

301. Maddenin Değişikliği ile İfade Özgürlüğüne Yaklaşıldı mı?

Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği 6 Haziran 2008 tarihinde düzenlediği bir toplantıyla hukuk ve anayasa hukuku uzmanları, sivil toplum temsilcileri ve Alman Büyükelçi ile beraber “301. Maddenin Değişikliği ile İfade Özgürlüğüne Yaklaşıldı mı?” sorusuna bir cevap bulmaya çalıştı. Ayrıca Türkiye’de 301. maddenin kaldırıldığı durumda ifade özgürlüğüne kavuşulup kavuşulmayacağı sorusuna cevap verebilmek için Türkiye hukukunda ifade özgürlüğü açısından 301. maddeden ötürü hangi kısıtlamaların bulunduğunu da tespit etmeye çalıştı.



301. maddede neler değiştirildi?

301. maddenin yürürlüğe girmesinden buyana pek çok yazar, gazeteci, akademisyen, siyasetçi, sanatçı, sivil toplum kuruluşu temsilcisi hakkında bu maddeden dava açıldı. Hakkında dava açılan bu kişiler tepkiye, tehdide ve hatta gazeteci Hrant Dink gibi suikasta uğradı.

301. maddede düzenlenme öncesinde ‘hakaret’ ve ‘devletin kurumlarını zayıflatma’ suçu yer almaktaydı. Son değişikliklerle bu suçların yerini ‘aşağılama suçu’ almıştır.

Yasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere 301. madde şu ilkeler gözetilerek değiştirilmiştir:

1. Belirlilik; suç konusu fiilin belirgin ve somut olmasını ifade eder.
2. Aleniyet; suç konusu fiilin aleni olarak işlenmesini arar.
3. Bütünlük; suç konusu fiil bir görüş açıklaması içerisinde işlenmişse görüş açıklamasını ortaya koyan konuşma ve yazının bir bütün olarak değerlendirilmesi halinde suçun oluşup oluşmadığının tespitini gerekli kılar.
4. Eleştiri sınırının aşılması; suç konusu fiilin eleştiri sınırlarının dışında kalan bir aşağılama içermesi gerekir.
5. Suç konusu fiil gerçek kişilere karşı işlenemez, ancak kurumlara ve ortak kimliklere karşı işlenebilir.

301. madde ile korunan yararın sadece sosyal ayıplama işlevi ile yerine getirilebileceği belirtildi. Ayrıca aşağılama eylemlerine karşı özel hukukun tazminat davalarını ilgili kurumların da açabilmesine ilişkin düzenlemeler yapılabileceği önerildi. Böylelikle sadece ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları açılmasının bile ifadeyi sınırlayan ve baskılayan sonuçlar doğurmasının önüne geçilebileceği yönünde tespitler yapıldı.

Eski 301. maddenin en önemli sorunlarından birisi maddede yer alan “**Türklük**” kavramıydı. Eski 301 yasasında yer alan tanımıyla Türklük kavramı belirli bir etnik

kimliğe dayalı ve Turancı bir bakış açısıyla anlamlandırılıyordu. Yasanın eski gerekçesinde Türklük kavramının “dünyanın neresinde yaşarsa yaşasın, kendini Türk hissedenleri” kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği belirtiliyordu.

Yasa değişikliğinde **Türklük kavramı** yerine **Türk Milleti kavramının** kullanılmasının uygulamada nasıl bir etki yaratacağı, kavrama verilen anlama bağlı olacaktır. Eğer Türk Milleti kavramı etnik, dilsel ve dinsel tüm farklılıkları kapsayan bütünleştirici bir kavram olarak kabul edilirse o zaman bütün unsurların aşağılanmaya karşı korunması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Böyle bir uygulama halinde de, sadece Türk etnik kimliğine dayalı olanların değil Türk Milletinin bileşenleri olan Kürt, Ermeni, Çerkez ve diğer etnik kimliklerin de aşağılanmaya karşı korunması mümkün olacaktır.



Ama zaten TCK'nın 216/2. maddesinde halkın bir kesiminin aşağılanması suç olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan ayrıca bir 301. madde gerekmemektedir.

Öte yandan AİHM içtihatlarında ağır, incitici veya kırıci eleştirilerin yurttaş denetiminin bir gereği olduğu açıkça yer alıyor. Bu tip eleştirilerin özellikle devlet kurumlarına karşı yöneltilmesinin engellenmesi yerine, tam tersine, demokratik işleyiş için bunu özgür bırakmak gerekir. Bu, vatandaşların demokratik bir hakkı olmalıdır.

301. maddede yapılan son değişiklik ile “soruşturma yapma izni Adalet Bakanlığı'na bırakılmıştır. Yeni düzenlemeye göre, bir savcının 301. madde ile ilgili bir dava açabilmesi için Adalet Bakanlığının izni gereklidir. Toplantı sırasında bu değişiklik konusunda farklı görüşler savunuldu.

Bir yandan, eski Türk Ceza Kanununun 159. madde uygulaması gözetildiğinde, bu değişiklik ileri bir adım olarak değerlendirilmedi. Nitekim herhangi bir kişinin yargılanmasını yürütmede bulunan bir bakanın iznine bağlamak, yargı bağımsızlığının önünde bir engel olarak görülebilmektedir.

Öbür tarafta bu değişiklik mevcut koşullarda olumlu sonuçlar doğurabilecek ve bir fren mekanizması olarak görülebilecek. Davaları azaltabilecek bir etki de yaratabilir.

Ama nasıl ki ifade özgürlüğüne ilişkin 301'in kapsam maddesindeki belirsizlikler sorun yaratacaksa, Adalet Bakanlığının izin yetkisi de, Bakanlığın siyasi kişiliği gözetildiğinde sorun yaratabilir. Soruşturma izninin Adalet Bakanlığı'na bırakılıyor olması ancak hükümetin bu konuda özgürlükçü bir tutum benimsediği durumlarda işe yarayabilir.

Önemli olan ise, gerek savcılık tarafından Adalet Bakanlığına yapılan soruşturmaya yönelik izin taleplerinde, gerekse Adalet Bakanlığı tarafından verilen onay veya ret cevaplarında gerekçeli kararların yazılması ve bu kararların kamuoyu ile paylaşılmasıdır. Buna benzer bir sistem Alman hukukunda da bulunmaktadır. Ancak uygulama bakımından bu sistem daha çok soruşturmanın engellenmesi yönünde işlev görmektedir. Bu sistem Türk hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi bir işlevsellik kazanırsa yararlı olabilir.



Uluslararası hukukta ve Türk hukukunda İfade özgürlüğü

Avrupa Birliği sürecinde olan Türkiye'nin ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar getiriyor olması nasıl değerlendirmek gerekir?

Kamuoyunda 301. madde tartışmaları boyunca hem AKP

hükümeti hem de 301. madde savunucuları diğer Avrupa ülkelerinde de buna benzer hükümlerin olduğunu belirttiler. Bu nedenle de Türkiye'nin böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyduğunu savundular.

Avrupa ülkelerinin hukukunda da ifade özgürlüğü alanında belli kısıtlamalar olmasına rağmen bu konuda Türkiye'de yaşandığı kadar büyük sorunlar yaşanmamakta. Bunun belli başlı iki nedeni vardır: Bunlardan ilki, Avrupa ülkelerindeki uygulamada ifade özgürlüğü aleyhinde kararlar vermek yerine ifade özgürlüğünü güvence altına alacak şekilde kararlar veriliyor. Avrupa ülkelerinin uygulaması ve adalet sisteminin işleyişi ifade özgürlüğüne değer veren bir hukuk kültürü oluşmasını sağlamıştır. Buna göre asıl olan ifade özgürlüğünü korumak, istisnai olansa ifade özgürlüğünün önünde sınırlamaya gitmektir. İkincisi, Avrupa hukukunda, ifade özgürlüğü hak ve özgürlükler karşılaştırmasında daha üstün bir hak ve özgürlük kategorisi olarak kabul edilmektedir. Bu da tereddütlü durumlarda ifade özgürlüğü lehinde karar alınmasını sağlamakta, kolaylaştırmaktadır.

Devletler hukuku içinde ve kamusal sözleşmeler hukuku çerçevesinde ilerleyen Türkiye-Avrupa Birliği ortaklık hukukunda her iki tarafın da karşılıklı hak ve yükümlülükleri vardır. Bu süreçte ifade özgürlüğünün genişletilmesi elbette Türkiye'nin yükümlülüğü olarak tanımlanabilir. Bunun somut görünümlerinden birisi olarak, Avrupa Birliği'nin, başta 301. madde olmak üzere ifade özgürlüğüne ilişkin tüm yasal engellerin ayıklanmasını istemesi son derece makul bir sonuçtur.

ABD Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) kararları ise ifade özgürlüğünün çerçevesini çizmektedir. Bu kararlarda iki temel parametre söz konusudur. Bunlar; içerik denetiminin son derece sınırlı olması yani içerikte serbesti ilkesi ile ifade şekline ait düzenlemelerdir:

İçerik denetimi: Genel bir kural olarak yaptırılmamaktadır. Ele alınan sözlü veya yazılı ifadede içeriğe ilişkin serbesti ilkesi vardır. Ancak istisnai olarak içerik denetimi yapıldığı zaman;

- gerekli ve önemli bir devlet menfaatinin olması,
- içerik denetimine dair düzenlemenin mutlak suretle dar olması,
- düzenlemenin korumaya çalıştığı menfaatin, ifadenin kendisinden doğan menfaati sınırlayamayacağı, bağımsız bir üstün menfaate yönelik olması gerekliliği söz konusudur.



İletim şekli bakımından düzenleme: İfade etmenin nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı konusunda sınırlamalar getirilebilir.

Ancak ifade etmeye yönelik, iletim şekline ve yerine ilişkin zaman içinde oluşmuş bir kültür varsa buna aykırı iletim şekli düzenlemeleri yapılması söz konusu değildir.

Anglo-Amerikan hukuku ifade etmenin dört biçimini de kapsamına almaktadır. Yani bireysel olarak görüş açıklama (söz veya yazıyla) ya da bireysel davranışla kendini ifade etme ile kolektif olarak görüş açıklama (söz veya yazıyla) ya da kolektif davranışla kendini ifade etme. İfade özgürlüğüne ilişkin biçimsel sınırlamalarda ise şu ilkelere dikkat edilir: İfadeye ilişkin yapılacak sınırlamalarda hiçbir belirsizliğin olmaması, kamu görevlilerine takdir hakkı verilmemesi, sembolik ifade özgürlüğü biçimlerinin hiçbir surette sınırlanmaması ve ifade etmek kadar ifade etmeme özgürlüğünün de güvenceye alınmasıdır.

Türkiye’de ifade özgürlüğünün önündeki diğer kısıtlamalar

Türkiye’de 301. maddeyle beraber, düşüncelerini açıklayan her kesimden insanı etkileyen, özellikle Türkiye’nin Doğu ve Güneydoğu bölgelerinde yaşanan sorunları tanımlamaya yönelik ifadeler konusunda başka düzenlemeler de mevcuttur. Ancak bu düzenlemeler uluslar arası gündeme ge(tiri)lemedi.

Bunlara örnek olarak

- Terörle Mücadele Yasası ve Türk Ceza Kanunu’nun bununla ilgili maddeleri;
- Türk Ceza Kanunu’nun, halkı askerlikten soğutmak suçunu düzenleyen 318. maddesi;
- Türk Ceza Kanunu’nun, adil yargılamayı engellemeye teşebbüs suçunu düzenleyen 288. maddesi;
- Türk Ceza Kanunu’nun halkın bir kesimini sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, dil ve bölgesel farklılıklar üzerinden kin ve düşmanlığa tahrik suçunu düzenleyen 216. maddesi.
- İnternet ortamında işlenen suçlara ilişkin kanun gibi kanunlar sıralayabiliriz.

Görüldüğü gibi bir toplumun yapısı ile o ülkenin hukuk sistemi birbirinden soyutlanamaz. Bu Türkiye'deki yargı mensupları için de geçerlidir. Türkiye'de din ve laiklik arasındaki kutuplaşma ayrıca ifade özgürlüğü alanını daraltan bir kutuplaşmadır.

Yukarıda da değinildiği gibi 301. madde Türk Ceza Kanunu'ndan tamamen çıkartılabilir. İfade özgürlüğüne yaklaşabilmek için toplumsal yapıyı da değiştirmek gerekir. Bu nedenle yeni bir dil üretilmelidir ve Kürt sorununun çözümüne yönelik adımlar atılmalıdır. Bu konularda STKlar, medya ve aydınlara önemli bir rol düşecektir. Medya iyi örnekleri kamuoyuna aktararak bilgilendirme rolünü yerine getirebilir. Ayrıca da Avrupa Birliği ve ABD'nin ılımlı İslam projesinden vazgeçmeleri lazımdır.

