

**İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ EKSENİNDE  
ANAYASA MAHKEMESİNİN HUKUKU DEĞİŞTİRME SORUNU**

*The Issue of the Constitutional Court  
Changing The Law Interms of Freedom of Expression*

**Ömer KESKİNSOY\***  
**Hande Seher DEMİR\*\***  
**Semih Batur KAYA\*\*\***

**Öz**

Anayasa basit bir normlar toplamından ibaret değildir; aksine temelinde insan onuru yer alan ilkeler bütünüdür. İnsan onuru, hak ve özgürlüklerin temel paradigmasını teşkil etmektedir. Tüm hak ve özgürlükler gibi ifade özgürlüğü de insan onuruna yönelmektedir. Bu çalışmada üzerinde durulan temel husus Anayasa Mahkemesinin ifade özgürlüğü ekseninde hak eksenli yaklaşımında tutarlı bir içtihat ortaya koyup koymadığıdır. Bu yaklaşımıyla Anayasa Mahkemesinin hukuku değiştirdiği kanaati doğmuştur. Hukukun değiştirilmesi insan onuruna yönelen ilkelerin varlığı veya eksikliği yanında uygulamaya tam olarak aktarılmaması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Anayasa Mahkemesi burada hak eksenli yaklaşımında tutarlı bir içtihadı mimari inşa etmemektedir. Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarından hareketle, ifade özgürlüğünün yeterince korunmadığı kanaati ortaya çıkmaktadır.

---

\* Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF Siyaset Bilim ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi omer.keskinsoy@hbv.edu.tr, Orcid ID: 0000-0002-7441-9547

\*\* Hacı Bayram Veli Üniversitesi İİBF Siyaset Bilim ve Kamu Yönetimi Bölümü Dr. Araştırma Görevlisi handeseherdemir@gmail.com, Orcid ID:0000-0001-7957-0521

\*\*\* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, semih.batur@yahoo.com, Orcid ID:0000-0001-5888-1750

Makale Geliş Tarihi:13.04.2020

Makale Kabul Tarihi:08.05.2020

**Anahtar Kelimeler:** İfade Özgürlüğü, Anayasacılık, Anayasa Yargısı, Hukuk Devleti, Demokrasi.

### **Abstract**

The constitution is not a simple sum of norms; on the contrary, it is a set of principles that are based on human dignity. Human dignity is the basic paradigm of rights and freedoms. Freedom of expression, like all rights and freedoms, is directed towards human dignity. As we have stated in this study, the Constitutional Court does not act with a right-based approach to freedom of expression. The Constitutional Court changes the law with this approach. Considering the case law of the European Court of Human Rights, this conclusion about the Constitutional Court emerges.

**Keywords:** Freedom of Expression, Constitutionalism, Constitutional Jurisdiction, Rule of Law, Democracy.

### **I.Giriş**

İfade ve basın hürriyeti, liberal çoğulcu demokrasi anlayışının olmazsa olmaz şartlarından. Çağdaş çoğulcu demokrasilerin maddi/şekli anayasalarında, ifade özgürlüğünün ve en genel ifadeyle insan onurunun tanındığı ve korunduğu görülür.

Tarihten günümüze yaşanan süreçte zayıf olan insanı devlet karşısında korumaya yönelik zihni ve fiili çalışmaların günümüzde ulaştığı son nokta anayasal devlettir. Anayasal devletin araçları ise kuvvetler ayrılığı, denge ve fren sistemi, iyi yönetim araçları, şeffaflık, hak ve hürriyetlere müdahalelerin yargısal denetimi (AİHM, AYM'e bireysel başvuru), insan haklarına saygılı devlet, çoğulcu demokrasi, son tahlilde hukuk devletidir. Çoğunluğun sınırlı egemenliği anlamına gelen çoğulcu demokrasi anlayışında azınlığın hak ve hürriyetleri çoğunluğun insafına bırakılamaz. Tek bir kişinin dahi tercihleri, fikirleri, ifadeleri önemlidir, korunmaya değerdir.

Düşünce ve ifade hürriyetinin farklı tezahürü şekilleri olan; bilim ve sanat hürriyeti, dernek kurma hürriyeti, süreli ve süresiz yayın hakkı, basın özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hürriyeti gibi hürriyetler çoğulcu

demokratik toplumun olmazsa olmazlarındadır. Demokratik toplum ancak ve hususiyle bunlarla anlamlı ve yaşanır hale gelir, bunlardan birine müdahalenin diğerlerinden bağımsız değerlendirilemeyeceği ve her biri bakımından geçerli olmak üzere birine müdahalenin diğerlerini de etkileyeceği kuşkusuzdur. Biraz önce sayılan ve negatif statü hakları kategorisinde yer alan ifade özgürlüğünün ortaya çıkışı şekilleri arasına, pozitif statü hakları içerisinde olan sendika kurma ve aktif statü hakları arasında yer alan siyasi parti kurma özgürlüklerini de ilave etmek mümkündür.

İfade özgürlüğünün özel bir görünüm biçimi olan basın özgürlüğü, demokratik bir toplumda ayrı bir öneme sahiptir. Zira anılan özgürlük yalnızca basının fikir ve bilgileri yaymasına değil halkın bunlara ulaşmasına da imkân sağlar. Aksi halde sadece ifade özgürlüğü değil, dolaylı olarak düşünce özgürlüğü, demokrasi, seçme ve seçilme özgürlükleri de tahrip olur; zira kişiler ancak ulaşabildiği bilgiler ölçüsünde fikirlerini oluşturabilir, değiştirebilir, seçme haklarını kullanarak siyasi hayata katılabilir ve demokrasiyi yaşayarak gerçekleştirebilir.

Şeffaflık ve hesap verilebilirlik demokratik toplum düzeninin gereklerindedir. Demokrasinin sağlıklı işleyişi kamu makamlarının sadece yasama ve yargı organları tarafından değil aynı zamanda siyasi partiler, sivil toplum örgütleri ve basın gibi demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları tarafından da denetlenmesine bağlıdır. Bu doğrultuda basın, kamunun gözetleyicisi olarak farklı kaynaklardan bilgi ve fikirleri yayarak şeffaflık ve hesap verilebilirliğin sağlanmasına da katkıda bulunur. Basın özgürlüğü sayesinde farklı kaynaklardan bilgi ve fikirlere ulaşan kamuoyu, kamu gücünü elinde bulunduranların iş ve işlemlerine yönelik daha doğru bir kanaate ulaşır.

Temel hak ve hürriyetler ile yargı arasında oldukça işlevsel bir bağ vardır. Temel hak ve hürriyetleri haksız müdahalelerinden koruyan nihai irade, yargı iradesidir. İşte bu noktada anayasa yargısı özel ve hayati bir konumda yer almaktadır. Anayasacılığın özü, haksız müdahalelere karşı temel hak ve hürriyetleri koruyarak bir denge ve denetim sağlamaktır. Şu hâlde hukuk devletinde anayasa yargısından beklenen, “hak eksenli” (rightbased) bir yaklaşım benimsemesi; takdir yetkisini otoriteden değil özgürlükten yana kullanmasıdır. Çalışmada, ifade özgürlüğü ekseninde, Türkiye’deki normatif devreler analiz edilecek; AİHM’nin ifade hürriyetine yönelik genel içtihadı ortaya konarak Türkiye özelinde verdiği kararlarda içtihat değişikliğine gidip gitmediği tartışılacak,

Anayasa Mahkemesi'nin ifade hürriyetine ilişkin kararları tahlil edilerek insan hakları ve yargı organı arasındaki bağ incelenecektir.

## II. Modern Hukukun Özgürlük Sorunu

İktidar, özellikle de siyasi iktidar bireyin hakeza toplumun hak ve özgürlükleri üzerinde büyük bir güç oluşturmaktadır. Siyasi iktidarın güç ve zor kullanma tekelliği ve tekilliği onu, birey-toplum ile iktidar geriliminde potansiyel bir tehlike haline getirmektedir. Bu durumun kısmen de olsa önüne geçilebilmesi için çeşitli araçlar geliştirilmiştir. Siyasi iktidarın ve genel olarak iktidarın sınırlandırılması, belirlenmesi ve nihai olarak tanımlanabilmesi serüveni bu tür bir çabanın ifadesidir.

İktidar, modern devletle form bulmuş, cisimleşmiştir. Modern devletin dımsel kaynağı olarak siyasi iktidar ise yönetimin ve dolayısıyla rejimin karakterini belirleyen en önemli değişken konumdadır. Ancak siyasi iktidar, deyim yerindeyse ele avuca sığmaz bir yapıdadır. Bu durum hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda daha hassas bir hâl alır. Gerçekten de iktidar, distopik romanlardaki halinden daha ağır bir şekilde yakar, yıkar, gözetler, uyutur. Siyasi iktidar, hak ve özgürlükler üzerinde potansiyel somut ve ciddi bir tehdit teşkil ettiğinden denetim olgusu iktidar için kaçınılmazdır.

Hak ve özgürlüklerin en önemli güvencelerinden birisi denetimdir. Demokratik bir hukuk devletinde, tüm iktidar birimlerinin ve özellikle de siyasi iktidar ve devlet iktidarının denetlenmesi şarttır. Denetim mekanizmaları yoluyla denetlenen, hukuki sınırlar içinde tutulur. Denetleme faaliyetiyle denetlenenin yetki alanı belirlenir, tanımlanır. Organik ve fonksiyonel yönleriyle önemli bir derinliğe ve genişliğe sahip olan iktidarın denetlenmesi hayli güç bir faaliyettir. Bunun yanında iktidarın denetlenmesi çoğu zaman iktidarın kontrolündeki mercilerce yapılır. Bu nedenle iktidarın denetlenmesi kadar, denetimin fonksiyonelliği bir başka ifadeyle şekli ve maddi yönleriyle kuvvetler ayrılığı uygulama ve kültürünün varlığı da önemlidir. Öz ifade şekliyle siyasi iktidarın denetiminin fonksiyonelliği bu müesses nizamın varlığı ile anlamlı hale gelir. Aksi takdirde hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanması ve sürdürülebilirliği mümkün değildir. Modern anlamda etkin bir denetim mekanizması olarak, anayasacılık gösterilebilir.

İktidarın denetiminin tam anlamıyla sağlanması, anayasacılık ve bunun somut tezahürü olan anayasanın varlığını gerektirir. Lakin salt anayasa ve ana-

yasacılık, iktidarın denetlenmesinin amacına ulaşması bakımından yeterli olmayabilir. Asıl olan anayasacılık ve anayasanın varlığının yanı sıra devletin ve iktidarın bunlarla kendisini bağlı kabul etmesidir. Burada anayasalı devlet-anayasal devlet hakeza kanun devleti-hukuk devleti ilişkisi ortaya çıkar. Anayasalı devlet ve kanun devleti iktidarın denetlenmesinin fonksiyonelliği bakımından bir başlangıç olabilir. Ancak yeterli değildir. Binaenaleyh, anayasal devlet ve hukuk devleti, iktidarın denetlenmesi ve bu yolla temel haklara yönelik tehditlerin giderilmesi bakımından ziyadesiyle elzem olmalıdır.

Anayasacılık, iktidarın sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin güveneye bağlanmasını hedefler. Bu yönüyle anayasacılık; kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi olmak üzere temel değerler dizisinden oluşur. Çoğulcu demokrasi, çoğunluğun sınırlı egemenliğidir; sınırlı egemenliğin olmazsa olmaz şartı hukuk devleti yani egemenin yetkilerinin sınırlandırılmasıdır; bu sınırlandırmanın amacı zayıf olan vatandaşları (vatandaşların hak ve özgürlüklerini) güçlü olan devlet karşısında korumaktır; bunun yolu denge ve denetimin etkin biçimde sağlanmasıdır. Ezcümle insan hakları, demokrasi, hukuk devleti gibi idealize edilen ilkelerden her biri, bir diğeriyle ilgi ve ilişki içindedir; bu ilkelerin tamamı, iktidarın sınırlanmasını ve denetlenmesini sağlamak üzere zaman içinde evrilmiş ve gelişmiştir.

Siyasi iktidarın denetlenmesinde modern hukukun ne olduğunun izahı da önemlidir. Modern hukuk, ya iktidarın türevi olarak görülecek ve buna göre bir pratik sergileyecek yahut iktidardan bağımsız temel ilkeleri olan bir olgu olarak ortaya çıkacaktır. Birinci görüş Austin'in temel hukuk anlayışı üzerinden açıklanabilir. Buna göre hukuk bilimi pozitif hukuktan ibarettir. *“Tam anlamıyla yasa olarak adlandırılan, siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptığı yasadır. Bir yasa, kelimenin gerçek ve tam anlamında, akıl sahibi bir varlığa yol göstermek için, onun üzerinde gücü olan akıl sahibi (diğer) bir varlıkça koyulan bir kural olarak tanımlanabilir.”*<sup>1</sup>

Kanımızca değer olarak adalet, eşitlik ve özgürlüğün ahlaki temellerinin inşa edilmesi hukukun meşruiyetini gösteren en önemli etkidir. Dolayısıyla değer eksenli meşruiyetin anlaşılması önemlidir. Ancak hukuksal anlamda meşruiyet olgusunun genellikle anlaşılmalı olan anlamı pozitif hukuk normuna olan uygunluktur. Hukuksal pozitivizmin bu yaklaşımı, meşruluğun dar anlamıdır.

<sup>1</sup> John Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı, Tekin Yayınevi, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye ve Umut Koloş, İstanbul 2015, s. 27 vd.

Bu, esasında yasal olma demektir. Pozitif hukuk düzenlemesinin verdiği yetkiyi kullanmak suretiyle kişilere işkence eden bir iktidarın yasallığı kuşku götürmez; ancak bunun meşru ve hukuki olduğu söylenebilir mi?

Normativist pozitivizme göre bir hukuk normu, meşruiyetini kendinden bir üst düzeydeki normdan alır. Bir diğer deyişle, hukuk normları hiyerarşik bir piramit oluşturur; piramidin en üstünde anayasa vardır. Bu şekilde hukuk sistemi birbiri üzerinde sıralanmış bireysel eylem ve tasarruflardan, idari ve yargısal tasarruflardan, tüzük ve yasalardan oluşur; en tepede ise anayasa yer alır. Her basamaktaki hukuk normu geçerliliğini ve meşruiyetini bir üst hukuk normundan alır. Dolayısıyla normativist pozitivizm de esasında yasallık koşulu aranır. Meşru olan, üstteki yasaya uygun olandır. Dolayısıyla pozitivizmin bu iki görüşü de meşruluğu iradeye (tek kişi, grup, çoğunluk) dayandırmaktadır. Ancak bu irade yanılırsa yahut özgürlük, adalet ve eşitlik gibi değerlerin karşısında yer almayı yeğlerse, bu noktada meşruiyet sorunu karşımıza çıkar.<sup>2</sup>

Bu anlayışta kanımızca birkaç sorun bulunmaktadır. *Birinci* sorun, bu anlayışta her pozitif hukuk normu, bir egemen irade tarafından, egemen iradenin üstün olduğu diğer iradeler üstünde uygulanır; dolayısıyla bu anlayışa göre “*hukuk egemenin buyruğudur.*” *İkinci* sorun, bu anlayışta modern hukukun kökeninin ve geleceğinin belirlenmesinde siyasetin üstün olması gayesi güdülmür; bu nedenle siyaseten güçlü olanın koyduğu kural, hukuktur. *Üçüncü* sorun, bu anlayışta modern hukuk, iradeci bir yaklaşımla ele alınmakta; hukuk, iradenin türevi sayılmaktadır.

Bize göre modern hukukun kökeni ve geleceği salt egemen gücün tezahürü olan iradeye dayandırılmaz. Böyle bir yaklaşım en sade ifade şekliyle hukukun sığlaştırılması ve içinin boşaltılarak etkisizleştirilmesidir. Dolayısıyla “*jusomniumgentium*” yani tüm insanlığa ait hukukun genel ilkeleri vardır. Modern hukukun temel ilkesi de anayasacılık ve buna bağlı ilkeler dizisidir. Devlet, ulusal hukuk sisteminin kişileştirilmiş veya bir başka deyimle somutlaştırılmış halidir. Bu bakımdan devlet, ulusal bir yasal düzen tarafından oluşturulan topluluktur.<sup>3</sup> Bu bağlamda devletin temel normu anayasadır. Bu temel, iktidar ve kurumları için norm sınırlılığı ve engeller ortaya çıkarır.<sup>4</sup> Anayasa bu özelliğini

<sup>2</sup> Aynı doğrultuda bkz. Öktem, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, s. 109.

<sup>3</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law, and State*, Çev. Anders Wedberg, Oxford University Press, London 1949, s. 181.

<sup>4</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge 1986, 355.

üstün norm olması ile elde eder.<sup>5</sup> Anayasanın vazgeçilmez temel ilkeleri, bir başka deyimle kendisiyle beraber getirdiği değerler dizisi vardır. Bu değerler anayasacılığın özünden kaynaklanan kuvvetler ayrılığı<sup>6</sup>, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasidir. Bunlar formel ve maddi anlamda devletin hukukunu teşkil eder. Dolayısıyla devletin hukuku, demokratik hukuk devleti veya diğer bir söylemle anayasal demokrasidir. Şu hâlde modern devletin oldukça sofistike temel sorunları olarak hak, norm ve irade sorunlarından söz edilebilir.

Burada “*Hukuk nedir?*” sorusu, beraberinde iki temel soruna işaret etmektedir.<sup>7</sup> Hukukun norm ve irade sorunu olarak şekillenen bu iki sorun, hukukun belirlenmesi serüveninde hukuk olgusunun yapıtaşını niteliğindedir. Bu yapıtaşları sayesinde hukukun kimliğinin tespit edilmesinde pozitivist eğilimden<sup>8</sup> doğal hukuk eğiliminden de sıyrılmış olur.

Hukukun norm sorunu hukuk devleti ile aşılabılır. Esasında hukuk devleti olgusu tam da bu sorunu çözer. Hukuk devleti maddi ve biçimsel olmak üzere bir bütünlüğü ortaya koyar. Buna göre hukuk devleti maddi yönüyle insan onurunu siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Hukuk devletinin amacı hukuksal belirliliği, güvenilirliği ve öngörülebilirliği sağlayarak insan hak ve özgürlüklerinin iktidar iradesi karşısında korunmasıdır. Biçimsel yönden hukuk devleti de nitelikli bir normlar toplamı oluşturarak hukuku, hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi bakımından işlevsel hale getirmektedir.

<sup>5</sup> Dworkin, *LawEmpire*, 356.

<sup>6</sup> Abbe Sieyes’in belirttiği gibi “anayasa devletin içsel yapılanmasını, farklı kamu güçlerinin içsel örgütlenmesini, bunların zorunlu bağlantılarını ve aralarındaki karşılıklı bağımlılığı kuşatan bir kavramdır. Anayasa, güçlerin akıllı bir şekilde dağıtılmasıyla ilgili politik önlemlerin alınmasını da öngörür. Bu sayede, toplumsal fayda sürekli hale gelir ve bu güçler hiçbir zaman tehlikeli olmaz. Anayasa kavramının gerçek anlamı budur.” Aktaran Isensee, a.g.e., s. 213.

<sup>7</sup> Kanımızca hukuk ve normlar bütünlüğü amaç değil araçtır. Amaç değerler dizisi olarak adalet, eşitlik ve özgürlüğün kurulması, geliştirilmesi ve yaşam pratiğine aktarılmasıdır. Modern yaşamın ulaştığı teknik yeniliklerden, evrenin tüm olanaklarından, hukuksal yapı ve birimlerden yararlanılarak değerleri ve bunun ahlaki temellerini olabildiğince bütün boyutlarıyla gerçekleştirmek gerekir. Sömürü, baskı ve köleliğin olduğu düzenlerde irade içi değer sorununun çözümlendiği söylenemez. Özgürlük, adalet ve eşitlik ahlaki temelleri insanın özünden kaynaklanan bir değerler dizisi olup, var oluşun esas koşulu haline getirilmelidir.

<sup>8</sup> Hukuk muhteşem bütünlüğü ile devleti de meydana getirir. Bize göre devlet iradesi hukukun kökeninde ve geleceğinde yegâne belirleyici bir konumda değildir. Dolayısıyla pozitivist eğilim hukuku devlet iradesinin veya iktidarın diğer görünüm biçimlerinin bir türevi olarak görmekteyken biz burada hukuku modern anlamda bilişsel bir gelişim sürecine bağlamaktayız.

Hukukun bir diğer temel sorunu olan irade sorunu ise çoğulcu demokrasi ile aşılabilir. İrade sorunu matematiksel bir çoğunluğa indirgenemez. Çünkü her bir irade ayrı bir anlam dünyasını, ayrı bir yaşamı temsil etmektedir. Bundan ötürü her irade siyasal ve sosyal karar alma sürecine aynı oranda katılmalı, nimetlerinden yararlanmalı ve külfetlerine katlanmalıdır. Çoğulcu demokraside hukuk devletiyle oluşturulan nitelikli normlar bütünü, aynı zamanda modern devletin demokratik pratiğini, bir diğer ifade ile hareket kabiliyetini de belirler, tanımlar ve sınırlandırır. Böylelikle yönetim faaliyetinde insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda norm ve iradenin mükemmel bütünlüğüne ulaşılır.

Modern hukukun özgürlük sorunu, kanımızca bağlı bulunan hukuk anlayışına göre ortaya çıkar ve şekillenir. Hukuku, siyaseten egemen iradenin bir türevi olarak görmek, modern hukukun asli sorunudur ve özgürlüklere yönelik sınırsız müdahale potansiyelini beraberinde getirir. Zira saf iradeci bir yaklaşımdan, hak ve özgürlüğün doğması beklenemez. İrade hukukun ortaya çıkarıcısı olarak kabul edildiğinde, bir diğer deyişle modern hukukun kökeni ve geleceği bunun üzerinden belirlendiğinde ortaya hukukun özgürlük sorunu çıkar. Oysa hukuk bir iradenin bir diğer iradeye hükmetmemesi için vardır.

Öyleyse yukarıda işaret edilen “*Hukuk nedir?*” sorusunun beraberinde getirdiği norm ve irade sorunu unsurlarının yanına bir unsur daha ekleyerek üç unsurdan mürekkep yeni bir paradigma ortaya çıkarmak gerekir. Bize göre modern hukukun oluşumu üçlü bir sorunla; hak, norm ve irade ile koşullanarak bir karakter kazanır. Bu üçlü sorunun çözümlenebilmesi, anayasacılık anlayışından doğan ilkeler dizisi ve bu ilkeleri devlet pratiğinde icra eden, koruyan denge ve denetim mekanizmalarının etkin biçimde işlemesiyle sağlanabilir.

Denetim mekanizmalardan Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şüphesiz özel bir öneme sahiptir. Öte yandan Türkiye’de hukuksal düzenin en üst seviyesinde anayasal bir organ olan Anayasa Mahkemesinin, hukuku, iradenin ürünü görerek buna göre bir içtihat pratiği sergilemesi hâlinde, hukukun özgürlük sorunu, olduğu gibi anayasa yargısına da aktarılmakta ve hukukun değişmesi sonucu doğmaktadır. Hukukun değiştirilmesi buradaki iradi yaklaşımla özgürlükçülükten yasaçılığa, hukuk devletinden devlet aklına bir evrim geçirmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda ve ifade özgürlüğü ekseninde hukuku değiştirmesi sorununa geçmeden önce; uluslararası alanda, anayasacılık anlayışından ilham alarak zayıf konumdaki bireyi güçlü devlet karşısında korumaya



yönelik faaliyetlerde bulunan, Avrupa Konseyine bağlı bir kurum olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerine getirdiği fonksiyona ve ifade hürriyeti özelinde geliştirdiği içtihadı bakmakta yarar vardır.

### III. Modern Hukuk Düzeninde Özgürlüklerin Uluslararası Düzeyde Korunması: Avrupa Konseyi ve AIHM Örneği

İnsan haklarına saygıyı üyelik koşulu belirleyen Avrupa Konseyi, Avrupa Konseyi Statüsünün *Avrupa Konseyinin Amacı* başlıklı 1. maddesinde, Konseyin “*insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleşmesi konusunda sözleşmeler ve ortak eylemler*” icra edeceğini kabul etmiştir. Anılan amacı icra etmek, Avrupa için bir insan hakları standardı oluşturarak, bu standardın takipçiliğini ve denetçiliğini sağlamak yolunda Konseyin attığı en önemli adımlardan biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin getirdiği sistem ile siyasi iktidar tarafından dokunulmayacak bireysel, özgür, özerk alanların oluşturulması, korunması amaçlanmıştır.<sup>9</sup>

Avrupa için bir insan hakları standardı oluşturma gayretinin amacı, Avrupa’da Ortaçağ’da hüküm süren mülk devlet anlayışına dayanan, Sanayi Devrimi’nin etkisiyle polis devlet anlayışına evirilen ve ardından İkinci Dünya Savaşı ile son merhaleye ulaşan süreçte, insan haklarına siyasi iktidar tarafından yapılan dramatik müdahalelerin tekrarlanma ihtimalini bertaraf etmek; yargılama da dahil olmak üzere çeşitli mekanizmalar yoluyla insan haklarını korumaktır. Avrupa’da mülk devlet anlayışıyla başlayan, polis devlet ve hazine teorisi yaklaşımlarıyla seyirini sürdüren sürecin tekemmül etmesi hukuk devleti yaklaşımının ortaya çıkmasıyla olmuştur. Bu seyir içinde dünyada oluşmaya başlayan kamuoyu, 1789 Fransız İhtilali sonrası ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, devamında 1941 yılında dönemin ABD başkanı Franklin Roosevelt’in Dört Özgürlük Demecinde yankı bulmuş<sup>10</sup>; söz ve ifade özgürlüğü, vicdan özgürlüğü, yoksulluktan kurtulma özgürlüğü, korkudan kurtulma özgürlüğü olmak üzere dört temel özgürlük üstüne kurulacak bir düzenin önemi dile getirilmiştir.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> M. Refik Korkusuz, *Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler*, İstanbul, Özrenk Matbaacılık, 1998, s. 14.

<sup>10</sup> Ender Ethem Atay, *Demokrasi ve İnsan Hakları*, Ankara, Tubitak Yayınları, 2003, s.82.

<sup>11</sup> Andrew Clapham, *İnsan Hakları*, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2010, s. 52.

İkinci Dünya Savaşı'na kadar devletlerin, egemenliğinde bulunan bireylere yönelik faaliyetleri kendi iç meselesi kabul edilirken<sup>12</sup>; İkinci Dünya Savaşının ardından bu anlayış değişmiş, insan hakları uluslararası bir sorun ve dava olmaya başlamıştır.<sup>13</sup> İnsan hakları için bir katalog oluşturan ve bireyi devlet karşısında koruma fikrini icra etmek yolunda önemli bir adım olan AİHS sistemi, Sözleşmede tanınan hakların sözleşmeciler devletler tarafından ihlal edilmediğini tespit etmek üzere kurduğu etkin denetim mekanizması<sup>14</sup> sayesinde; insan haklarına ilişkin diğer bölgesel ve uluslararası sözleşmelerden ayırmıştır. İnsan haklarına ilişkin birçok uluslararası belge, etkin denetim ve yaptırım mekanizmalarına sahip olmadığından, hak ve özgürlüklere anlamlı bir koruma sağlayamadığı dikkate alındığında, hak ve özgürlükleri uluslararası ölçekte koruyan en etkili sistemin AİHS olduğunu ifade etmek yanlış olmaz.<sup>15</sup>

İnsan haklarına ilişkin diğer bölgesel ve uluslararası sözleşmelerden farklı olarak AİHS sisteminde birey, uluslararası hukukta hak sahibi konumuna gelmiş<sup>16</sup>; bir başka ifadeyle uluslararası hukukun süjesi kimliği kazanmıştır.<sup>17</sup> Sözleşme ile tanınan bir hakkın ihlal edildiği iddiasıyla her gerçek ve -hakkın özne-

<sup>12</sup> Bahadır Kılınc, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 23.

<sup>13</sup> Atay, a.g.e., s. 82.

<sup>14</sup> 01.01.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 No.lu Protokolden önce, Komisyon ve Mahkeme olmak üzere ikili bir denetim mekanizması öngörülmüş; Avrupa Konseyi'nin yürütme organı olan Bakanlar Konseyi'nin de belli şartlarda denetim faaliyetlerine katılabileceği bir sistem kurulmuştur (AİHS eski m.19, m.31, m.32). Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin sayısında yaşanan artış, Sözleşme Organları'na yapılan başvuru sayısını hızla arttırmış; bu artış denetim mekanizmalarının etkinliğinin artırılmasına yönelik yapısal değişiklikler yapma ihtiyacını doğurmuştur. Kabul edilen 11 No.lu Protokol ile Komisyon-Mahkeme ikiliğine son verilerek Sözleşme'nin denetim organı olarak tek ve tam zamanlı bir Mahkeme oluşturulmuştur.

<sup>15</sup> Ömer Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 55; Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu, 2001, s 71-74.

<sup>16</sup> Ergin Ergül, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, Yargı Yayınevi, 2004, s.9.

<sup>17</sup> Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 1996, s.12; Güney Dinç, Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:102, 2006, s. 30. Bireysel başvuru yolu, başlarda devletlerin egemenliklerini zayıflatacağı yönünde bir endişe yarattığından devletlerin "isteğe bağlı" olarak kabul ettikleri bir yol olsa da günümüzde Avrupa Konseyine üye devletlerin tamamı bireysel başvuru yolunu kabul etmiştir, dolayısıyla bu yolunun isteğe bağlı oluşu pratikte bir sorun doğurmaktadır. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.99.

si olması halinde- tüzel kişi<sup>18</sup>, sözleşmeci devlete karşı AİHM'e doğrudan başvuruda bulunabilir.<sup>19</sup> Bireysel başvuru hakkına sahip olan kişilerin ilgili devletle vatandaşlık ilişkisi yahut başka herhangi bir hukuki ilişki içinde bulunmasına gerek yoktur. Devletin faaliyetleri sonucunda hakkının ihlal edilmiş olması yeterlidir.<sup>20</sup>

AİHM'e devlet başvurusu<sup>21</sup> da kabul edilmiştir. Sözleşmeci her devlet, diğer sözleşmeci devletlerin Sözleşme ile tanınan hakları ihlal edip etmediğini gözetebilir ve ihlal iddiasıyla AİHM'e başvuruda bulunabilir. Başvuruda bulunan devlet, kendi çıkarlarını değil, Avrupa kamu düzenini korumayı amaçlar.<sup>22</sup> AİHS, tüm insanların ortak menfaatlerini ve özgürlüklerini asgari ölçüde koruyan ortak bir kamu düzeni oluşturmayı hedeflediğinden; taraf her devletin, diğer devletlerin Sözleşmeye uymasında menfaati vardır. Dolayısıyla devlet başvurularında, Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin kabul edilebilirlik incelemesinde, başvuru ile Sözleşme hükümleri arasında kişi bakımından (*ratione personae*) bağdaşmazlık olup olmadığı -başvuranın mağdur (*victim*) (m. 34) sıfatının bulunup bulunmadığı- incelenmez. Keza mütekabiliyet şartı aranmaz.<sup>23</sup>

Sözleşme'nin diğer bir özelliği, sözleşmeci devletlerin ulusal hukukunda "doğrudan" uygulanabilmesidir. Doğrudan etki iki şekilde kendini gösterir; *birincisi* Sözleşme, sözleşmeci devletler tarafından ek bir yasa yapılmaksızın iç hukukta yürürlüğe girer<sup>24</sup>, *ikincisi* Sözleşme hükümleri ulusal mahkemelerde

<sup>18</sup> AİHS m. 34: Kişisel Başvurular. İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler. Tüzel kişilerin mülkiyet hakkının öznesi kabul edildiği tek uluslararası insan hakları belgesi AİHS P1-1'dir; AİHS'de tüzel kişilerin hakkın öznesi kabul edildiği tek hak mülkiyet hakkıdır. H. B. Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İkinci Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, Nisan 2017, s. 26.

<sup>19</sup> Mehmet Emin Çağran, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Ankara, Platin Yayınları, 2006, s. 225.

<sup>20</sup> Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, 1996, s. 14.

<sup>21</sup> AİHS m. 33: Devlet Başvuruları. Her Yüksek Sözleşmeci Taraf, iş bu Sözleşme ve protokollerinin hükümlerine vaki ve kendisinin diğer Yüksek Sözleşmeci Tarafa isnat edilebileceğine kanaat getirdiği herhangi bir ihlalden dolayı Mahkeme'ye başvurabilir.

<sup>22</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 12-13.

<sup>23</sup> Çağran, a.g.e., s. 223; Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s.13.

<sup>24</sup> Sözleşme'nin normlar hiyerarşisindeki yeri, Sözleşme tarafından belirlenmemiş, sözleşmeci devletlerin takdirine bırakılmıştır. Buna göre Sözleşme, devletlerin hukuk düzenlerine göre

görülen davalarda doğrudan uygulanır.<sup>25</sup> Sözleşme organlarının, Sözleşmeye taraf devletlerin Sözleşme ile çatışan hukuk normlarını ve idari işlemlerini iptal etme, yargı kararlarını bozma yetkisi yoktur.<sup>26</sup> Sözleşme organlarının verdiği ihlal kararları, kural olarak ‘kurucu’ (inşai) değil<sup>27</sup> ‘bildirici’ (ihzari) niteliktedir<sup>28</sup>; taraf devlete ‘sonuç yükümlülüğü’ getirir.<sup>29</sup> Bir başka deyişle Sözleşme

---

anayasa-üstü, anayasayla eşdeğer, kanun-üstü ya da kanunla eşdeğer kabul edilebilir. Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e.,s. 14. Türkiye devleti özelinde AİHS’in normlar hiyerarşisindeki yerini tahlil ederken, AİHS m. 1 ile Anayasa m.90/5 beraber okunmalıdır; buna göre uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir, kanunlar ile AİHS’in farklı hüküm içermesi halinde AİHS hükümleri esas alınır. Ulusal mahkemeler, önüne gelen uyumsuzluğa uygulanacak kanun ile AİHS hükümleri arasında bir çatışma tespit ettiğinde, “önceki kanun-sonraki kanun” ya da “genel kanun-özel kanun” gibi yorum yöntemlerine yahut anayasa yargısına başvurmadan doğrudan AİHS hükümlerini uygulayacaktır. Öyleyse AİHS’in, kanunların üzerinde bir etkiye sahip olduğu söylenebilir. Kemal Gözler, “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir Mi?”, Türk Anayasa Hukuku İnternet Sitesi, 16.05.2004, (Erişim) <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>,16.06.2019; Ergin Ergül, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, Yargı Yayınevi, 2004, s. 12. Bunun yanında doktrinde, Anayasa’nın uluslararası hukuka ve insan haklarına gönderme yaptığı m. 2, m. 15/1, m. 16, m. 42/son, m. 92/1 ve m. 90 hükümleri bir bütün olarak yorumlayan, bu yorumdan ve bunun yanında insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülememesinden hareketle, bu sözleşmelerin normlar hiyerarşisinde Anayasa’nın da üstünde olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur Özbey, a.g.e., s.36. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerin Anayasa ile çelişmesi halinde ise devletlerin, anayasal düzenlemelerini ileri sürerek, uluslararası anlaşmaya dayanan yükümlülüklerinden kaçınamayacağı görüşü hâkimdir. Ender Ethem Atay, “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 36, (Temmuz-Ağustos-Eylül) 2003, s. 104-116, ‘çevrimiçi’ (Erişim) <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=781>, s.104-116. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Kemal Gözler, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, İnsan Hakları, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s. 25-46. ‘çevrimiçi’ (Erişim) [www.anayasa.gen.tr/insan.htm](http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm) , 17.02.2020.

<sup>25</sup> Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1994, s.106.

<sup>26</sup> Naz Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması, İstanbul, Su Yayınevi, 2003, s. 34.

<sup>27</sup> Anayurt, a.g.e., s. 314.

<sup>28</sup> AİHM kararlarına uyma yükümlülüğünü yerine getirmek üzere, iç hukukta mevzuat ve uygulama değişikliği yapmak gibi ‘genel nitelikte önlemler’ alınabileceği gibi, AİHS m. 41 uyarınca tazminat ödemek gibi başvuru açısından ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıran ya da onarıcı ‘bireysel önlemler’ de alınabilir. Vahit Bıçak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, 1. Baskı, Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu, 2002, s. vii.; Çavuşoğlu, a.g.e., s. 37. Sözleşme Organları, ihlal tespitinin yanında tazminata da hükmetmişse, bu karar artık açıklayıcı-bildirici olmaktan çıkarak kurucu bir karaktere bürünür. Zira Sözleşme Organları bu gibi hallerde, tazminatın miktarını, para birimini, faizini de tespit eder. Bu gibi ihlal kararları, kararda belirtilen biçimde telafi edileceğinden, ilgili devlet için takdiri alanı oldukça daralır. Anayurt, a.g.e., s. 314.

<sup>29</sup> Çavuşoğlu, a.g.e., s. 34; Anayurt, a.g.e., s. 318.

Organları, devlet organizasyonu içinde egemenlik yetkilerini kullanan kişi ve organların üstünde; onların kararlarını bozan, iptal eden, değiştiren yahut yerine karar alan icrai bir yetkiye sahip değildir. Sözleşme Organlarının görevi, önüne gelen başvuruda sözleşmeci devletin, Sözleşmeyi ihlal edip etmediği yönünde tespit kararı vermektir.<sup>30</sup>

İhlal kararları<sup>31</sup>, sadece hakkında ihlal kararı verilen devlet için doğrudan etkiye<sup>32</sup> sahiptir. Bir başka ifadeyle, ihlal kararları, yalnızca ilgili uyumsuzluk bakımından “otorite” yaratır.<sup>33</sup> Ancak kararın etki alanı sadece ilgili devletle sınırlı değildir; diğer sözleşmeci devletler için de nispi bir etkiye sahiptir.<sup>34</sup> Sözleşmenin, Avrupa için insan hakları alanında kamu düzeni kurma amacının bir sonucu olarak sözleşmeci devletlerin tamamı, “insan hakları asgari standardını” yerine getirmek üzere, sözleşme organlarının içtihatları yönünde iç hukuklarını uyumlaştırma yükümlülüğü altındadır.<sup>35</sup> Her ne kadar Mahkemenin kararları “herkes için geçerli” (ergo omnes) bir etkiye sahipse de verilen kararların, diğer sözleşmeci devletler için “yönlendirici” olmaktan öteye geçmediği söylenebilir.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Ömer Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 312, 314.

<sup>31</sup> Tespit edilen ihlalin kaynağı, soyut olarak yasanın Sözleşme’ye aykırılığı, somut olarak yasanın uygulanması yahut mevzuattaki boşluk olabilir. İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2002, s. 239. Sözleşme sistemi, hakkında ihlal kararı verilen devletin bu ihlali nasıl telafi edeceğine ilişkin bir düzenleme getirmez; ihlal kararları, iç hukukta doğrudan sonuç doğurucu bir etki yaratmaz. İhlalin telafisinin biçim ve içeriği kural olarak devletlerin kendi takdirine bırakılır. Çavuşoğlu, a.g.e., s. 34; Kaboğlu, a.g.e., s. 250; Anayurt, a.g.e., s. 314; Enver Bozkurt, Selim Kanat; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2004, s. 76.

<sup>32</sup> AİHS m.46/2’ye göre, sözleşmeci devletlerin dışişleri bakanlarından oluşan Bakanlar Komitesi, ihlal kararların uygulanmasını denetlemekle görevlidir. AİHM kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi halinde, Avrupa Konseyi Statüsü m. 8’e göre, ilgili devletin, Avrupa Konseyi üyeliğine son verilebilir. Ender Ethem Atay, Demokrasi ve İnsan Hakları, Ankara, Tubitay Yayınları, 2003, s. 89; Bakır Çağlar, İnsan Hakları Avrupa Hukukunda Türkiye, Ankara, Tübitak Matbaası, Türkiye Bilimler Akademisi Forumu Dizisi: 6, 2002, s. 27; Çavuşoğlu, a.g.e., s. 58-71; Anayurt, a.g.e., s. 330-338.

<sup>33</sup> Anayurt, a.g.e., s.314.

<sup>34</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.113.; Anayurt, a.g.e., s.314.

<sup>35</sup> Anayurt, a.g.e., s. 315.

<sup>36</sup> Bozkurt, Kanat, a.g.e., s.75.

## A. AİHM İçtihatları Ekseninde İfade Özgürlüğünün Hukuki Rejimi

AİHS'in ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesi şöyledir:

*“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*

*2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, ya-sayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlü-ğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve hakları-nın korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”*

AİHS m. 10'un norm alanı, diğer bir ifadeyle ifade hürriyeti kapsamında korunan ifade açıklamaları, AİHM içtihatlarıyla şekillenmiştir. AİHM'e göre başkalarının düşüncelerine saygı, hoşgörü ve tolerans “demokratik toplum”un varlık şartı ve bireylerin kendini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. Mahkeme-göre, çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörü anlayışlarının hâkim olduğu demokratik toplumlarda kişiler, kural olarak, düşüncelerini özgürce ifade edebil-melidir; bunun yanında kendi düşüncelerinin eleştirilmesine hatta şiddetle reddedilmesine katlanmalıdır. Olumlu karşılanan, zararsız görünen, kayıtsız kalınan “bilgi” ve “fikirler” AİHS m. 10 kapsamında korunacağı gibi; hoş gitmeyen, şok eden, rahatsız eden “bilgi” ve “fikirler” de m. 10'un koruma alanı içindedir.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> ChauvyandOthers / France, App. No. 64915/01, 29.06.2004, p. 62: “Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and then need for any restrictions must be established convincingly.” Aynı yönde başka bir karar için bkz. Giniewski / France, App. No. 64016/00, 31.01.2006, p. 43: “As the Court has stated on many occasions, freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions fo-

AİHM, kamusal tartışma ekseninde herkesin düşüncelerini korkusuzca ifade edebilmesine ve bunu sağlayan bir ortamın<sup>38</sup> önemine işaret etmektedir. Buna göre<sup>39</sup> devletler, yazarların ve gazetecilerin kendilerini etkin biçimde, korkmadan ifade edebileceği ve kendilerini güvende hissedeceği bir ortam hazırlamalıdır. Herkes kamusal bir tartışmaya katılabilir; kimi kesimler açısından şok edici veya rahatsız edici nitelikte dahi olsa, görüşlerini açıklayabilir.

AİHS m. 10, *kural olarak* her türlü düşünce açıklamasını korur. Ancak bazı düşünce açıklamaları, AİHS'in norm alanı dışında bırakılmıştır. İfade açıklamalarının içeriğine yönelik tek sınırlama, **kin, şiddet, ayrımcılık ve düşmanlığı teşvik eden, ırkçılık ve antisemitizmi savunan** ifadelerdir.<sup>40</sup> AİHM, bu içerikteki ifadeleri AİHS m. 17<sup>41</sup> kapsamında hakkın kötüye kullanımı sayarak, m. 10'un korumasından çıkarmıştır. Öyleyse kin, şiddet, ayrımcılık ve düşmanlığı teşvik eden, ırkçılık ve antisemitizmi savunan ifadelerle yönelik yasaklar, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlama mahiyetinde değildir; zira burada **sınırlama değil sınırlılıktan** söz etmek gerekir. Bir başka ifadeyle, kişilerin zaten kin, şiddet, ayrımcılık ve düşmanlığı teşvik eden, ırkçılık ve antisemitizmi savunan ifade açıklamalarında bulunma hakkı yoktur. Olmayan bir hakkın sınırlandırılmasından söz edilemez.

Bunun yanında ifade hürriyetinin norm alanı içindeki düşünce açıklamaları, sınırlamalara konu olabilir. AİHS m. 10/2'ye göre ifade hürriyeti, görev ve so-

---

*ritsprogressandforeachindividual's self-fulfilment. Subjecttoparagraph 2 of Article 10, it is applicable not onlyto "information" or "ideas" thatarefavourablyreceivedorregarded as inoffensiveor as a matter of indifference, but alsotothosethatoffend, shockordisturb. As paragraph 2 of Article 10 recognises, however, theexercise of thatfreedomcarrieswith it dutiesandresponsibilities. Amongstthem – in thecontext of religiousopinionsandbeliefs – maylegitimately be included an obligationtoavoid as far as possibleexpressionsthataregratuitouslyoffensivetothersandthus an infringement of theirrights, andwhichtherefore do not contribute toany form of publicdebatecapable of furtheringprogress in humanaffairs."*

<sup>38</sup> Peter Krug ve Monroe E. Price, "TheEnabling Environmentfor Freeand Independent Media: ContributiontoTransparentandAccountableGovernance", The USAID Office of Democracyand GovernanceOccasional Paper Series, Ocak 2002, Doc. No. PN-ACM-006.

<sup>39</sup> *Dink/Türkiye*, p. 137.

<sup>40</sup> M. Macovei, *Freedom of Expression: A Guide to the Implementation of Article 10 of The European Convention On Human Rights*. Council of Europe. Human Rights Handbooks, No. 2, 2001, s. 7. Web: <https://rm.coe.int/168007ff48> adresinden 01.06.2019'de alınmıştır.

<sup>41</sup> AİHS m. 17: Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmuş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.

rumluluklar yükleyen bir hürriyettir; (1) **m. 10/2’de belirtilen sebeplerle**, (2) **demokratik toplumda gerekliliğin** inandırıcı biçimde ortaya konması şartıyla ve (3) **yasayla** sınırlandırılabilir. AİHM, önüne gelen başvuruda her üç koşulun da varlığını saptarsa, ifade hürriyetine yönelik devlet müdahalesini hukuka uygun bularak, başvuru için kabul edilemezlik kararı verir.<sup>42</sup>

Yasayla sınırlama şartının karşılanması için, ihtilaf konusu müdahalenin iç hukukta yasal bir dayanağa sahip olması yeterli değildir; yasal dayanağın erişilebilir ve müdahalenin öngörülebilir olması da gerekir.<sup>43</sup> Sınırlamanın “yasayla öngörülmesi” (“*in accordance with the law*” ve “*prescribed by law*”) şartıyla ilgili olarak AİHM, şekli (*formal*) anlamda değil, nitel (*substantive*) anlamda yasal dayanağın varlığını arar; bir başka ifadeyle “yasa”, iç hukukta yetkili mahkemelerin uyguladığı, yürürlükte olan yazılı ve yazısız hukuki düzenlemelerin tamamını kapsar.<sup>44</sup>

İfade hürriyetini sınırlama sebepleri, AİHS m. 10/2’de tahdidi biçimde sayılmıştır. Buna göre ifade hürriyeti, (1) ulusal güvenliği, (2) toprak bütünlüğünü, (3) kamu düzeni ve (4) güvenliğini korumak; (5) suç işlenmesini önlemek; (6) sağlık veya (7) ahlakı, (8) başkalarının şöhret ve haklarını korumak; (9) gizli bilgilerin yayılmasını önlemek; (10) yargı erkinin yetki ve tarafsızlığını güveneye almak amaçlarını yerine getirmek üzere sınırlandırılabilir. Sayılan sebepler dışında bir sebeple yapılan sınırlamalar ifade hürriyetine aykırıdır.

Son olarak, yapılan sınırlama, demokratik toplumda gerekli bir tedbir niteliğinde olmalıdır. AİHM’e göre, demokratik toplumda “*gereklilik (necessary)*” ifadesi, ikna edici bir şekilde ortaya konması gereken “*acil bir sosyal ihtiyacın*”

<sup>42</sup> M. Macovei, *Freedom of Expression: A Guide to the Implementation of Article 10 of The European Convention On Human Rights*, s. 30.

<sup>43</sup> “The expression “*prescribed by law*” in the second paragraph of Article 10 not only requires that the impugned measure should have a legal basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects”. Unifaun Theatre Productions Limited and Others / Malta, App. No. 37326/13, 15.05.2018, p. 77.

<sup>44</sup> “as regards the words “*in accordance with the law*” and “*prescribed by law*” which appear in Articles 8 to 11 of the Convention, the Court observes that it has always understood the term “*law*” in its “*substantive*” sense, not its “*formal*” one; it has included both “*written law*”, encompassing enactments of lower ranking statutes and regulatory measures taken by professional regulatory bodies under independent rule-making powers delegated to them by Parliament, and unwritten law. “*Law*” must be understood to include both statutory law and judge-made “*law*”. In sum, the “*law*” is the provision in force as the competent courts have interpreted it” Unifaun Theatre Productions Limited and Others / Malta, p. 79.



varlığına işaret eder. Kuşkusuz müdahaleyi gerektirecek acil sosyal ihtiyacın varlığını değerlendirecek olan otorite, öncelikli olarak devlet otoritesidir. Mahkeme içtihatlarına göre, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı noktasında devletlerin takdir alanı vardır. Mahkeme, Kokkinakis/Yunanistan davasında<sup>45</sup> ifade hürriyetinin sınırlanması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmadığını ifade etmiş; sınırlamanın “demokratik bir toplum için gereklilik” arz edip etmediğinin incelenmesinde, sözleşmecî devletlerin belirli bir takdir alanına sahip olduğunu vurgulamıştır.<sup>46</sup> Mevzuatı, mevzuatın uygulanmasına ilişkin düzenlemeleri, bağımsız mahkemeler tarafından verilen kararları ölçü alacak şekilde tanınan takdir alanı, AİHM içtihat ve denetimiyle bir bütün oluşturur.<sup>47</sup>

Sözleşme organlarının ifade özgürlüğüne yönelik kararlarına bakıldığında, sözleşmecî tüm devletler için sabit ve değişmez bir içtihat ortaya koymadığı, kararlarının devletten devlete farklılık gösterdiği söylenebilir. AİHM’in ifade özgürlüğü kararları, Avrupa için insan hakları alanında ancak “asgari” bir standart ortaya koymakta; özellikle “demokratik toplumda gereklilik” ölçütü özelinde yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar, her devletin kendi kültürel yapısına, tarihsel geçmişine, sosyal dengelerine ve ulusal mahkemelerin görüşüne uygun bir anlayışla şekillenmektedir. Esasında AİHS ve protokolleri genelinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük denetiminin lafzi dayanağı olan “demokratik toplumda gereklilik” ölçütüne işaret edilen hak ve özgürlükler için kural olarak AİHM’in bu yaklaşımı benimsediği söylenebilir. Daha açık bir ifadeyle önüne gelen başvurularda AİHM, yapacağı ölçülülük denetimini, ölçülülüğün alt unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ölçütlerinden, sadece orantılılık alt ölçütüne hasretme eğilimindedir. Kanımızca

<sup>45</sup> Kokkinakis/Yunanistan, App. No. 14307/88, 25.05.1993.

<sup>46</sup> Örneğin İ.A./Türkiye başvurusunda, Türkiye Devleti’nin, İslam dinine yönelik saldırı ve hakaretler içeren kitabın yayımcısına verdiği cezanın ifade hürriyetine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme, halkın büyük çoğunluğunun Müslüman olmasından hareketle müdahalenin sosyal bir ihtiyacı karşıladığı yönündeki devlet savunması doğrultusunda hüküm vererek, devletin takdir alanına işaret ederek m.10’un ihlal edilmediği sonucuna varmıştır, İ.A./Türkiye, App. No. 42571/98, 13.09.2005.

<sup>47</sup> “The adjective “necessary” implies the existence of a “pressing social need”, which must be convincingly established. Admittedly, it is first of all for the national authorities to assess whether there is such a need capable of justifying that interference and, to that end, they enjoy a certain margin of appreciation. However, the margin of appreciation is coupled with supervision by the Court both of the law and the decisions applying the law, even those given by independent courts. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restriction” is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10”. Stomakhin / Russia, App. No. 52273/07, 09.05.1918, s. 90.

bu yerinde bir eğilimdir. Zira genel olarak yargı organları ve daha özelde AİHM, yasama ve yürütme organlarının yerine geçerek, sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı sağlamaya elverişli ve gerekli olup olmayacağını takdir edecek siyasi ve idari yetki ve yetkinliğe sahip değildir.

Özetle AİHM'in, demokratik toplumda gereklilik özelinde yaptığı denetim, esas itibarıyla ölçülülük ve daha özelde *orantılılık* denetimidir. Sorulması gereken soru şudur: Yapılan sınırlamada kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç birbiriyle orantılı mıdır? Bu denklemde, ulaşılmak istenen amaç, AİHS m. 10/2'de tahdidi biçimde sayılan değer ve çıkarlardır. Araç, ifade özgürlüğünü kullanan kişiye uygulanan sınırlayıcı tedbirler, idari ve cezai müeyyide ve müdahalelerdir. Ölçülülük denetiminde devlet, sınırlamanın "*demokratik bir toplumda gerekli*" olduğuna; bir başka deyişle sınırlamayı gerektirecek "*acil bir sosyal ihtiyacın*" varlığına ikna olmalı<sup>48</sup> ve AİHM'i ikna etmelidir.

### **B. Mehmet Hasan Altan / Türkiye<sup>49</sup> Kararının İfade Hürriyeti Yönünden İncelenmesi**

Mehmet Hasan Altan kararında AİHM, bir önceki başlıkta açıklanan ifade hürriyetine ilişkin genel içtihadına birebir bağlı kalmıştır. Dolayısıyla aynı düşünce örgüsü ve yaklaşımın izlerine Mehmet Hasan Altan kararında da rastlamak mümkündür.

AİHM, Mehmet Hasan Altan kararında, AİHS m. 5'te düzenlenen "özgürlük ve güvenlik hakkı"nın ve AİHS m. 10'da düzenlenen "ifade özgürlüğü"nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Anılan karar, çalışmada, ifade hürriyeti yönünden incelenecektir.

Mehmet Hasan Altan / Türkiye başvurusuna konu olaylar şöyledir:

10 Eylül 2016 tarihinde İstanbul Cumhuriyet savcılığı, *FETÖ/PDY*'ye yönelik yürütülen ceza soruşturması kapsamında, başvuranı, söz konusu örgütün

<sup>48</sup> Macovei, M. *Freedom of Expression: A Guide to the Implementation of Article 10 of The European Convention On Human Rights*, s. 35-36.

<sup>49</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, App. No. 13237/17, 20.03.2018.

medya yapısıyla bağlantısı olduğu şüphesiyle evinde yakalamış ve gözaltına almıştır.<sup>50</sup>

22 Eylül 2016 tarihinde, İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğince yapılan soruşturma neticesinde, başvuranın tutuklanmasına karar verilmiştir. Kararda hâkim şu hususlara dikkat çekmiştir: “söz konusu örgüt, siyasi iktidara karşı açık bir mücadele başlatmıştı; ... Hükümeti, kamuoyunun nezdinde itibardan düşürerek istifa etmeye zorlamaya çalışmışlardı ve söz konusu örgüt, amacına ulaşmak için çok sayıda medyanın denetimini ele geçirmişti.” Hâkim ayrıca, başvuranın 14 Temmuz 2016 tarihli yayın sırasında söylediği şu sözlere işaret etmiştir: “Türkiye Devleti içinde de muhtemelen bütün bu gelişmeleri dış dünyada daha fazla belgeleyen, izleyen bir başka da yapı var. Onun ne zaman torbadan elini çıkaracağı, nasıl elini çıkaracağı belli değil.” Başvuranın bu sözlerinden hareketle hâkim, “siyasi iktidar konusunda söylenen sözlerin içeriğinin, askeri darbeye zemin hazırlama amacı taşıdığı yönünde şüpheler bulunduğu ve bunların basın özgürlüğünden kaynaklanmadığı” değerlendirmesinde bulunmuştur.<sup>51</sup>

14 Nisan 2017 tarihinde İstanbul Savcılığı, başvuran hakkındaki iddianameyi İstanbul Ağır Ceza Mahkemesine sunmuştur. İddianamede başvuran, Anayasal düzeni, Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Hükümeti cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya teşebbüs etmekle ve terör örgütüne üye olmakla birlikte örgüt adına suç işlemekten dolayı hakkında iddianame düzenlenmiştir.<sup>52</sup> Savcılık, başvuran hakkında şu delilleri sunmuştur: “İlgili taraftan kaleme alınan iki makale, 14 Temmuz 2016 tarihli televizyon programında söylediği sözler, Bank Asya’da banka hesabı bulunması ve evinde “F” seri numaralı bir Amerikan dolarına el konulması.”<sup>53</sup>

8 Kasım 2016 tarihinde başvuran, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş; makaleleri ve sözlerinden hareketle yapılan tutuklanmanın, özgürlük ve güvenlik hakkını, ifade ve basın özgürlüğü hakkını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 19.

<sup>51</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 26.

<sup>52</sup> TCK’nın 220. maddesinin 6. fıkrasıyla birlikte aynı Kanun’un 309, 311 ve 312. maddelerine dayanmıştır.

<sup>53</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 30.

<sup>54</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 34.

Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun dayandırıldığı delil unsurları arasında:

i) *Star* gazetesinde 2010 yılında yayımlanan "*Balyoz'un Anlamı*" başlıklı bir makale;

ii) Can Erzincan TV'de 14 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanan bir televizyon yayını sırasında başvuranın yaptığı konuşma; ve

iii) ilgilinin internet sitesinde 20 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanan "*Türbülans*" başlıklı bir makalenin bulunduğunu tespit etmiştir.

Bu unsurların içeriğini inceleyen Anayasa Mahkemesi, soruşturmadan sorumlu makamların, başvuranın "*FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda hareket ettiği ve olası bir askeri darbeye zemin hazırlamayı amaçladığı kanısına varılmasını sağlayacak olgusal bir dayanağın varlığını kanıtlayamadıkları*" sonucuna ulaşmıştır.<sup>55</sup>

İfade ve basın özgürlüğüne ilişkin şikâyetle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, başvuranın "*makaleleri ve sözleri nedeniyle tutuklanması ve tutukluluk halinin devamı yönündeki tedbirin bu hakkın kullanılmasına bir müdahale olarak değerlendirildiğini belirtmiştir. ... başvuranın tutuklanmasının, ilgilinin makalelerinden ve konuşmalarından başka herhangi bir somut unsura dayandırılmaması nedeniyle ifade ve basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceğinin açık olduğu kanaatine varmıştır. ... Anayasa'nın 26 ve 28. maddeleri anlamında ifade ve basın özgürlüğünün ihlâl edildiğini belirtmiştir.*"<sup>56</sup>

11 Ocak 2018 tarih 2016/23672 sayılı kararıyla Anayasa Mahkemesi, başvuranın özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade ve basın özgürlüğünün ihlâl edilmesine karar vermiştir.<sup>57</sup> Kararda, ihlal kararının verildiği tarihte tutuklu bulunan başvuran için İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından "*gerekenin*" yapılmasına işaret edilmiştir.

Aynı gün 26. Ağır Ceza Mahkemesinden başvuranın tahliyesi istenmiş, yine aynı gün mahkeme, bire karşı iki oyla, sunulan kısa kararın başvuranın tahliye edilmesine ilişkin bir tedbiri içermediğini belirterek, Anayasa Mahkemesinin

<sup>55</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 36.

<sup>56</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 38.

<sup>57</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 35.

kararına ilişkin resmi bildirim henüz almadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir.<sup>58</sup>

Karara muhalif kalan hâkim, karşı oyunda ile sürdürdüğü görüşünde, Anayasa Mahkemesinin kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idari makamlar ve gerçek ve tüzel kişiler için bağlayıcı olduğunu belirtmiştir<sup>59</sup>; Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen bir ihlâlin, adli bir karardan kaynaklanması durumunda, yetkili mahkemenin ihlâlin sonuçlarını ortadan kaldırmak için gerekeni yapmakla yükümlü olduğunu<sup>60</sup> kaydetmiş; somut olayda bunu yapmanın tek yolunun ilgilinin tahliye edilmesine karar vermek olduğunu ifade etmiştir.<sup>61</sup>

Anayasa Mahkemesi kararı, 19 Ocak 2018 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanmış ve aynı gün, 26. Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranın tutukluluk halinin devamına ilişkin sorunu re'sen incelemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararının kanuna uygun olmadığına işaret ederek bire karşı iki oyla, başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.<sup>62</sup> Bu karara muhalif hâkim, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğuna, Ağır Ceza Mahkemesinin tek seçeneği olduğuna işaret ederek, ilgilinin tahliyesine karar verilmesi gerektiği yönünde karşı oyunu kullanmıştır.<sup>63</sup>

Başvuran, tutuklanması ve tutukluluk halinin devamı sebebiyle ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvuruda bulunmuştur.

Başvuranın ihlal iddiası karşısında Türkiye Devleti'nin karşı iddiası şöyledir:

*“Hükümet ayrıca, 15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen olaylar bakımından, askeri bir darbeye çağrıda bulunmanın, şiddete çağrıda bulunma olarak değerlendirilebileceği kanaatinde. Bu bağlamda Hükümet, başvuranın şu sözlerini aktarmaktadır: “Türkiye Devleti içinde de muhtemelen bütün bu gelişmeleri dış dünyada daha fazla belgeleyen, izleyen bir başka da yapı var.*

<sup>58</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 46, 47.

<sup>59</sup> Anayasa m. 153/6'ya işaret edilmiştir.

<sup>60</sup> 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ("6216 sayılı Kanun") 50. maddesinin 2. fıkrasına işaret edilmiştir.

<sup>61</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 48.

<sup>62</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 53.

<sup>63</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 54.

*Onun ne zaman torbadan elini çıkaracağı, nasıl elini çıkaracağı belli değil. '' Hükümet, ilgilinin bu sözleri, askeri darbe girişiminden bir gün önce sarf ettiğini belirterek, ihtilaf konusu müdahalenin demokratik bir toplumda orantılı ve gerekli olduğu kanaatindedir. ''<sup>64</sup>*

Başvuran, düşünce ve ifadelerinin, milli güvenlik ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmadığını, anılan ifadelerden hareketle yapılan tutuklamayla, ifade özgürlüğünün haksız bir şekilde ihlâl ettiğini ileri sürmüştür.<sup>65</sup>

AİHM, esas hakkındaki incelemesinde, AİHS m. 10/2'de sayılan üç şartın yerine getirilip getirilmediğini denetlemiş; söz konusu müdahalenin (1) yasayla öngörülüp öngörülmediğini, (2) meşru bir amacı gözetip gözetmediğini ve (3) demokratik bir toplumda gereklilik arz edip etmediğini değerlendirmiştir.

(1) Yapılan müdahalenin kanunla öngörülmüş olduğuna, bir başka ifadeyle tutukluluk tedbirinin yasal dayanağının TCK, TMK ve CMK hükümleri olduğuna taraflarca da itiraz edilmemektedir.

(2) Meşru amaç ile ilgili olarak AİHM, önceki içtihatlarındaki tutumunu sürdürerek, yapılan müdahalenin kamu düzeninin korunmasını ve suçun önlenmesini amaçladığını varsaymış, incelemesini son ölçüte hasretmiştir.

(3) AİHM, belirtilen amaçlara ulaşmak için yapılan müdahalenin "gerekli" olup olmadığını incelemiştir.

***Bir önceki başlıkta vurgulandığı üzere, demokratik toplumda "gereklilik (necessary)" ölçütü, esasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük denetiminin lafzi dayanağıdır ve AİHM, yaptığı ölçülülük denetimini, ölçülülüğün alt unsurları olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ölçütlerinden<sup>66</sup>, sadece orantılılık alt ölçütüne hasretme eğilimindedir. Mehmet Hasan Altan kararında da bu eğilimini sürdürmüştür; yasama ve yürütme organla-***

<sup>64</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 137.

<sup>65</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 138.

<sup>66</sup> *Elverişlilik* alt ölçütüne göre, amaca ulaşmak için en elverişli araç belirlenmeli; bu bağlamda amacın gerçekleşmesine bir katkı sağlamayan, amacın gerçekleşmesini etkilemeyen yahut zorlaştıran bir tedbir alınmamalıdır. *Gereklilik* alt ölçütüne göre, amaca ulaşmak için elverişli tedbirler arasından hak ve hürriyetleri an az sınırlayan araç seçmelidir. *Orantılılık* alt ölçütüne göre, seçilen tedbirin amaca ulaşma yolunda fevkalade ağır bir yük getirmemesi gerekir. Ömer Keskinsoy, Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Monopol Yayınları, 4. Baskı, Ekim 2019, s. 188-189.

rının yerine geçerek sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı sağlamaya elverişli ve gerekli olup olmadığını incelememiş, yerindelik denetimi yapmamış, denetimini orantılılık denetimiyle sınırlı tutmuştur. Orantılılık alt ölçütü özelinde yaptığı denetimde mahkeme, kurduğu terazide, amaç ve aracı karşılık olarak tartar; amaca ulaşılarak elde edilecek menfaate kıyasla temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalenin çok ağır basıp basmadığını, adil dengenin bozulup bozulmadığını<sup>67</sup> denetler.

Orantılılık denetiminde AİHM, yapılan sınırlamada kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amacın birbiriyle orantılı olup olmadığını denetlemiştir. Somut olayda amaç kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi; araç ise tutukluluk kararıdır. Öyleyse orantılılık ilkesine göre devlet, tutukluluk kararının “demokratik bir toplumda gerekli” olduğuna; bir başka deyişle sınırlamayı gerektirecek “acil bir sosyal ihtiyacın” varlığına AİHM’i ikna etmelidir. Bu noktada ispat yükü devlete aittir.

AİHM, yine önceki içtihatlarıyla aynı yönde bir yaklaşımla yerel mahkeme kararlarını incelemiştir. Zira AİHM’e göre devletlerin takdir alanı, mevzuat, mevzuatın uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemler, yerel mahkeme kararları ve son tahlilde AİHM içtihat ve denetimiyle bir bütün oluşturur.<sup>68</sup>

AİHM, ilgili Anayasa Mahkemesi kararına ve yorumlarına işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre başvuranın ifadelerinden hareketle verilen tutukluluk kararı, Anayasa m. 26 ve 28 anlamında demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı bir tedbir olarak değerlendirilemeyecek ağır bir tedbirdir; tutukluluk kararının zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığı kanıtlanamamıştır; tutukluluk kararı, ifade ve basın özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkiye de sahip

<sup>67</sup> Keskinsoy, a.g.e., s. 189.

<sup>68</sup> “The adjective “necessary” implies the existence of a “pressing social need”, which must be convincingly established. Admittedly, it is first of all for the national authorities to assess whether there is such a need capable of justifying that interference and, to that end, they enjoy a certain margin of appreciation. However, the margin of appreciation is coupled with supervision by the Court both of the law and the decisions applying the law, even those given by independent courts. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restriction” is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10”. Stomakhin / Russia, App. No. 52273/07, 09.05.1918, s. 90.

olabilir.<sup>69</sup> AİHM, Anayasa Mahkemesinin vardığı sonuçtan başka bir sonuca varmak için bir sebep bulunmadığı kanaatindedir.<sup>70</sup>

AİHM'e göre düşünce açıklamalarının şiddete teşvik etmediği -yani şiddet ve kanlı intikamı övmediği terörü haklı göstermediği- durumlarda Sözleşmeciler devletler, AİHS m. 10/2'de belirtilen amaçları ileri sürerek halkın haber alma hakkını sınırlayamaz.<sup>71</sup> AİHM, "demokrasinin, ifade özgürlüğünden beslendiği" kanaatindedir; sorunları kamusal bir tartışma ortamında çözme imkânı, demokrasinin başlıca özelliğidir; milletin yaşamını tehdit eden kamusal bir tehlikenin varlığı halinde dahi, demokratik toplumun bel kemiği olan siyasi tartışma ortamı, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük gibi temel değerler korunmalıdır.<sup>72</sup>

AİHM'e göre, hükümeti eleştirmek veya devlet başkanı/yöneticilerin milli menfaatler için tehlikeli gördüğü bilgileri yaymak gibi faaliyetlerden hareketle kişiler, terör örgütüne mensup olmakla, terör örgütüne yardım etmekle, hükümeti veya anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmekle, terör örgütü propagandası yapmakla ve bu gibi ağır cezai sonuçları olan suçlamalarla itham edilmemelidir.<sup>73</sup> Zira eleştirel seslerin tutuklanması, tutuklanan kişi için olduğu kadar toplumun tamamı için de olumsuz sonuçlar doğurur.<sup>74</sup> Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakmayla sonuçlanan bir tedbirin, "sivil topluma gözdağı vererek ve muhalif sesleri sessizleştirerek, ifade özgürlüğü açısından mutlaka caydırıcı bir etki doğuracağını", bu caydırıcı etkinin, tutuklunun daha sonra beraat ettirildiğinde de ortaya çıkabileceğini kaydetmiştir.<sup>75</sup> Tüm bu görüşlerden hareketle Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

AİHM'in Türkiye aleyhine ifade hürriyeti özelinde verdiği başka ihlal kararları da vardır. Şahin Alpay/Türkiye kararı<sup>76</sup> da AİHM'in ifade hürriyetine

<sup>69</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 158.

<sup>70</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 159.

<sup>71</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 160.

<sup>72</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 161.

<sup>73</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 162.

<sup>74</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 163.

<sup>75</sup> Mehmet Hasan Altan / Türkiye, p. 162.

<sup>76</sup> Şahin Alpay / Türkiye, App. No. [16538/17](#), 20.03.2018.



ilişkin diğer içtihatları ve keza Mehmet Hasan Altan kararı ile birebir örtüşmektedir. Başvurunun konusu, AİHM'in yaklaşımı ve ifade hürriyetinin ihlal edildiğinin tespit edildiği kararlar olması yönleriyle Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay kararlarının birbiriyle aynıyet gösterdiğini söylemek yanlış olmaz. Bu sebeple Şahin Alpay ve benzeri başvuruların çalışma kapsamında incelenmesine gerek görülmemiş sadece Mehmet Hasan Altan kararının incelenmesiyle yetinilmiştir.

#### **IV. Anayasa Mahkemesinin Hukuku Değiştirme Sorunu**

##### **A. Anayasa Yargısının İşlevi**

Anayasacılığı, siyasal iktidarın sınırlandırılması; anayasal devleti de sınırlı devlet olarak gören ortodoks/klasik yaklaşım kimi çevrelerce eleştirilmektedir. Ortodoks anayasacılığın “dar” kavramsallaştırılması karşısında, iktidarı belirleyen formel ve informel organizasyonların açıklanmasını da içine alan daha “geniş” bir anayasacılık kavramından bahsedilmektedir. Buna göre ortodoks anayasacılık anlayışının varsaydığı sınırlama gerçek değildir, bir yanılsamadır. Bireylerin özgürlük ve özerkliğine yönelik müdahaleleri sınırlama iddiası bir mittir; çünkü devlet bugün her zaman olduğundan daha güçlüdür. Ancak Arslan'ın da belirttiği gibi uygulamada devletlerin daha baskıcı ve güçlü hale gelmesi “anayasacılığın normatif hedeflerini” hiçbir biçimde geçersiz hale getirmez.<sup>77</sup> Kaldı ki, anayasacılığın temel motivasyonu siyasal iktidarın insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda sınırlandırılması ve iktidarın bölünüp dağıtılmasıdır.

İnsan hakları gerek ulusal ölçekte gerek ulus üstü ölçekte formüle edildiği şekliyle siyasal liberalizmin ürünü olarak belirmektedir. Bir diğer deyimle, modern insan hakları düşüncesi, liberalizmin birey-devlet ilişkisinde bireyi önceleyen ve devleti bireyin haklarını korumaya yönelik “ehveni şer” olarak gören yaklaşıma dayanmaktadır. Bu anlayışa göre iktidarın varlık nedeni (raison d'être) bireyin hak ve özgürlüklerini korumaktır.<sup>78</sup>

İnsan hakları ile yargı arasında oldukça işlevsel bir bağ vardır. İnsan haklarını, siyasal iktidarın haksız müdahalelerinden koruyan irade, yargı iradesidir. Bu

<sup>77</sup> Zühtü ARSLAN, “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 16, S. 2, 1999, s. 6-7.

<sup>78</sup> Zühtü ARSLAN, “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, 2002, s. 3.

gerçekleşimde koruma ve geliştirme bulunmaktadır. İşte bu noktada anayasa yargısı özel ve hayati bir konumda yer almaktadır. Anayasacılık, siyasi iktidarın sınırlandırılmasını, hak ve özgürlüklerin siyasi iktidar karşısında korunmasını sağlar. Anayasacılığın özü, bu bağlamdaki denge ve denetimdir. Anayasa yargısı anayasacılığın operasyonel bir kurumudur. Dolayısıyla anayasa yargısı, ege-men kişi ve organların haksız müdahalelerine karşı kişi hak ve özgürlüklerini koruyan bir denge ve denetim mekanizmasıdır. Şu hâlde hukuk devletinde anayasa yargısından beklenen, “hak eksenli” (rightbased) bir yaklaşım benimsemesi; takdir yetkisini otoriteden değil özgürlükten yana kullanmasıdır. Pozitivist ve statükocu bir yaklaşım sergilenmesi anayasa yargısının operasyonel fonksiyonunu işlevsizleştirecektir.

Yorum, yorumcunun sübjektif zihinsel faaliyeti neticesinde norma anlam<sup>79</sup> yüklenmesidir.<sup>80</sup> Anayasa yargısı, anayasal ve yasal kurallara anlam yükleyen bir “yorumcu topluluğu”dur.<sup>81</sup> Bu yorumcu topluluğu ilk aşamada belirli bir anlam tespit eder ve ikinci aşamada tespit edilen anlamlar arasında bir tercihte bulunur. Sorun burada yapılan tercihin rasyonel olup olmadığı ve anayasa yargısının ontolojik meşruiyeti ile bağdaşıp bağdaşmadığıdır. İşte anayasa yargısı bir anlamda bu tür bir zemin üzerinde ve pragmatik gerekçelerle hareket eder. Çünkü, yargısal denetim sonucunda varılan karar, yargıcın kişisel değerlerinden, diğer etkin yorumcuların değerlerinden ve siyasal-sosyal hâkim çevrenin değerlerinden oluşan parametreler üzerinden şekillenir.

İşte insan hakları hususunda bu tür bir karar oluşum aşamasının üzerinde şekillendiği iki temel yaklaşım bulunmaktadır. *Hak eksenli yaklaşım*, anayasal denetim sürecinin her aşamasında yargıcın hak ve özgürlükleri koruma motivasyonu ve bu bilinçle hareket etmesidir. Buna göre hak eksenli yaklaşımda yargıç, hak ihlallerini tespit ederek hak ve özgürlüklerin korunmasından ve gelişmesinden yana tavır almaktadır. *Amaç eksenli (goalbased) yaklaşımda* ise yargıç daha çok pragmatist reflekslerle örülü bir tercihte bulunur. Burada özellikle devletin kültleştirildiği ve devletin amaçlarının, “devlet aklı”nın ön plana

<sup>79</sup> Andrei MARMOR, *İnterpretationand Legal Theory*, Hart Publishing, 2. Baskı, Oxford and Portland, Oregon, 2005, s. 13.

<sup>80</sup> Aristoteles’e göre davaları karar bağlayan yargıçlar çoğunlukla sevgi, nefret, bireysel çıkarların etkisinde kaldıklarından dolayı gerçeği tam anlamıyla meydana çıkarmayabilirler. Çünkü onların vardıkları sonuçlar haz ya da acılarıyla maskelenmektedir. ARISTOTLE, *The Art of Rethoric*, Çev. J. H. Freese, Loeb Classical Library, 1925.

<sup>81</sup> Zühtü ARSLAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, 2000, s. 274-293.

çıkarıldığı bir faaliyet söz konusudur. Otoriter ve totaliter bir karakter besleyen amaç eksenli yaklaşımda, kararın oluşum sürecinde, birey ve onun hak ve özgürlükleri çoğunlukla göz ardı edilir. Kısacası amaç eksenli yaklaşım statükocu ve otoriter izler taşıyan bir faaliyettir.

Anayasa yargısının demokratik bir hukuk devletindeki varlığı uzun süreden beri tartışma konusudur.<sup>82</sup> Buna rağmen anayasacılığın özü mahiyetindeki insan hakları ve demokrasi ile birlikte, demokratik hukuk devletinin karakterini belirlemektedir. İşte insan haklarının yargısal korunması da anayasa mahkemeleri ile sağlanmaktadır; dolayısıyla anayasa yargısının meşruiyet temeli de buradan türemektedir. Gerçekten de anayasa mahkemeleri, devletin ve bunun operasyonel kodu olan siyasi iktidarın muhtemel ihlalleri karşısında hak ve özgürlükleri koruyan oluşumlardır.

Yüksek mahkemelerin bu işlevi Arslan'ın da belirttiği üzere hak temelli bir hukukun üstünlüğü anlayışından kaynaklanmaktadır.<sup>83</sup> Nitekim Dworkin'e göre yargıçlar karar oluşum sürecinde bireylerin siyasi haklarını korumayı amaçlayan siyasi ilkelerden beslenen argümanlara dayanmak zorundadır.<sup>84</sup> Kanımızca anayasa yargıçları karar oluşum sürecinin her aşamasında hak eksenli bir yaklaşımla davranmalıdır. Çünkü ancak bu şekilde anayasa yargısı, anayasacılıktaki operasyonel konumunu ve ontolojik meşruiyetini korur.

Dworkin göre eğer siyasi iktidar, "*hakları ciddiye almıyorsa, bu durumda hukuku da ciddiye almıyor demektir.*"<sup>85</sup> Aynı mantık anayasa yargısı için katmerleşerek doğrulanmaktadır. Anayasacılığın operasyonel bir kurumu olan anayasa yargısı da eğer hakları ciddiye almıyorsa hukuku da ciddiye almıyor demektir. Haklar kurumu bu nedenle oldukça hayatidir; zira o, çoğunluğun, azınlıklara vermiş olduğu, onların saygınlık ve eşitliğine saygı gösterileceği sözünü

<sup>82</sup> Bu konuda önemli bir tartışma için bkz. Jeremy WALDRON, "Judicial Review and Conditions of Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, C. 6, S. 4, 1998, s. 335-355. James B. KELLY ve Micahel MURPHY, "Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Court of Canada's Legal Rights Jurisprudence", *Canadian Journal of Law Society*, C: 16, S. 1, 2001, s. 3.

<sup>83</sup> Zühtü ARSLAN, "Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler Politikası: 'Ve Çağı'nda 'Ya-Ya Da'cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme", *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar, 2001, s. 7-8.

<sup>84</sup> Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1985, s. 11.

<sup>85</sup> Ronald DWORKIN, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınevi, Ankara 2007, s. 248.

temsil eder.<sup>86</sup> Gerçekten de özellikle “bölünmüş toplumlarda”, toplumsal katmanlar arasındaki ayrılık en şiddetli olduğu zaman, Dworkin’in belirttiği gibi eğer hukukun işleme gerekiyorsa ve isteniyorsa, hakların anayasal düzeyde ciddiye alınması gerekir. Çünkü anayasa, bir normun geçerliliğine ilişkin ahlaki ve karmaşık problemleri bir potada eritmektedir. Doğru bir biçimde yorumlansa dahi anayasal haklar hayatın karmaşıklığı ve insan onurunun yüceliği karşısında etkisiz kalabilmektedir. Dolayısıyla anayasal düzen, siyasi iktidar karşısında sahip olunan haklara ciddi katkılar sunabilmekle birlikte, bu hakları yeterince koruyup geliştiremeyebilir de. Bu hallerde anayasa yargısı hakları ciddiye alarak bireyin varlığını ve onurunu koruyucu ve geliştirici bir tutumla var olmalıdır.

## **B. Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Kararları**

### **1. Anayasa Mahkemesinin Önceki İçtihadı: Mehmet Hasan Altan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/23672, Karar Tarihi: 11/01/2018**

İnsan hak ve özgürlükleri, anında yaşandığında değer kazanır; bu nedenle hak ve özgürlüklere yönelik yargı kararları derhal icra edilmelidir. Aksi halde telafi edilemez sonuçlar doğabilir ve hukuki güven sarsılabilir. İnsan hak ve özgürlüklerine dayanan demokratik bir hukuk devletinin değerleri hilafına bir tutum sergilenerek adeta olumsuz anlamda “siyasal aktivizm” ortaya konulması hukuk devletiyle bağdaşmaz.

Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğüne<sup>87</sup> yönelik sınırlamaların devletin takdirinde olduğuna; ancak bunu denetleme yetkisinin kendisinde olduğuna

<sup>86</sup> DWORIN, (2007), s. 248.

<sup>87</sup> Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 26. maddesinde “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, (Ek ibare: 3/10/2001-4709/9 md.) millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. (Ek: 3/10/2001-4709/9 md.) Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiştir.

işaret etmiştir. Bu denetim, demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri<sup>88</sup> ekseninde salt soyut bir denetim değil, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman sınırlamaya konu edilen nedenlerin niteliği gibi unsurları da içeren somut ve ayrıntılı bir denetimdir.

Ayrıca, Yüksek Mahkemenin belirttiği üzere temel haklara ilişkin sınırlamalar, zorunlu veya istisnai tedbir niteliğinde, AİHM'in de içtihatları çerçevesinde, demokratik bir toplumda “zorlayıcı sosyal ihtiyaç” şeklinde uygulanmalıdır.<sup>89</sup> Dolayısıyla, ölçülülük ve hakların özüne dokunmama, yani hakkın kullanımını anlamsızlaştırmama, güçleştirici bir şekilde işlevsiz hale getirmeme, sınırlandırmada önemli işlevsel ölçütlerdir. Hak ve özgürlüklerin korunmasında devletin negatif yükümlülüğünün yanında pozitif yükümlülüğü de söz konusudur; devlet, hak ve özgürlüklerin korunmasında etkin bir rol oynamalı, amaç ile araç arasında orantılılığı gözetmelidir. Her şeyden önce, hak ve özgürlüklerin asıl, sınırlamanın istisna olduğu unutulmamalıdır. Yüksek Mahkeme, somut olayda hak ihlalinin olup olmadığına yönelik incelemesinde, AİHM'in “müdahale olup olmadığı”, mevcut ise “müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı”, söz konusu ise haklı sebebe dayanan “müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı” şeklindeki ölçütlerini kullanmıştır. Yaptığı inceleme neticesinde, müdahalenin, Anayasa m. 26'da düzenlenen ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>90</sup> Anayasa yargısı, değerlerin ahlaki temellerinin yıkılışı karşısında Camus'un “Sessiz Tanrı”<sup>91</sup> değildir.

<sup>88</sup> “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin Anayasa'nın 13.maddesi.

<sup>89</sup> Bu doğrultuda bir karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

<sup>90</sup> Bu doğrultuda bir karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

<sup>91</sup> Camus, “Malentenda-Yanlış Alama” adlı eserinde bu sessiz tanrı fikrini çok çarpıcı bir şekilde ortaya koyar. Esere konu olay, Fransa'da bir otelde geçer. Oteli işleten anne-kız müşterileri öldürüp paralarını çalarlar. Otelin uşağı ise bütün olan biteni görmekte ancak hiçbir yorum yapmadan işine devam etmektedir. Otelin bulunduğu yere bir gün bir adamla karısı gelir. Kadın bir diğer otele yerleşir, kocası ise anne-kızın işlettiği otele gider. Anne-kız bir süre tereddütten sonra adamı öldürür, paralarını çalar ve cesedi uçurumdan aşağı atarlar. Olaydan sonra otele gelen adamın karısı gerçeği açıklar; öldürülen adam otel sahibinin yıllar önce izini kaybettiği oğludur. Kendi oğlunu öldürmenin verdiği acıyla “aman Tanrım” diye feryat eden kadına olayları başından beri sessiz izleyen uşak cevap verir: “Buyurun, bana mı ses-

Anayasa Mahkemesi kararlarında, olumlu veya olumsuz yönlerden yargısal aktivizm belirtilerine rastlamak mümkündür.<sup>92</sup> Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, çeşitli dönemlerde ve saiklerle aktivist tavırlarını sergileye gelmiştir. Ancak burada gerek son zamanlarda verilen bir karar olması, gerekse içeriğinin olumlu anlamda olgusal bir tutarlılık sağlanarak doldurulmuş olması sebebiyle Mehmet Hasan Altan kararı incelenecektir.

Kararın iki yönden değerlendirilmesi gerekir. Birincisi, Yüksek Mahkemenin ifade özgürlüğü ekseninde genel olarak hak ve özgürlüklere ilişkin gelişen tavrıdır. Hukuk devleti, yukarıda da ifade edildiği gibi, salt norma dayalı bir mekanizmayı öngörmez; normların insan hak ve özgürlükleri lehine gelişimini ve bu gelişim bağlamında insan merkezli değerler dizisine dayanan bir sistemi esas alır. Bu şekilde normların biçimsel işlevselliği maddi nitelik ile desteklenerek anlam kazanır; hukuksal alanda belirlilik ve güvence özde de aynı fonksiyona sahip olur. Devletin elindeki salt şekilsel tutarlılığa sahip mekanizma, içi anlam ve değerlerle doldurulmaz ise, insan hak ve özgürlükleri açısından tehlikeli bir aygıt dönüşür. Ezcümle biçimsel tutarlılık maddi tutarlılık ile meşruiyet bulabilir. Şu hâlde insan hak ve özgürlükleri hukuk devletine bağlı olarak sadece pasif değil aynı zamanda aktif koruma altında olmalıdırlar. İkinci olarak bu durum böylelikle çoğulcu demokrasi anlayışını da yerine getirir. Çoğulcu demokrasi ile birey siyasal, sosyal veya ideolojik bakımdan yaşam pratiğinde özerk bir alana sahip olur. Bu şekilde sağlanan tinsel ve metasal özerklik ortamında birey sahip olduğu hak ve özgürlükleri en anlamlı ve derin şekilde yaşama imkânı yakalar. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararın bu anlamda isabetli olduğu söylenebilir.<sup>93</sup>

---

lendiniz?” Camus anlayamadığı bu sessiz tanrıyı sevmeyi reddeder. Bu dünya, içinde acı çeken insanlar gökyüzündeki sessiz Tanrı hep birlikte “absurde” oluştururlar.

<sup>92</sup> Anayasa Mahkemesi'nin aktivist kararlarına ilişkin değerlendirmeler içeren önemli bir çalışma için bkz. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

<sup>93</sup> Nitekim Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkındaki kararında önemli tespitlerde bulunmuştur: “İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.” Yine aynı kararda Yüksek Mahkeme “İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirilmesi için

Bu bilgiler ışığında kararı değerlendirmek gerekir. Başvurucu, suçlamaların gerçek dışı olması nedeniyle gözaltına alınmasının hukuka aykırı olduğunu, gözaltı süresinin terör eylemlerinde ve toplu suçlarda dahi dört günü geçemeyeceğini, buna rağmen olağanüstü hal döneminde getirilen otuz günlük gözaltı süresinin kabul edilemez olduğunu, hakkında uygulanan on iki günlük gözaltı tedbirinin ölçülü olmadığını, bu süreçte keyfi olarak uzun bir süre gözaltında bekletildiğini, derhal hâkim önüne çıkarılmadığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.<sup>94</sup> Başvurucu, soruşturmaya konu edilen ve tutuklamaya dayanak oluşturan hususların tamamen yazıları ve televizyon konuşmasından ibaret olduğunu, bu konuşma ve yazılarından dolayı tutuklanması nedeniyle ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.<sup>95</sup>

Anayasa Mahkemesi, Anayasam. 26'da düzenlenen ifade özgürlüğünün ve bunun özel güvencelere bağlanmış biçimi olan Anayasa m. 28'de düzenlenen basın özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu gerekliliklerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini vurgulamıştır.<sup>96</sup> İfade özgürlüğü, çoğulcu demokrasiye dayanan hukuk devletinin temel karakterini teşkil eden unsurlardan biridir. Bu bakımdan ifade ve basın özgürlüğüne yönelik yapılan müdahalelerin kanunda öngörülmüş ve Anayasada belirlenen sebeplerle sınırlanmış olması Anayasaya uygun olması için yeterli değildir. Müdahale, demokratik toplumun gerekliliklerine uygun ve ölçülü de olmalıdır.

Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik Yüksek Mahkemenin de belirttiği gibi demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarındandır. Bunların bulunmadığı bir toplumun demokratik olduğu söylenemez.<sup>97</sup> Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik, her türlü barışçı düşüncenin serbestçe ifade edilmesiyle kendisini gösterir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında, AİHM kararlarına atıfla vurgu-

---

*vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir.*" demiştir. Karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

<sup>94</sup> Karar için bkz. B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

<sup>95</sup> B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

<sup>96</sup> Bu doğrultuda bkz. B.N. 2013/9343, K.T. 4.6.2015; B.N. 2014/12151, K.T. 4.6.2015.

<sup>97</sup> B.N. 2013/2602, K.T. 23.1.2014; B.N. 2013/1461, K.T. 12.11.2014.

landığı üzere, bu serbestlik, sadece lehe olan veya zararsız, önemsiz görülen bilgi veya düşünceler için değil, toplumun bir bölümünü rahatsız eden veya devleti eleştiren bilgi ve düşünceler için de geçerli olmalıdır.

Demokratik toplumun gerekliliklerinden biri de bireylere, özgün kişiliklerini geliştirmeleri için uygun ortamın sağlanmasıdır. Bireyler özgün kişiliklerini ancak düşüncelerini serbestçe ifade edebildikleri ve tartışabildikleri bir ortamda gerçekleştirebilir.<sup>98</sup> Diğer yandan özellikle kamuyu ilgilendiren tartışmalara yönelik her türlü fikir ve bilginin yayılabilmesi, halkın da bunlara ulaşabilmesi gerekir. Bu anlamda ifade özgürlüğünün özel bir görünüm biçimi olan basın özgürlüğü, demokratik bir toplumda ayrı bir öneme sahiptir. Zira anılan özgürlük yalnızca basının fikir ve bilgileri yaymasına değil halkın bunlara ulaşmasına da imkân sağlar.<sup>99</sup> Şeffaflık ve hesap verilebilirlik de demokratik toplum düzeninin gereklerindedir. Demokrasinin sağlıklı işleyişi kamu makamlarının sadece yasama ve yargı organları tarafından değil aynı zamanda siyasi partiler, sivil toplum örgütleri ve basın gibi demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları tarafından da denetlenmesine bağlıdır. Bu doğrultuda basın, kamunun gözetleyicisi olarak farklı kaynaklardan bilgi ve fikirleri yayarak şeffaflık ve hesap verilebilirliğin sağlanmasına da katkıda bulunur. Basın özgürlüğü sayesinde farklı kaynaklardan bilgi ve fikirlere ulaşan kamuoyu, kamu gücünü elinde bulunduranların iş ve işlemlerine yönelik daha doğru bir kanaate ulaşabilir.<sup>100</sup>

İfade ve basın özgürlüğüne müdahale eden tedbir, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmez.<sup>101</sup> Bu bağlamda demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi yapılırken müdahaleye gerekçe gösterilen ifadelerin hangi kapsamda kullanıldığı da göz ardı edilmemelidir.<sup>102</sup> Yine bununla beraber ifadeyi kullananın sorumluluğu belirlenirken söz konusu ifadeye, objektif bir göz-

<sup>98</sup> B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

<sup>99</sup> B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018. Ayrıca bkz. B.N. 2013/5574, K.T. 30.6.2014; B.N. 2013/1997, K.T. 8.4.2015.

<sup>100</sup> B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

<sup>101</sup> Karar için bkz. B.N. 2014/6128, K.T. 7.7.2015.

<sup>102</sup> Karar için bkz. B.N. 2012/1184, K.T. 16.7.2014; B.N. 2013/8503, K.T. 27.10.2015.



lemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmemelidir. Bu bağlamda olgusal bir temelden yoksun olan tahmin ve varsayımlardan kaçınılmalıdır.<sup>103</sup>

Öte yandan ifadenin hangi araçla kullanıldığı ve bu aracın özellikleri de önemlidir. Dolayısıyla canlı yayımlanan televizyon veya radyo programında kullanılan ifadeler ile bir kitapta veya gazete yazısında kullanılan ifadeler aynı şekilde değerlendirilemez. Zira AİHM kararlarında da belirtildiği üzere canlı yayındaki ifadelerin kamuya duyurulmadan önce yeniden formüle edilme veya değiştirilme ya da geri alınma olanağı yoktur.<sup>104</sup> Son olarak ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuru ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel caydırıcı etkisi dikkate alınmalıdır.<sup>105</sup>

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesine göre, tutuklamanın hukukiliğine yönelik tespitler dikkate alındığında ve isnat edilen suçlara dayanak gösterilen temel olgunun başvuruya konu yazılar ve konuşmalar olduğu gözetildiğinde hukukilik koşulunu sağlamayan tutuklama tedbiri, ifade ve basın özgürlükleri bakımından demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak kabul edilemez. Ayrıca suça konu yazıların yayımlandığı ve konuşmaların yapıldığı dönemde kamuoyunda benzer biçimde dile getirilen görüşleri başvuru-cunun da ifade etmesinden hareketle hakkında tutuklama tedbirine başvurulmasının, hangi zorlayıcı toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı ve demokratik toplum düzeninde neden gerekli olduğu ortaya konmamıştır.<sup>106</sup> Bununla beraber demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi tespitinde ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuru ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel “caydırıcı etkisi” de dikkate alınmalıdır.<sup>107</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı iki açıdan önemlidir. *Birincisi* Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğü özelinde hak ve özgürlüklerin koruyucusu olduğunu, bu bağlamda “sessiz tanrı” olmadığını ortaya koymuştur. *İkincisi* yetkilerini otoriteden değil özgürlükten yana kullanarak, hukuk devletini güçlendirmiş, siyasal iktidar ve yargı ilişkilerinde yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasına katkıda bulunmuştur. Bu noktada Anayasa m. 153’e göre Anayasa

<sup>103</sup> B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

<sup>104</sup> B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

<sup>105</sup> B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018. Ayrıca bkz. B.N. 2013/8503, K.T. 27.10.2015.

<sup>106</sup> B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

<sup>107</sup> B.N. 2016/23672, K.T. 11.1.2018.

Mahkemesi kararlarının yargı organları da dahil herkesi bağladığına işaret etmekte; ancak bu kararın diğer bir yargı organı olan ilgili Ağır Ceza Mahkemesi tarafından uygulanmadığına işaret etmekte yarar vardır.

## **2. Anayasa Mahkemesinin Son İçtihadı: Ahmet Hüsrev Altan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/23668, Karar Tarihi: 3/5/2019**

Siyasi iktidara yönelik eleştiriler, ifade ve basın özgürlüğünün norm alanı içindedir. Aksi halde sadece ifade özgürlüğü değil, dolaylı olarak düşünce özgürlüğü, demokrasi, seçme ve seçilme özgürlükleri de tahrip olur; zira kişiler ancak ulaşabildiği bilgiler ölçüsünde fikirlerini oluşturabilir, değiştirebilir, seçme haklarını kullanarak siyasi hayata katılabilir ve demokrasiyi yaşayarak gerçekleştirebilir. Hukuk, eylemler ile ilgilenir; eyleme dökülmemiş niyetler hukuکی sonuçlar doğurmaz.

Anayasa Mahkemesi, tutuklama tedbirinin ifade özgürlüğü üzerindeki etkisini incelerken, tutuklamanın hukukiliğini veya tutukluluk süresini dikkate almaktadır. Anayasa Mahkemesi, söz konusu televizyon konuşmalarının ve yazıların suç oluşturduğu iddiasını şu şekilde değerlendirmektedir: “*Somut olayda başvurunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiası incelendiğinde başvurunun suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu ve ayrıca tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğunun söylenebileceği sonucuna varılmıştır.*”. Anayasa Mahkemesinin yalnızca televizyon konuşmalarından ve yazılardan bu sonucu çıkarmış olması dikkat çekicidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki gazeteci ve yazarların açıkladıkları görüşler şiddeti, terörü veya terör örgütünü övmeye ya da nefret söylemi içermeye gibi bir mahiyet taşımadıkça tutuklama nedeni olamaz. Zira çoğulcu ve demokratik bir toplumda ne kadar sert ve aykırı olursa olsun sırf ifade edilen görüş ve düşüncelerden dolayı tutuklama tedbirine başvurulması kabul edilemez. Zaten aksi halde çağdaş çoğulcu demokratik bir toplumu oluşturmak ve bunu sürdürmek mümkün değildir.

İşte bu nedenle Anayasa Mahkemesinin kararlarında sıklıkla vurguladığı gibi şüpheli veya sanığa isnat edilen eylemlerin ifade ve basın özgürlükleri gibi demokratik toplum düzeni açısından vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler kapsamında olduğu hususunda ciddi iddiaların bulunduğu veya bu durumun somut olayın koşullarından anlaşılabilirdiği hâllerde, tutuklamaya karar veren

yargı mercilerinin kuvvetli suç şüphesini belirlerken daha dikkatli ve özenli davranmaları gerekir. Somut olaydaki başvuru konusu da kanımızca ifade ve basın özgürlüğü kapsamında ele alınmalıdır. Dolayısıyla bu doğrultuda kuvvetli suç şüphesi belirlenirken titiz olunması şarttır. Tutuklamanın istisnai niteliği de bunu gerektirir. Tutuksuz yargılamanın asıl, tutuklu olarak yargılamanın istisna olması karşısında, tersine bir uygulamanın tutuklamayı bir yaptırım olarak hapis cezasına dönüştürme anlamına geleceği, oysa bunun, koruma tedbirleri arasında yer alana tutuklamanın mahiyetiyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu bağlamda ele alınan yazı ve konuşmaların bütünlük içerisinde ve bağlamlarından koparılmadan değerlendirilmesi gerekir. Yine bir yazı veya sözden dolayı sorumluluk belirlenirken söz konusu ifadeye objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemeli, olgusal temeli bulunmayan kimi tahmin ve varsayımlara dayalı suçlamalar yapılmamalıdır.<sup>108</sup>

Nitekim Yüksek Mahkeme daha önceki bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “Başvurucunun A.N.I. ile birlikte sunuculuğunu yaptığı ‘Özgür Düşünce’ adlı bu programda, farklı konularda Hükümete yönelik ağır eleştirilerin dile getirildiği ve özellikle Hükümetin hukuka uymadığının vurgulandığı görülmektedir. Söz konusu programda, A.N.I. ile programa konuk olarak katılan A.H.A. [Ahmet Hüsrev Altan] arasında Hükümetin bazı mensupları ve üst düzey bürokratların konuşmalarının kimi ülkeler tarafından yasa dışı telefon veya ortam dinlemesi yoluyla kayıt altına alınıp İnternet üzerinden yayımlandığının konuşulduğu bir sırada başvuru -araya girerek- diyaloga katılmıştır. Başvurucu öncelikle dinlemelerin sadece teknolojik imkanlar kullanılarak yapılmamış olabileceğini, -mevcut siyasal yönetimi kastederek- hukuk dışı yöntemlerle devletin ele geçirilmesinin mümkün bulunmadığını belirtmiş ve sonrasında suçla ilgili sözleri sarf etmiştir. Başvurucunun sarf ettiği sözlerin içeriği ve bağlamı, anılan sözler öncesinde ve sonrasında diğer konuşmacılar ile başvuru tarafından dile getirilen hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; bu sözlerin -tereddütsüz bir şekilde- darbe çağrısı olarak nitelendirilmesi ve başvurucunun bunları ertesi gün gerçekleşecek olan darbe teşebbüsünü bilerek kamuoyunu buna hazırlamak amacıyla söylediğinin kabul edilmesi zordur. Aksi durumda kullanılan sözlere, objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmesi sonucu doğabilir (bkz. § 224). Nitekim programdaki konuşmalarda Hükümetin, iki yıl sonra yapılacak seçimlerde veya seçim önce-

<sup>108</sup> Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, B. No: 12244/86, 30/8/1990; O'Hara/Birleşik Krallık, B. No: 37555/97, 16/10/2001.

*sinde iktidar partisinden bir kısım milletvekilinin bir başka siyasetçiyle birlikte yeni bir parti kurması sonucunda değişebileceğine yönelik öngörülerde bulunulmuştur.*"<sup>109</sup>

Öte yandan somut olayda sarf edilen sözler bir canlı yayında söylenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, canlı yayınlanan radyo ve televizyon programlarında sarf edilen sözlerden dolayı sorumluluk belirlenirken canlı yayının sözleri yeniden formüle etme veya süzgeçten geçirme olanağı vermediğinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.<sup>110</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemiş ve canlı yayın ortamında *"kullanılan ifadelerin kamuya duyurulmadan önce yeniden formüle edilmesi veya değiştirilmesi ya da geri alınması imkânının bulunmadığının da gözetilmesi"*<sup>111</sup> gerektiğini belirtmiştir.

Ayrıca konu edilen yazıların bağlamı içerisinde ve bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Mahkeme başkanı Arslan karşı oy gerekçesinde şu değerlendirmede bulunmaktadır: *"Her iki yazı da bağlamı içinde ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde bunların siyasi iktidara yönelik ağır eleştiri ve kendi açısından "uyarı" mahiyetinde olduğu görülmektedir. Yazılardan ilkinde ("Mutlak Korku") başvuru, Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'ya uymayan, yasama, yürütme ve yargıyı bütünüyle kendine bağlayan, toplumsal hayatın her alanına müdahale eden, sadece düşmanlarını değil dostlarını da tasfiye eden, bununla birlikte mutlak korkuya kapılan birine dönüştüğünü, bu mutlak korkunun iktidarların sonunu getirdiğini, ülke ve kendisi açısından en iyisinin "yeniden anayasal sınırlar içine dönmesi" olduğunu, ancak bunun için 'galiba geç kalındığı' nı eleştirel bir dille anlatmaktadır. İkinci yazıda ("Ezip Geçmek") ise başvuru, Cumhurbaşkanı'nın bir bürokratla yaptığı ileri sürülen konuşmasında iç savaş çıkabileceği uyarısı karşısında 'çıksın, ezip geçeriz' dediğini, iç savaş hakkında en küçük bilgisinin olmadığını, bunun bir toplumun başına gelebilecek en büyük felaket olduğunu, savaştan daha korkunç olduğunu, Bosna'da, Ruanda'da, Suriye'de yaşananlara bakılması gerektiğini, iç savaşta kardeşin kardeşi vurduğunu, iç savaşın tüm ülkeyi vuracağını ifade ettikten sonra "Ona göre davranın" diye yazısını tamamlamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi bir ifadeden dolayı sorumluluk belirlenirken söz konusu ifadeye objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemesi gere-*

<sup>109</sup> B.N. 2016/23672, B. T. 11.1.2018.

<sup>110</sup> Reznik/Rusya, B.No: 4977/05, 4/4/2013

<sup>111</sup> B.N. 2016/23672, B. T. 11.1.2018.

kir. Soruşturma makamları bu iki yazının birkaç cümlesinden hareketle başvurunun darbe teşebbüsünden haberdar olduğunu ve darbenin zeminini hazırladığını söylerken bunun olgusal temellerini ortaya koyamamışlardır.”<sup>112</sup>

Bununla birlikte söz konusu karar Anayasanın 15. maddesi bağlamında değerlendirildiğinde de ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda da “suç işlendiğine dair kuvvetli belirti”nin bulunmadığını ifade etmek gerekir.<sup>113</sup> Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda vurguladığı gibi, demokratik bir toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yaparken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin gerek bireysel gerek genel olarak basın üzerindeki “caydırıcı etkisi” de dikkate alınmalıdır.<sup>114</sup> Bununla birlikte olağan dönemde ifade ve basın özgürlüklerini ihlal eden müdahalenin, olağanüstü dönemde Anayasanın 15. maddesi kapsamında “durumun gerektirdiği ölçüde” görülmesinin mümkün olup olmadığı da sorgulanmalıdır. Bu doğrultuda dahi durumun gerektirdiği ölçüyü aşan bir müdahalenin olduğu söylenebilir.<sup>115</sup>

Anayasa Mahkemesinin hukuku değiştiren kararları dikkate alındığında Mahkemenin başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini<sup>116</sup> gözetmediği sonucuna ulaşılabilir.

<sup>112</sup> B. N. 2016/23668, K.T. 26.6.2019-30813.

<sup>113</sup> Bu bağlamda kimi Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. *Gülser Yıldırım* (2), B. No: 2016/40170, 16/11/2017, bu yöndeki bir ihlal kararı için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* B. No: 2015/18567, 25/2/2016

<sup>114</sup> *Şahin Alpay*, B. No: 2016/16092, 11/1/2018.

<sup>115</sup> *Şahin Alpay*, §§ 105-110; *Mehmet Hasan Altan* (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, §§152-157; *Turhan Günay* [GK], B. No: 2016/50972, 11/1/2018, §§ 83-89; *Mustafa Baldir*, B. No: 2016/29354, 4/4/2018, §§ 83-88

<sup>116</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında şöyle demektedir: “Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşullarıyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.”<sup>116</sup> E. 2012/103, K. 2013/105, K.T. 3.10.2013. Keza bir diğer kararında Yüksek Mahkeme yine bunun altını çizmiştir: “Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve

## V. Anayasa Yargısı, Siyaset ve Türkiye

Anayasacılık siyasi iradenin sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin tanınmasını, güvenceye bağlanmasını ve gerçekleşip gelişmesini hedefler. Bu bağlamda biz anayasa yargısını anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin<sup>117</sup> çalışma esası olarak öngörmekteyiz. Gerçekten de anayasa yargısı hak ve özgürlükleri koruyan ve bunların geliştirilmelerine zemin hazırlayan bir *raison detre*'ye sahiptir. Dolayısıyla anayasa yargısı hukukun üstünlüğü ve hak ve özgürlüklerin korunması<sup>118</sup> amacına hizmet eder.<sup>119</sup> Nitekim Duran da bu bağlamda “*anayasa yargısı denilen denetim yolu, bilindiği gibi, ‘hukuk devleti’ ilkesinin tümüyle gerçekleştirilmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur*” demektedir.<sup>120</sup> Bu bakımdan Ana-

---

*öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.”* E. 2015/15, K. 2015/118, K.T. 23.12.2015.

<sup>117</sup> Pasquino'nun ortaya koyduğu gibi demokrasi siyasi partilerin katıldıkları seçimleri kaybedebildikleri veya bir şekilde kaybetmek zorunda kaldıkları bir siyasi düzeni belirtir. Dolayısıyla demokrasilerde gerçekleştirilen seçimlerin sonuçları da kaybedenlerin cehenneme gönderdikleri kutsal bir karar değildir; tersine azınlığın isteği doğrultusunda hükümlerin iptal edildiği ve hakem denetimi altında kazananların siyasi gücün bir kısmını kullanabilmesini ifade eder. Pasquino Pasquale, “Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspectives: USA, France, Italy”, *Ratio Juris*, C.11, S.1, 1998, (38-50), s. 47.

<sup>118</sup> Hukuk mu siyaseti üretir yoksa siyaset mi hukuku üretir? Bu bir irade ve onun rasyonel tercihi konusudur. Eğer hukuk iradeden bağımsız adalet, özgürlük ve eşitlik idesinin dirimsel kaynağı olan temel norm olarak anlaşılacaksa o halde hukuk siyaset üretir veya üretmelidir denilebilir. Yok eğer hukuk iradenin bir türevi olarak ortaya konulacaksa bu halde şüphesiz siyasetin, yani iradenin hukuk ürettiği kabul edilmelidir. Burada da iki bir ayrım ortaya çıkar. Ya irade temel norm idesini gökyüzünden yeryüzüne indirir, yani anayasacılık ve bunun değerler dizisini benimser ya da irade bundan bağımsız herhangi bir hukuk olgusunu yaratır. İrade hukuk olgusunu yarattığında ve eğer temel norm iradenin tecellisi sürecinde dışlandı-ğında, hukukun siyasileşmesi ile siyasetin hukukileşmesi arasında fark yoktur. Hukuk iradenin, yani siyasi alanın bir tecellisi olarak kabul edildiğinde hukukun yorumlanması veya bir diğer deyişle belirlenmesi, sınırlandırılması ve tanımlanması süreci de aslına geri dönüş veya siyaset oluşturma olarak görülebilir. Çünkü her iki olguda ontolojik köken birliği bu durumda söz konusu olacaktır. Ontolojik köken birliğinin varlığında süreç veya episteme pratiğinin farklılaşması söz konusu değildir. Dolayısıyla sürecin sonucunda değişen bir şey olmaz. Ancak eğer irade özgürlük, adalet ve eşitlik değerler dizisinin idesini, yani temel normu dikkate alırsa ve böylelikle anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisini gerçekleştirilmeye çalışırsa bu durumda işler değişir; yani siyasetin hukukileşmesi ile hukukun siyasallaşması arasında farklılık oluşur. Bu durumda olması gereken veya bir başka söylemle mantıksal tutarlılık siyasetin hukukileşmesidir. Zira burada bir idealin gerçekleşimi söz konusu olur. Bu hak ve özgürlük temelli bir gerçekleşimdir.

<sup>119</sup> Yüksel Metin, s. 94.

<sup>120</sup> Lütfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, 1984, (57-87), s. 57.

yasa Mahkemelerinin önemi büyüktür. Anayasa Mahkemelerinin gücü azımsanamaz. Öyle ki Sweet, yargısal gücün artması ve yargısal denetimin genişlemesini “yargısal hükümet darbesi” kavramıyla ortaya koymaktadır. Ona göre bu artış ve genişleme yargısal hükümet darbesi ile sonuçlanabilir. Sweet yargısal hükümet darbesi kavramıyla bir mahkemenin hukuk üretme ile bir hukuk düzenini normatif temelinde ortaya konulan esaslı bir değişikliği kastetmektedir.<sup>121</sup>

Hirschl de yargısal denetim gücünün söylenenin aksine genişlediğini ve arttığını belirtmektedir.<sup>122</sup> Bu durum mega-siyasetin veya siyasi denklemin temel değişkenlerinin hukukleşmesi sorunudur.<sup>123</sup> Son yıllarda, siyasetin yargısallaştırılmasında farklı bir seviyenin ortaya çıktığına şahit olundu; toplu sınırları tanımlayan veya tüm ulusun kalbinden geçen temel siyasi zıtlıklar olan ‘mega siyaset’ konusunda mahkemeler ve hakimlere dayalı olarak hareket etme. Bu

<sup>121</sup> Alec Stone Sweet, “The Juridical *Coup d’État* and the Problem of Authority”, German Law Journal, C. 8, S. 10, 2007, 915-928, s. 915.

<sup>122</sup> Ran Hirschl, “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, Annual Review of Political Science”, C. 11, 2008, 93-118, s. 94.

Hirsch, “*Bu noktada sorulması gereken soru bugünkü mahkemelerin örneğin bir nesil öncesi ile karşılaştırıldığında temel siyasi açmazlar konusunda daha fazla devrede olup olmadığıdır. En azından Amerika Birleşik Devletleri dışında nitel ve nicel açıdan cevap tartışmasız bir şekilde olumludur. Yargı müdahalesinden izole edilen politika alanlarının oramı 25 yıl öncesine göre 2008 yılında ciddi ölçüde daha küçük olmuştur. 1980’lerin başı ile karşılaştırıldığında (yaklaşık bir nesil öncesi) çok daha siyasete özgü olan sorunlar artık genel olarak yargısal veya anayasaya ilişkin sorunlar olarak görülmektedir.*” demektedir. Hirschl, The Judicialization of Mega, s. 127.

<sup>123</sup> Dahl yargısal denetimi siyasi irade oluşturucu bir kurum olarak görmektedir. Dahl bu nedenle ABD Yüksek Mahkemesini siyasi sistemde inkar edilemez bir konumda olduğunu belirtmektedir ve Yüksek Mahkemeyi politik bir kurum olarak nitelendirmektedir.<sup>123</sup> Dahl’a göre siyasi karar belirsizlik durumunda alternatifler arasında ne olması gerektiğine yönelik etkin seçim olarak belirtilebilir.<sup>123</sup> Dahl Mahkemenin ‘siyasi’ bir kurum olduğu varsayılacak olursa, Mahkeme üyelerinin kendi eğilimleri ve nüfuz sahibi müvekkiller ve kurucuların değişimlerinden kaynaklanan varsayımları ortaya koyan gerçek ve değerlere ilişkin meseleleri çözeceği kabul edildiğinde herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak, Mahkeme kararlarının meşruluğu siyasi bir kurum olmadığı, sadece hukuki bir kurum olduğu kurgusuna dayalı olduğundan, Mahkemenin siyasi bir kurum olduğunun kabul edilmesi sorunları yenilerini yaratmak pahasına çözüme kavuşturacaktır. Ancak yine de, Mahkeme huzuruna gelen davaların niteliğinin tanımlandığı gibi olduğu doğru ise, Mahkeme kesin olarak hukuki bir kurum olarak hareket edemez. Daha önceki yasalar ve Anayasada bulunmayan veya bunlara dayalı olarak çıkarımda bulunulamayan gerçek ve değerlere ilişkin meselelerin en azından bazı kabul edilebilirlik kriterlerine itirazda bulunarak zıt kamu siyaseti alternatifleri arasında bazı seçim yapılmalıdır. Bu bağlamda, Mahkeme ulusal bir politika yapıcıdır ve Mahkemenin siyaset sistemindeki varlığının basit bir şekilde demokratik olarak nitelendirilmesi sorununa yol açan bu roldür. Robert Dahl, “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, Journal of Public Law, Role of the Supreme Court Symposium, No. 1, 1957, 279-295, s. 279-281.

seviyedeki yargısallaştırma birçok kategoriden meydana gelir: yürütme organının adli incelemelerinde makroekonomik planlama veya ulusal güvenlik alanlarında imtiyaz söz konusudur (yani, anayasa teorisyenlerinin ‘politik sorun’ doktrininin terk edilmesi); seçim süreçlerinin yargısallaşması; rejim dönüşümünün yargı tarafından desteklenmesi; temel onarıcı adalet ikilemleri ve her şeyin ötesinde resmi genel kimliğin, ulus oluşturma süreçlerinin ve siyasetin tanımına ilişkin sorunların yargısallaştırılması, katılımcı demokrasi açısından bakıldığında belki de en çok sorun yaratan yargısallaştırma sürecidir. Yargısallaştırılmış siyaset konusunda ortaya çıkan bu alanlar ulusal yüksek mahkemenin siyaset alanındaki varlığının sınırlarını daha önceki tüm sınırların ötesinde genişletmektedir.<sup>124</sup> Hirschl’e göre bu bağlamda son yıllarda, siyasetin yargısallaştırılması belli başlı hak sorunlarının ötesine geçerek siyasetin tamamını tanımlayan ve bölen siyasi açıdan en önemli ve önde gelen meseleler olan mega siyasetin de ötesine geçmiştir. Bunlar seçim sonuçlarının ve rejim değişikliğinin desteklenmesinde temelde etkili olan toplu kimlik sorunlarına ve siyaset organının özü ve tanımına ilişkin olan ulus inşa etme süreçlerine kadar değişmektedir. Kamu politikasına ilişkin birçok konu halen mahkemelerin amaçları dışında kalmasına rağmen, yürütmenin yargı sistemine olan teslimiyeti artmış ve kanun yapıcılar ve yürütme erkinin yetkilerine ilişkin olarak artan ve genelde kabul gören bir yargı müdahalesi olmuş ve buna karışık siyasi gündemlerdeki yargısallaşmada hızlanma yaşanmıştır. Bu gelişmelerin tamamı son derece kapsamlı olan politik sorunların açıklığa kavuşturulması ve çözümlenmesi açısından daha fazla yargıya dayalı olarak hareket edilmesine yardımcı olmuştur.<sup>125</sup> İsrail Yüksek Mahkemesi Başkanı Aharon Barak siyasetin hukukileşmesini ilginç bir şekilde ortaya koymaktadır. Ona göre İsrail Anayasa Mahkemesinin eski proaktif başkanı bir keresinde “*adli incelemenin kapsamı dışında kalan hiçbir konu yoktur; dünya kanunlarla doludur; her şey ama her şey yargılanabilir*” demiştir ve bu dünya üzerindeki mahkemeler tarafından geniş ölçüde kabul görmüştür.<sup>126</sup> Sonuç olarak Hirschl’e göre mega siyasetin yargısallaştırılması “politik sorun” doktrininin terk edildiğini göstermektedir ve diğer bölümlerde “yargı iktidarı” olarak adlandırılan şeye dönüşü simgelemektedir.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Hirschl, *The Judicialization of Mega*, s. 97.

<sup>125</sup> Hirschl, *The Judicialization of Mega*, s. 94-95.

<sup>126</sup> Hirsch, *The Judicialization of Mega*, s. 98.

<sup>127</sup> Hirschl, *The Judicialization of Mega*, s. 126-127.



Whittington'a göre anayasal açıdan, mahkemelere karşı siyasi yaptırımların uygulanması olasılığı, yargı kararlarının siyasi olarak bozulması olasılığından daha geçerli olabilir. Mahkemelerin kurumsal bütünlüğünün devam ettirilmesi sorunu söz konusu olduğunda adli inceleme uygulaması sadece dış kısıtlamalara uyum sağlanması açısından yapılan stratejik bir uygulama olabilir. Mahkemeler, bu karşı karşıya gelme durumunun yargı bağımsızlığının kaybedilmesi ile sonuçlanabileceği beklentisi içerisinde olduklarında yönetimin diğer birimleri ile karşı karşıya gelmekten kaçınabilirler. Ancak durumsallık söz konusu olmadığı sürece, siyasi tercihler veya diğer siyasi aktörlerin anayasa hakkındaki yorumlarına takılmaksızın nispeten serbest bir şekilde kendi anayasal anlayışlarını uygulamak konusunda özgür hissedebilirler. Mahkemeler anayasayı hazırlayanların bağımsızlığı ve yargı denetiminden güç alabilirler ancak resmi olarak verilen bu yetkiler sonradan meydana gelebilecek siyasi manipülasyon karşısında savunmasızdır. Görünürde güçlü, resmi olan anayasal garantiler uygulamada güçlü ve bağımsız bir yargının sağlanması noktasında genellikle yetersiz kalmaktadırlar. Diğer siyasi aktörlerin genellikle yargı bağımsızlığını bozmak ve yargı eylemciliğini engellemek konusunda yeteri kadar güç sahibi olduğu kanıtlanmıştır. Güçlü siyasi aktörlerin anayasal sistemin devamlılığı konusunda menfaatlerinin olması gerekir. Aksi takdirde bu yapıdan kaçmak için yollar arayacaklardır. Bağımsız yargının güçlendirilmesi anayasal garantilerin güvence altına alınmasına yönelik bir stratejidir ancak bu stratejinin nihai verimi mahkemelerin karşı karşıya kalacağı zorlukların boyutuna bağlıdır demektir.<sup>128</sup>

İşte Türk Anayasa Mahkemesi tam da bu doğrultuda bir “yargısal aktivizme”<sup>129</sup> sahiptir. Yüksek Mahkeme hak ve özgürlükleri korumak yerine tam tersi bir

<sup>128</sup> Whittington, a.g.e., s. 447 ve 473.

<sup>129</sup> Ergül yargısal aktivizmin anayasal siyaset ekseninde görece yeni ortaya çıkan, son derece tartışmalı ve hala ne anlama geldiği net bir şekilde ortaya konulmamış bir kavram olduğunu belirtmektedir. Ergül “Aslında, yargısal aktivizm, doğası gereği ne olduğu ortaya konamayacak bir terimdir” demektir. Buna göre yargısal aktivizm kavramının kullanılma biçimi hâkim siyasi atmosfere göre değişebilmektedir. Bu nedenle Ergül yargısal aktivizmi belli bir mahkeme kararını yorumlayan kişinin siyasi görüşüne göre şekil verebildiği bir oyun hamuruna benzetmektedir. Ozan Ergül, Berraklaşırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, TBB Dergisi, S. 104, 2013, s. 39. Görüldüğü gibi kavram olarak yargısal aktivizm ile ilgili yapılan tanımlamalar veya nitelendirmeler yargı ve siyaset ilişkisi ile ilgili geliştirilen yaklaşımlarla yakından ilintilidir. Dolayısıyla yargısal aktivizme ilişkin geliştirilen yaklaşımların kavramın belli bir yönünü ortaya koyması bakımından önem taşıdığı söylenebilir. Gerçekten de siyaset ve hukukun kesiştiği sorunlu alanda anayasaya uygunluk denetimi ile bir yasama iradesi olarak kanunların hükümsüz kılınabilmesi, yasamaya direktifler verilerek belli bir yorumun dayatılması ister istemez gerilim ve krizlere yol açabilmektedir. Ancak içinde bulunduğu sorunlu alan sebebiyle belli bir gizem ve belirsizlik içerse de yargısal aktivizmin anaya-

şekilde tavır takınabilmektedir. Halbuki Kumar'a göre yönetimin yerini yargı kurumları alamaz. Yargı ve yürütme kurumları arasında bir denge ihtiyacı bulunmaktadır. Reformlar, gelişim ve kurumlar arasındaki dengenin tekrar ileri sürülmesi gerekmektedir. Kuvvetler ayrılığının azalmasına ilişkin anayasal prensiplere ulaşmak için yargısal aktivizm kullanılmamalıdır. Yargı iradesi yargısal aktivizm adına sınırlarını aşmamalıdır ve idarenin diğer organlarının fonksiyonlarını yerine getirmemelidir. Yargısal kararlara yasama, yürütme ve yargıyı birbirinden ayıran sınırlara saygı gösterilmelidir. Yargısal aktivizmin birçok başarısı olmakla birlikte başarısız olduğu bazı yönlerinin olduğunun altının çizilmesi gerekmektedir. Yasama, yürütme ve yargı arasında sıklıkla gerçekleşen yüzleşme yıllardır hüküm süren demokratik yönetim sisteme de zarar verecektir. Anayasadan doğan kuvvetler ayrılığı çizgisi sürdürülmeli ve bu çizgiye saygı duyulmalıdır.<sup>130</sup>

Anayasa yargısı, kanaatimizce, hak ve özgürlükleri “koruyucu” kararlarını, “üretici” yönde devam etmelidir. Anayasa metninde açıkça yer almayan bir hak, insan hakkı olarak anayasal değer kazanabilir. Bu durum anayasa yargısının, hakları ortaya çıkarıcı çalışmasında somutlaşmaktadır. Böyle bir iktidar pozitivist anlayışın aşılması ve doğal anlayış haline getirilmesi ile belirmektedir. Kanunların uygunluğunu, yalnızca anayasasının yazılı hükümlerine göre değerlendiren pozitivist anlayış, özgürlüklerin kaynaklarını pozitif ve jurisprudansiyel anayasa hukukunda görmektedir. Anayasadan veya özünden çıkarılan yazılı olmayan ilke ve kurallara göre uygunluk denetimini savunan doğal anlayışa göre, hak ve özgürlükler anayasa metinlerinde yer almasalar da hukuk düzeninde tanınmalıdır; çünkü kaynağı hukuk ötesindedir. Doğal yorumla “anayasal adalet” “temel hakların yargısal koruma aracı olarak anayasa yargısının ortaya çıkarıcı rolünün büyümesinin başlıca görünümü şeklinde nitelenir. Anayasa ve hak bildirelerinin bir yandan onur, eşitlik, özgürlük, adalet, demokrasi, hukuk devleti gibi değerlerle yüklü kavramlar kullanması; öte yandan, belli belirsiz, imalı ve sentetik deyimlere yer vermesi, anayasa yargısına üretici bir görev

---

saya uygunluk denetimi sürecinde bir yargısal sınır ihlaline ilişkin olduğu söylenebilir. Bununla birlikte kanımızca yargısal aktivizmin varoluş koşulları ve konumuna bağlı olarak meşruiyeti sorunu önemlidir; ancak daha önemli olan yargısal aktivizmin gerçekleşme koşullarının sağlanmasına ortam hazırlayan itki sorunudur, bir diğer anlamda hangi yönde olması gerektiğidir. Bu bağlamda karşımızda anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti, çoğulcu demokrasi ve kuvvetler ayrılığı çıkmaktadır.

<sup>130</sup> Vipin Kumar, “The Role of Judicial Activism in the Implementation and Promotion of Constitutional Laws and Influence of Judicial Overactivism”, *Journal of Humanities and Social Science*, C. 19, S. 2, 2014, 20-25, s. 24.

yüklemektedir. Anayasa yargısının ortaya koyduğu yazılı olmayan hak ve özgürlükler kategorisi ortaya çıkarıcı kararlar dizisi ile açıklanır.<sup>131</sup> İşte anayasa yargısının belirlenmiş alanını, ortaya çıkarıcı haklardan yana karar vermek suretiyle, anayasa yargısının kendisi tayin eder.

Sonuç olarak özelde yasama iradesinin takdir yetkisi ve sınırı sorunu, genel olarak da siyasi iradenin sınırı sorunu söz konusudur. Anayasacılık iktidarın sınırlandırılması ve hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesini ifade eder. Bu bağlamda anayasacılık düşüncesi kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisini içerir. Anayasa ise anayasacılığın somutlaşmış bir görünüm biçimidir. řu hâlde yasama iradesi tecelli ederken anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisine aykırı bir faaliyet gerçekleştirmemelidir. Gerçekleřtirdięi takdirde ise yargısal denetime tabi tutulur.

Kanaatimizce hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi doğrultusunda hukuken en önemli işlevlerinden birinin siyaseti belirlemesi, sınırlandırması ve tanımlaması süreci olduğu söylenebilir. Ancak çağdaş demokrasilerde siyasi irade alanına konu olan kamu yararı siyasi iradeye oldukça geniş ve anayasal sınırları aşacak oranda bir yetki sağladığı ortadadır. Bu yaklaşım yasama iradesinin takdir yetkisini ve genel olarak hukuk karşısında halihazırda muğlak olan siyasi iradenin konumunu daha da belirsizleştirmektedir. Bu durum insan hak ve özgürlüklerini zayıflatmaktadır. řu hâlde olması gereken, takdir yetkisine sahip yasama iradesinin hak ve özgürlük alanına mümkün olduğunca girmemesi, girdiğinde ise olabildiğince genişletici bir yorumla davranmasıdır.

## **VI. Sonuç**

Modern hukuk, ilkelerden örölü bir olgudur. İlke burada supra-norm yapıları ortaya koyar. İlkelerin günümüz hukuk sisteminde insan onuru ve buna bağlı normlar dizisi şeklinde somut görünüm biçimi kazandığı söylenebilir. Modern hukuku, ilkeler üzerinden okuduğumuzda karşımıza kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi alt unsurlar çıkar. İlkeler bu yönüyle insanlardan oluşan kümenin etkinliklerine ilişkin bir düzenin oluşumuna yol açarak gelişirler. Biz bu kümenin salt iradeci yaklaşımla ele alınan bir hukuk düzeneğinin karşısında olduğunu belirtmek isteriz. Hukukilik yasa ile; hukukçu-

---

<sup>131</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 383.

luk yasacılıkla özdeşleştiği ölçüde modern hukukun özgürlük sorununun doğacağı bilinmelidir.

Özgürlük denilince akla gelen ilk özgürlüklerden biri, *hakların bütünselliği ilkesi* de göz ardı edilmeden, ifade özgürlüğüdür. Haklar bireyi özne haline getiren yegâne dirimsel kaynaklardır. İnsan, haklarıyla birey haline gelip öznelenmektedir. Dolayısıyla insana verilen önem; insan haklarına verilen önemle doğru orantılıdır. Haklar, bir siyasi ve hukuki rejiminin kimliğinin belirlenmesinde en önemli ölçüttür. Peki küresel anlamda yönetimler bireylerin ahlaki ve siyasi haklarına saygı duymakta mıdır? Dworkin'in de belirttiği gibi günümüzde bu tür soruların öncelikli tartışma konusu haline gelmesine şaşırılmamalıdır. Siyasi bir toplumun bölünmeye uğradığı, iş birliği ya da ortak bir hedef için verilen uğraşların anlamsızlaştığı zaman haklar kavramının gündeme gelmesi oldukça doğaldır.<sup>132</sup>

Türkiye'de ifade özgürlüğü yönünden hakların yeterince korunmadığı söylenebilir. Bunun bir ayağı iktidar olgusu, diğer ayağı ise Anayasa Mahkemesidir. AB 2014 İlerleme Raporunda bu endişeler şu şekilde dile getirilmiştir: *"Devlet yetkililerinin beyanları medya ve basın üzerinde caydırıcı bir etki yaratmış ve savcuların yazı işleri müdürleri ve gazeteciler hakkında soruşturma başlatmalarına yol açmıştır. Dahası, bizzat devlet yetkilileri de gazeteci ve yazarlara karşı davalar açmayı sürdürmüş olup, bunların bazıları hapis cezalarıyla neticelenmiştir. Bunlar, çok sayıda gazetecinin işten çıkartılması ve ayrıca medyanın, bilginin özgürce dolaşımının çok ötesine geçen menfaatlere sahip holdinglerin elinde büyük oranda tekel haline gelmesiyle birleşince, medya sahipleri ve gazeteciler tarafından, yolsuzluk iddiaları gibi kamu yararına giren konular da dahil olmak üzere yaygın bir oto-sansür uygulanmasına yol açmaya devam etmiştir."*<sup>133</sup>

2014'ten günümüze ifade özgürlüğüne yönelik sınırlandırmalar ve oto-sansür, akla Orwell'in kurguladığı tarzda bir *panoptikon* toplum düzeneğini getirmektedir. Bu durumun temel sorumlularından biri, belki de en önemlisi, Anayasa Mahkemesidir. Zira Mahkeme özellikle ifade özgürlüğü ekseninde özgürlük lehine bir adım ileri iki adım geri bir refleks ve içtihat ortaya koymak-

<sup>132</sup> Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, Dost Yayınevi, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara 2007, s. 223.

<sup>133</sup> 4-RKIYEaLERLEME2APORU, s. 52, <http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key?documents/2014/20141008-turkey-progress-report?en.pdf>, erişim 08.03.2020.

tadır. Anayasa Mahkemesinin tarihi Twitter ve YOU TUBE kararlarının Türkiye’de ifade özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar üzerinde etki doğurmamış olduğu ve bu makalede ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere, ifade özgürlüğü kısıtlamalarının Mahkeme eliyle bu kararlara rağmen üst bir seviyede devam ettiği görülmektedir. Mahkemenin içtihadında hak temelli mimari bir yapı inşa etmemesi ve bu kararların olduğu gibi uygulamaya yansıtılmaması veya mevcut yasalarda esaslı değişiklikler yapılması yönünde bir irade sergilenmemesi durumunda özgürlükler zayıflayacaktır.

Genel olarak bakıldığında, Avrupa Konseyine üye devletler içerisinde Türkiye’nin basın ve ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı bir yaklaşımda olduğu söylenebilir.<sup>134</sup> 1959 ile 2017 yılları arasında AİHM’in vermiş olduğu 20,657 kararın 3386’sının (%16.36) tarafı Türkiye’dir; bu yönüyle Türkiye, hakkında en çok karar verilen devlettir. 2988 ihlal kararı ile Türkiye, ayrıca hakkında en çok ihlal kararı verilen devlettir. İfade özgürlüğünü düzenleyen AİHS m. 10’un ihlal edildiğinin tespit edildiği 700 karardan 281’i Türkiye aleyhinedir; ifade özgürlüğü özelinde de Türkiye, hakkında en çok ihlal kararı verilen devlettir. Türkiye’yi 39 kararla Rusya, 37 kararla Fransa ve 35 kararla Avusturya izlemektedir. Bu sonuç, başat olarak anayasal düzenden başlamak üzere Türkiye’deki hak ve hürriyet anlayışının çoğulcu demokrasi ilkelerinin güçlendirilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

İfade özgürlüğü, sosyal bir varlık olan insanı diğer canlılardan ayıran en temel hususiyetlerden biridir. İfade özgürlüğüne müdahalenin istisna, özgürlüğün ise asıl olması gerektiği göz ardı edilemeyecek bir husustur. Kaldı ki, temel hakların tümü bakımından geçerli olmak üzere, “hürriyet asıl, zecir istisnadır.”. Bu durum pozitif ve aktif statü haklarına nazaran negatif statü haklarında daha hassas ve narindir. Son cümle olarak ifade edilebilir ki, insan meşru sınırlar dahilinde olmak kaydıyla ifade özgürlüğü kadar insanlığını anlar ve yaşar.

---

<sup>134</sup> Detaylı bir çalışma için bkz. Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, “Türkiye’de Can Çekişen İfade Özgürlüğü”, [https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2018/03/Turkey\\_Freedom\\_of\\_Expression\\_in\\_Jeopardy\\_TUR.pdf](https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2018/03/Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_TUR.pdf), erişim 07.03.2020.

**KAYNAKÇA**

**ANAYURT**, Ömer: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

**ARISTOTLE**: The Art of Rethoric, Çev. J. H. Freese, Loeb Classical Library, 1925.

**ARSLAN**, Zühtü: “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasal Partiler Politikası: ‘Ve Çağı’nda ‘Ya-Ya Da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme”, Liberal Düşünce Dergisi, Bahar, 2001.

**ARSLAN**, Zühtü: “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, Liberal Düşünce Dergisi, C. 16, S. 2, 1999.

**ARSLAN**, Zühtü: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 17, 2000.

**ARSLAN**, Zühtü: “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 1, 2002.

**ATAY**, Ender Ethem: Demokrasi ve İnsan Hakları, Tubitay Yayınları, Ankara 2003.

**ATAY**, Ender Ethem: “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, Yıl: 9, Sayı:36, (Temmuz-Ağustos-Eylül) 2003, Web: <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=781> adresinden 01.03.2020’de alınmıştır.

**AUSTİN**, John: Hukukun Belirlenmiş Alanı, Tekin Yayınevi, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye ve Umut Koloş, İstanbul 2015.

**BIÇAK**, Vahit: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, 1. Baskı, Ankara 2002.

**BOZKURT**, Enver-**KANAT**, Selim: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2004.

**CLAPHAM**, Andrew: İnsan Hakları, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2010.

- ÇAĞIRAN**, Mehmet Emin: Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Platin Yayınları, Ankara 2006.
- ÇAĞLAR**, Bakır: İnsan Hakları Avrupa Hukukunda Türkiye, Tübitak Matbaası, Türkiye Bilimler Akademisi Forumu Dizisi: 6, Ankara 2002.
- ÇAVUŞOĞLU**, Naz: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Su Yayınevi, İstanbul 2003.
- ÇAVUŞOĞLU**, Naz: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1994.
- DAHL**, Robert: "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", Journal of Public Law, Role of the Supreme Court Symposium, No. 1, 1957, s. 279-295.
- DİNÇ**, Güney: Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 102, Ankara 2006.
- DURAN**, Lütfi: "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 1, 1984, s. 57-87.
- DWORKIN**, Ronald: A Matter of Principle, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1985.
- DWORKIN**, Ronald: Hakları Ciddiye Almak, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınevi, Ankara 2007.
- DWORKİN**, Ronald: Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge 1986.
- ERGÜL**, Ergin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2004.
- ERGÜL**, Ozan: Berraklaştırılmayan Bir Kavram: "Yargısal Aktivizm", TBB Dergisi, S. 104, 2013, s.37-54.
- GEMALMAZ**, H. B: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, Nisan 2017.

- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz-**GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, 2. Baskı, Ankara 1996.
- GÖZLER**, Kemal: “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, İnsan Hakları, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, Web:www.anayasa.gen.tr/insan.htmadresinden 17.02.2020’de alınmıştır.
- GÖZLER**, Kemal: “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir Mi?”, Türk Anayasa Hukuku İnternet Sitesi, 16.05.2004, Web: <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm> adresinden 16.06.2019’da alınmıştır.
- HAKYEMEZ**, Yusuf Şevki: Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- HİRSCHL**, Ran: “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, Annual Review of Political Science”, C. 11, 2008, s. 93-118.
- ISENSEE**, Josef: “Anayasanın Devleti”, Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabzenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Çev. Arslan Topakaya, Lale Yayıncılık, 2014.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2005.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, İmge Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2002.
- KELLY**, James B.-**MURPHY**, Micahel: “Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Curt of Canada’s Legal Rights Jurisprudence”, Canadian Journal of Law Society, C: 16, S. 1, 2001.
- KELSEN**, Hans: General Theory of Law, and State, Çev. Anders Wedberg, Oxford University Press, London 1949.
- KESKİNSOY**, Ömer: Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, Monopol Yayınları, 4. Baskı, Ankara Ekim 2019.
- KILINÇ**, Bahadır: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.



**KORKUSUZ, M. Refik:** Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler, Özrenk Matbaacılık, İstanbul 1998.

**KRUG, Peter-PRICE, Monroe E.:** “The Enabling Environment for Free and Independent Media: Contribution to Transparent and Accountable Governance”, The USAID Office of Democracy and Governance Occasional Paper Series, Ocak 2002, Doc. No. PN-ACM-006.

**KUMAR, Vipin:** “The Role of Judicial Activism in the Implementation and Promotion of Constitutional Laws and Influence of Judicial Overactivism”, Journal of Humanities and Social Science, C. 19, S. 2, 2014, 20-25.

**MACOVEI, M.:** Freedom of Expression: A Guide to the Implementation of Article 10 of The European Convention On Human Rights, Council of Europe. Human Rights Handbooks, No. 2, 2001, Web: <https://rm.coe.int/168007ff48> adresinden 01.06.2019’de alınmıştır.

**MARMOR, Andrei:** Interpretation and Legal Theory, Hart Publishing, 2. Baskı, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

**METİN, Yüksel:** “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2012, 89-130.

**ÖZBEY, Özcan:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2008.

**PASQUALE, Pasquino:** “Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspectives: USA, France, Italy”, Ratio Juris, C.11, S.1, 1998, s. 38-50.

**SWEET, Alec Stone:** “The Juridical *Coup d’État* and the Problem of Authority”, German Law Journal, C. 8, S. 10, 2007, s. 915-928.

**TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-SANCAKTAR, Oğuz:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

**ÜNAL, Şeref:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu, Ankara 2001.

**WALDRON**, Jeremy: “Judicial Review and Conditions of Democracy”, The Journal of Political Philosophy, C. 6, S. 4, 1998.

**WHITTINGTON**, Keith E., “Legislative Sanctions an the Strategic Environment of Judicial Review”, Oxford University Press and New York University School of Law, International Journal of Constitutional Law, I. CON, C. 1, S. 3, 2003, 446-474.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları: Bireysel Başvurular**

Ahmet Hüsrev Altan, B.N. 2016/23668, K.T. 26.6.2019-30813.

Bekir Coşkun, B.N. 2014/12151, K.T. 04.06.2015.

Emin Aydın, B.N. 2013/2602, K.T. 23.01.2014

Erdem Gül ve Can Dündar, B.N. 2015/18567, K.T. 25.02.2016

Ergün Poyraz (2), B.N. 2013/8503, K.T. 27.10.2015.

Fatih Taş, B.N. 2013/1461, K.T. 12.11.2014.

Gülser Yıldırım (2), B.N. 2016/40170, 16.11.2017.

Halas Aslan, B.N. 2014/4994, K.T. 16.02.2017

İlhan Cihaner (2), B.N. 2013/5574, K.T. 30.06.2014

Mehmet Ali Aydın, B.N. 2013/9343, K.T. 04.06.2015

Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B.N. 2016/23672, K.T. 11.01.2018.

Mustafa Baldır, B.N. 2016/29354, K.T. 04.04.2018.

Nihat Özdemir, B.N. 2013/1997, K.T. 08.04.2015.

Nilgün Halloran, B.N. 2012/1184, K.T. 16.07.2014

Şahin Alpay, B.N. 2016/16092, K.T. 11.01.2018.

Tansel Çölařan, B.N. 2014/6128, K.T. 07.07.2015.

Turhan Günay [GK], B.N. 2016/50972, K.T. 11.01.2018.

Yaman Akdeniz ve Dięerleri, B.N. 2014/3986, K.T. 02.04.2014.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları: Norm Denetimi Kararları**

E. 2012/103, K. 2013/105, K.T. 03.10.2013

E. 2015/15, K. 2015/118, K.T. 23.12.2015.

### **AİHM Kararları**

Buzadji/Moldova App. No. 23755/07, 05.07.2016.

ChauvyandOthers / France, App. No. 64915/01, 29.06.2004.

Dink/Türkiye, App. No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09,  
14.09.2010.

Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, App. No. 12244/86, 30.08.1990

Giniewski / France, App. No. 64016/00, 31.01.2006.

İ.A./Türkiye, App. No. 42571/98, 13.09.2005.

Jecius/Litvanya, App. No. 34578/97, 31.07.2000

Kokkinakis/Yunanistan, App. No. 14307/88, 25.05.1993.

Mehmet Hasan Altan / Türkiye, App. No. 13237/17, 20.03.2018.

O'Hara/Birleşik Krallık, App. No. 37555/97, 16.10.2001.

Reznik/Rusya, App. No. 4977/05, 04.04.2013

Stomakhin / Russia, App. No. 52273/07, 09.05.1918.

Stomakhin / Russia, App. No. 52273/07, 09.05.1918.

Şahin Alpay / Türkiye, App. No. 16538/17, 20.03.2018.

Unifaun Theatre Productions Limited and Others / Malta, App. No. 37326/13,  
15.05.2018.

Wloch/Polonya, App. No. 27785/95, 19.10.2000.