

# **KARAR İNCELEMESİ/** **REVIEW OF DECISION-JUDGEMENT**

## **İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VS İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ: AİHM'NİN KABOĞLU VE ORAN/TÜRKİYE KARARI ÜZERİNE GÖZLEMLER\***

(Başvuru No: 1759/08, 50766/10 ve 50782/10, Tarih 30.10.2018)  
(*FREEDOM OF EXPRESSION VS FREEDOM OF EXPRESSION: OBSERVATIONS  
ON ECtHR'S KABOĞLU AND ORAN CASE*)

**Erkan Duymaz\*\***

### **ÖZ**

Bu çalışma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM veya Mahkeme) 30 Ekim 2018 tarihli Kaboğlu ve Oran kararının tahlilini amaçlamaktadır. Karar, resmî bir görev kapsamında hazırladıkları Azınlık Hakları Raporu nedeniyle sert tepki ve eleştirilere maruz kalan başvurucuların çeşitli yayın organlarına ve gazete yazarlarına karşı açtıkları tazminat davalarının reddedilmesini konu almaktadır. Mahkeme, başvurucuları hedef alan gazete yazılarının bir kısmını nefret söylemi ve şiddet çağrısı şeklinde nitelendirmiş ve ulusal mahkeme kararlarının başvurucuların itibarını korumada yetersiz kaldığına kanaat getirmiştir. Bununla birlikte, AİHM, her ikisi de insan hakları alanında uzmanlaşmış akademisyen olan başvurucuların ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddialarını incelemeye gerek görmemiştir. Bu çalışmada, Mahkemenin benimsediği bu yaklaşımın somut vakada geçerli olmaması gerektiği savunulmakta ve bu görüş Mahkemenin kendi içtihadı ile desteklenmeye çalışılmaktadır.

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Bu makale 03.04.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 10.05.2019 tarihinde birinci hakem; 15.05.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

\*\* Dr, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.  
(ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4711-502X>).

**Anahtar Kelimeler:** İfade Özgürlüğü, Nefret Söylemi, Şiddet Çağrısı, Pozitif Yükümlülükler, Caydırıcı Etki, Özel Hayata Saygı Hakkı, İtibarın Korunması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

### **ABSTRACT**

*This study aims to analyse the judgment of the European Court of Human Rights (ECtHR or Court) of 30 October 2018 in the case of Kaboglu and Oran v. Turkey. The judgment concerns the rejection of the compensation proceedings brought against the various media organs and newspaper writers by the applicants who have been subjected to harsh reactions and criticism due to the Minority Rights Report that they have prepared within the scope of an official mission. The Court qualified some of the newspaper articles targeting the applicants as hate speech and calls for violence, and considered that the national court decisions were inadequate to protect the applicants' reputation. However, the ECtHR does not find it necessary to examine the applicants' allegations that their right to freedom of expression has been violated, both of whom are academics specializing in human rights. In this study, it is argued that this approach should not be valid in the concrete case and this position is supported by the Court's own case-law.*

**Keywords:** *Freedom of Expression, Hate Speech, Call to Violence, Positive Obligations, Chilling Effect, Right to Respect for Private Life, Protection of Reputation, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights.*

\*\*\*

### **Giriş**

İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) sisteminin tesis etmeye ve korumaya çalıştığı demokratik toplum düzeninin köşe taşlarından veya temel dayanaklarından biri olarak kabul edilmektedir.<sup>1</sup> Çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörü üzerine kurulu olan demokratik toplum düzeni, Sözleşme ile güvence altına alınan

<sup>1</sup> AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, No. 5493/72, 07.12.1976, par. 49.

hak ve özgürlüklerin kullanılmasının zeminini ve sınırını oluşturmaktadır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün serbestçe kullanılmasına imkân tanımayan bir toplumsal düzenin demokratik olarak nitelendirilemeyeceği ve bu düzenin diğer hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından elverişli bir zemin oluşturmayacağı açıktır. Öte yandan, demokratik toplum düzeninin temel değerleriyle bağdaşmayan veya bu düzenin işleyişine zarar veren ifade veya söylemlerin Sözleşme tarafından korunmayacağı veya en azından bu durumda ifade özgürlüğünün, çatıştığı veya yarıştığı başka haklar ve özgürlükler karşısında silineceği söylenebilir. Buna örnek olarak, nefret söylemi niteliğindeki veya şiddeti övücü veya tahrik edici düşünce açıklamaları gösterilebilir. Nitekim bu tür açıklamalar, hoşgörüsüzlüğü ifade ettiği ve beslediği gibi, yeni ve azınlıkta kalan fikirlerin savunulmasını zorlaştırarak açık fikirliliğin ve çoğulculuğun gelişimine engel olacaktır. Kısacası, nefret söylemi ve şiddete tahrik niteliğindeki düşünce açıklamaları, yöneldikleri hedefteki kişilerin birtakım hak ve özgürlüklerine (yaşam hakkı, itibarın ve saygınlığın korunması hakkı gibi) zarar vermenin ötesinde demokratik toplumun üzerine kurulu olduğu ana değerleri zedeleyecektir. Bu açıdan bakıldığında, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun gereklerine aykırı bir şekilde kullanılması, başkalarının ifade özgürlüğünün zarar görmesine, hatta bunun da ötesinde tüm toplumun, ifade özgürlüğünün serbestçe kullanılmasının sağlayacağı yarardan mahrum kalmasına yol açacaktır.

AİHM içtihadı bu tür bir akıl yürütmeye imkan vermekle birlikte, söz konusu bağı somut şekilde ortaya koyan çok sayıda karar barındırmamaktadır. Genel bir değerlendirme yapılacak olursa, Mahkeme tarafından ifade özgürlüğü alanında karara bağlanan başvuruların önemli bir kısmının ifade özgürlüğünü kullanan veya kullandığını iddia eden kişilerin maruz kaldıkları müdahalelerden yakınmalar içerdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun yanında, şüphesiz, devletin doğrudan müdahalede bulunmadığı ancak kamu makamlarının ifade özgürlüğünü korumada yetersiz kaldığı yönünde şikâyetler içeren başvurular da azımsanmayacak miktarda bulunmaktadır.<sup>2</sup> Ancak nefret söylemi veya şiddet

<sup>2</sup> Açıkladığı fikirler nedeniyle iş akdi feshedilen bir kişinin yaptığı bir başvuru ya da gazete binasına yapılan fiziki saldırıların önlenmediği veya soruşturulmadığı iddialarını içeren başvurular bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Sırasıyla bkz. AİHM, BD, Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya, No. 28955/06 (...), 12.09.2011; Özgür Gündem/Türkiye, No. 23144/93, 16.03.2000.

çağrısı niteliğindeki açıklamalar veya fikirler nedeniyle ifade özgürlüğünün kısıtlandığı ve bunun devlet organları tarafından önlenmediği iddialarının tartışılabilir bir düzeyde Mahkeme önüne taşındığı ve enine boyuna tartışıldığı bir karar bildiğimiz kadarıyla yoktur.

*Kaboğlu ve Oran* başvurusu bu önemli eksikliği gidererek Mahkeme içtihadını bu bakımdan geliştirebilecek bir karara vesile olabilirdi. Ne var ki Mahkeme, incelemesini Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlal edildiği iddiasına özgülemiş ve ifade özgürlüğüne ilişkin şikâyetleri ayrıca incelemeye gerek görmemiştir.

*Kaboğlu ve Oran* kararına konu olaylar, 12 Nisan 2001 tarihli 4643 sayılı Kanun uyarınca oluşturulan, Başbakanlığa bağlı bir kamu kuruluşu niteliğindeki İnsan Hakları Danışma Kurulu (Danışma Kurulu) bünyesinde, başvuruçuların başkanlığında, "Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Raporu" (Rapor) başlıklı bir raporun hazırlanması ile başlamıştır.<sup>3</sup> Hükümete insan hakları alanında görüş, öneri, teklif ve raporlar sunmakla görevlendirilmiş Danışma Kurulu, 26 Şubat 2004 tarihinde yapılan ilk toplantısında Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu'nu başkan seçmiştir. Danışma Kurulunun 9 Mayıs 2003 tarihli ikinci toplantısında ise Prof. Dr. Baskın Oran Azınlıklar ve Kültürel Haklar Çalışma Grubu'nun başkanı seçilmiştir. Söz konusu Çalışma Grubu tarafından sunulan Rapor genel kurulda tartışılmış, 1 Ekim 2004 tarihinde kabul edilmiş ve 22 Ekim 2004 tarihinde ilgili Başbakanlık Yardımcılığına takdim edilmiştir. AİHM'nin kararında özetlendiği şekliyle, Rapor, ilk olarak, azınlıkların ve kültürel hakların dünyada ve Türkiye'de korunmasına ilişkin kavramlar, tanımlar ve tarihsel perspektif üzerinde durmaktadır.<sup>4</sup> Rapor, daha sonra, Lozan Antlaşması'nın ilgili maddelerine, mevzuata, ulusal uygulamaya ve yüksek mahkeme kararlarına dayanarak azınlıkların korunmasına ilişkin Türkiye'deki sorunları tespit etmektedir. Buna göre, Türkiye'deki azınlıkların sorunlarının temelinde biri teorik, diğeri tarihsel ve siyasal olmak üzere iki ana neden yatmaktadır: Üst kimlik tanımının "Türkiyeli" temelinde değil, ırk (Türk) ve din (Müslüman) temelinde

<sup>3</sup> Bkz. Baskın Oran, "Azınlık Hakları Raporu'nun Hikayesi", in Taner Koçak, Taylan Doğan, Zeynep Kutluata (ed.), Türkiye'de İfade Özgürlüğü, BGST Yayınları, İstanbul, 2009, s. 112.

<sup>4</sup> Raporun tam metni için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu ve Kemal Akkurt (der.), İnsan Hakları Danışma Kurulu Raporları, İmge Kitabevi, Ankara, 2006, ss. 287-300.

yapılması ve bunun sonucunda Türk ırkına ve İslam dinine mensup olmayan vatandaşların alt kimliklerinin dışlanması; ülkenin parçalanma korkusunu ifade eden ve Rapor'da "Sevr Sendromu" olarak adlandırılan paranoya. Bu sorunların çözümü konusunda ise Rapor, vatandaşlık kavramının yeniden tanımlanması ve Avrupa ulusları gibi çok kimlikli, çok kültürlü, demokratik, liberal, çoğulcu yeni bir toplum modelinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Rapor, bu doğrultuda, Anayasanın ve ilgili yasaların liberal, çoğulcu ve demokratik ilkeler ışığında yeniden yazılmasını önermektedir.<sup>5</sup>

Rapor'un sunulması ve içeriğinin kamuoyuyla paylaşılmasıyla birlikte, farklı çevrelerden Rapor'a ve başvuruculara yönelik tepkiler ve açıklamalar gelmiştir.<sup>6</sup> Aralarında Başbakan yardımcısı, Adalet Bakanı ve Genel Kurmay Başkanı'nın da bulunduğu çok sayıda politikacı ve devlet görevlisi başvurucuları sert sözlerle eleştirip, ihanetle itham etmişlerdir. Benzer eleştiri ve tepkileri içeren çok sayıda yazı ulusal düzeyde yayın yapan gazetelerde yayımlanmıştır. Öte yandan, Birinci başvurucunun, Danışma Kurulu Başkanı sıfatıyla, rapora yöneltilen eleştirilere cevap vermek üzere düzenlediği bir basın toplantısı sırasında, Danışma Kurulu üyesi olan bir sendikacı Rapor'u başvurucunun elinden alıp yırtmak suretiyle toplantıyı fiilen engellemiştir. Bu olayların ertesinde, başvuruculara karşı halkı suç işlemeye ve düşmanlığa tahrik etmek ve devletin yargı organlarını karalamak, kötülemek suçlarından kamu davası açılmıştır.<sup>7</sup> Bu dava dört yıl yedi ay sürmüş, başvurucular halkı suç işlemeye ve düşmanlığa tahrik etmek suçundan beraat etmişlerdir.<sup>8</sup> Adalet Bakanı'nın kovuşturmaya izin vermemesi nedeniyle yargı organlarını karalamak ve kötülemek suçu bakımından kamu dava düşmüştür. Rapor'a yöneltilen tepkilerin uç noktası, başvurucuların,

<sup>5</sup> Par. 8-9.

<sup>6</sup> Par. 10-14.

<sup>7</sup> Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Le Conseil des droits de l'homme devant le tribunal pénal (cas de la Turquie)" in N. Şebnem Sayhan ve Yücel Karlıklı (ed.), Festschrift für zum 75. Geburtstag Ali Ülkü Azrak (Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı), İstanbul, 2008, ss. 123-150.

<sup>8</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. No: 2007/8-244. K. no: 2008/92, K. günü: 29.04.2008). Bkz. Türkan Yalçın Sancar, "Ceza Hukukunda 'Özgürlükçü' ve 'Baskıcı' Yaklaşımlar - Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 'Kaboğlu-Oran' Kararı", in İbrahim Ö. Kaboğlu, (der.), Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, ss. 401-435.

AİHM'nin tabiriyle, aşırı milliyetçi kişiler tarafından posta ve elektronik posta yoluyla ölümle tehdit edilmesi olmuştur. Bu tehditler sonucunda her iki başvurucuya da 2007 yılından itibaren koruma tahsis edilmiştir.

AİHM'nin 30 Ekim 2018 tarihinde karara bağladığı başvurular, yalnızca, başvurucuların aleyhine çeşitli gazetelerde çıkan yazılara karşı açılmış olan tazminat davalarının ulusal mahkemeler tarafından reddine ilişkindir. Başvurucular, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ve ifade özgürlüğünün yanı sıra Sözleşme'nin 2. ve 14. maddeleriyle korunan yaşam hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini de öne sürmüşlerdir. Mahkeme, 2. madde kapsamında yapılan şikâyeti 8. madde altında incelemeyi uygun bulmuş, 10. ve 14. maddeler kapsamında öne sürülen şikâyetleri ise başvurunun konusunu oluşturan temel hukuki sorunun 8. madde kapsamında çözüme kavuşturulmuş olduğu gerekçesiyle incelemeye gerek görmemiştir.

Bu çalışma kapsamında, ilk önce, başvurucuların özel yaşamlarına saygı gösterilmesi hakkı ile başvurucuları hedef alan gazete yazarlarının ifade özgürlüğü arasındaki çatışmanın ulusal mahkemeler ve AİHM tarafından nasıl çözüme kavuşturulduğu irdelenecek (I); ardından, başvurucuların ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddiasının AİHM tarafından incelenmemesi üzerinde durulacaktır (II).

### **I. Şiddet Çağrısı Karşısında Özel Yaşama Saygı Hakkının Korunması**

Özel yaşama saygı hakkı ile ifade özgürlüğü Mahkeme içtihadında sıklıkla karşı karşıya gelen iki temel haktır. Bu karşılaşma çoğunlukla hakaret veya iftira niteliğinde olduğu iddia edilen ifadelerin veya kişinin özel yaşamına ilişkin bilgi, haber veya verilerin yayımlanması şeklinde gündeme gelmekte ve bir tarafın tazminat ödemesine hükmedilmesi veya diğer tarafın tazminat talebinin reddedilmesi neticesinde AİHM'ye taşınmaktadır. Nefret söylemi ve şiddet övgüsü veya çağrısı niteliğindeki ifadelerle ilişkin başvurular, bunun aksine, ceza yargılamasına konu olmakta ve çoğunlukla ifade sahibinin cezalandırılması neticesinde Mahkeme'ye taşınmaktadır. Dolayısıyla nefret söylemi ve şiddet çağrısı niteliğindeki düşünce açıklamaları ile özel yaşama saygı gösterilmesi hakkının karşı karşıya gelmesi Mahkeme içtihadında pek sık rastlanılan bir durum değildir. *Kaboğlu ve Oran* vakası bu açıdan orijinal bir karara vücut vermiştir. Karara bu açıdan yaklaşıldığında, ulusal mahkemelerin

ifade özgürlüğü – özel yaşama saygı hakkı dengesini kurmada ciddi bir argümantasyon eksikliği sergilediği göze çarpmaktadır (A). AİHM kararında ise söz konusu denge arayışına ilişkin yerleşik içtihadın tutarlı bir şekilde uygulandığı, bununla birlikte, yakınılan ifadelerin “olgusal temelleri” konusunda Mahkeme’nin yaklaşımının tartışmaya açık olduğu söylenebilir (B).

### A. Ulusal Mahkemelerin Kararlarında İfade Özgürlüğü-Özel Yaşama Saygı Hakkı Dengesi

Türkiye’nin ifade özgürlüğü konusunda AİHM karnesinin pek iyi olduğu söylenemez. İstatistiklere bakıldığında, bu özgürlüğü güvence altına alan AİHS’nin 10’uncu maddesini en çok ihlal eden devletlerin başında açık ara Türkiye’nin geldiği görülmektedir.<sup>9</sup> İfade özgürlüğü alanında uluslararası standartların gerisinde kaldığını gösteren bu sorunlu durumun oluşumunda Türk Ceza Kanununda yer alan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı hükümlerin büyük payı bulunmaktadır.<sup>10</sup> Öte yandan, ulusal yargıçların “zihnindeki devlet ve millet tasarımı” ve “devlete ve millete yükledikleri kutsal görev”<sup>11</sup> ifade özgürlüğü alanındaki AİHM içtihadının benimsenmesini güçleştirmiştir. Bunun sonucunda, bilhassa siyasi ifade özgürlüğü alanında hakaret eşiğinin oldukça düşük algılandığı ve AİHM içtihadına göre ağır eleştiri sınırları dahilinde kalan birçok ifadenin Yargıtay kararlarında eleştiri sınırları dışında konumlandırılıp cezalandırıldığı görülmektedir.<sup>12</sup> Bu değerlendirmeler, ilk bakışta, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkının korunması ile ilgili görünmese de, ifade özgürlüğünün ulusal yargı organları tarafından ne şekilde yorumlandığını ortaya koyması bakımından *Kaboğlu ve Oran* kararının anla-

<sup>9</sup> İstatistiklere göre, AİHM, 1959-2018 yılları arasında toplam 777 vakada ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu ihlal kararlarının 321 tanesi Türkiye’ye karşı yapılan başvurular neticesinde verilmiştir. İkinci sırada ise 53 ihlal kararıyla Rusya bulunmaktadır.

<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=> (erişim tarihi: 01.04.2019)

<sup>10</sup> Oktay Uygun, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, in Taner Koçak, Taylan Doğan, Zeynep Kutluata (ed.), Türkiye’de İfade Özgürlüğü, op. cit., s. 19 vd. Ayrıca bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, “Düşünce Özgürlüğü”, in İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 116.

<sup>11</sup> Ibid., s. 42..

<sup>12</sup> Bu konuya ilişkin uygulamadan örnekler için bkz. Ibid., s. 34 vd.

şılmasına katkı sunacaktır. Zira ulusal mahkemeler, başvuruçuların itibarının korunması ile basın özgürlüğünün kullanılması arasında makul bir denge kurma işine girişirlerken AİHM içtihadında da kullanılan birtakım ölçütlere başvurmuşlardır.

AİHM, demokratik toplumların temel dayanaklarından biri olarak kabul ettiği ifade özgürlüğünün yalnızca zararsız veya lehte olduğu kabul edilen bilgi ya da fikirleri değil, devlet veya toplumun bir kesimi için incitici, rahatsızlık verici veya şoke edici bilgi ve fikirleri de kapsadığını her fırsatta vurgulamaktadır.<sup>13</sup> Mahkeme, öte yandan, devlete, devletin kurumlarına ve politikacılara yöneltilen eleştirilerin ve kamu yararı bulunan bir tartışmaya katkı sunan görüş açıklamalarının demokratik bir toplumda yüksek bir korumadan yararlanacağını ve bu alanlarda ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalarda kamu makamlarının oldukça dar bir takdir marjının bulunduğunu kaydetmektedir.<sup>14</sup> Buna ek olarak, demokrasinin “bekçi köpeği” olarak nitelendirilen basının da Mahkeme içtihadında aynı korumadan yararlandığını belirtmek gerekir.<sup>15</sup> Söz konusu yüksek korumanın sınırını ise nefret söylemi oluşturan veya şiddeti teşvik eden ifadeler oluşturmaktadır. Nitekim Mahkeme, demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti veya şiddeti teşvik eden, yayan, destekleyen ya da meşru gösteren ifadelerin yasaklanmasını ve ifade sahiplerinin cezalandırılmasını demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak kabul etmektedir.<sup>16</sup> Bunların yanında, Sözleşme’de yer

<sup>13</sup> AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, No. 5493/72, 07.12.1976, par. 49.

<sup>14</sup> Dominika Bychawska-Siniarska, Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2017, s. 64.

<sup>15</sup> Ibid. s. 87 vd.; Patrick De Fontbressin, “La liberté d’expression et ses limites”, in Pierre Lambert (dir.), Les partis liberticides et la Convention européenne des droits de l’homme, Bruylant, Bruxelles, 2005, ss. 16-17.

<sup>16</sup> Şiddete teşvik veya nefret söylemi niteliğindeki ifadeler, bazı durumlarda, AİHS’nin 17. maddesine (hakları kötüye kullanma yasağı) dayanılarak ifade özgürlüğü kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Bazı durumlarda ise, bu ifadeler, AİHS madde 10/2’ye göre ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı incelenirken belirleyici olmaktadır. Bkz. Mark E. Villiger, “AİHM Uygulamasında 17. madde ve İfade Özgürlüğü”, in İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kalme Alınmış Makaleler), Wolf Legal Publishers, 2012, s. 297 vd.; Tolga Şirin, “Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, in Selda Çağlar (ed.), İnsan Hakları, Beta, İstanbul, 2010, s. 126 vd.



alan diğer maddelerden farklı olarak, AİHS'nin 10'uncu maddesi, 2'inci paragrafında, bu maddede güvence altına özgürlüklerin kişilere birtakım "görev ve sorumluluklar" yüklediğini açıkça belirtmektedir. Basın özgürlüğü bağlamında söz konusu görev ve sorumluluklar, Mahkeme'ye göre, gazetecilerin doğru olay veya olgulara dayanarak iyi niyetli hareket etmelerini ve gazetecilik etiğine riayet ederek güvenilir ve kesin bilgi sunmalarını gerektirmektedir.<sup>17</sup>

İfade özgürlüğüne ilişkin genel nitelikteki bu ilkeler, ulusal mahkemeler tarafından hem hukuk hem de ceza yargılamasında dikkate alınması beklenen ilkelerdir. Hukuk yargılamasında özel yaşama saygı hakkı ve ifade özgürlüğü arasında doğru bir denge kurulması için başvurulacak ölçütlere ilişkin de Mahkemenin oldukça zengin bir içtihat oluşturduğunu söylemek mümkündür. Kural olarak eşit korumadan yararlanan söz konusu iki haktan hangisine somut bir vakada öncelik verileceği, bilhassa, kullanılan ifadenin içeriği, ifade sahibinin konumu veya sıfatı, ifadelerin hedef aldığı kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi ve ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi unsurların somut olarak tartışılıp değerlendirilmesi suretiyle ortaya çıkacaktır.<sup>18</sup>

*Kaboğlu ve Oran* kararının arka planında, dört yazar tarafından değişik gazetelerde ve farklı zamanlarda, başvurucuları ve Rapor'u hedef alan çok sayıda yazının yayımlanması bulunmaktadır. İçerik ve kullanılan üslup bakımından yazılar arasında farklılıklar bulunmakla birlikte, yazıların bütünü, genel olarak, başvurucuların yabancı devletlerin veya güçlerin hesabına çalıştıklarını, karşılığında menfaat elde ettiklerini, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü hedef aldıklarını ifade etmektedir.<sup>19</sup>

AİHM'nin de alıntılacağı gibi, bu yazılarda, isimlerinin de belirtilmesi suretiyle, başvurucuların "ihanet içinde", "Sevr savunucusu" yani "Türkiye'nin parçalanması taraftarı" ve "kötü niyetli" oldukları yer almıştır. Söz konusu yazılarda, ayrıca, Danışma Kurulu üyelerine ve adlarını anmaksızın başvuruculara yönelik olarak "hain", "ölüm cezasına

<sup>17</sup> AİHM, BD, Pedersen and Baadsgaard/Danimarka, No. 49017/99, 17.12.2004, par. 78.

<sup>18</sup> Çok sayıda karar arasından bkz. AİHM, BD, Axel Springer AG/Almanya, No. 39954/08, 07.02.2012.

<sup>19</sup> Par. 15 vd.

çarptırılması” gereken “bozguncu” kimseler, “yalakalar”, “sinsi”, “vahşi batının beslemeleri”, “küçük köpekler”, “aramıza sızmış Truva atı”, “zavallılar”, “dönekler”, “ajan”, “fino”, “ırkı cinsi belli olmayan” gibi ifadelerin kullanıldığı Mahkeme tarafından kaydedilmiştir.<sup>20</sup> İhtilafli yazıların bazı bölümleri ise kimi çevreler tarafından şiddete övgü şeklinde algılanabilecek türdedir. “Eğer ülkedeki Türklerin çoğu bağırmaya, çağırmaya ve kükremeye başlarsa, hainler nefes alacak yer bulamazlar”, “bazı şeyleri abartanlara söylüyorum: ateşle oynamayın”, “bu rapor gerçek bir ihanettir, bu raporu hazırlayanlar başlarında parçalanmasını istiyorlar. Bu ülkede Türk ulusunu azınlık yapmak isteyenler karşısında bizi bulacaktır” şeklindeki ifadeler Mahkemeye göre bu kapsamda kalmaktadır.<sup>21</sup> Nihayet, yazıların bir bölümünde ise doğrudan veya dolaylı yoldan şiddete çağrı veya şiddeti haklılaştırıcı ifadeler yer almaktadır. “Toprağın bedeli kandır, gerekirse dökülür”, “bence bunları dövseydik, insanlar rahat ederdi. Sevr savunucuları (...) dayağı hak etmişlerdir” gibi ifadeler AİHM tarafından bu yönde değerlendirilmiştir.<sup>22</sup> Nitekim bu sözler, başvuruculara yöneltilen “hain”, “bozguncu (...) ölümle cezalandırılmalı”, “aramıza girmiş Truva atı”, “ajan” gibi ithamların eklenmesiyle başvuruculara karşı nefreti körükleyen ve şiddet uygulanması riskini doğuran ifadeler şeklinde değerlendirilmiştir.<sup>23</sup> Gazeteci Fırat Dink cinayetinin de gösterdiği gibi, ulusal çapta yayın yapan gazetelerde yayımlanan bu yazıların bir kınama kampanyasına dönüşmesi ve başvuruculara karşı bir şiddet eylemine yol açması riski Mahkemeye göre küçümsenmeyecek ölçüdedir.<sup>24</sup>

Buna karşın, ulusal mahkemelerin kararlarında bu tür değerlendirmelerin neredeyse hiç yapılmadığı, alıntılanan tüm yazıların ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kaldığına hükmedildiği görülmektedir.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Par. 77.

<sup>21</sup> Par. 84.

<sup>22</sup> Par. 85.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Par. 85-86.

<sup>25</sup> Yargıtay’ın 12 Kasım 2007 tarihli bir onama kararına katılmayan bir yargıcın karşı görüş yazısında ilgili yazıların ifade özgürlüğü sınırlarını aştığı, hakaret içerdiğini ve başvurucuları hedef gösterdiği savunulmuştur. Par. 35. Öte yandan Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, gazete yazılarında kullanılan kimi ifadelerin eleştirisi sınırlarını aştığını ve başvurucuların haysiyetlerine zarar verdikleri

Birbirine benzeyen karar gerekçelerinde, Rapor'un Türkiye'nin üniter yapısının korunmasına ilişkin kaygılara sebep olduğu ve bu nedenle sert eleştirilerin gündeme gelmesinin normal karşılanması gerektiği veya yazıların başvuru sahipleri hedef almadığı veyahut konuları gereği başvuruların eleştirilere katlanmaları gerektiği savunulmuştur. Oysa AİHM, başvuru sahiplerinin bir kamu kuruluşu bünyesinde hükümete danışmanlık yapan uzman kişiler olduklarını hatırlatarak kendilerinden beklenen hoşgörünün politikacılar tarafından beklenen hoşgörü ile eş değer görülemeyeceğini vurgulamıştır.<sup>26</sup> Öte yandan, "toprağın bedeli kandır, gerekirse dökülür" ve "Türk ulusunu bu ülkede azınlık olarak görmek isteyenler bize hesap verecekler" şeklindeki yazılar dahi ulusal mahkemeler tarafından olayların meydana geldiği dönemin siyasi atmosferi göz önüne alınmadan, tehdit içermeyen, eleştiri niteliğindeki görüşler olarak ele alınmış ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir. Nihayet, başvuru sahiplerinin, ifade özgürlüklerini kullanırken şiddet veya nefret söylemine başvurmadıkları, belirli kişileri hedef göstermedikleri ve hakaret niteliğinde ifadeler kullanmadıkları hiçbir aşamada dikkate alınmamıştır. Halbuki, bu açıdan bakıldığında, ifade özgürlüğünün yalnızca toplum tarafından hoş karşılanan veya zararsız addedilen düşünce açıklamalarını değil, toplumun bir kesimini inciten, rahatsız eden veya şoke eden fikirleri de koruma altına aldığı ilkesi gereğince, kaçınılmaz olarak, davanın her iki tarafının da özgürlükleri eşit şekilde koruma altına alınması söz konusu olabilecekti.

Kısacası, ulusal mahkemelerin genel yaklaşımı AİHM içtihadında benimsenen ilkelerin oldukça uzağında ve hatta aksi yönünde şekillenmiş görünmektedir. AİHM ölçütlerine göre, demokratik bir toplumda ceza yaptırımına konu olması gerekli ve meşru kabul edilen şiddete çağrı niteliğindeki ifadeler, ulusal mahkemeler tarafından "kişilik haklarına saldırı" şeklinde dahi değerlendirilmemiştir. Basın özgürlüğünün dar yorumlanması nedeniyle Türkiye aleyhine verilen çok sayıda ihlal kararının aksine, basın özgürlüğü, bu kez, olması gerekenden daha geniş yorumlanmış; her hâlükârda, çatışan haklar arasında doğru bir denge kurma çabasına girilmemiştir.

---

tespit edilmiş; ancak bu karar Yargıtay tarafından bozulmuştur. İlk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu devreye girmiş söz konusu kararı bozmuştur. Par. 38-42.

<sup>26</sup> Par. 74.

## B. AİHM Kararında İhtilafli İfadelerin Olgusal Temelleri Me-selesi

İfade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkı Sözleşme kapsamında kural olarak eşit düzeyde korunmaktadır. Hakaret ve karalama iddiaları içeren vakalarda olduğu gibi, bu iki hakkın karşı karşıya geldiği durumlarda AİHM'nin uyguladığı denetimin merkezinde, çatışan veya yarışan haklar arasında bir dengeleme arayışı bulunmaktadır. Somut bir vakada hangi hakka diğeri karşısında öncelik tanınacağı, birçok faktörün AİHM tarafından saptanmış bir dizi ölçüt ışığında irdelenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu ölçütlerin en önemlilerinden biri de hakaret içerdiği iddia edilen düşünce açıklamalarının olgusal temellere sahip olup olmadığıdır. Gerçekten de AİHM, bu alandaki ilk ilke kararlarından itibaren, “olgusal iddia” ve “değer yargısı” arasında bir ayrım yapmakta; yalnızca olgusal iddiaların doğrulanabilir veya ispat edilebilir nitelikte olduğunu, değer yargılarının ispatlanmasının ise mümkün olmadığını vurgulamaktadır.<sup>27</sup> Dolayısıyla, değer yargısı niteliğindeki kişisel görüş ve yorumlar, doğası gereği, daha geniş bir özgürlükten yararlanmaktadır. Ne var ki bu noktada bir başka ayrım devreye girmektedir: olgusal temele sahip değer yargısı ve salt hakaret. Mahkemeye göre, değer yargısı niteliğindeki görüşlerin doğrulanması mümkün olmasa da, hiçbir olgusal temele sahip olmayan bir değer yargısı bazı durumlarda ifade özgürlüğünün sınırlarını aşabilecektir.<sup>28</sup> Tersinden ifade edilecek olursa, olağan koşullarda salt hakaret veya kişisel saldırı olarak değerlendirilebilecek görüş ve açıklamalar, geçerli olgusal temellere sahip olmaları durumunda sert veya incitici eleştiri şeklinde nitelendirilip ifade özgürlüğü kapsamına dahil edilebilecektir.<sup>29</sup>

Mahkemenin değer yargısı ve olgusal temel kavramlarını oldukça esnek yorumladığı söylenebilir.<sup>30</sup> AİHM, bilhassa politik eleştirilerin, gazetecilik faaliyetlerinin ve kamu yararına ilişkin bir tartışmaya katkı

<sup>27</sup> Örn., AİHM, Lingens/Avusturya, No. 9815/82, 08.07.1986, par. 46.

<sup>28</sup> Örn., AİHM, De Haes and Gijssels/Belçika, No. 19983/92, 24.02.1997, par. 47.

<sup>29</sup> Örn., AİHM, Oberschlick/Avusturya (No. 2), No. 20834/92, 01.07.1997, par. 33; Eon/Fransa, No. 26118/10, 14.03.2013, par. 57.

<sup>30</sup> Mahkemeye göre, “değer yargısı ve bu yargıyı destekleyen olaylar arasındaki bağlantının gerekliliği her somut vakanın kendine has koşullarına göre, vakadan vakaya değişiklik gösterebilir”. Örn., AİHM, Feldek/Slovakya, No. 29032/95, 12.07.2001, par. 86.

sunan görüşlerin devlet müdahalesinden korunması amacıyla, değer yargısının mutlaka belirli bir somut vakaya dayanmasını aramamakta, düşüncesini açıklayan kişinin konum veya sıfatını yahut belirli bir alandaki mesleki deneyimini esas alarak da olgusal temel unsurunun varlığına kanaat getirebilmektedir.<sup>31</sup>

Olgusal iddia-değer yargısı ayırımına *Kaboğlu ve Oran* kararında da değinilmiştir. Mahkeme, fiil isnadı ve değer yargısı ayırımını yapmak için vakanın koşullarını ve ihtilafı yazıların genel tonunu göz önüne almak gerektiğini; ancak kamu yararı bulunan meseleler hakkındaki savların olgusal açıklamalarından ziyade değer yargısı niteliğinde olabileceğini ve nihayet, başvuruya konu olan yazıların içerikleri itibariyle değer yargısı olarak değerlendirileceğini belirtmiştir.<sup>32</sup> Bir sonraki aşamada ise Mahkeme, biçim ve içerik bakımından kışkırtıcı, tahrikçi ve incitici olmakla birlikte, bütünü ele alındığında, ihtilafı yazıların yeterli olgusal temelden yoksun bulunduğu ve salt hakaret amacıyla kaleme alındığının söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Bu kanıya nasıl varıldığı konusunda bir açıklama yapmayan Mahkeme, yalnızca temel toplumsal meselelere değinen Rapor'un vesile olduğu hararetli kamusal tartışma ortamına gönderme yapmakla yetinmiştir.<sup>33</sup>

Kanımızca, Mahkemenin bu tutumu, birtakım meşru gerekçelerle izah edilebilse de eleştiriye açıktır. Öncelikle, basın özgürlüğünün kullanıldığı ve kamuyu yakından ilgilendiren konularda gerçekleşen tartışmalarda "salt hakaret" veya "sebepsiz kişisel saldırı"<sup>34</sup> eşiğinin yüksek tutulması, Mahkeme içtihadında ifade özgürlüğüne tanınan misyon göz önüne alındığında yerinde bir tutumdur. Bunun amacı, her türlü kaba ve aşağılayıcı ifadeyi ifade özgürlüğü kapsamına dahil etmek değil, politik eleştirilerin devletler tarafından "dayanaksız olgusal iddia" veya "salt hakaret" şeklinde nitelendirilerek cezalandırılmasını engellemektir.<sup>35</sup> Mahkemenin bir ifadeyi salt hakaret şeklinde değerlendirmesi gerçekten

<sup>31</sup> Örn., AIHM, Sorguç/Türkiye, No. 17089, 23.06.2009, par. 32.

<sup>32</sup> Par. 68 ve 78.

<sup>33</sup> Par. 81.

<sup>34</sup> Attaque (personnelle) gratuite/gratuitous personal attack. AIHM, BD, Morice/Fransa, No. 29369/10, 23.04.2015, par. 161.

<sup>35</sup> Bu konuda bkz. AIHM, Feldek/Slovakya, No. 29032/95, 12.07.2001

de ender rastlanan bir durumdur.<sup>36</sup> Öte yandan, söz konusu eşğin yüksek tutulması, Mahkemenin henüz denetiminin başında incelemesini sonlandırarak somut bir vakanın barındırdığı esas hukuki sorunlara yeterince değinmemesi ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim AİHM, *Kaboğlu ve Oran* kararında da şiddet çağrısı içeren yazılara odaklanarak bu gerekçeyle ihlal kararı vermeyi tercih etmiş görünmektedir. Kuşkusuz, Mahkemenin birden fazla sorunlu nokta tespit etmesinin ve ihlal kararını tek bir gerekçeyle sınırlandırmamasının önünde hiçbir engel yoktur. Ancak pratikte, Mahkemenin, Sözleşme'ye aykırılık teşkil edebilecek sorunlar arasında en belirgin olanını saptayıp ihlal kararını söz konusu soruna dayandırdığı gözlemlenmektedir. Örneğin Mahkeme, hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların yasal dayanağı veya meşru amacı konusunda şüphe duyması durumunda, çoğunlukla, bu şüphesini not ederek kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelemesine odaklanmaktadır.<sup>37</sup> Kanımızca benzer bir yaklaşım *Kaboğlu ve Oran* kararında da uygulanabilir ve en azından kaba ve incitici birtakım ifadelerin olgusal temelden yoksun olduğu veya olabileceği not edilebilirdi. Üstelik bu yönde bir yaklaşımın benimsenmesinin, somut vakada, ifade özgürlüğünün sınırlarını daraltacak bir netice doğurmayacağı rahatlıkla söylenebilir. Zira toplumu yakından ilgilendiren bu tartışmanın bir tarafında basın özgürlüğü bulunurken, diğer tarafında da başvuruçuların ifade özgürlüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla, basın özgürlüğünün dar yorumlanması başvuruçulara tanınan bir ayrıcalıktan değil, bu kişilerin ifade özgürlüğünün de eşit düzeyde korunması gerekliliğinden kaynaklanmış olacaktı. Ne var ki, ileride değinileceği gibi, başvuruçuların ifade özgürlüğü AİHM kararında yeterli ölçüde göz önüne alınmamış, başvuru yalnızca itibarın korunması ekseninde incelenmiştir.

İhtilaflı yazıların olgusal temelleri konusunda Mahkemeye yöneltilebilecek eleştiriler kararın kurgusu ile sınırlı değildir. Mahkemenin de bizzat saptadığı gibi, yazıların bütünü ele alındığında, başvuruçuların iyi niyetinin ve dürüstlüğünün sorgulandığı, Türk milletinin çıkarlarına duyarlı entelektüeller olarak nitelendirildikleri ve yabancı güçler tarafından yönlendirildiklerinin, hatta para karşılığı bu güçler hesabına çalıştık-

<sup>36</sup> Bu yönde bir örnek için bkz. AİHM, BD, Janowski/Polonya, No. 25716/94, 21.01.1999.

<sup>37</sup> Örn, AİHM, BD, S.A.S./Fransa, No. 43835/11, 01.07.2014, par. 122.

larının ima edildiği görülmektedir.<sup>38</sup> Bunlar arasında, “kötü niyetli” ve “duyarsız” yakıştırmalarını değer yargısı olarak kabul etmek mümkün görünse de, yabancı güçlerin hesabına çalışma iddiası bakımından bunu söylemek güçtür. Dahası, bu düşünceye dayanılarak başvurucular hakkında “ihaneççi”, “yalaka”, “vahşi batının beslemeleri”, “küçük köpek”, “ajan” ve “fino” gibi kaba ve incitici ifadeler kullanılmıştır.<sup>39</sup> Kanımızca, bu tür iddia ve alçaltıcı ifadelere değinmeksizin, yazıların bir bütün olarak olgusal temelden yoksun olmadığına kanaat getirmek ifade özgürlüğünün kullanımında basına düşen görev ve sorumlulukların göz ardı edilmesine yol açabilecektir. Bunun sonucunda, devlet tarafından benimsenen ve toplumun genelinde kabul gören baskın ideolojinin bilimsel bir dille dahi eleştirilmesi karşısında eleştiri sahipleri basın özgürlüğü adına korumasız bırakılacaktır. İnsan hakları alanında uzman iki profesörün resmi görevleri kapsamında, yabancı güçler hesabına vatandaşı oldukları devletin aleyhine faaliyette buldukları iddiasının ve karşılığında maddi çıkar sağladıkları imasının olgusal temelleri yalnızca öne sürülen görüşlerin kamusal bir tartışmaya katkı sunmasıyla açıklanamayacak ölçüde önem arz etmektedir.<sup>40</sup> Altını çizmek gerekir ki, bu önem, başvurucuların kişisel ifade özgürlüğünün ötesinde, demokratik toplumun unsurlarından olan çoğulculuk ve açık fikirlilik ideallerinden beslenmekte-

---

<sup>38</sup> Par. 77.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Bu bakımdan, karşı yönde bir örnek olarak AİHM’nin Mater kararı gösterilebilir. Bu vakada, yazdığı “Mehmedin Kitabı” isimli bir kitap nedeniyle yargılanan ve ülke çapında sert eleştirilere maruz kalan başvurucu, Hürriyet gazetesinde on gün boyunca aleyhine çıkan yazıların mesleki ve kişisel itibarını haksız yere zedelediğini öne sürerek gazeteye karşı tazminat davası açmış ancak bir sonuç elde edememiştir. Söz konusu yazılar, genel olarak, başvurucunun yabancı bir vakıftan maddi destek alarak kitabını yazdığı, bu vakfın ABD gizli istihbaratı ile ilişkisi olduğu, kitapta aktarılan röportajların hayal ürünü olabileceği, kitabın asıl amacının Silahlı Kuvvetleri yıpratmak ve itibarsızlaştırmak olduğu yönünde görüşler ve iddialar barındırmaktadır. AİHM, söz konusu eleştirilerin bir kısmının değer yargısı, bir kısmının ise olgusal iddia olduğunu belirtmiş; her halükârda yazıların olgusal bir temele sahip olduğunu, zira başvurucunun yabancı bir vakıftan burs alarak kitabı yazdığı konusunda bir ihtilaf bulunmadığını ifade etmiştir. Bu olgusal temel üzerinden üretilen sert ve incitici eleştiriler basın özgürlüğü sınırları içerisinde değerlendirilmiştir. Başvuruya konu olan yazılar biçim ve içerik bakımından, Mahkemenin deyimiyle, kışkırtıcı olmasına rağmen, herhangi bir hakaret veya şiddet çağrısı içermemektedir. AİHM, Mater/Türkiye, No. 54997/08, 16.07.2013, par. 60-61.

dir. Resmi ideolojiyle bağdaşmayan görüşlerin otomatik olarak hainlik, ajanlık ve bölücülükle itham edilmesi, farklı görüşlerin serbestçe ortaya atılıp tartışıldığı demokratik toplum modelini dışlamaktadır. Aynı şekilde, toplumun belirli bir kesimini inciten veya şoke eden görüşleri savunanların temelsiz iddia ve ithamlarla karşı karşıya kalması, bu kişileri toplum nezdinde itibarsızlaştırmakta ve bir adım sonrasında toplumsal ve siyasal bir linç kampanyasının hedefine koymaktadır. AİHM kararı bu son konuda değerli saptamalarda bulunmakla birlikte, söz konusu kampanyanın asıl hedefinin ifade özgürlüğü olduğu gerçeğini teğet geçmiş görünmektedir.

## II. Şiddet Çağrısı Karşısında İfade Özgürlüğünün İhmal Edilmesi

AİHM, *Kaboğlu ve Oran* başvurusunun barındırdığı esas hukuki sorunu basın özgürlüğü ve itibarın korunması hakkı çatışması şeklinde ele alarak başvurucuların ifade özgürlüğü ihlaline ilişkin iddialarını incelemeye gerek görmemiştir. Oysa, başvurucuları hedef alan şiddet çağrılarının ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etkisi (A) ve devletin ifade özgürlüğünün korunmasına yönelik pozitif yükümlülükleri (B) bir arada düşünüldüğünde, ifade özgürlüğü ihlali iddiasının da esas hukuki sorunun bir parçası olduğu rahatlıkla ileri sürülebilir.

### A. Şiddet Çağrısının İfade Özgürlüğü Üzerindeki Caydırıcı Etkisi

İfade özgürlüğüne ilişkin AİHM içtihadına bakıldığında “caydırıcı etki”<sup>41</sup> kavramının davaların esasının çözümünde kilit bir rol oynadığı görülmektedir. İfade özgürlüğü bağlamında, bu kavram, ifade özgürlüğünü kullanan bir kişinin maruz kaldığı hukuki, siyasi veya toplumsal baskı veya yaptırım nedeniyle cesaretinin kırılmasına, korkmasına veya yılgınlığa kapılmasına; bunun sonucunda ise bu kişinin veya benzer konumda olan diğer kişilerin ifade özgürlüğünü serbestçe kullanmalarının engellenmesine karşılık gelmektedir. Başka bir deyişle, caydırıcı etki,

<sup>41</sup> “Chilling effect” kavramı Türkçe’ye “soğutucu etki” veya “dondurucu etki” şeklinde de çevrilmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme’nin Fransızca metinlerde kullandığı “effet dissuasif” ifadesini de göz önüne alarak “caydırıcı etki” çevirisinin bu kavramın içeriğini daha iyi yansıttığı kanısındayız.



ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin olumsuz etkilerinin ileriye dönük olarak zaman ve/veya kişi bakımından genişleme riskini ifade etmektedir. Bu risk bir kanun hükmünden kaynaklanabileceği gibi idari veya adli bir pratikten, ceza soruşturmalarından, yargılamalardan, tutuklamalardan, ceza yaptırımlarından veya karalama kampanyalarından kaynaklanabilmektedir. Mahkeme, bu tür bir riskin mevcut olduğuna kanaat getirdiği durumlarda kolaylıkla AİHS'nin 10'uncu maddesinin uygulanabileceğine ve ihlal edildiğine hükmedebilmektedir.<sup>42</sup>

Örneğin, *Taner Akçam* davasında, Ermeni sorunu üzerine çalışmalarıyla tanınan ve tarih profesörü olan başvuru, Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesinin akademik çalışmaları üzerinde bir baskı oluşturduğunu ve bu nedenle ifade özgürlüğünün kısıtlandığını öne sürmüştür.<sup>43</sup> İlgili maddenin başvurucuya hiçbir zaman uygulanmamış olmasına, hatta başvuru aleyhine yapılan bir şikâyetin takipsizlik kararıyla sonuçlanmış olmasına rağmen, AİHM, söz konusu maddenin niteliğini ve Türkiye'deki uygulamasını da göz önüne alarak, başvurunun bir ceza yaptırımı ile karşı karşıya kalma korkusunun ifade özgürlüğünü kullanması üzerinde caydırıcı bir etki oluşturacağını belirtmiştir.<sup>44</sup> Mahkeme ayrıca, başvurunun Ermeni sorunu üzerine yazdığı yazılar nedeniyle "vatan haini" ve "casus" olarak gösterildiği karalama kampanyalarının hedefi olduğunu ve hakaret ve tehdit içeren mesajlar aldığını hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre, bu kampanyalar ve başvurucuya karşı yapılan suç duyuruları nedeniyle başvurunun kaygılandığı, stres yaşadığı ve sonuçta akademik çalışmalarında kendisini sınırlandırmak zorunda kaldığı söylenebilecektir.<sup>45</sup>

*Ahmet Şık ve Nedim Şener* kararlarında ise Mahkeme, uzun bir süre boyunca ilgili ve yeterli gerekçe olmaksızın özgürlüklerinden yoksun bırakılan başvuru sahiplerinin kamu yararına ilişkin konularda görüş açıklama

---

<sup>42</sup> Mahkemenin bu alandaki içtihadı için bkz. Rónan Ó Fathaigh, "Article 10 and the Chilling Effect Principle", *European Human Rights Law Review*, 2013, s. 304-313; Trine Baumbach, "Chilling Effect as a European Court of Human Rights' Concept in Media Law Cases", *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 6, Issue 1, 2018, s. 98 vd.

<sup>43</sup> AİHM, Altuğ Taner Akçam/Türkiye, No. 27520/07, 25.10.2011.

<sup>44</sup> Par. 68 ve 75.

<sup>45</sup> Par. 74-75.

iradeleri üzerinde caydırıcı bir etki oluştuğunu not etmiştir.<sup>46</sup> Dahası, AİHM, tutuklama tedbirinin bu şekilde uygulanmasının hem başvurucular hem de diğer araştırmacı gazeteciler açısından bir oto sansür ortamı yaratacağını kaydetmiş ve başvurucuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasını haklı bulmuştur.<sup>47</sup>

Mahkeme, daha yakın tarihli *Ali Gürbüz* kararında da benzer bir yaklaşım sergilemiştir.<sup>48</sup> Bu vakada, başvurucu hakkında sahibi olduğu gazetede yayımlanan haberler nedeniyle çok sayıda ceza kovuşturması yürütülmüş; beş ila yedi yıl süren yargılamalar sonucunda başvurucu tüm suçlamalardan beraat etmiştir. AİHM, kovuşturmaların beraatle sonuçlanmasına rağmen başvurucunun uzun bir süre cezalandırılma tehdidi altında yaşadığını ve bu süre zarfında basın özgürlüğü üzerinde bir caydırıcı etki oluştuğuna kanaat getirerek, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin uygulanabilir olduğuna ve ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Yukarıdaki örneklerden farklı olarak, *Kaboğlu ve Oran* başvurusuna konu olan olay, başvurucular hakkında yürütülen ceza soruşturması veya kovuşturması değildir. Buna karşın, başvurucuların ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde caydırıcı bir etki yaratacak faktörler fazlasıyla bulunmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi esas konusu başvurucuların tazminat taleplerinin ulusal mahkemeler tarafından reddi olan bu vakanın orijinalliği tam da burada yatmaktadır. Çoğunlukla ceza yargılaması veya yaptırım tehdidi vesilesiyle gündeme gelen caydırıcı etki unsuru, *Kaboğlu ve Oran* kararında, bir yandan şiddet çağrısı içeren yazılar karşısında başvurucuların hukuk yoluyla korunmamasından; öte yandan devlet görevlilerinin ve politikacıların da dahil olduğu, başvuruculara karşı başlatılan bir kamusal itibarsızlaştırma ve cezalandırma kampanyasından kaynaklanmaktadır.

Somut vakadaki caydırıcı etki, kararın örgüsü içerisinde kendiliğinden ortaya çıkmakta ve Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.<sup>49</sup> İlk aşamada, başvurucuları hedef alan, şiddet çağrısına varan kaba ve inciti-

<sup>46</sup> AİHM, Nedim Şener/Türkiye, No. 38270/11, 08.07.2014, par. 122; Şık/Türkiye, No. 53413/11, 08.07.2004, par. 111.

<sup>47</sup> AİHM, Nedim Şener/Türkiye, No. 38270/11, 08.07.2014, par. 122-123.

<sup>48</sup> AİHM, Ali Gürbüz/Türkiye, No. 52497/08 (...), 12.03.2019.

<sup>49</sup> Buna karşın, Mahkeme, kararının hiçbir yerinde "caydırıcı etki" (effet dissuasif) kavramını kullanmamıştır.

ci yazıların başvurucuların *ifade özgürlüklerini kullanmalarından kaynaklandığı* Mahkeme tarafından not edilmiştir.<sup>50</sup> AİHM, sonrasında, başvurucuların kişisel olarak hedef gösterilmesini, Danışma Kurulu'nda üstlendikleri görevler ve Rapor'a konu olan *fikirlerinin halk tarafından daha önceden bilinmesi* ile açıklamıştır.<sup>51</sup> Bu fikirleri nedeniyle başvuruculara yöneltilen eleştirilerin bir kısmı ifade özgürlüğü sınırlarını aşmış ve *başvuruculara karşı fiziksel şiddet kullanılmasını teşvik edici veya haklılaştırıcı* ifadeler düzeyine varmıştır.<sup>52</sup> Üstelik, Mahkeme'ye göre, *başvuruculara karşı şiddet kullanılması riski küçümsenmemelidir*. Bu yargıyı desteklemek amacıyla, *toplumda hassas olarak nitelenen konularda aykırı fikirler savunması nedeniyle bir lekeleme kampanyasına ve ölüm tehditlerine maruz kalan*, sonrasında ise aşırı milliyetçi biri kişi tarafından öldürülen Fırat Dink'in hikayesine gönderme yapılmıştır.<sup>53</sup> Bu gönderme hiç de abartılı değildir, zira Mahkeme, Rapor'un yayımlanmasıyla birlikte oluşan "gerginliğin" boyutunu açıklarken, basın toplantısı esnasında Rapor'un birinci başvurucunun elinden alınıp yırtılması, *başvurucuları hedef alan ölüm tehditleri ve bu tehditler sonucu her iki başvurucuya da koruma tahsis edilmesi* olaylarını hatırlatmıştır.<sup>54</sup> Buna ek olarak, söz konusu *ölüm tehditlerine karşı etkili bir koruma sağlanmadığı gerekçesiyle* ikinci başvurucunun Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) yaptığı bireysel başvuru neticesinde *yaşam hakkının ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği* saptanmıştır.<sup>55</sup> Mahkeme'nin tasvir ettiği bu gergin ortam ve olaylar silsilesi içerisinde değerlendirildiğinde, *gazete yazılarında başvuruculara yöneltilen kişisel saldırılar ve fiziki tehditler, alçaltıcı ve fikirlerini savunmaları konusundaki istençlerini bastırıcı bir etkiye yol açacak düzeyde korku, endişe ve kırılabilirlik hissi doğurabilecektir*.<sup>56</sup> Bu ise başvurucuların *düşünsel (entelektüel) kimliklerinin bastır-*

<sup>50</sup> Par. 71 ve 83. Bu ve takip eden satırlardaki vurgular yazara aittir.

<sup>51</sup> Par. 76.

<sup>52</sup> Par. 85.

<sup>53</sup> Par. 86.

<sup>54</sup> Par. 83.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> Par. 87. Not etmek gerekir ki, Mahkeme'nin bu değerlendirmeyi yaparken kullandığı ifadeler çoğunlukla insanlık dışı veya alçaltıcı muamele yasağına ilişkin kararlarında geçmekte ve fiziksel şiddet sonucu kişide meydana gelen tahribatı tasvir etmek için kullanılmaktadır. Doğal olarak, bu tür kararlarda fikirlerin savunulması konusundaki istencin bastırılması değil kişinin iradesinin ve direncinin kırılmasından söz edilmek-

*rılmasına neden olacaktır.*<sup>57</sup> Son olarak, ulusal yargı organlarının bu hususları göz önüne almadan vermiş olduğu kararlar başvurucuları kamuoyu nezdinde itibarsızlaştıracak ve bir tür *kamusal kınama ve cezalandırma mekanizmasının hedefine koyacaktır.*<sup>58</sup>

Görüldüğü üzere Mahkeme, olaydaki sözlü-yazılı saldırıların ve fiziksel tehditlerin ifade özgürlüğü kapsamında açıklanan fikirlerden kaynaklandığını ve aynı saldırı ve tehditlerin ifade özgürlüğünün kullanılmasını üzerinde caydırıcı bir etki doğurduğunu ortaya koymuştur. Bu etki birçok unsurun bir araya gelmesiyle şekillenmiş ve son kertede ulusal mahkemeler tarafından verilen kararlar aracılığıyla devlete isnat edilebilecek bir olgu halini almıştır. Ne var ki, başvurucuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği yönündeki iddiası ne ulusal ne de ulusal üstü düzeyde incelenmeye değer görülmüştür. AİHM, başvurunun barındırdığı esas hukuki sorununun AİHS'nin 8'inci maddesi kapsamında incelendiği gerekçesiyle ifade özgürlüğüne ilişkin şikâyeti ayrıca ele almaya gerek duymamıştır.<sup>59</sup>

Kanımızca, yukarıda aktarılanlar ışığında, başvurunun esas sorununun itibarın zedelenmesinden ibaret olduğunu, ifade özgürlüğüne ilişkin iddianın ise ihmal edilebilir ikincil bir iddia şeklinde kabul edilebileceğini savunmak güç görünmektedir. Öncelikle, *Kaboğlu ve Oran* vakası, itibarın korunması ile ifade özgürlüğünün karşı karşıya geldiği klasik hakaret veya karalama vakalarından farklıdır. Nitekim AİHM, önündeki hukuki sorunu çözmek için yalnızca özel yaşam-ifade özgürlüğü yarışmasında gündeme gelen ilkeleri uygulamamış, nefret söylemine ve şiddet çağrısına ilişkin içtihadını da kullanmıştır. Dolayısıyla başvurucuları hedef alan ve ifade özgürlüğü sınırlarını aşan yazıların başvurucular üzerindeki etkisi haysiyetin ve itibarın zedelenmesinden çok daha öteye gitmiştir. Diğer yandan, yazılarda dile getirilen şiddet çağrısı Mahkemenin de altını çizdiği gibi boşlukta kalmamakta, başvurucuların fiziksel

---

tedir. Örn., AİHM, *Dikme/Türkiye*, No. 20869/92, 11.07.2000, par. 91. Öte yandan, Mahkemenin gönderme yaptığı *Ülke* kararında "sivil ölüm" şeklinde nitelendirilen durumun kişi üzerindeki etkisini anlatmak için de aynı kelimeler kullanılmıştır. AİHM, *Ülke/Türkiye*, No. 39437/98, 24.01.2006, par. 62.

<sup>57</sup> Par. 87.

<sup>58</sup> Par. 81 ve 89.

<sup>59</sup> Par. 93.

bütünlüğüne yönelik somut bir tehlike yaratmaktadır. Bilhassa dönemin siyasal ve toplumsal koşulları değerlendirilirken *Fırant Dink* vakasına gönderme yapılmış olması söz konusu tehlikenin gerçekliğine işaret etmektedir. Nihayet, AİHM bir adım daha ileri giderek ulusal mahkemelerin kararlarıyla birlikte başvuruçuların düşünsel kimliklerinin bastırıldığı ve fikirlerini açıklama isteklerinin kırıldığı kanaatine varmıştır. Buna, başvuruçuların insan hakları alanında uzman kişiler olduğu gerçeği de eklendiğinde, ifade özgürlüğünün en az özel yaşama saygı hakkı kadar temel bir mesele olarak somut vakada ön plana çıktığını kabul etmek gerekecektir.<sup>60</sup>

Belirtmek gerekir ki, Mahkeme önünde ileri sürülen birden fazla iddianın aynı olay ve olgulara dayandığı, aynı hukuki argümanlarla savunulduğu ve aynı olmasa bile benzer menfaatlerin veya değerlerin ihlal edildiği fikrine dayandığı durumlarda Mahkemenin bütün iddiaları ayrı ayrı incelemek yerine temel bir hukuki sorun tespit edip bu soruna odaklanması gerekli bir tasarruf olarak değerlendirilebilir. AİHM içtihadı bu yönde sayısız örnek barındırmaktadır. Sarf ettiği sözler nedeniyle yüklü miktarda tazminat ödemek zorunda kalan bir kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verildikten sonra mülkiyet hakkı kapsamında ayrıca bir inceleme yapılmaması;<sup>61</sup> yaşam hakkı bağlamında etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği durumlarda ayrıca adil yargılanma hakkı veya etkili soruşturma hakkı bakımından inceleme yapmaya gerek görülmemesi<sup>62</sup> veya bir kişinin ifade özgürlüğünün ulusal mahkemeler tarafından yeterince korunmadığı tespitinden sonra söz konusu mahkemeler tarafından yürütülen yargılamanın adil olup olmadığının irdelenmemesi<sup>63</sup> bu yönde gösterilebilecek örneklerdir. Bu vakaların ortak yanı, esas hukuki sorun olarak nitelendirilen şikâyetin incelenmesi sonucu verilen ihlal kararının diğer şikâyetlere ilişkin iddiaları da büyük ölçüde

---

<sup>60</sup> Bkz. Sophia Sideridou, “Kaboglu and Oran v. Turkey: protecting the private life of scholars, yet failing to recognize the academic freedom dimension at issue”, Strasbourg Observers Blog, <https://strasbourgobservers.com/2018/11/26/kaboglu-and-oran-v-turkey-protecting-the-private-life-of-scholars-yet-failing-to-recognize-the-academic-freedom-dimension-at-issue/> (erişim tarihi: 01.04.2019)

<sup>61</sup> AİHM, Pakdemirli/Türkiye, No. 35839/97, 22.02.2005, par. 63.

<sup>62</sup> AİHM, Kamil Uzun/Türkiye, No. 37410/97, 10.05.2007, par. 64.

<sup>63</sup> AİHM, Mustafa Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, No. 346/04; 39779/04, 27.05.2014, par. 47-48.

kapsayacak nitelikte olmasıdır. Buna karşın, Sözleşme'nin 5'inci maddesine aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir gazetecinin veya bir milletvekilinin, özgürlük ve kişi güvenliği hakkının yanı sıra ifade özgürlüğünün veya serbest seçilme hakkının da ihlal edildiği kararlaştırılabilmektedir.<sup>64</sup> Bu vakaların ortak yönü ise bireysel bir hak ihlalinin, doğurduğu sonuçlar itibariyle, demokratik toplumun işleyişi bakımından hayati önemde olan başka bir hakkın kullanılmasını etkilemesidir. Bir kez daha vurgulamak gerekir ki, *Kaboğlu ve Oran* vakasındaki ihlal kararı, tutuklama gibi ağır bir müdahaleye değil, başvuruçuların tazminat taleplerinin reddine dayanmaktadır. Ancak bu ret kararları, tıpkı yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, başvuruçuların kişisel haklarının ihlalinin ötesinde demokratik toplumun temel dayanaklarından biri olan ifade özgürlüğünü de hedef almaktadır. Üstelik, yukarıda da açıklandığı üzere, söz konusu olan klasik bir hakaret vakası değil, nefret söylemine ve şiddet çağrısına ilişkin içtihadın kullanıldığı ve fiziksel şiddet riskinin somut ve gerçek kabul edildiği ayrıksı bir vakadır. Bu noktada, başvuruçuları hedef alan şiddet çağrıları karşısında, başvuruçuların ifade özgürlüklerini serbestçe kullanabilecekleri bir ortamın yaratılması için devlet organlarının gerekli tedbirleri alıp almadıkları sorusu kanımızca başvurunun esas meselelerinden bir diğeri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun yanıtlanması Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında yapılacak bir incelemeyle mümkün görünmemektedir.

### **B. Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri ve AYM'nin *Baskın Oran* Kararının Anlamı**

İfade özgürlüğünün etkili bir biçimde korunması amacıyla, Sözleşme'nin devlet organlarına bir dizi pozitif yükümlülük yüklediği Mahkeme tarafından birçok kez hatırlatılmıştır.<sup>65</sup> Bu yükümlülüklerin bir gereği olarak, devlet organları, kişilerin ifade özgürlüklerini üçüncü kişilerin eylem ve saldırılarına karşı korumakla da yükümlüdür.<sup>66</sup> Söz konusu koruma yükümlülüğü, ifade özgürlüğüne mahsus bir yükümlülük ol-

<sup>64</sup> AİHM, Nedim Şener/Türkiye, No. 38270/11, 08.07.2014; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), No. 14305/17, 20.11.2018. (Büyük Daire önünde derdest)

<sup>65</sup> Ulaş Karan, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, Avrupa Konseyi yayınları, Ankara, 2018, s. 93.

<sup>66</sup> AİHM, Özgür Gündem/Türkiye, No. 23144/93, 16.03.2000, par. 43.

mayıp Sözleşme ile güvence altına alınan birçok hak ve özgürlük bakımından geçerlidir. Buna karşın, devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamı her durumda ve bütün hak ve özgürlükler bakımından aynı değildir.

AİHM, *Kaboğlu ve Oran* kararında, başvuruçuların iddialarını özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı bakımından inceleyerek devletin Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği sorusuna yanıt aramıştır. Özel kişiler arası uyumsuzluklarda, söz konusu yükümlülüğün temelinde özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ile bu hakkın çatıştığı veya yarıştığı hak ve özgürlük arasında uygun bir dengenin gözetilmesi yer almaktadır. Nitekim Mahkeme bu hususu açıkça belirtmiş ve somut vakada ulusal mahkemelerin özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı ile basın özgürlüğü arasında doğru bir denge kuramadığına hükmetmiştir.<sup>67</sup> Başvuruçuları hedef alan yazıların bir kısmının şiddete çağrı içermesi, söz konusu dengenin kurulmasında dikkate alınması gereken önemli unsurlardan biri olmakla birlikte, devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamını özellikle genişleten bir etki yaratmamıştır. Kısacası, somut vakada, devletin pozitif yükümlülüğü özel yaşam ve ifade özgürlüğü arasında doğru bir denge kurmakla sınırlı kalmıştır.

Mahkemenin tespit ettiği şiddet çağrısı unsuru, kanımızca, devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamını genişletici bir etki doğurmaktadır. Nitekim Mahkemenin de açıkça ifade ettiği gibi, başvuruçuların fiziksel şiddete maruz kalma riskinin gerçek ve somut olduğu bu vakada, başvuruçuların düşünsel kimlikleri bastırılmış ve düşüncelerini serbestçe açıklama özgürlükleri üzerinde bir baskı oluşmuştur. Bu ise devletin, ifade özgürlüğüne ilişkin pozitif yükümlülüklerini gündeme getirmektedir. Devletin bu alandaki pozitif yükümlülükleri ise, AİHM'nin de gönderme yaptığı *Dink* kararında belirtildiği üzere bir dengeleme uğraşından çok daha öteye gitmektedir. Mahkeme bu kararında, devletin, ifade özgürlüğüne ilişkin pozitif yükümlülüklerinin, klasik koruma yükümlülüğünün ötesinde, "yazar ve gazeteciler için etkin bir koruma sistemi oluşturarak, ilgililerin fikir ve düşüncelerini -bunlar resmi makamlar veya kamuoyunun önemli bir kesimi tarafından savunulanların aksine olsa, hatta onlar için kışkırtıcı veya şoke edici nitelikte olsa bile- korkusuzca ifade etmelerine imkan sağlayarak, ilgili tüm kişilerin toplumsal tartışmalara katkı-

---

<sup>67</sup> Par. 89-90.

lını için uygun bir ortam yaratmak” ödevini de içerdiğini ifade etmiştir.<sup>68</sup> *Kaboğlu ve Oran* kararında, nefret söylemi ve şiddete çağrı olarak nitelendirilen ifadelerin ulusal mahkemeler tarafından dikkate alınmayarak ifade özgürlüğü dahilinde değerlendirilmesi, hiç şüphe yok ki, başvuruçuların görüşlerini korkusuzca dile getirmelerine ve bu sayede toplumsal tartışmalara katkı sunmalarına imkan tanıyan bir ortamın yaratılmasına engel olmuştur. Dolayısıyla, devletin, “ifade özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanılması için uygun bir ortam yaratma” şeklinde özetlenebilecek pozitif yükümlülüğü tam da *Kaboğlu ve Oran* vakasının barındırdığı esas sorunlardan biridir. Bu sorunun irdelenip, devletin tutumunun bu bakımdan denetlenmesi özel yaşamın korunması kapsamında gerçekleştirilecek sınırlı bir incelemeyle mümkün değildir.

Aslında AİHM, *Kaboğlu ve Oran* başvurusunun, özel yaşamın korunması hakkının yanı sıra ifade özgürlüğüne ilişkin birtakım devlet yükümlülüklerini de gündeme getirdiğini kabul etmiştir. Mahkeme, olaydaki yazılı eleştiri ve saldırıların, başvuruçuların ifade özgürlüğünü kullanmalarından kaynaklandığını kaydetmiştir. Bu tespitin ardından AİHM, ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi için devletin müdahale etmeme ödevinin yanında koruyucu tedbirler alma yükümlülüğünün de bulunduğunu hatırlatarak, devletin, ifade özgürlüğünün üçüncü kişilerden gelen müdahalelere karşı korunması yönündeki pozitif yükümlülüğüne gönderme yapmıştır.<sup>69</sup> Mahkeme, diğer yandan, başvuruçuları hedef alan şiddet çağrılarının küçümsenmemesi gerektiğini belirtirken *Dink* vakasındaki siyasal ve toplumsal koşullar ile somut vakanın koşulları arasında bir paralellik kurmuştur.<sup>70</sup> AİHM nihayet, esas incelemesine başlamadan önce Anayasa Mahkemesi'nin *Baskın Oran* kararından alıntılara yer vermiştir.<sup>71</sup> AYM'nin bu kararı, ikinci başvuruçunun Rapor nedeniyle aldığı ölüm tehditlerinin failine etkili bir ceza yaptırımını uygulanmamasını konu almaktadır.<sup>72</sup> AYM, başvuruçunun şikâyetini, devletin yaşam hakkı ve ifade özgürlüğü kapsamındaki pozitif yükümlülükleri ışığında incelemiş ve her iki hakkın da ihlal edil-

<sup>68</sup> AİHM, *Dink/Türkiye*, No. 2668/07 (...), 14.09.2010, par. 137.

<sup>69</sup> Par. 71.

<sup>70</sup> Par. 86.

<sup>71</sup> Par. 44-46.

<sup>72</sup> AYM, *Baskın Oran*, No. 2014/4645, 18.04.2018.



diği sonucuna ulaşmıştır. Kararın ifade özgürlüğüne ilişkin kısmında, AYM, bilhassa ölüm tehditleri karşısında etkili bir yargısal koruma sağlanmaması nedeniyle, akademik ve yazın hayatının önemli bir kısmında azınlık hakları çalışmış olan başvurunun güvenle yürütebileceği bir yazın ortamının varlığından söz edilemeyeceğini dile getirmiştir. AİHM'nin *Dink* kararındaki tespitlerine gönderme yapan AYM, sonuç olarak başvurunun düşünce açıklamaları üzerinde caydırıcı bir etki oluştuğuna kanaat getirmiştir.<sup>73</sup>

AİHM'nin AYM'nin bu kararına ve devletin ifade özgürlüğü konusundaki pozitif yükümlülüklerine atıfta bulunması, kanımızca, ancak başvurunun ifade özgürlüğü bakımından da incelenmiş olmasında tutarlı bir tutum olarak değerlendirilebilecekti. Nitekim, devletin, ifade özgürlüğüne etkili bir şekilde kullanılması için uygun bir ortam sağlama yükümlülüğü, AYM'nin ihlal kararının temel dayanağını oluşturmaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi, bu yükümlülüğün aynı zamanda AİHM önündeki başvurunun barındırdığı esas sorunlarından biri olduğunu savunmak mümkündür. Ne var ki, AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin pozitif yükümlülüklerle değinmekle ve AYM kararına yer vermekle yetinmiş, somut olayda bu yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini incelememiştir. Bu durum, AYM'nin *Baskın Oran* kararına AİHM kararında yer verilme sebebini belirsiz kılmıştır. AYM'nin *Baskın Oran* kararının 28.09.2018 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlandığı<sup>74</sup> ve AİHM'nin *Kaboğlu ve Oran* kararının 02.10.2018 tarihli bölüm toplantısında alındığı gözetildiğinde bu belirsizlik daha da önem kazanmaktadır. şayet AİHM ifade özgürlüğüne ihlal edildiği iddiasını incelemiş olsaydı, bu denli süratli bir şekilde AYM kararının dikkate alınmasının makul bir açıklaması mümkün olabilecekti. Ancak mevcut durumda, AYM'nin kararının AİHM kararı üzerinde bir etki doğurup doğurmadığı, doğruduysa bu etkinin ne yönde şekillendiği konusunda haklı tereddütler bulunmaktadır. Mevcut durumda, AYM'nin ifade özgürlüğü kapsamında tespit ettiği hak ihlalinin AİHM'nin denetimini sınırlandırdığı izlenimi oluşmuştur.

<sup>73</sup> Par. 88.

<sup>74</sup> RG, Tarih: 28.09.2018, Sayı: 30549.

**Sonuç**

*Kaboğlu ve Oran* başvurusu artıları ve eksileriyle önemli bir karara vücut vermiştir. Ulusal mahkemelerin kurmaktan imtina ettikleri basın özgürlüğü-özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı dengesinin AİHM tarafından gerçekleştirilmesi orijinal bir durum olmamakla birlikte bu alandaki içtihadın sağlamlaşmasına katkıda bulunmuştur. Söz konusu dengeleme uğraşının en özgün tarafı, klasik özel yaşam-ifade özgürlüğü karşılaşmalarında gündeme gelmeyen nefret söylemi ve şiddet çağrısı içtihadına başvurulmuş olmasıdır. Davanın bu özelliği, Mahkemenin ihlal sonucuna ulaşmasını kolaylaştırmıştır. Buna karşın, şiddet çağrısı içeren ifadeler, olgusal temeli tartışmalı itham ve kaba sözlerin yeterince irdelenmesine engel olmuş görünmektedir.

Bu çalışmada asıl eleştiri konusu yapılan husus, AİHM'nin başvuru yalnızca özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı çerçevesinde ele almış olmasıdır. Oysa şiddet çağrısı niteliğindeki ifadelerin başvuru sahiplerinin düşünce açıklamaları üzerindeki caydırıcı etkisi ve ifade özgürlüğü kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler bir arada düşünüldüğünde, ifade özgürlüğü temelinde ayrı bir incelemenin yapılmasının gerekli olduğu rahatlıkla ileri sürülebilecektir. Kararın örgüsü ve içerdiği referanslar bunun daha tutarlı bir yaklaşım olacağı fikrini desteklemektedir. Mahkemenin ifade özgürlüğü alanında oluşturduğu içtihat da bu olasılığı dışlamamakta, aksine güçlendirmektedir.

Kanımızca, Mahkemenin ifade özgürlüğü sorununu ayrıca ele almamasında somut vakanın iç hukukta özel hukuka ilişkin bir çekişme şeklinde cereyan etmesi etkili olmuştur. Yine bu nedenledir ki Mahkeme caydırıcı etki kavramını açıkça kullanmamayı tercih etmiştir. Bununla birlikte, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, caydırıcı etki kavramının tüm unsurlarının olayda mevcut olduğu aşıkardır. Anayasa Mahkemesinin *Baskın Oran* kararının, bu tespiti ve ifade özgürlüğü bakımından da bir inceleme yapılması ihtimalini güçlendirmesi beklenirken, bu yönde bir etki ortaya çıkmamıştır. Devletin, ifade özgürlüğünü bireyler arası ilişkilerde koruma yükümlülüğü yeterli bir gerekçe gösterilmeden boşlukta bırakılmıştır. İfade özgürlüğünün ifade özgürlüğü ile karşı karşıya geldiği bu müstesna vaka üzerinden yeni bir içtihat oluşturma fırsatı da bu vesileyle kaçırılmıştır.

**KAYNAKÇA**

Baumbach, Trine, “Chilling Effect as a European Court of Human Rights’ Concept in Media Law Cases”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 6, Issue 1, 2018, ss. 92-114.

Bychawska-Siniarska, Dominika, *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2017.

De Fontbressin, Patrick, “La liberté d’expression et ses limites”, in Pierre Lambert (dir.), *Les partis liberticides et la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, ss. 13-24.

Kaboğlu, İbrahim Ö., "Le Conseil des droits de l'homme devant le tribunal pénal (cas de la Turquie)" in N. Şebnem Sayhan ve Yücel Karlıklılı (ed.), *Festschrift für zum 75. Geburtstag Ali Ülkü Azrak (Ali Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı)*, İstanbul, 2008, ss. 123-150.

Kaboğlu, İbrahim Ö. ve Akkurt, Kemal (der.), *İnsan Hakları Danışma Kurulu Raporları*, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

Kaboğlu, İbrahim Ö., “Düşünce Özgürlüğü”, in *İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları*, İstanbul, 2000, ss. 106-120.

Karan, Ulaş, *İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, Avrupa Konseyi yayınları*, Ankara, 2018.

Ó Fathaigh, Rónan, “Article 10 and the Chilling Effect Principle”, *European Human Rights Law Review*, 2013, s. 304-313.

Oran, Baskın, “Azınlık Hakları Raporu’nun Hikayesi”, in Taner Koçak, Taylan Doğan, Zeynep Kutluata (ed.), *Türkiye’de İfade Özgürlüğü*, BGST Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 112-122.

Sideridou, Sophia, “Kaboglu and Oran v. Turkey: protecting the private life of scholars, yet failing to recognize the academic freedom dimension at issue”, <https://strasbourgobservers.com/2018/11/26/kaboglu-and-oran-v-turkey-protecting-the-private-life-of-scholars-yet-failing-to-recognize-the-academic-freedom-dimension-at-issue/>

Şirin, Tolga, “Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, in Selda Çağlar (ed.), *İnsan Hakları*, Beta, İstanbul, 2010, ss. 113-186.

Uygun, Oktay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, in Taner Koçak, Taylan Do-

ğan, Zeynep Kutluata (ed.), Türkiye’de İfade Özgürlüğü, BGST Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 15-67.

Villiger, Mark E., “AİHM Uygulamasında 17. madde ve İfade Özgürlüğü”, in İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kalme Alınmış Makaleler), Wolf Legal Publishers, 2012, ss. 297-304;

Yalçın Sancar, Türkan, “Ceza Hukukunda ‘Özgürlükçü’ ve ‘Baskıcı’ Yaklaşımlar - Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ‘Kaboglu-Oran’ Kararı”, in İbrahim Ö. Kaboğlu, (der.), Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, ss. 401-435.

## İÇTİHAT

### Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHM, Ali Gürbüz/Türkiye, No. 52497/08 (...), 12.03.2019.

AİHM, Selahattin Demirtaş/Türkiye (No.2), No. 14305/17, 20.11.2018. (Büyük Daire önünde derdest)

AİHM, BD, Morice/Fransa, No. 29369/10, 23.04.2015.

AİHM, Nedim Şener/Türkiye, No. 38270/11, 08.07.2014.

AİHM, Şık/Türkiye, No. 53413/11, 08.07.2004.

AİHM, BD, S.A.S./Fransa, No. 43835/11, 01.07.2014.

AİHM, Mustafa Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, No. 346/04; 39779/04, 27.05.2014.

AİHM, Mater/Türkiye, No. 54997/08, 16.07.2013.

AİHM, Eon/Fransa, No. 26118/10, 14.03.2013.

AİHM, BD, Axel Springer AG/Almanya, No. 39954/08, 07.02.2012.

AİHM, Altuğ Taner Akçam/Türkiye, No. 27520/07, 25.10.2011

AİHM, BD, Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya, No. 28955/06 (...), 12.09.2011.

AİHM, Dink/Türkiye, No. 2668/07 (...), 14.09.2010.

AİHM, Sorguç/Türkiye, No. 17089, 23.06.2009.

AİHM, Kamil Uzun/Türkiye, No. 37410/97, 10.05.2007.

AİHM, Ülke/Türkiye, No. 39437/98, 24.01.2006.

AİHM, Pakdemirli/Türkiye, No. 35839/97, 22.02.2005.

AİHM, Pedersen and Baadsgaard/Danimarka, No. 49017/99, 17.12.2004.

AİHM, Feldek/Slovakya, No. 29032/95, 12.07.2001.

AİHM, Dikme/Türkiye, No. 20869/92, 11.07.2000.

AİHM, Özgür Gündem/Türkiye, No. 23144/93, 16.03.2000.

AİHM, BD, Janowski/Polonya, No. 25716/94, 21.01.1999.

AİHM, Oberschlick/Avusturya (No. 2), No. 20834/92, 01.07.1997.

AİHM, De Haes and Gijssels/Belçika, No. 19983/92, 24.02.1997.

AİHM, Lingens/Avusturya, No. 9815/82, 08.07.1986.

AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, No. 5493/72, 07.12.1976.

### **Anayasa Mahkemesi**

AYM, *Baskın Oran*, No. 2014/4645, 18.04.2018.