesindekinin tam tersi. Bizde "devletin emniyet kuvvetlerini tahkir ve tezyif eden" cezalandırılır. Buna karşılık veren polis yetkilileri değildir. Ayrıca, polis yetkililerinin AİHM'ye "ifade özgürlüğünün ihlali" iddiasıyla dava açmaları da bize ters gelen bir haldir. Kısaca Norveç'te uygulanmakta olan TCK'nın 159. maddesi benzeri bir hüküm yoktur."

İngiltere'de

AİHM'nin 26.04.1974 tarih, Seri A, No: 30 sayılı Sunday Times-BİRLEŞİK KRALLIK kararının gerekçesinde, İÇ HUKUK bölümünde, bir "common law" ürünü olan MAHKEMEYE SAYGISIZLIK (Adliyenin manevî şahsiyetini tahkir ve tezyif karşılığı) esası şöyle ifade edilmektedir:

"Mahkemeye saygısızlık, genel olarak ya da belirli bir davada adalet dağıtımını engelleme veya yargıcı etkileyerek haksız bir hüküm verilmesini sağlama ya da adaleti kötüye kullanma eğiliminde olan bir davranış önlemek ya da cezalandırmak için mahkemenin kullanabileceği bir araçtır, HAKİMLERİN İTİBARINI KORUMAK İÇİN DEĞİL."¹⁰ Bu kuralda konumuz yönünde önemli olan HAKİMLERİN İTİBARINI KORUMAK İÇİN DEĞİL ifadesidir.

Oysa TCK'nın 159. maddesi ile ilgili Türk literatüründe maddenin hedefinin "devletin temel manevî şahsiyetlerine hürmetin sağlan-

⁹ Reyhan Sunay, *İfade Hürriyetinin Müberrası ve Sınırları*, LDT-Avrupa Komisyonu Yayını, Ankara, 2001, s. 96 vd.

¹⁰ Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, İstanbul, 1996, s. 168-169.

ması, itibarının, şahsiyetinin korunması” olduğu ifade edilmektedir.¹¹

Bu açık farklılık sebebiyle en azından yargı yönünden İngiltere’de TCK’nın 159. maddesinin benzeri yoktur.

Bahis konusu davada AİHM, thalidomide ilacı davasında İngiliz mahkemesinin Sunday Times gazetesi için verdiği yayın yasağı kararının ifade (basın) özgürlüğü ilkesine aykırı bulmuş ve AİHS’nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Avusturya’da

TCK’nın 159. maddesi kapsamında olmakla beraber, farklı bir örnek olmak üzere AİHM’nin 08.07.1986 tarih, Seri A, No: 103 sayılı kararına bakmak faydalı olacaktır.

Bahis konusu karar, Avusturya’da bir dergi yayıncısının iki makalesinde Avusturya Başbakanı’nın siyasî nedenlerle eski Nazi SS’lerini koruduğu ve onların siyasî alanda yer almalarını sağladığı iddiası üzerine başbakanın yayıncıya karşı açtığı ŞAHSİ CEZA DAVASINDA PARA CEZASINA mahkûmiyetine ilişkindir. AİHM, hükmedilen para cezasıyla ifade özgürlüğünün ihlâl edildiğine karar vermiştir.

TCK’nın 159. maddesi doğrultusunda uygulamanın olmadığı Avrupa ülkelerinde, hakarete, iftiraya, sövmeye maruz kalan resmî görevli ve kurumlar TCK’nın 480-483. maddelerde olduğu gibi, herkesle eşit şekilde ŞAHSİ DAVA açabilirler.¹²

Yunanistan’da

Yunanistan’da, TCK’nın 159. maddesine çok uzaktan benzetilebilecek Ceza Kanunu’nun 181. maddesi vardır. AİHM’nin 25.11.1997

tarih, 855 sıra no’lu kararına aynen alınmış olan kanun hükmü şöyledir:

“Madde 181:

Yetkililere ve sembollere hakaret

I- Herkim

a) Ülkenin başbakanına, hükümete, Yunanistan Parlamentosu’na, parlamento başbakanına, parlamento içtüzüğüne göre tanınmış siyasal partilerin liderlerince ve adli mercilere alenen hakaret ederse,

b) Devletin egemenliğine ait bir sembole veya ambleme veya cumhurbaşkanına hakaret veya düşmanlık veya saygısızlık gösterir, amblem veya sembole zarar verir veya şeklini bozarsa bir aydan iki yıla kadar hapisle cezalandırılır.

2- ELEŞTİRMENİN KENDİSİ BİR MAKAMA HAKARET OLUŞTURMAZ

Yunan kanununun bu hükmü açıkça ELEŞTİRMEYİ kanun kapsamından çıkarmaktadır. Ayrıca, Yunan kanununda Yunanlık, Cumhuriyet, Silahlı Kuvvetler, Emniyet Kuvvetleri kanun kapsamı dışında olup buna karşılık, Başbakan, Parlamento başkanı, Siyasî Parti Başkanları korunmaktadır. Korunanlar bürokrasi değil, halkın seçtiği sivil-siyasî kadrolardır.

Bu çok önemli farklılıklar nedeniyle Yunan Kanununun TCK’nın 159. maddesine “çok uzaktan benzetilebileceğini” kaydettik.

Yunanistan’da “SİLAHLI KUVVETLERE HAKARET” askerlere mahsus olmak üzere Askerî Ceza Kanunu’nun 58. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu madde de şöyledir:

“Silahlı kuvvetlerin bir mensubunun söze, hareketleriyle veya başka bir şekilde bayrağı silahlı kuvvetlere veya onun otoritesinin bir sembolüne alenen saygısızlık yapması

¹¹ A. P. Gözübüyük, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, c. 2, Ankara, 1980, s. 691.

¹² Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Rehberi*, İstanbul, 1999, s. 67.

halinde üç aydan az olmamak üzere hapsine karar verilir.”

AIHM'deki dava konusu olayda bir yedeksubay bir taksi şoförü vasıtasıyla komutanına gönderdiği KİŞİSEL BEYAN başlıklı yazıda, “ordu, insana ve topluma karşı bir cihaz olup, niteliği gereği barışla çelişmektedir. Askerliğin, şiddet psikolojisi yaratmak suretiyle şiddete karşı tüm ahlakî ve psikolojik direnci kırdığı için, toplumda işlenen suçlardan ve saldırganlıktan sorumlu olduğunu artık kesinlikle anladım. Ordu bir yıldırı havası yaratmak suretiyle bir suç ve terör örgütü olarak kalmaya devam ediyor” benzeri ağır ifadelerle Yunan ordusunu tahkîr etmiş, bu yüzden Askerî Mahkemece üç ay hapse mahkum edilmiş. AIHM ise, bu yazının kamuya ilân edilmemiş olduğu gerekçesiyle hapis cezasının ifade özgürlüğünün ihlâli olduğuna karar vermiştir.¹³

AIHM İctihadına Göre İfade Özgürlüğünün Kapsamı

Elliiki yıl önce, 1950'de milletlerarası uzlaşma zorunluluğu ile yürürlüğe konulmuş bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ihtiva ettiği kelimelerin lügat karşılıkları itibarıyla ve Türkiye'deki yorum geleneği esas alındığında özgürlükçü bir metin değildir. İfade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde şöyledir:

“Madde 10:

1- Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlara bakılmaksızın bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu madde devletin rad-

yo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.

2- Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerinin açığa vurulmasının önlenmesi, yargılama organının otorite ve tarafsızlığının korunması aracılığıyla, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasak ve yaptırımlara tâbi tutulabilir.”

Görüldüğü üzere onuncu maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlamalar kelimelerin lügat karşılıkları ve bizim yorum geleneğimize göre ifade özgürlüğünü tümüyle yok eder mahiyettedir. Bu yüzden, özgürlük karşıtı bazı “AÇIKGÖZLERİMİZ” sözleşmeyi aynen kanunlara geçirmeyi de önermektedirler.

Oysa, sözleşmeyi yorumlamaya, uygulamaya ve anlamını açıklamaya yetkili ve görevli tek organ olan AIHM, 1960'tan itibaren giderek gelişen içtihadıyla ikinci fıkradaki istisnaları geçersiz hale getirmiş, sözleşmeyi özgürlüklerin en geniş güvencesi olarak anlamlandırmış, yorumlamış ve uygulamıştır.

Artık yürürlükte olan sözleşme metni değil, AIHM içtihadıdır. Bütün Batılı demokrasilerin yargı organları da, AIHM ile aynı tutum içindedirler ve Batıda kanun metinleri yargı içtihadıyla kelimelerin lügat manalarından koparılmış, büyük ölçüde yargı içtihadıyla özgürlükçü demokrasi geliştirilmiştir.

AIHM'nin ifade özgürlüğünün kapsamı yönünden içtihadını belirleyen 07.12.1976 tarih, Seri A, No: 24 sayılı Handyside-Birleşik Krallık kararının 49. paragrafında şu kararlar yer almaktadır:

¹³ İstanbul Barosu, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi*, İstanbul, 1998, s. 331.

“Bununla beraber onuncu maddenin ikinci fıkrası sözleşmeci devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Komisyon ile birlikte devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan mahkeme, bir yasak veya cezanın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaşabilir olup olmadığı hakkında nihai karar vermekle yetkilidir.

İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerindendir.

İfade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber veya düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız eden, şoka uğratan haber ve düşünceler için de geçerlidir.”¹⁴

AİHM bu eski kararıyla ortaya koyduğu içtihadını sonraki yıllar özgürlük lehine sürekli geliştirmiştir.

Avrupa Konseyi Ülkeleri AİHS ile iki yükümlülük altına girmişlerdir. Bunlar:

a) AİHM kararlarını süresi içinde uygulamak;

b) Uygulama ve gerekirse mevzuatlarını AİHM kararları doğrultusunda değiştirmek.

Devletlerinin bu taahhütleri sebebiyle Avrupa Konseyi Ülkeleri'nin yargı organları içtihatlarını AİHM kararlarını emsal alarak ve özgürlükler alanını sürekli genişletme yönünde değiştirmekte, yenilemektedirler.

Öte taraftan, “UYUM YASALARI” AB üyeliği vesilesiyle yalnızca bize özgü değildir. Halen üyesi olan ülkeler de AİHM kararları doğrultusunda içtihatla halledilemeyen ko-

nularda sürekli “UYUM YASALARI” yapmakta, AİHM kararları doğrultusunda bazen anayasalarını ve yasalarını değiştirmektedirler. Bu değişiklikler bizdeki gibi “yanıltma” amacıyla değil, samimiyetle gerçekleştirilmektedir.

AİHM'nin gelişen içtihadı son yıllarda, ABD'deki “sınırsız” sayılabilecek özgürlükler kapsamına yaklaşmış, otoriteye karşı yalnızca terörizmi ve şiddeti tahrikle sınırlı hale gelmiştir.

Bu bakımdan saygın Avrupa Hukukçusu G. Braibant'ın Mine Kırıkkanat'a söyledikleri son yılların anlayış ve yorumunu açıklama bakımından önemlidir, hepimizin bunu öğrenme ve içimize sindirme ihtiyacımız vardır. Braibant'ın “bu yasalar ve bunlara dayalı içtihat Avrupa Birliği'ne uymaz” ifadesi de gerçeğe uygundur.

AİHM Avrupa'da çağdaş hukukun kutup yıldızı, yol göstereni itibarı görmektedir.

Yasa ve Ceza Değil, Etik ve Nezaket

G. Braibant, Fransa'da TCK'nın 159. maddesindeki “tahkir ve tezyif suçu”nun bulunmadığını, bunun yerine sözlü (zımni) etik nezaket kurallarının olduğunu söylemektedir.¹⁵

Türk halkı “ulûlemre itaat” geleneğiyle, dünyada otoriteye en saygılı toplumlardan biridir. Ancak bürokrasinin beklentisi her şeye rağmen, karşılıksız ve dünyada benzeri olmayan bir “TABİİYET” ve bürokrasinin dünyada benzeri olmayan ölçüde YÜCELTİLMESİ, bunun kanun zoruyla ve AĞIR CEZA TEHDİDİYLE teminidir.

Oysa bütün insanlar da değerli Prof. Dr. Mustafa Erdoğan'ın ifadesiyle “kendisini herkesle eşit şekilde bir şey sanma özgürlüğüne” ve herkesle eşit şekilde ADAM YERİNE KONMA, HERKESLE EŞİT SAYGINLIĞA SAHİP OLMA HAKKI'na sahiptir. Bu

¹⁴ Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, İstanbul, 1996, s. 67.

¹⁵ “Bu Yasalar AB'ye Uymaz”, *Radikal*, 07.02.2002.

özgürlük ve hak kabul edilmedikçe, karşılıklılık olmadıkça etik ve nezaket olmaz. Yerine dalkavukluk, mürailik olur.

Batı demokrasilerinde etik ve nezaket karşılıklıdır ve öncülüğü kamu otoriteleri, onların kadroları yapar.

Şahsi tecrübelerimle izah edeyim.

Ben de AİHM’de davası olan ve sürekli resmî yazışma yapan avukatlardanım. Bana gönderilen İngilizce resmî yazıların sonunda İngiliz geleneğine uygun olarak saygın bir hukukçu olan Mahkeme Genel Sekreteri’nin imzasından önce:

I have the honour to be,

Sir,

Your obedient Servant

Cümlesi yer alır. Bunun Türkçesi “Sizin sadık hizmetkârınız olmak şerefine nailim, efendim”dir.

Fransızca resmî yazılar, Fransız geleneğine uygun olarak, “en derin saygılarımı kabul lütfunda bulunun üstadım” ifadesiyle biter.

Strasbourg’ta duruşmaya çağrı için son derece nazik üslupla gönderilen resmî yazılarda “duruşmadan önce mahkeme başkanının ofisine, görüşmeye” beklendiğim belirtilir. Bu görüşme bir nezaket seramonisidir.

Size ve bütün insanlara OTORİTE’nin gösterdiği bu emsalsiz nezaket ve saygı, sizi de gönüllü olarak aynı nezaket ve saygıyla hitap ve davranışa icbar eder.

Mecburen mahkemeye, mabede girercesine huşu içinde girersiniz.

Etik ve nezaketin diğer şartı halkın değerlerine, oyuna, eğilimine, adalet, hakkaniyet duygularına saygılı olmak, demokrasiyi benimsemektir.

G. Braibant’ın bahsettiği zımnî etik ve nezaket, otoritenin öncülüğüyle ve karşılıklıdır. Kendiliğinden oluşur; kantun zoruyla, ağır ceza tehdidiyle değil.

İfade Özgürlüğü Halkın Tamamını İlgilendiren, Türkiye’nin Geleceğini Belirleyecek Temel Kavramdır

Bugünkü yorumu, manalandırılması ve uygulanmasıyla TCK’nın 159. maddesi ifade özgürlüğünün, dolayısıyla diğer bütün hak ve özgürlüklerin önündeki en büyük engeldir. Bu durumun, Türkiye’nin AB yolunu kapatacağını da, bilen ve tarafsızca konuşan herkes birleşmektedir. Osmanlı’nın mirasçısı olarak Türkiye 1856 Paris Konferansı’ndan itibaren Avrupa siyasi camiasının mensubu ve kurulduğu 1949’dan itibaren Avrupa Konseyi’nin üyesidir. İfade özgürlüğü kısıtlamaları bir “özgürlükçü demokrasiler örgütü” olan Avrupa Konseyi’nde Türkiye’nin esasen “izlenme konumunda” olan üyeligini de riske atacaktır. Batıyla ilişkileri son dönemde geleceği güven vermeyen ve tartışılan NATO üyeliginden ibaret kalacaktır.

Dış ilişkilerindeki etkilerinin yanında ifade özgürlüğü, sınırlı bir aydın grubumuzun değil, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin “Başlangıç”ındaki “yoksulluktan ve baskıdan kurtulma hakkı”na kavuşmamış, işsiz, sefalet içinde yaşayan, geleceği Türkiye’nin ekonomik ve sosyal kalkınmasına bağlı onmilyonlarca insanımızın, halkımızın tamamının ortak sorunudur.

Zira, gelişmenin temel gücü insan aklı, düşüncesidir. İnsan akıl ve düşüncesinin ifade edilemediği yerde gelişme, kalkınma olmaz. Tarih ve 20. yüzyıl tecrübesi ekonomik-sosyal gelişmenin özgürlükçü demokrasilerde daha iyi gerçekleştiğini kanıtlamıştır. Tecrübenin ilginç bir yönü de büyük harpleri militaristlerin değil, demokratik ülkelerin harbe-

derken de sivil-siyasî denetim altında bulunan, eleştirilebilen ordularının kazanmış olmasıdır.

Bu sebeple tüm halkımız “yoksulluktan kurtulma hakkı”na kavuşabilmek için özgürlükçü demokrasiye ve öncelikle tam ifade özgürlüğüne muhtaçtır. Ayrıca AB yolunun kapanması Türkiye’yi İspanya, Portekiz, Yunanistan örnekleriyle sabit, çok hızlı ekonomik kalkınma sürecinden mahrum edecektir. Avrupa Konseyi’nden, dolayısıyla Avrupa siyasi camiasından uzaklaşma doğal olarak pazar geliştirme, yabancı sermaye ve teknoloji temin imkânlarımıza zarar verecektir. Kısaca, halkımızın “yoksulluktan kurtulma hakkı”na kavuşması, ulaşılması çok zor bir ütopya haline gelecektir.

Özgürlükçü demokrasiye, dolayısıyla AB’ye, Avrupa’ya aşırı milliyetçi, devletçi, militarist veya teokratik saplantılarıyla, “bağımsızlık, egemenlik” sloganlarıyla karşı çıkanların görmeleri gereken çok önemli bir gerçek de şudur:

AB camiası ekonomisiyle, endüstri ve teknolojisiyle, eğitim düzeyiyle, tarihî tecrübesi ve 400 milyonu aşacak nüfusuyla çok büyük bir askerî güç kurma potansiyeline sahiptir ve AGSP ile bunu başlatmıştır. Yakın gelecekte, dünyanın en güçlü iki ordusundan birisinin AB ordusu olması büyük olasılıktır. AB dışında, Sayın İlder Türkmen’in ifadesiyle “sap gibi ortada kalacak” Türkiye, batıdan, güneyden, kuzey-batıdan AB ile çevrilecek, dünya tecrübesinin öğrettiği üzere dış ilişkilerinde de, iç politikasında da hudutlarındaki büyük askerî gücü hesaba katmak zorunda kalacak, maalesef, söylediklerinin aksine tam bağımsız ve mutlak egemen olamayacaktır. AB içindeki Türkiye ise AB savunma gücünün de teminatına kavuşacaktır. Esasen, teknolojinin, ekonominin zorunlu kıldığı globalleşme çağında dünyada tam bağımsızlık, mutlak egemenlik serabını sürdüren de kalmamıştır.

Bu sebeple, özgürlükçü demokrasi, ifade özgürlüğü ve TCK’nın 159. maddesi sorununuz, askerî-stratejik yönden de geleceğimizi gölgeleyecektir. İçimize sinmese de dünya gerçeği budur.

Türkiye’nin Geleceğini Yargı Aydınlatabilir

Hukukta bir kişiye yapılan haksızlık çok önemli ve herkese karşı ciddi bir tehdittir. Ancak Türkiye tarihinin bugünkü noktasında hukuk ve tatbikatı kendi alanının çok ötesinde geleceği tayin hususunda belirleyicilik önemini kazanmıştır.

“Çok daha iyi bir Türkiye” çok kısa sürede ulaşılabilir kadar yakınımızdadır. Hakimlerimizin yüreğinin çok daha iyi bir Türkiye için çarptığı kuşkusuzdur. Tercih yapacak olan bizleriz.

AIHM’nin daha önce bahsettiğimiz Handy-side-Birleşik Krallık kararının gerekçesindeki şu ifade dikkat çekicidir:

“10. maddenin 2. fıkrası, sözleşmecî devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Komisyonla birlikte devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla GÖREVLİ OLAN MAHKEME, BİR YASAK VEYA CEZANIN 10. maddede korunan İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE UZLAŞABİLİR OLUP OLMADIĞI HAKKINDA NİHAİ KARARI VERMEKLE YETKİLİDİR.”

AIHM, bu gerekçeyle AIHS’nin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan ve ifade özgürlüğü kısıtlayan unsurları bertaraf etmiş, SÖZLEŞME HÜKMÜNE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ EN GENİŞ KAPSAMIYLA KORUYAN YENİ BİR MUHTEVA KAZANDIRMIŞTIR. Mahkeme bu gerekçeyle, ayrıca önce belirttiğimiz gibi “kanunların lügata bakarak herhangi bir kimse

tarafından değil, nihai kararı vermekle görevli ve yetkili MAHKEME TARAFINDAN MANALANDIRILABİLECEĞİ” kuralını teyit etmiştir.

AİHM’ye paralel olarak Avrupa ülkelerinin mahkemeleri de eskiden kalma kısıtlayıcı kanun hükümlerini aynı hukuk mantığıyla bertaraf etmişlerdir. Türk mahkemeleri aynı kural çerçevesinde TCK’nın 159. maddesi vb. hükümlerdeki baskıcı, antidemokratik hükümleri içtihat yoluyla bertaraf edebilir. Bu çağdaş hukuk anlayışının gereğidir. Ayrıca AİHS’nin tarafı olan Türkiye’nin taahhüdüdür ve bu taahhüt Türk mahkemeleri bakımından da yürürlüktedir. Aslında böyle bir içtihat Türk yargısı bakımından yeni ve Avrupa’dan ithal de olmayacaktır.

“ÇAĞDAŞ UYGARLIK, HUKUK VE YARGI UYGARLIĞIDIR” başlığıyla, Ekim 1994’te *Türkiye Günlüğü* dergisinde yayınlanan bir yazımda, özgürlükler konusunda Danıştay’ın bazı kararlarını örnek göstermiş, bu kararlara “ALTIN KARARLAR” adını vermiştim.

Danıştay’ın “ALTIN KARARLAR”ından birisi 5. Dairenin 22.5.1991 tarih, E: 86/1723 sayılı kararıydı. Karar, dağıttığı tebriklerde yazdığı eleştirici düşünceleri yüzünden disiplin cezasına çarptırılan bir kaymakamla ilgiliydi.

Danıştay 5. Dairesi uzun gerekçeli ve “çağdaş bir hukuk dersi” niteliğindeki “ALTIN KARAR”ında, kısaca, AİHS’nin, AİHM tarafından yorumlandığı haliyle, Anayasamızın 90. maddesindeki anayasaya aykırılık iddiasından muafiyetini gerekçe göstererek, kanunların üstünde ve öncelikle uygulanması gereken kurallar ihtiva ettiği Sözleşme’nin Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca Türk kanun hükmünde olduğunu, Türkiye’nin vatandaşlarını Sözleşme hükümlerinden yararlandırmak hususunda başka devletlere karşı

uluslararası yükümlülük altına girdiğini belirterek, AİHS’nin 10. maddesine aykırı olan disiplin cezasının iptaline karar vermiştir.

Danıştay da Yargıtay gibi bir Yüksek Mahkememizdir. Adli yargıda Danıştay’ın bu kararı doğrultusundaki hukukî görüşünü kararlarına geçiren değerli hakimlerimiz vardır.

Bu örnekler, Türkiye’de Batılı demokrasiler hakimleriyle eşdeğerde, hatta onlardan da daha değerli hukuk tatbikatçılarının, hakimlerin bulunduğu ifadeleridir. Batıdan örneğe gerek yoktur, istisnai de olsa bizim örneklerimiz yeterlidir. Oysa oluşan genel tablo ve dışarıya yansıyan görüntümüz bu istisnai örneklerimizden çok farklıdır.

Değerli bir hukuk bilgini olan Adalet Bakanımız Sayın H. S. Türk bir televizyon konuşmasında, “TCK’nın 312. maddesinin biraz da zorlanarak uygulandığını” söylemiş, bu görüşü tanınmış bazı hukukçu yazarlarımız tarafından basında da tekrarlanmış, paylaşılmıştı.

Çağdaş ceza hukukunun temel ilkesi “kanunilik”tir ve bu TCK 1. maddesinde “Kanunun SARAHATEN SUÇ SAYMADIĞI fiilden kimseye ceza verilmez” cümlesiyle ifade edilir. Sayın Bakan’ın görüşüne katılanlar bakımından kanunun “az veya çok zorlanması” TCK 1. maddesindeki temel ilkeyle bağdaşmaz. Herkes için güvensizlik doğar.

Bir başka saygın hukuk bilginimiz, AİHM’de 22 yıl hakimlik yapan, bu sebeple görüşleri özel önem taşıyan Sayın Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü, 2 Şubat 1998 tarihli *Radikal*’de yayınlanan “DURUMUMUZ AĞIRIMA GİDİYOR” başlıklı mülakatta “Türkiye’nin uluslararası arenada imajının çok kötü olduğunu, asıl sorunun kanunlardan değil, mahkemelerden kaynaklandığını” söylüyor, aynen şunları ekliyor:

“Hakimler takdir yetkisini toplumun ortak değer çizgisine göre kullanmıyor, bu çiz-

gi demokrasi şuuruyla belirlenir. Bu şuur yoksa, GÖZÜNÜN ÜSTÜNDE KAŞIN VAR demek suç olur.”¹⁶

Bazı mahkemelerimizin, hakimlerimizin azınlıktaki “ALTIN KARARLAR”ına rağmen, dışarıya yansıyan görüntümüz Sayın Gölçüklü’ye göre böyledir.

TCK’nın 159. maddesi kapsamında, son yıllarda AIHM’ye yansıyan davalarda Türkiye “ifade özgürlüğünün en çok baskı altında olduğu ülke” görüntüsünü veriyor. Tatbikata baktığımızda Türkiye’nin geleceğini tayin edecek biçimde siyasî alana katılan bazı kurum ve kadrolarımızın en ufak bir eleştiriye, Sayın Gölçüklü’nün ifadesiyle “gözünün üstünde kaşın var” denmesine tahammülleri olmadığı görülüyor. “Daha iyi bir Türkiye” idealiyle, samimiyetle yapılan beyanları da TCK’nın 159. maddesini tahrik ederek karşıyorlar.

Bu durum ağır sorunlarımıza tartışılarak “en uygun çözüm”ün bulunmasını engelle-

diği gibi, adına ister AB, ister tüm Avrupa’yı içine almış olan Avrupa Konseyi, ister ABD’yi de içine alan çağdaş Batı kriterleri diyelim, Türkiye’nin bu kriterlere uymasını ve gelişmiş, uygar ülkeler camiasına katılmasını engelliyor. Çağdaş uygarlık, öncelikle “HUKUK VE YARGI UYGARLIĞI”dır. Bunun temeli, “insan hak ve özgürlükleri”, öncelikle de “ifade özgürlüğü”dür.

TBMM, TCK’nın 159. maddesinde hükümet tasarısının kapsam genişleten kısmını reddetmek ve sembolik de olsa cezanın üst sınırını indiren kısmını kabul etmek suretiyle, günün koşulları içinde, zımnen özgürlükçü demokrasiden yana olduğumun “ihsası rey”inde bulundu. Bundan sonra güç, görev, yetki yargının. Yargı, Anayasa’nın 90. maddesine de dayanarak AIHM içtihadını veya Yargıtay 5. Dairesinin 22.5.1991 tarih, E: 86/1723 sayılı kararını örnek alarak veya TCK’nın 159. maddesini yeniden anlamlandırma ve yorumlama yetkisini kullanarak Türkiye’nin ufkumu, geleceğini aydınlatabilir. Çağdaş hukuk anlayışının gereği budur.

Takdir Yüce Yargı’nındır.

¹⁶ “Durumumuz Ağırma Gidiyor”, *Radikal*, 02.02.1998.

Açık Toplum

e-dergi

özgürlüğün on-line adresi:
www.liberal-dt.org.tr