

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA “CHILLING EFFECT” KAVRAMI¹

Araştırma Makalesi

Fatih SÜNGÜ²

ÖZET

Caydırıcı etki, bireyin gelecekte yaptırıma uğramamak için belirli temel hak ve özgürlüklerini kullanmaktan veya belirli hareketleri yapmaktan kaçınması halinde meydana gelir. Bireyin vazgeçtiği bu davranışlar aslında hukuken meşru davranışlardır. Bu kavram Amerikan hukukunda doğmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında kendisine yer bulmuştur. Öncelikli olarak kavramın isimlendirmesinde yapılan farklı yaklaşımlar göze çarpar. Bununla birlikte kavramın bireysel başvuru yolunda nasıl ele alındığı ve caydırıcı etkinin ne zaman temel hak ve özgürlük ihlali anlamına geldiği önemlidir. Bu çalışmada caydırıcı etki kavramının isimlendirmesi, Amerikan hukukunda nasıl anlaşıldığı üzerinde kısa bir inceleme ve bireysel başvuru yolunda nasıl ele alındığı hususlarında incelemelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: caydırıcı etki, caydırıcılık, sosyal uyumluluk, demokratik toplum düzeninde gereklilik, bireysel başvuru.

¹ Çalışmanın taslak metnini okuyarak görüşlerini benimle paylaşan kıymetli hocalarım Arş. Gör. Kemal Günler ve Arş. Gör. Dr. Ahmet Ekinci'ye teşekkürlerimi sunarım.

² Araştırma Görevlisi, Atatürk Üniversite Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
ORCID ID: 0000-0002-3106-1186

E-posta: fatih.sungu@atauni.edu.tr

Makalenin Geliş Tarihi: 29 Aralık 2021

Makalenin Yayınlanmasının Uygun Bulunduğu Tarih: 01 Mart 2022

“CHILLING EFFECT” CONCEPT IN INDIVIDUAL APPLICATION JURISPRUDENCE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

Chilling effect occurs when individuals are deterred from using fundamental rights or doing something particular in order to avoid a sanction may happen to them in the future. These behaviours are in fact legitimate behaviours. The concept is born in United States jurisprudence and has its place in European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court jurisprudence. Different approaches about the name of the concept attract attention. In addition, it is important to determine when chilling effect cause breach of the fundamental rights in individual application. The naming of chilling effect, how it is understood in United States jurisprudence and how it is perceived in individual application procedure are assessed in this study.

Key words: chilling effect, deterrence, social compliance, necessity in a democratic society, individual application.

GİRİŞ

Bireyleri gelecekte veya sahip oldukları mesleği yerine getirmede caydıracak haller “*chilling effect*”i tanımlarken kullanılabilir. Özellikle medya mensuplarının ifade özgürlüğüne yönelik gerçekleştiği görülse de hemen herkes “*chilling effect*”le karşılaşabilir. Kavramın hususiyetle medya üzerinde olmak üzere çeşitli alanlarda etkisi üzerine araştırmalar yapılmıştır. Bazı çalışmalar çeşitli anket ve verilerle desteklenmiştir. Bunlarda genel olarak elde edilen sonuç bireylerin caydırıcı etkinin olumsuzluklarından çekinmeleri sonucu hareketlerinde değişiklik meydana getirdiği olmuştur³.

Bu çalışmada caydırıcı etki kavramına genel bir bakış yapılması ve kavramın hangi kapsamda ele alındığının araştırılması amaçlanmaktadır. Avrupa

³ Birkaç örnek için bakınız: Yavuz, Can: “İnternet’teki İfade Özgürlüğüne Karşı Yükselen Tehdit: Çevirim İçi Gözetim”. Suç ve Ceza, S. 4, 2019, s. 179 vd.; Cendic, Kristina/Gosztonyi, Gergely: “Freedom of Expression in Times of Covid-19: Chilling Effect in Hungary and Serbia”, Journal of Liberty and International Affairs, C. 6, S. 2, 2020.

Komisyonu tarafından yıllık olarak yayınlanan raporlarda dört ülkenin 2021 raporunda “*chilling effect*” ifadesi geçmektedir⁴. Aynı raporlarda 2020 yılında kavramın on iki ülke raporunda geçtiği belirtilmektedir⁵. Bu raporlarda “*chilling effect*”in medya özgürlüğü, yargı bağımsızlığı, bireylerin toplumsal tartışmaya katılması gibi unsurlar üzerindeki etkisinden bahsedilir⁶. Ayrıca, çalışmada ele alınacağı üzere⁷, bireylerin özellikle ifade özgürlüğü ile ilişkili görülebilecek temel hak ve özgürlüklerinde⁸ hukuki yaptırım endişesiyle bir takım davranışlarda bulunmaktan kaçınması toplumda farklı seslerin yükselmesine - çoğulcu bir toplumun oluşmasına- engel olabilecektir⁹. Fakat caydırıcı etkinin varlığının kabul edildiği haklar bunlarla sınırlı değildir¹⁰. Dolayısıyla temel hak ve

⁴ European Commission; 2021 Rule of law report - Communication and country chapters. Raporlara şu siteden ulaşılmıştır: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2021-rule-law-report/2021-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en. Erişim Tarihi: 03/02/2022.

⁵ Pech, Laurent: The Concept Of Chilling Effect (Its Untapped Potential to Better Protect Democracy, The Rule Of Law, And Fundamental Rights In The EU), 2021, s. 4. (<https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/c8c58ad3-fd6e-4b2d-99fa-d8864355b638/the-concept-of-chilling-effect-20210322.pdf>). Erişim Tarihi: 30/11/2021).

⁶ Pech: s. 4; European Commission Estonya, Polonya, Romanya 2021 raporları; European Commission: Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Empty, COM(2021) 700 final, Brussels, 20.7.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1634551652872&uri=CELEX%3A52021DC0700>. Erişim Tarihi: 03/02/2022.

⁷ “AİHM ve AYM Kararlarında Caydırıcı Etki” başlığı ve devamı.

⁸ “İfade özgürlüğü eksen bir nitelik taşımakta olup bir çok özgürlükten oluşmaktadır.” Anayurt, Ömer: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.122.

⁹ Örneğin bakınız: Önder Balıkcı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 50; Halit Basık, B. No: 2016/12037, 18/5/2021, § 42. Farklı örneklerle çalışmanın ilerleyen kısımlarında değinilecektir.

¹⁰ Örnekler için bakınız: Pech: s. 9-10. Schauer, Frederick: “Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect”, Boston University Law Review, C. 58, 1978, s. 692. Fakat belirtmelidir ki kavram Amerikan hukukunda yalnızca ifade özgürlüğü davalarında uygulanmıştır. “The Establishment Clause and the Chilling Effect”, Harvard Law Review, C. 133, S. 4, 2020, s. 1342. Eser derginin “Notes” başlığı altında yayımlanmıştır.

özgürlük ihlallerini inceleyen mahkemelerin kavramı ne kapsamda ele aldıkları önemlidir.

Bu çalışmada caydırıcı etkiye sebep olan caydırıcılığın hangi alanlarda ve ne şekilde gerçekleştiği üzerinde durulmayacaktır. Çünkü bunun incelenmesi hem ampirik verileri elde etmeyi gerektirir hem de konu üzerinde somut verilerle sağlanan çalışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmada daha çok caydırıcı etkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından nasıl değerlendirildiği ele alınmaya çalışılacaktır. Ancak bunun öncesinde hem kavramın Türkçe karşılığı hususunda bir sonuca varma amacıyla hem de ortaya çıktığı yer olan Amerika Birleşik Devletleri’nde doktrinde nasıl ele alındığı üzerine bir değerlendirme yapılacaktır.

1. Kavramın Tanımı

Kelimeler kavramların anlamlarını doğru vermede önemlidir. Hukukçular da kelimeleri kullanmada dikkatli olmalarıyla bilinirler. Anayasa hukuku gibi önemli bir alanda kelime kullanımlarının da öneme sahip olmasından bahsedilebilir¹¹. Dolayısıyla öncelikle kavramın etimolojisine bakılmalıdır. “Chilling” kelimesinin kökü olan “chill”, Oxford sözlüğüne göre İngilizcede üç farklı şekilde kullanıma sahiptir. Kullanımlardan bir tanesi fiziksel olarak hissedilen soğukluk anlamındadır, soğukluk hissidir. Bir diğeri ise soğuktan dolayı sahip olunan hastalıktır, nezle gibi. En son anlamı ise bize bu terimin anayasa hukukunda kullanılan anlamına en yakın tanımını verecektir: Korku hissi, bir şeyden dolayı korku hissetmek¹². Benzer şekilde tanımlamalara Cambridge sözlüğünde rastlanır. Buna göre “chill” kelime anlamı olarak soğuk nedeniyle yakalanılan ateşli bir hastalık anlamının yanında, bilhassa korkudan kaynaklı istenmeyen bir duyguyu ifade etmek üzere kullanılmaktadır¹³. Kavramın sözlük anlamından hareketle, bireyin hareket alanı üzerinde doğuracağı etkiyi hukuki olarak açıklamaya çalışabiliriz. Nihayetinde bu kelime,

¹¹ “The Chilling Effect in Constitutional Law”. Columbia Law Review, C. 69, S. 5, 1969, s. 808. Eser derginin “Notes” başlığı altında yayımlanmıştır.

¹² https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/chill_1. Erişim Tarihi: 10/09/2021.

¹³ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/chill>. Erişim Tarihi: 10/09/2021.

belirli bir şekilde hareket etmesi sebebiyle bireyin temel hak ve özgürlüklerinde ihlale neden olacak bir müdahaleden çekinmesini anlatmak için kullanılacaktır.

Kavram ilk olarak Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin (Federal Supreme Court) içtihatlarıyla hayat bulmuş ve kullanılagelmiştir¹⁴. Dolayısıyla kavramın ortaya çıkış dili İngilizcedir. Kavramın kullanıldığı “*Chilling*” kelimesinin önemi kadar kavramın kullanılma amacı da Türkçede kullanımının isabetli olmasında önem taşıyacaktır. Dolayısıyla kavrama ilişkin kelimenin anlamına yer verilmekle birlikte aslında kavrama yönelik doğru bir kullanımın tespit edilebilmesi için kavramın içeriğine de değinmek gerekecektir.

En kısa anlatımla kavram; bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kullanmasına engel olan müdahalenin, “*bir bütün olarak demokratik toplum üzerinde olumsuz*” etkiler ortaya çıkarabilmesi durumudur¹⁵. Burada mahkeme önündeki başvuru dışında kalan ve bu haktan faydalanmak isteyen diğer bireyleri kaygılandırıcı etki doğurup doğurmadığı hususu öne çıkmaktadır¹⁶. Böylelikle birey henüz kullanmadığı bir temel hak ve özgürlüğü kullanmak noktasında düşünecektir. Belki de sırf bu nedenle bu hakkı kullanmaktan vazgeçecektir. Birey, temel hak ve özgürlüğünü kullanmak istediğinde karşılaşma riski taşıdığı hukuki yaptırım bireyi “*tutukluk*” veya “*cesaretsizlik*”e sevk edebilecektir¹⁷. Sonuç olarak “*chilling effect*”; bireyin, henüz bir harekette bulunmadan önce, adli sürece konu olacağı ya da hukuk dışı yöntemlere (tehdit, saldırı ya da karalama kampanyası) maruz bırakılacağı korkusuyla bir görevini yerine getirmekten ya da bir temel hak ve özgürlüğünü kullanmaktan caydırılmasıdır¹⁸.

¹⁴ Şirin, Tolga: Türkiye’de İfade Özgürlüğünün Tutsaklığı -2 (İfade Özgürlüğünün Yeşili), Tekin Yayınevi, İstanbul, 2021: s.117; Salihpaşaoğlu, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.173.

¹⁵ Salihpaşaoğlu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, s. 173.

¹⁶ Şirin: s.117.

¹⁷ Salihpaşaoğlu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, s. 174.

¹⁸ Pech: s. 4.

Kavramın açıklanmasında “caydırıcılık” (deterrence) işlevi üzerinde durulmaktadır. Kavramın “caydırıcılık” ile bu kadar yakın bağlarının bulunması sebebiyle biz de çalışmamızda bu isimlendirmeyi kullanmayı uygun bulmaktayız. Fakat önemli bir ayrıntıya da dikkat çekmek gerekmektedir. Her hukuki yaptırım aslında bireysel olarak içerisinde caydırıcılık barındırır¹⁹. Baumbach da bu hususa dikkat çeker. Hukuki işlem ve yaptırımlar belirli bir seviyeye kadar caydırıcı etkiye sahip olur. Böylece gelecekte hukukun ihlal edilmesinin önüne geçilir²⁰. Bu sebeple, temel hak ve özgürlük ihlali olarak değerlendireceğimiz caydırıcı etki kavramının bu genel anlamdaki caydırıcılıktan öte bir anlama sahip olduğunu kabul etmeliyiz²¹. Bu tanıma göre de Türkçede en uygun karşılığı aramak gerekecektir.

“Chilling effect”in Türkçe literatürde kullanımı için çeşitli öneriler ve kullanımlar bulunmaktadır. Şirin bu kavram için “ürpertici etki” kavramının kullanılmasını önerirken²², Salihpaşaoğlu’nun “dondurucu etki”²³⁻²⁴ olarak kavramı kullandığı görülmektedir. Bununla birlikte literatürde soğutma etkisi²⁵, caydırıcı/soğutucu

¹⁹ Ceza hukuku açısından ceza ile amaçlanan bireyin caydırılmasıdır. İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener: İçel Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, 2. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2002, s. 33.

²⁰ Baumbach aynı zamanda gelecekte gerçekleşecek hukuk ihlalinin önüne geçilmesiyle Danimarkalı hukukçu Blume’nin ifadesiyle “*mutluluk anı*”na erişileceğini söyler. Baumbach, Trine: “Chilling Effect as a European Court of Human Rights’ Concept in Media Law Cases”, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, C. 6, S. 1, 2018, s. 97-98.

²¹ Baumbach: s. 97.

²² Şirin, s. 117.

²³ Salihpaşaoğlu : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, s. 173.

²⁴ Aynı kullanımı Hazar da benimsemektedir. Hazar, Zeynep: İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması, Adalet Yayınları, Ankara, 2021, s. 248.

²⁵ Elmasulu, Dilek Ece: Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Şeref ve Haysiyete İnternet Yoluyla Saldırıdan Doğan Sorumluluk Davalarında Milletlerarası Yetki, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 90; Yavuz, s. 179.

etki²⁶ ve nihayetinde Anayasa Mahkemesinin de kullandığı şekliyle caydırıcı etki²⁷ olarak da kullanımlarla karşılaşılmaktadır.

Kavramın sahip olduğu anlam dikkate alındığında yapılan bütün isimlendirmelerin doğru noktalara değindiği görülmektedir. Ürpertici, dondurucu, caydırıcı, soğutma gibi kavramlaştırmalar kelime anlamları itibariyle mahkemenin kullandığı “*Chilling*” terimini karşılar görmektedir. Fakat en doğrusu hangisidir? Şirin bu hususla ilgili olarak, her ne kadar “caydırıcı” çevirisinin uygun olduğunu belirtse de İngilizce literatür ile karşılaştırıldığında caydırıcı çevirisinin tam olarak yerinde olmadığı ve dondurucu çevirisinin ise ileri bir aşamayı ifade ettiğini söyler. Dolayısıyla yazarın önerisi “ürpertici etki”dir²⁸.

Son olarak, kavramın yabancı literatürdeki kullanımından hareketle Türkçe literatür için yaptığımız öneri üzerinde tartışmak gerekir. Yabancı literatürde açıklandığı üzere cayma (deterrence) fiili üzerinde durulur. Fakat kavrama “deterrence effect” denmez. Daha veciz (belki de daha “süslü”) bir ifade olarak “chilling effect” isimlendirmesine başvurulur. Benzer şekilde Türkçe literatürde kavramın caydırma işlevi üzerine yoğunlaşılır fakat isimlendirmede farklı bir yol izlenebilir. Bu haliyle doktrinde öne sürülen isimlendirmelerin hepsi “chill” ile uyumlu olacağı için yine kullanımda birlik sağlanamayacaktır. Çünkü gerçekten de “chill” kelimesinin karşılığı olarak ürpertici, dondurucu, soğutucu, soğutma

²⁶ Salmanlı, Esra: Avukatlık Mesleği Yönünden İddia ve Savunma Dokunulmazlığı. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 1; Mecit, Nehare/Mecit, Kemal: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları”, TAAD, S. 33, 2018, s. 843.

²⁷ Karan, Ulaş: İfade Özgürlüğü (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2), Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s. 156. Başol, Kemal: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Düzeninde Basın Özgürlüğü ve Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Güvencesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 20; Duymaz, Erkan: “İfade Özgürlüğü vs İfade Özgürlüğü: AİHM’in Kaboğlu ve Oran/Türkiye Kararı Üzerine Gözlemler”. Anayasa Hukuku Dergisi, C. 8, S. 15, s. 208 vd.; AYM, Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 79. AYM’nin pek çok kararında bu ifadeye yer verilmektedir. Bu çalışmada kararların hepsi teker teker kaynak gösterilmeyecektir. Yeri geldikçe kullanılacak olan AYM kararlarında kullanım bu şekildedir. Dolayısıyla ifade özgürlüğüyle ilgili olarak ilk verilen karardaki kullanım örnek olarak gösterilmiştir.

²⁸ Şirin: s. 117.

vb. isimlendirmeler yerine oturacaktır. Bununla birlikte cayma fiilini içermesi ve yine yukarıda verilen tanımlamaların esasını içerisinde barındırdığını düşündüğümüz “caydırıcı etki” isimlendirmesinin daha yerinde olacağını düşünmekteyiz.

2. Amerikan Hukukunda “Caydırıcı Etki” Kavramı

Kavram ilk olarak Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi içtihatlarıyla hukuk dünyasına tanıtılmış ve zaman içerisinde AİHM içtihatlarına da yerleşmiştir²⁹. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin önüne gelen olayda kamu görevine atanan bireylerden “sadakat yemini” istenmesi söz konusudur. Bireylerden bu yemini 30 gün içerisinde etmeleri beklenmektedir. Bazı personelin bu yemini belirtilen sürede etmemesi üzerine bir vatandaş tarafından bu personele maaş ödenmemesi için mahkemeye başvurulmuştur. ilgili süreçler işletilmiş ve nihayetinde dava Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi önüne gelmiştir³⁰. Caydırıcı etki kavramına kararın çoğunluk oyunun yazıldığı kısımda değil, karara farklı gerekçelerle katılan yargıç Frankfurter’in gerekçesinde yer verilmiştir³¹. Buna göre, sağlam temellere dayanmayan bu kısıtlama yalnızca davaya konu olayın tarafı olan öğretmenleri değil, bütün öğretmenleri etkiler ve öğretmen olmak isteyenleri de davranışlarında çekingenliğe düşürür³².

Dikkat çeken ilk husus Amerikan doktrininde kavramın “deterrence” (caydırıcılık) üzerine inşa edilmesidir. Kavramla ilgili doktrinde ilk çalışmayı yapan Schauer’in tanımından bu güne “deterrence” tanımının kilit noktasını

²⁹ AİHM tarafından ödünç alınmadan önce kavramın 1960lı yıllarda Alman Anayasa Mahkemesi tarafından yine ödünç alındığı belirtilmektedir. J. Staben, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung: Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments*, Mohr Siebeck GmbH and Co. KG, 2016’dan aktaran Pech: s. 8.

³⁰ *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 184 vd. (1952).

³¹ Aslında belirtilmelidir ki burada kullanılan kavram sadece “chill”dir. “chilling effect” kavramı bir bütün olarak bu karardan 11 yıl sonraki bir kararda kendisine yer bulur. “The Establishment Clause and the Chilling Effect”, s. 1340 dipnot 12.

³² *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952).

oluşturur³³. Schauer öncelikle, bir hukuki düzenlemenin hukuka aykırı olduğunu tespit etmek için caydırıcı etkiye mutlaka ihtiyaç duyulmadığından bahseder. Caydırıcı etki doktrini bu işlemin bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale olarak nitelendirilmesi için fazladan bir etkide bulunmaz. Bu sadece bu hukuka aykırı işlemin aynı zamanda caydırıcı bir etkide bulunduğu da tespittir³⁴. Bu durumda işlem zaten hukuka aykırıdır. Bu sebeple “*caydırıcı etki, bireyin anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden faydalanmak isterken devletin bilhassa bu davranışa yöneltmediği işlemlerinden dolayı cayması*” olarak tanımlanır³⁵. Birey, anayasaya uygun olan bir temel hak ve özgürlüğünden faydalanmak isterken caydırıcı etkinin sebep olduğu korku ile vazgeçmektedir³⁶.

Schauer tam bu noktada cevaplandırılması zor ve bir o kadar gerekli bir soru ile mücadele eder: Gerçekleştirmek istediği davranış hukuka uygun iken devletin yasakladığı bir başka davranıştan dolayı birey neden korku hisseder?³⁷ Yazarın bu soruya cevabı her ne kadar başka sorulara yol açsa da kısmen tatmin edicidir. Schauer’e göre kusursuz bir hukuk düzeninde hata ve belirsizliğe yer olmayacaktır. Bu sebeple bireyler her hareketlerinin sonucunu önceden, şaşmaz bir öngörüyle kestirebilecek ve buna göre davranacaktır. Fakat böyle kusursuz bir dünya yoktur. Her hukuk sistemi içerisinde hatalar ve belirsizlikler meydana gelecektir. İşte caydırıcı etkiyi ortaya çıkaran bu hatalar ve belirsizliklerin bireyde bulunduğu karşılıktır³⁸.

Caydırıcı etkinin geleneksel tanımında Schauer’in teorisine gizlilik ihlallerini ekleyen Solove olmuştur³⁹. Gözetim ve denetleme aygıtlarının çoğalması ve

³³ Solove, Daniel J.: “First Amendment As Criminal Procedure”, New York University Law Review, C. 82, S. 1, 2007, s. 142.

³⁴ Schauer: s. 692-693.

³⁵ Schauer: s. 693.

³⁶ Schauer: s. 693.

³⁷ Schauer: s. 694.

³⁸ Schauer: s. 694.

³⁹ Penney, Jonathon, W.: “Understanding Chilling Effects” (May 28, 2021). 106 Minnesota Law Review (2022, Forthcoming), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3855619>, s. 25. Erişim Tarihi: 11/09/2021. Solove,

bireyin bu gözetim dolayısıyla davranışlarında değişikliğe gitmesi caydırıcı etkiden kaynaklanabilecektir. Birey hareketlerinin izlendiği şüphesiyle gerçekleştirmeyi düşündüğü davranışlarından vazgeçebilecektir⁴⁰. Fakat belirtmek gerekir ki her olayda bu durum bu şekilde gerçekleşmez. 1972 tarihli bir kararda bireyler ordu tarafından yapılan gözetlemeden şikayetçi olmuşlardır. Konu derece mahkemelerinde tartışılmış ve nihayetinde Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi önüne taşınmıştır. Mahkeme ordu tarafından yapılan gözetlemenin tek başına caydırıcı etki doğurmayacağını kararlaştırmıştır. Buna göre bireylerin caydırıcı etkiden şikayetçi olabilmeleri için taraf ehliyetlerinin olması gerektiğini belirtmiştir. Birey ortaya bir zarara uğradığı iddiasını koymadan caydırıcı etkiye maruz kaldığını ileri süremeyecektir⁴¹. Daha sonraki bir kararında ise Mahkemenin konuya açıklık getirdiği görülmektedir. Buna göre bireyin tespit edilebilir bir zarar tehlikesini ortaya koyması durumunda caydırıcı etki değerlendirme kapsamına alınacaktır⁴². Yani Mahkemenin tespit edilebilen ve tespit edilemeyen caydırıcı etkiyi değerlendirmesi gerekir. Böylelikle caydırıcılık iddiasının bir endişe, vesvese eşliğini aşması aranır⁴³.

“Caydırıcı etkinin geleneksel tanımı; bireyin hukuki yaptırım ya da mahremiyetine zarar verici bir sonuçtan korkup, arzusuna dayanan ve hukuki

Daniel J.: “A Taxonomy of Privacy”, University of Pennsylvania Law Review, C. 154, S. 3, 2006, s. 488.

⁴⁰ Solove örnek olarak belirli gruplarla etkileşime girmek, gösterilere katılmak ve toplantılarda konuşmayı göstermektedir. Solove: A Taxonomy of Privacy, s. 499.

⁴¹ U.S. Supreme Court Laird v. Tatum, 408 U.S. 1 (1972); Mathews, David J.: “Constitutional Law - Civilians' Claim that Army's Datgathering System Works a Chilling Effect on Their First Amendment Rights Held Not Be a Justiciable Controversy Absent Showing of Objective Present Harm or Threat of Future Harm”, Villanova Law Review, C. 18 S. 3, 1973, s. 479-480; Dolich, Michael N.: “Alleging a First Amendment Chilling Effect to Create a Plaintiff's Standing: A Practical Approach”. Drake Law Review, C. 43, S. 1, 1994, s. 178-179; Kinsley, Jennifer, M.: “Chill”, Loyola University Chicago Law Journal, C. 48, 2016, s. 259-260.

⁴² Dolich : s. 182.

⁴³ Solove: First Amendment As Criminal Procedure, s. 155.

olan bir eylem veya ifadeden kendisine oto sansür uygulayarak **caymasıdır**.”⁴⁴. Penney, doktrine dayanarak yaptığı bu tanımlamayı aslında eksik bulmaktadır. Yazara göre bu tanım “*chilling effect*” kavramının farklı yönlerini tam olarak yansıtmaz. Çünkü caydırıcı etki bireyi belirli davranışları yapmamaya yönlendirdiği gibi aynı zamanda bireylerin davranışlarını da şekillendirir⁴⁵. Burada birey yalnızca kendisine oto sansür uygulayarak bazı davranışları yapmamayı aşar. Bireyin bazı davranışları “*chilling effect*” sayesinde şekillenir. Buna dayanarak Penney “sosyal uyumluluk” teorisini ileri sürer⁴⁶.

Penney bireyin kendisine oto sansür uygulamasıyla bireyin davranışlarının şekillendirilmesini birbirinden ayrı ele almaktadır. Caydırıcı etki yalnızca bireyi bazı davranışları yapmaktan geri durmaya zorlamaz. Ayrıca bireyin bazı davranışlarını şekillendirir. Caydırıcı etki ile şekillenen bu yeni hareket tarzını birey artık sadece hukuki yaptırımdan kaçınmak için yapmaz. Bu davranışlar artık onun için bir sosyal norma riayet etmek ya da uyum sağlamaktır. Dolayısıyla caydırıcı etki sayesinde gelişen bu yeni hareket tarzı birey için sosyal normlara uyum aracıdır⁴⁷. Bunun etkisiyle birey artık istediği şeyi yapmaz veya söylemez. Bunun yerine hareketlerini norm olarak algıladığı sosyal norma uydurur. Böylelikle de caydırıcı etki bireyin ilk olarak sosyal uyuma uygun hareket etmesi ve hukuki yaptırımlar veya gizlilik hassasiyetlerini arka plana atmasıdır⁴⁸.

Penney’in görüşüne farklı bir yaklaşım getirilebilir. Kanaatimizce, bireyin davranışlarını değiştiren caydırıcı etkinin ortaya çıkardığı sonuç açısından bir farklılık yoktur. Nihayetinde, bireyin hareket düzenini etkileyen bir caydırıcı etki vardır. Bu etkiye dayalı olarak birey her ne kadar bazı davranışlarda bulunmak istese de caydırıcılığın sonucu olarak bu davranışlarda bulunmaktan imtina eder, kaçınır hatta korkar. Dolayısıyla kişinin davranışları da bu caydırıcı etkiye

⁴⁴ “*The conventional understanding in law is that a chilling effect is when a person, deterred by fear of some legal punishment or privacy harm, engages in self-censorship, that is, censors themselves and does not speak or engage in some activity, despite that activity being lawful, even desirable.*” Penney: s. 4. Vurgular bize aittir.

⁴⁵ Penney: s. 4.

⁴⁶ Penney: s. 35.

⁴⁷ Penney: s. 5.

⁴⁸ Penney: s. 49.

göre şekillenmiş olur. Birey bu etkiye aykırı hareket ettiğinde birtakım yaptırımlarla karşılaşacağını bildiği için artık bu hareket düzeni haricinde bir davranışta bulunmayı ya düşünmez ya da düşünmek istemez⁴⁹.

Bu görüşün ilk yönü kuşkusuz kelimelerin ilk akla gelen anlamlarına yönelik yapılan bir gözleme dayanmasıdır. Dolayısıyla aslında yazarın söylemek istediği anlama bütüncül bir bakış açısı da sunamaz. Bu sebeple Penney’in aslında ne dediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Penney için burada farkı ortaya koyan etken bireyin bu yeni hareket tarzını sosyal normlara uyum amacıyla benimsemesidir⁵⁰. Birey bu yeni davranışları benimser çünkü caydırıcı etki bunu buyurur. Aslında bu teori, caydırıcı etki kavramını daha iyi açıklayabilmeyi amaçlar. Caydırıcı etkinin temellerine yönelir ki etkili bir karşılık verilebilsin⁵¹. Fakat sonuçtan uzaklaşıp caydırıcı etkinin bireyi neden değil de nasıl etkilediği⁵² sorusuna yöneldikçe artık burada aslında diğer sosyal bilimlerin alanına girmiş bulunuruz⁵³.

Her ne kadar sonuç açısından farklılık ortaya çıkmayacağını söylesek de Penney bu görüşü paylaşmaz. Yazar aynı zamanda teorinin faydalı ve sakıncalı yönlerine de değinir. Hatta birey ve toplum seviyesinde sosyal uyumluluk

⁴⁹ Sonuçlarına katlanmayı göze alarak yapılacak olan davranışlar doğası gereği anlatı dışında tutulmuştur. Çünkü sonucuna katlanmak pahasına bireylerin herhangi bir davranışta bulunmasının mümkün olduğunu söylemek zaten her durum ve her olay için geçerli olacaktır. Dolayısıyla böyle bir ayırımın yapılmasına gerek yoktur.

⁵⁰ Penney: s. 35.

⁵¹ Penney: s. 60. Yazar da bunu önermektedir. Caydırıcı etkinin ortaya çıkabileceği durumlarda sosyal uyumluluk teorisinin daha iyi yön göstereceği ifade edilir. Penney: s. 72. Çünkü sosyal uyumluluk teorisi caydırıcı etkiyi önceden kestirme ve açıklama hususunda daha yetkindir. Penney: s. 73.

⁵² Penney: s. 7.

⁵³ Penney de aslında çalışmasında buna benzer ifadelere yer vermektedir. Yazara göre “chilling effect” kavramına geleneksel yaklaşımlar sosyal bilim ve sosyal teori bakış açısından yoksunluk içermektedir. Penney: s. 36. Ayrıca yine yazar bu teoriyi geliştirirken sosyal bilimlerin diğer alanlarından faydalandığını ve demokratik toplumu anlama noktasında öneme sahip farklı sosyal bilim kavramlarının caydırıcı etki ile ilişkisini ele aldığını belirtir. Penney; s. 7.

temelli caydırıcı etkinin ağır sonuçları olacağıın altını çizer⁵⁴. Temellendirmenin iyi yapılabilmesiyle sonucunda ortaya çıkabilecek olumsuzlukların da engellenebileceğini savunur. Buna ek olarak bu teörinin başka faydalarına da değinir. Örneğin, bireyin taraf ehliyetine sahip olması koşulunda aranan zarar şartı sosyal uyumluluk teörisiyle esneyebilmelidir⁵⁵. Böylece birey daha bu zararın ortaya çıkmasına gerek kalmadan kişinin başvuruda bulunabileceği öne sürülebilir. Burada belirtilmelidir ki hukuk düzenleri zaten bunun önüne geçmeye çalışır. AİHS sisteminde ve daha sonra da Türk anayasal düzeninde yer alan potansiyel mağdur kavramı tam da bu amaca yönelir: Bireylere uygulanmamış fakat uygulanması ihtimalinin bulunduğu durumlar⁵⁶. Penney de bireyin caydırıcı etki sebebiyle henüz müdahale (müdahale sonucu olarak zarar) gerçekleşmeden sosyal uyumluluk teörisi ile taraf ehliyetine sahip olunacağını öne sürer. Fakat bireye bu imkanı sağlayan enstrümanlar zaten bulunmaktadır⁵⁷.

Bütün bu değerlendirmelere rağmen bireyin bazı davranışlarda bulunmaya zorlanması ile bireyin bu hareket tarzını değiştirmede sahip olabileceği itkiyi ayrı ayrı değerlendirmenin anlamı olduğu hususunda yazarla aynı fikirleri paylaşıyoruz. Fakat hukuki açıdan birey için bunun ortaya çıkardığı sonuçlar aynıdır. Caydırıcı etkiye sebep olan gerekçe ne olursa olsun, bireyin bu etkiye dayalı davranışta bulunma, bulunmama ya da yapıcı olarak değiştirme sebepleri ne olursa olsun bireyde bir değişim meydana gelmektedir. Bu değişim de hukuki yaptırım ya da Penney'in ileri sürdüğü gibi sosyal yaptırım korkusu ya da ileride daha farklı gerekçelerle olabilecektir. Nihayetinde yazarın asıl amacı caydırıcı etkinin nasıl meydana geldiği hususunda kapsamlı bir teori ortaya koymaktır. Böylelikle caydırıcı etkinin ortaya çıkarabileceği olumsuz hallerden

⁵⁴ Penney: s. 62-64.

⁵⁵ Penney: s. 74-75.

⁵⁶ Anayurt: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, s. 177-186.

⁵⁷ Amerikan hukukunda buna benzer kurumların varlığı unutulmamalıdır. Bir kanun henüz uygulanmadan, uygulanması halinde telafi edilemez zararlarla karşılaşılacak ise bireye ilgili kanunun anayasaya aykırılığını ileri sürme yetkisi tanınmaktadır. Anayurt, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 769.

kaçınma veya onları ortadan kaldırma amacıyla daha sağlam adımlar atılabilecektir⁵⁸.

Caydırıcı etkinin sonuç olarak dayandığı kavram “caydırıcılık”tır. Bireylerin hissedeceği bu caydırıcılık pek farklı şekillerde gerçekleşebilir. Bu bireyin ceza hukuku anlamında sorumluluğunun doğmasıyla caydırıcı olabileceği gibi hukuki (tazminat) sorumlulukla caydırma olarak da gerçekleşebilir⁵⁹. Sosyal uyumluluk teorisi her ne kadar caydırıcı etkinin nasıl ve neden gerçekleştiğini anlamaya ilişkin hayati öneme sahip olsa da⁶⁰ bu inceleme hukuk alanına taşındığı anda ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğiyle sınırlanacaktır. Çünkü hukuk biliminin konusu doğrudan davranışlar değil, “*davranışların nasıl düzenlenmiş olduklarını incelemektedir.*”⁶¹ Dolayısıyla birey üzerindeki bu etkiyi “caydırıcı” ve “inşai” olarak ayırma tutmanının⁶² hukuki olarak bir farkı bulunmamaktadır.

3. AİHM ve AYM Kararlarında Caydırıcı Etki

3.1. AİHM Kararlarında Kavramın Kapsamı

Caydırıcı etkinin AİHM içtihatlarında ne anlama geldiği hususu kavrama yüklenecek anlam açısından önemlidir. Bu kavram bir ihlali ifade etmek için mi kullanılır yoksa daha öteye geçen bir öneme mi sahiptir?⁶³ Sorunun cevabını en

⁵⁸ Penney: s. 78.

⁵⁹ Schauer: s. 689.

⁶⁰ Penney çalışmasında bu hususları inceleyeceğini belirtir ve inceler. Penney: s. 11.

⁶¹ Hafizoğulları, Zeki: “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, 1978, s. 236. “*Hukuk bilimi, bunlara nazaran bizzat beşeri davranışları inceleyen bir bilim olmadığı gibi, belli bir toplumsal veya doğal müşahadeden hareket ederek davranış kuralları saptamayı amaçlayan bir bilim de değildir.*” Hafizoğulları: s. 236 dipnot 5. Benzer yönde bakınız; Gözler, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş (Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu). US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 13-14.

⁶² Önemle belirtmek isteriz ki Penney’in yaptığı ayırım sosyal bilimlerin farklı alanlarına ilişkin olarak isabetli ve kavramın felsefi temellerini ortaya çıkarmada faydalıdır. Fakat hukuki olarak doğuracağı sonuçlar açısından bu ayırımın farklı bir yapıtımına bağlanamayacağı görüşünü savunmaktayız. Neticede bir mahkeme verdiği hükümde bu ayırma değinerek sırf bu ayırmadan kaynaklı bir farklılaşmaya gidemeyecektir.

⁶³ Baumbach: s. 93.

baştan vermek gerekirse, temel hak ve özgürlüklere karşı gerçekleştirilen müdahaleler bazı durumlarda müdahale sonucu ortaya çıkan ihlalin kendisini aşan bir niteliğe sahiptir⁶⁴.

Caydırıcı etki kavramı her ne kadar mahkeme kararlarında bireysel anlamda kullanılsa da etkilerinin gelecekte yine aynı birey ya da başka bireyler üzerinde gerçekleşme olasılığına da dayanır. Bireyin temel hak ve özgürlükleri üzerinde gerçekleşen ve ihlale sebebiyet veren “*müdahalenin olumsuz etkilerinin ileriye dönük olarak zaman ve/veya kişi bakımından genişleme riskini*” anlatmak için bu kavrama başvurulmaktadır⁶⁵. Burada, başvuruda incelenen ve bireyin özgürlüğüne müdahale anlamına gelen yaptırımın sadece bir ihlal olarak gerçekleşmesinin ötesine bir geçiş vardır.

Birey, temel hak ve özgürlük kullanımından bir kere vazgeçtiğinde aslında burada yine bir müdahalenin gerçekleştiğini belirtebiliriz. Burada bireyin gelecekte temel hak ve özgürlükleri üzerinde meydana gelebilecek bir ihlalden kaçışı söz konusudur. AİHM kararlarına da bu anlayış yansımaktadır. Toplantı özgürlüğüne ilişkin yapılan bir başvuruda müdahalenin mutlaka yasaklama şeklinde gerçekleşmeyeceğini belirtir. Bu özgürlüğe yapılan müdahaleler hakkın kullanımı öncesi veya sonrasında gerçekleşebilir. Buna göre de toplantı öncesi verilen yasaklama kararları bireyler üzerinde caydırıcı etki doğurabilecektir⁶⁶. Böylelikle müdahale gerçekleşmiş olacaktır⁶⁷.

İfade özgürlüğüne⁶⁸ ilişkin yapılan bir başvuruda başvurucu bir gazetecidir ve bir şirket ile ilgili aldığı bilgiyi haberleştirme amacıyla ilgili şirkete ulaşım görüş talep etmiştir. Fakat bilgi gizlidir ve şirket konuyu yargıya taşımıştır. Gizli bilgiyi

⁶⁴ Stoll v. Switzerland, B. No: 69698/01, 10/12/2007, § 154.

⁶⁵ Duymaz: s. 209.

⁶⁶ Benzer yönde bakınız: Didinmez, Mehmet Alp: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üç Aşamalı Testi”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 1, S. 1, 2021, s. 167. Yazar da kavramı “caydırıcı etki” şeklinde kullanır.

⁶⁷ Navalnyy v. Russia, B. No: 29580/12, 15/11/2018, § 103. Benzer yönde bakınız: Kudrevičius and Others v. Lithuania, B. No: 37553/05, 15/10/2015, § 100.

⁶⁸ Kavramın AİHM tarafından ilk kullanıldığı başvuru Sözleşmenin 3’üncü maddesine ilişkin bir başvurudur. Salihpaşaoğlu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, s. 173, Donnelly and Others v. The United Kingdom, B. No: 5577/72 5583/72, 05/04/1973, § 39.

elde edip gazeteciye ulaştırmanın kimliği ve elde edilen bütün kopyaların toplanması amacıyla gazeteciden bilgiye kaynaklık eden muhbirin kimliğini açıklaması talep edilmiştir. Fakat gazeteci bu kaynağını açıklamak istememiştir. Nihayetinde gazeteciye para cezası verilmiştir⁶⁹.

AİHM alışlageldiği üzere ihlalin tespiti için üç aşamalı testi uygulamıştır⁷⁰. Buna göre önce müdahalenin kanunilik şartını ele almış ardından müdahalenin arkasında yatan amacın meşruluğunu incelemiş ve en son olarak da müdahalenin demokratik toplum düzeninde gereklilik şartını sağlayıp sağlamadığını tahlil etmiştir. Caydırıcı etki kavramına ilişkin inceleme “demokratik toplum düzeninde gereklilik” başlığı altında ele alınır. Çünkü kanunilik şartı incelenirken müdahaleye temel oluşturan yasal dayanakların varlığı araştırılır. Meşru amaç incelemesinde müdahalenin gerçekleştirilme amacı ele anılır. Dolayısıyla burada da müdahalenin bir caydırıcı etkiye sahip olup olmadığı incelemesi inceleme kapsamını aşar. Geriye demokratik toplum düzeninde gereklilik şartı kalır ki caydırıcı etki incelemesinin burada yapılması da uygun olanıdır.

Gerçekleştirilen bu incelemede AİHM’in caydırıcı etkiye yer vermesi önemlidir. AİHM ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel yapı taşlarından biri olduğuna vurgu yapmıştır. Basına kaynaklık eden bireylerin korunması da ifade özgürlüğünün kapsamı dışında düşünülmemelidir. Çünkü Mahkemenin isabetle ifade ettiği üzere bu kişilerin basına yardım ve kaynaklık etmekten herhangi bir sebeple “caydırılması” basının toplumu doğru şekilde bilgilendirmesini sekteye uğratabilir. Nihayetinde AİHM “caydırıcı etki” kavramını kullanarak bu etkinin 10’uncu maddeyle korunan ifade özgürlüğü ile bağdaşmayacağını ortaya koyar⁷¹. Başka bir başvuruda Goodwin başvurusunda olduğu gibi başvurucudan doğrudan haberin kaynağını açıklaması talep edilmese dahi caydırıcı etkinin

⁶⁹ Kısa özet Mahkeme kararından yapılmıştır. Goodwin v. The United Kingdom, B. No: 17488/90, 27/03/1996, § 10-19.

⁷⁰ Üç aşamalı testin kapsamlı incelemesine bu çalışmada geniş bir şekilde yer verilmeyecektir. Kavrama ilişkin değerlendirmeler için bakınız: Eren, Abdurrahman: Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2004, s. 189-208; Didinmez: s. 149-174.

⁷¹ Goodwin v. The United Kingdom, § 39.

doğabileceği vurgulanmıştır. Bu olayda gazeteciden habere kaynaklık eden belge talep edilmektedir. Fakat AİHM bu belgeden haberin kaynağına ulaşılabilmesi gerçeğinden hareketle gazetecilerin anonim olan kaynaklarının ortaya çıkmasına sebep olabilecek herhangi bir müdahalenin caydırıcı etkiye yol açacağını kararlaştırmıştır⁷².

Caydırıcı etki kavramı çoğunlukla basına ilişkin gerçekleştirilen müdahaleler kapsamında ele alınmakla birlikte, genel anlamda kamusal alanda yürütülen tartışmaların taraflarının mağdurluk iddiasında bulunduğu başvurularda da gündeme gelebilir⁷³. Dolayısıyla caydırıcı etkinin bireysel başvuru incelemesinde ele alınması bazı haklara özgülenemeyecektir⁷⁴. Bu kavramı bazı haklara ilişkin tutarak diğer hak ihlali iddialarında ayrı tutmak kavramın doğasında yer alan “caydırıcılık” etkisinin başka hak ihlali iddialarında gündeme gelmeyeceğini öne sürecektir. Böylelikle kavramın kapsamında bir daralma gerçekleşecektir. Şüphesiz ki kavram çoğunlukla ifade özgürlüğüne ilişkin başvurularda ele alınır. Fakat bu sadece ifade özgürlüğüne hasredilmiş bir kavram olduğu anlamına gelmemelidir. Örneğin, Sözleşmenin 11’inci maddesinde yer alan haklar kapsamında ele alınan sendikal hakların kullanılmasında da caydırıcı etki ortaya çıkabilir. Sendikaya üye olmanın olumsuz sonuçlara bağlanması hallerinde bu caydırıcı etki hissedilecektir⁷⁵. Caydırıcı etkinin kendisini gösterme potansiyelinin yüksek olduğu bir başka temel hak ve özgürlük toplantı özgürlüğüdür. Müdahalenin gerçekleşmesi ve bireyin temel hak ve özgürlüğünden faydalanması hususunda esas olarak bir farklılık bulunmaz. Yine “*kamu otoritelerinin doğrudan müdahaleler ya da*

⁷² Bu başvuruda AİHM’in önemini vurguladığı bir diğer husus ise gazeteciden istenen bu belgenin aslında gazetecinin kaynağını tespit etme amacıdır. *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, B. No: 821/03, 15/12/2009, § 70. Buradan çıkan sonuca göre eğer gazeteciden istenen belge kaynağın tespitine yönelik değilse ihlal oluşmayacaktır. Yerel makamlar tarafından gazetecinin ev ve işyerinde yapılan aramanın ölçülü olduğunu ortaya koyamamasının ihlale sebebiyet verdiğine ilişkin karar için bakınız: *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, B. No: 51772/99, 25/02/2003, § 56-59.

⁷³ Karan: s. 156.

⁷⁴ Benzer yönde bakınız: Schauer: s. 692.

⁷⁵ Broeksteeg, Hansko: “Freedom of Assembly and Association”, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Editörler: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, 5. Edition, Intersentia, 2018, s. 829-830.

dolaylı sınırlandırmalar ile özgürlüğün etkin kullanımını engellemesi sonucunda” caydırıcı etki meydana gelir⁷⁶.

Bireyin caydırıcı etkiye uğradığının tespiti ve değerlendirmesi için öncesinde verilen cezanın mutlaka tatbik edilmiş olması da aranmamaktadır. Ayrıca bireye verilen ceza her ne kadar ertelense ya da bireye cezai anlamda bir yaptırım uygulanmamış olsa da caydırıcı etkiden bahsedilmektedir⁷⁷. Benzer şekilde, verilen cezanın niteliğinin önemi yoktur. Örneğin, başvuruçunun adli para cezasına çarptırılmış olması caydırıcı etkiyi doğurabilecektir⁷⁸. Böylelikle yine aynı husus öne çıkmaktadır: Bireyin gelecekte belirli şekilde hareket etmekten imtina etmesi, cayması. Her ne kadar aklansa ya da aklanacak olsa da benzer ifadeler veya hareketlerle bireyin tekrar yaptırıma uğrayacağına ilişkin korkusu caydırıcı etkiyi meydana getirir⁷⁹. AİHM tarafından; belirli bir süre tutuklu kalan başvuruçunun *“görüşlerini ifade etme iradesi üzerinde”*⁸⁰, yazar ve yayıncıları kontrol edemedikleri değişebilen içerikli bağlantılara köprü vermeyi tamamen oto-sansürleyebilecek, caydırabilecek şekilde internette ifade özgürlüklerinde⁸¹, toplantıya katılanlara yönelik uygulanan cezai ya da idari yaptırımların ya da toplantıya yönelik yasakların başvuruçuyu ya da başkalarını benzer nitelikteki toplantı ve gösterilere katılma hususunda⁸², AİHM’e bireysel başvuruda bulunan bireylerin başvurularını geri çekme ya da değiştirme

⁷⁶ Özenç, Berke: “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 106.

⁷⁷ Karan: s. 108-109.

⁷⁸ Lombardo and Others v. Malta, B. No: 7333/06, 24/04/2007, § 61; Baumbach: s. 103.

⁷⁹ Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, B. No: 27520/07, 25/10/2011, § 68.

⁸⁰ Nedim Şener v. Türkiye, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılan çeviri, B. No: 38270/11, 08/07/2014, § 122; Şık v. Türkiye, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılan çeviri, B. No: 53413/11, 08/07/2014, § 111. Tutukluluk sürelerinin de birey sonradan beraat etse dahi caydırıcı etki doğurabileceği belirtilmektedir, Şahin Alpay v. Türkiye, B. No: 16538/17, 20/03/2018, § 182.

⁸¹ Magyar Jeti Zrt v. Hungary, B. No: 11257/16, 04/12/2018, § 83.

⁸² Frumkin v. Russia, B. No: 74568/12, 05/01/2016, § 141; Baçzkowski and Others v. Poland, B. No: 1543/06, 03/05/2007, § 67.

amacıyla yapılan baskılarda⁸³, yaptırıma uğramamış olsa da müvekkilinden alınan ifadeye ilişkin yaptığı eleştirilerinin incelenmesi bireyin mesleğini hakkıyla yerine getirmesinde⁸⁴ caydırıcı etki tespit edilmiştir.

3.2. AYM Kararlarında Kavramın Kapsamı

AYM yaptığı incelemelerde caydırıcı etkinin, “toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına” sebep olabileceğini belirtir⁸⁵. Kararda belirtildiği üzere önemli olan çoğulcu bir toplum anlayışının devamının sağlanmasıdır. Caydırıcı etkiye bağlı olarak bireylerin gelecekteki hareketleri kısıtlanabilir ve böyle bir durumda çoğulcu toplumun gereği olan tartışma ve eleştirme ortamı zarar görebilir⁸⁶. İfade özgürlüğüyle birlikte ele alınmış olsa da toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve örgütlenme hakkı üzerinde caydırıcı etki doğabileceği görüşü AYM tarafından verilen bir ihlal kararında doğrulanmıştır⁸⁷. Bireyleri daha sonraki toplantı ve gösterilere katılmaktan caydıracak herhangi bir yaptırım caydırıcı etkiyi doğurabilecektir⁸⁸.

Yayımlanan bir haberden dolayı gazeteye bir günlük verilen resmi ilan ve reklam kesilmesi kararına ilişkin yapılan bireysel başvuruda AYM caydırıcı etkiyi tespit etmiştir. Başvuruya konu olan olayda gazeteye yaptığı bir haber sebebiyle resmi ilan ve reklam kesilmesi yaptırımı uygulanır. Fakat gazete resmi ilan ve reklam yayımlama hakkı bulunmadığı için⁸⁹ bu ceza ertelenir. Daha

⁸³ Davydov and Others v. Russia, B. No: 75947/11, 30/05/2017, § 344.

⁸⁴ Steur v. Netherlands, B. No: 39657/98, 28/10/2003, § 44.

⁸⁵ Arifhan Mehmet Kızılyalın, B. No: 2016/9398, 14/9/2021, § 44.

⁸⁶ Arifhan Mehmet Kızılyalın, § 44: Hayko Bağdat (2), B. No: 2019/4585, 26/5/2021, § 43.

⁸⁷ Zeki Kaya, B. No: 2016/1264, 24/3/2021, § 67. İhlal kararı doğrudan bütün bu haklara ilişkin değildir. Burada vurgulanan husus kararın gerekçesinde AYM'nin bu hususa değinmiş olmasıdır. Karar kısmen ihlal kısmen kabul edilemezlik şeklinde gerçekleşmiştir.

⁸⁸ Şen, Murat: Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021, s. 376-377.

⁸⁹ AYM tarafından kabul edilebilirlik incelemesinde belirtildiği üzere burada bireyin güncel bir hakkına yönelik müdahaleden söz edilemez. Çünkü başvurucunun henüz resmi ilan ve reklam yayımlama yetkisi bulunmamaktadır. “...(B)başvurucunun ileride doğması muhtemel bir hakkı yönünden verilen karar hakkında yapılan başvuru...” ifadesi de bunu

sonra yargılama sürecinde her ne kadar cezanın yarısı kaldırılrsa da diğer yarısının onaylanmasına karar verilmiştir. Sonuç olarak gazete hakkında verilmiş ve kesinleşmiş 1 günlük resmi ilan ve reklam kesilmesi cezası bulunmaktadır⁹⁰. Müdahale ile zorunlu bir toplumsal ihtiyacın karşılanıp karşılanmadığı hususunda bir inceleme yapılmış ve sonuç olarak ihlal kararına ulaşılmıştır. Burada AYM'nin yaptığı diğer kriter incelemelerinden çok caydırıcı etkiyle ilgili yaptığı tespiti değinmek gerekiyor. AYM, verilen cezanın gazete üzerinde maddi bir yaptırıma uğrama endişesini ve buna dayalı olarak gazetenin gelecekte kullanacağı ifade özgürlüğü üzerinde kesintiye uğratici etkisini dikkate alır⁹¹.

AYM kararlarında görüldüğü üzere bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalelerin hürriyeti bağlayıcı bir ceza olma koşulu yoktur. Bireyler, hürriyeti bağlayıcı cezaya maruz kalmadan da caydırıcı etkiyle karşılaşabilir. Yazdığı kitap sebebiyle 15.000 TL tazminat ödemeye mahkum edilen bireyin yaptığı başvuruda AYM ihlal kararı vermiş, olayda caydırıcı etki söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bu ihlal ile ortaya çıkacak olan caydırıcı etki toplumdaki farklı seslerin susturulmasına yol açabilir. Caydırıcı etki sebebiyle çoğulcu bir toplumun gereği olan eleştiri ve bilgilendirme ortamı zarar görecektir. Sonuç olarak AYM gerçekleştirilen müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı kararına oy çokluğuyla varmıştır⁹².

İfade edildiği gibi caydırıcı etkinin oluşması için bireylere verilen cezanın mutlaka yerine getirilmesine gerek yoktur. AYM bu hususu değerlendirirken bireyin sıfatını, yargılama sürecini ve cezalandırılma ihtimalini birlikte değerlendirerek caydırıcı etkinin varlığını kabul edebilir⁹³. Çünkü herhangi bir

destekler. Böylece AYM açıkça tartışmaya girmeden potansiyel mağdur kavramını kullanmış ve kabul etmiştir. Estetik Yayıncılık A.Ş. (2), B. No: 2017/30591, 13/1/2021, § 28.

⁹⁰ Özet başvurudan yapılmıştır. Estetik Yayıncılık A.Ş. (2), § 1-17.

⁹¹ Estetik Yayıncılık A.Ş. (2), § 51.

⁹² Ergün Poyraz (2) [GK], § 79. Benzer yönde adli para cezasının caydırıcı etki doğuracağına ilişkin bakınız: Meliha Kaplan, B. No: 2016/8289, 23/6/2020, § 40.

⁹³ Hanifi Biçimli, B. No: 2013/6909, 24/2/2021, § 45; Sercan Avşar, B. No: 2016/63088, 9/6/2021, § 33.

ceza verilmese dahi bireylerin daha sonraki süreçte tekrar ceza soruşturma ve kovuşturmasına uğrama ihtimalinden korkarak temel hak ve özgürlüklerinden gerektiği gibi faydalanmaktan kaçınması, cayması durumu ortaya çıkacaktır. Hatta bireylerin aklanma ihtimali bulunması bile bu durumu ortadan kaldırmaz⁹⁴.

Herhangi bir hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya adli para cezasının yanında idari yaptırımlar da caydırıcı etki kavramının kapsamı içerisinde değerlendirilebilecektir. Vekil olarak hareket eden ve dava dilekçesinde karşı taraf için sarf ettiği sözlerden dolayı başvurucuya disiplin cezası verilmiştir. AYM, avukatların savunma ve iddia yaparken gerçekleştirdikleri ifadelerden dolayı cezai yaptırıma uğramalarının caydırıcı etkiye yol açabileceği ve ancak istisnai durumlarda kabul edilebileceğini belirtmiştir⁹⁵. Bununla birlikte idari yaptırımlar açısından AYM yine aynı bakış açısına sahiptir. Avukatların mesleklerini yerine getirirken sarf ettikleri ifadelerden dolayı yaptırıma tabi tutulması mesleklerini gereği gibi ifa etmeleri ve gelecekte düşüncelerini ifade etmelerinde caydırıcı etki doğurabileceği kararlaştırılmıştır⁹⁶.

AYM'nin caydırıcı etki olarak görmediği bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğuna ilişkin olarak yürütülen soruşturma sonucu verilen cezanın yanında ilgili kamu görevlisinin yerinin değiştirilmesi caydırıcı etki kapsamına alınmamaktadır. Bu tür başvurularda AYM, başvurucunun disiplin yaptırımı yanında atamasının yapılmasını idarenin takdir alanı içerisinde görmekte ve caydırıcı etkiye sebep olmayacağını belirtmektedir⁹⁷.

4. Caydırıcı Etkinin Demokratik Toplum Düzeninde Gereklik Kriterini Aşması

Bu kısımda bireysel başvurularda yapılan caydırıcı etki incelemesine değinilmeye çalışılacaktır. İhlal iddiasını inceleyen mahkemelerin (AİHM ve AYM) yaptığı bu inceleme, gerçekleştirilen müdahalenin zorunlu bir toplumsal

⁹⁴ İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017, § 43.

⁹⁵ Kenan Gül, B. No: 2015/17892, 19/2/2019, § 66; Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, 27/12/2017, § 60.

⁹⁶ Kenan Gül (2), B. No: 2018/24311, 15/6/2021, § 49.

⁹⁷ Elif Güneysu, B. No: 2017/31733, 7/10/2021, § 50; Abdülhakim Şendül, B. No: 2017/26742, 17/11/2021, § 50.

ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı noktasında bir değerlendirmeyi içerir. Mahkemeler müdahaleye gerekçe oluşturan bireyin hareketinin sonuçları ile bireyin bir daha bu hareketi doğuracak temel hak ve özgürlüğünü kullanma(ma) iradesine yönelen caydırıcı etki arasında bir denge gözetir⁹⁸. Şöyle ki, bireyin ilk başta gerçekleştirdiği ve müdahaleye maruz kaldığı hareketiyle ortaya çıkan ve kamu otoritelerince istenmeyen bu davranış ile bireyin bu temel hak ve özgürlük tasarrufunda tekrar bulunup/bulunmaması hak ihlali terazisinde tartılır⁹⁹.

Burada yapılan inceleme genel itibarıyla bir demokratik toplum düzeninde gereklilik incelemesi olsa da caydırıcı etki özelinde yapılan ileri bir değerlendirmedir¹⁰⁰. Çünkü caydırıcı etkinin sonucu olarak bireyin kullanmaktan vazgeçtiği temel hak ve özgürlük ile bireye uygulanan müdahale tartılır. *“Orantılılık ilkesi iki farklı menfaat arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Müdahale (sınırlama) ile elde dilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar arasından bir orantı olması gerekmektedir.”*¹⁰¹ Adil denge, orantılılık *“sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. ... orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir*

⁹⁸ Zeki Kaya, § 75.

⁹⁹ Çatışan hak ve menfaatlerin dengelenmesi hususu çalışmanın kapsamını aşar niteliktedir. Konu için detaylı bilgi için bakınız: Erdoğan, Murat: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019; Köküsarı, İsmail: Anayasal Hakların Çatışması, Adalet Yayınları, Ankara, 2020; Hazar: İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi. Burada her ne kadar “kolay” bir ifadeyle betimlense de temel hak ve özgürlüklerin dengelenmesi hususu hayli önemlidir. Kaldı ki bunlardan bir tarafa konan hak ile diğer tarafa konan menfaatin dahi dengelenemeyeceği ifade edilir. Demir Gürsel, E. (2015). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Pek Hassas Terazisi ve Demokratik Toplum Anlayışı”. Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları. (Editör: Bora Erdağı). Ankara: Notabene Yayınları, 71’den aktaran Erdoğan: s. 331.

¹⁰⁰ Kos, Katarzyna: “Evolution or Entropy of the Concept of Chilling Effect? – Polish Perspective”, Teisė, C. 110, 2019, s. 171.

¹⁰¹ Eren: s. 204.

*dengenin kurulmasına işaret etmektedir.*¹⁰² Yani demokratik toplum düzeninde gereklilik incelemesi yapılırken bu adil denge, orantılılık gözetilir¹⁰³. Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirmesi yapılır. Müdahale mahkemelerce orantısız bulunmuşsa bu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna varılır¹⁰⁴. Buna bağlı olarak tam tersinden de bahsedilebilir. Orantılı bulunan bir müdahalenin de demokratik toplumda gerekli olmadığından bahsedilemez¹⁰⁵.

Caydırıcı etkide benzer bir durum söz konusu olur. Caydırıcı etki incelemesi demokratik toplum düzeninde gereklilik aşamasının önemli bir unsurudur¹⁰⁶. Bunun sonucu olarak, bir müdahale caydırıcı etki doğuruyorsa temel hak ve özgürlük ihlali anlamına gelecektir. Bununla birlikte bu inceleme demokratik toplum düzeninin gerekleri incelemesinden ayrı olarak düşünülemez. Bir müdahale caydırıcı etkiye sahip ise zaten demokratik toplum düzeninde gerekliliğe aykırıdır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Goodwin kararına dayanarak aldığı tavsiye kararına göre gazetecilerin haber kaynaklarının korunması hususunda, eğer haberin kaynağının açıklanmasıyla elde edilecek yarar açıklanmaması halinde elde edilecek yarardan üstünse ve olayın koşulları bakımından *“yeterince hayatî”* ve *“ciddî bir karakter”* sergileniyorsa gazetecilerin haber

¹⁰² Yasin Agin ve diğerleri [GK], B. No: 2017/32534, 21/1/2021, § 55.

¹⁰³ Salihpaşaoğlu üç aşamalı testin son aşaması olan bu incelemeyle ihlal iddiasının bir temel hak ve özgürlüğün diğerine feda edilmeden çözüme kavuşturulması olarak anlaşıldığını belirtir. Sözleşme’de sayılan haklar arasında hiyerarşi olmamasının da buna dayanak görür. Yazar yine bunun yanıtıcı olduğunu da belirtir. Çünkü yazara göre AİHM’in verdiği kararların *“..büyük bir kısmında adil bir dengelemeden değil, ... Bir hak(kın)... diğer bir hak(ka) ... galebe çaldığından bahsedilir.”* Salihpaşaoğlu: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, s. 175-176.

¹⁰⁴ Eren: s. 208.

¹⁰⁵ Köküarı: s. 235.

¹⁰⁶ Demokratik toplum düzeninde gereklilik aşaması incelemesinin geniş kapsamına ilişkin farklı yazarların değerlendirmeleri ve genel bir bakış için bakınız: Lavrysen, Laurens: “System of Restrictions”. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Editörler: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, 5. Edition, Intersentia, 2018, s. 318 vd.

kaynaklarının korunması hakkı sınırlandırılabilir¹⁰⁷. Bu tutum AİHM’in kararlarında kendisine yer bulmaktadır. Gerçekleştirilen bir müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli sayılabilmesi için varsayımlardan değil, somut delillerden faydalanılmalıdır¹⁰⁸.

Bireyleri temel hak ve özgürlüklerini kullanma noktasında caydıran bu etkinin toplum üzerinde de etkisi bulunur¹⁰⁹. Örneğin ifade özgürlüğü kapsamına giren bir ifadeden dolayı bireye yaptırım uygulanması artık bireyin alanını aşarak toplumsal alana caydırıcılık sonucu doğurabilir. Bu durum müdahalenin belirli bir ölçüyü aştığını gösterir¹¹⁰. Dolayısıyla yapılacak olan inceleme bireyi aşarak müdahalenin toplum üzerindeki etkisini de ele almalıdır¹¹¹.

AİHM kararlarında özellikle belirtildiği üzere, yapılan dengeleme sonucu eğer bireye uygulanan müdahale kamu yararı ile haklı kılınıyorsa caydırıcı etkiden söz edilemeyecektir¹¹². Bu durumda da kararın barındırdığı bir caydırıcılıktan bahsedilebilir. Ancak bu caydırıcılık, olması gereken, diğerlerinin haklarının korunabilmesi için bireyin katlanması gereken bir caydırıcılıktır. Yoksa çalışmamızda incelendiği şekliyle, bireyleri kendi haklarını kullanmaktan alıkoyan bir caydırıcılık değildir. AİHM’in temel hak ve özgürlük ihlali incelemesinde kamu yararı kavramı özel bir yer tutar. Kamu yararı kavramının ağır bastığı durumlarda kişisel alanın daralması kaçınılmazdır¹¹³. Bireylere uygulanan yaptırımın niteliği veya yerine getirilip getirilmediği caydırıcı etkinin doğması açısından bir engel teşkil etmemesine rağmen, yaptırımın orantılı bulunduğu ve birey üzerinde caydırıcılık doğurma ihtimalinin çok düşük olduğu hallerde ihlal kararı verilmeyecektir¹¹⁴. Bu ve benzeri durumlarda bireye

¹⁰⁷ Salihpaşaoğlu, Yaşar: Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 29-30. Vurgu yazara aittir.

¹⁰⁸ Eren: s. 200.

¹⁰⁹ Lavrysen: s. 319.

¹¹⁰ Baka v. Hungary, B. No: 20261/12, 23/06/2016, § 167.

¹¹¹ R. Ó Fathaigh, “Article 10 and the Chilling Effect Principle”, European Human Rights Review, 2013, p. 304 at p. 312’den aktaran Lavrysen: s. 319.

¹¹² Goodwin v. The United Kingdom, § 39.

¹¹³ Hazar: s. 243-247.

¹¹⁴ Pentikäinen v. Finland, B. No: 11882/10, 20/10/2015, § 113.

yaptırım isterse görevini yerine getirirken uygulanmış olsun, müdahale meşru ve bireyi caydırıcı etkiye sahip olmayacaktır¹¹⁵.

AYM'nin kararlarına bakıldığında da bu yönde bir yöntem izlendiği görülmektedir. Bir kararında AYM demokratik toplum düzeninde gereklilik, ölçülülük ve caydırıcı etki üzerine değerlendirmelerde bulunmuş ve somut başvuruya bunları uygulamıştır. Buna göre AYM, gerçekleştirilen müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğuna ilişkin gerekçelerin yeterli düzeyde ortaya konmasını ve kamu düzeni ile bireyin kullanmak istediği temel hak ve özgürlük arasında adil bir denge kurulması gerektiğini vurgular¹¹⁶. Buradan hareketle kamu otoritelerince bireye uygulanan müdahalenin ölçülü olduğu durumlarda artık caydırıcı etkiden söz edilemez. Çünkü müdahale ile bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında kurulan denge adildir. Bir ihlal gerçekleşmemiştir. Yaptıklarının sonucuna katlanmanın birey üzerinde doğuracağı etkinin -konu kapsamında kalan- caydırıcı etki olduğundan bahsedilemez. Elbette gerçekleşen müdahaleden dolayı bireyin belirli hareketlerden çekinmesi, cayması söz konusu olacaktır. Fakat bu durumda artık yaptırımın doğasında bulunan caydırıcılık fonksiyonu¹¹⁷ devrededir. Dolayısıyla demokratik toplumda ölçülü, orantılı, dengeli görülen müdahaleler açısından temel hak ve özgürlük ihlaline yol açabilecek caydırıcı etki doğmayacaktır¹¹⁸.

Başvurucuların, katıldıkları toplantı ve gösterilerin ve bu gösterilerden yaptıkları basın açıklamalarının terör örgütüne üyelik suçlamasında delil olarak değerlendirilmesini toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğini ileri sürdüğü bir başvuruda AYM caydırıcı etki kavramını dikkate almış ve adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirmiştir. AYM, katıldıkları toplantı ve gösterilerin terör örgütü suçlamasında delil olarak değerlendirilmesini bireylerin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına

¹¹⁵ Baumbach: s. 101-102.

¹¹⁶ Ömer Faruk Akyüz, B. No: 2015/9247, 4/4/2018, § 50-51, 60-61.

¹¹⁷ Örneğin ceza hukukunda cezanın işlevi buna benzer. Ceza birey üzerinde “psikolojik bir baskı unsuru”dur, Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2018, s. 412.

¹¹⁸ Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 83,92; Dilan Ögüz Canan [GK], B. No: 2014/20411, 30/11/2017, § 53; Ömer Faruk Akyüz, § 61.

caydırıcı etki doğurabileceğini kabul etmektedir¹¹⁹. Bununla birlikte adil bir dengenin kurulması için “*müdahalenin zorunlu bir ihtiyacı karşıladığının ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilip gösterilemediği*” incelemesi yapılmalıdır. Yapılan değerlendirme sonucunda ise yapılan müdahalenin zorunlu bir ihtiyacı karşıladığına yani dengeli olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹²⁰.

Son olarak Penney’in yaptığı sosyal uyumluluk teorisine demokratik toplum düzeninde gereklilik açısından değinmek gerekir. Penney’in ortaya koyduğu bu teoride birey belirli davranışları topluma uyum sağlamak için yapar. Bu ayrıma hukuki anlamda bir değişiklik getirmeyeceği yönünde bir eleştiri getirdik. Fakat topluma uyum sağlamak için değiştirilen ve benimsenen bu hareket tarzı demokratik toplum düzeninde gerekli ise ne olacaktır? Doğal olarak hem bireysel başvuruda ulaşılan sonuç değişmiş olacak hem de bir gereklilik olarak ele alınıp incelenen demokratik toplum amacına ulaşmada birey açısından büyük bir adım atılacaktır. Burada bir çelişki ortaya çıkar. Bu çelişki sunidir hatta belki de yersizdir. Kavramı yanlış değerlendirmekten kaynaklanır. Penney’in ortaya koyduğu teoride bireyin caydırıcı etki ile vazgeçtiği hareketler de aslında meşrudur, hukuken izin verilebilir eylemlerdir¹²¹. Yani birey aslında meşru bir hareket tarzından cayar.

SONUÇ

“Chilling Effect” Amerikan hukukunda doğmuş, AİHM ve AYM incelemesine taşınmış bir kavramdır. Bu kavramla birlikte bireylerin belirli temel hak ve özgürlüklerini kullanmaktan caymaları, vazgeçmeleri ifade edilir. Bu cayma fiili bireyin iradesine etki eden bir korku faktörüyle birleşir. Böylelikle de aslında birey temel hak ve özgürlükleri üzerinde bir müdahale gerçekleşmiş olur. Fakat her vazgeçiş bir caydırıcı etkiye işaret etmez. Vazgeçiş işleminin asgari bir ciddiyet eşliğini aşması beklenir.

¹¹⁹ Mahmut Catın ve Saadet Aksoy, B. No: 2015/324, 30/6/2020, § 23, 28-29. Benzer yönde bakınız: Metin Birdal [GK], B. No: 2014/15440, 22/5/2019, § 48, 59.

¹²⁰ Mahmut Catın ve Saadet Aksoy, § 30-35.

¹²¹ Penney: s. 35.

Doktrinde öne sürülen dondurucu, ürpertici, soğutma, soğutucu etki gibi isimlendirmeler de anlamın içeriğini vermede başarılıdır. Kavramın çevirisinde kullanılan terimler her ne kadar doğru olsa da bizce kavrama içeriği ile birlikte en çok uyum sağlayanı “caydırıcı etki”dir. Çünkü bireyin belirli şekilde hareket etme iradesinden cayması söz konusudur. Her ne kadar yabancı literatürdeki kavram içeriği ve isimlendirmesi arasındaki farka dikkat çekilmiş olsa da Türkçe literatürde biz yine “caydırıcı etki” kavramını önermekteyiz.

Caydırıcı etkinin yaptırıma uğrama korkusunu içermesi kadar topluma uyum sağlama aracına dönüşmesi de söz konusu olabilecektir. Böylelikle bireyin belirli davranışları benimsemesine yol açacaktır. Yani caydırıcı etki bireyi belirli davranışlardan alıkoyan bir etkinin ötesine geçecek ve inşai bir niteliğe bürünecektir. Bu teori açıklandığı üzere Penney tarafından işlenmiştir. Yazarın görüşleri tutarlı ve kavrama ilişkin önemli açıklamalardır. Fakat hukuki sonuçları açısından caydırıcı etki yine caydırıcı etkidir.

AİHM ve AYM de caydırıcı etkinin demokratik toplumda gereklilik kriterini sağlamayacağını, bu etkinin temel hak ve özgürlük ihlali oluşturabileceğini kabul etmiştir. Fakat burada bir orantılılık, ölçülülük incelemesi yapılarak adil bir denge kurulmaya çalışılır. Bireylerin her caydırıcı etki iddiası mutlak surette kabul görmez. Bu iddialar mahkemelerce değerlendirilir ve bireyin caydırıcı etki ile kullanılmaktan caydığı hakkı ile müdahale arasında adil dengenin yokluğunda ihlal kararı verilir.

KAYNAKÇA

- Anayurt, Ömer: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Anayurt, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Başol, Kemal: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Düzeninde Basın Özgürlüğü ve Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Güvencesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Baumbach, Trine: “Chilling Effect as a European Court of Human Rights’ Concept in Media Law Cases”, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice, C: 6, S. 1, 2018, s. 92-114.

- Broeksteeg, Hansko: “Freedom of Assembly and Association”, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Editörler: Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, 5. Edition, Intersentia, 2018, s. 813-835.
- Cendic, Kristina/Gosztonyi, Gergely: “Freedom of Expression in Times of Covid-19: Chilling Effect in Hungary and Serbia”, Journal of Liberty and International Affairs, C. 6, S. 2, 2020, s. 14-29.
- Didinmez, Mehmet Alp: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üç Aşamalı Testi”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 1, S. 1, 2021, s. 149-174.
- Dolich, Michael N.: “Alleging a First Amendment Chilling Effect to Create a Plaintiff’s Standing: A Practical Approach”. Drake Law Review, C. 43, S. 1, 1994, s. 175-190.
- Duymaz, Erkan: “İfade Özgürlüğü vs İfade Özgürlüğü: AİHM’in Kaboğlu ve Oran/Türkiye Kararı Üzerine Gözlemler”. Anayasa Hukuku Dergisi, C. 8, S. 15, s. 193-221.
- Elmasulu, Dilek Ece: Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Şeref ve Haysiyete İnternet Yoluyla Saldırıdan Doğan Sorumluluk Davalarında Milletlerarası Yetki, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Erdoğan, Murat: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019.
- Eren, Abdurrahman: Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2004.
- European Commission; 2021 Rule of law report - Communication and country chapters. Raporlara şu siteden ulaşılmıştır:
https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2021-rule-law-report/2021-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en. Erişim Tarihi: 03/02/2022.
- European Commission: Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Empty, COM(2021) 700 final, Brussels, 20.7.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1634551652872&uri=CELEX%3A52021DC0700>. Erişim Tarihi: 03/02/2022.

-
- Gözler, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş (Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu). US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
 - Hafizoğulları, Zeki: “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, 1978, s.235-279.
 - Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2018.
 - Hazar, Zeynep: İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması, Adalet Yayınları, Ankara, 2021.
 - İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Fusun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoglu, Fatih S./Ünver, Yener: İçel Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, 2. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2002.
 - Karan, Ulaş: İfade Özgürlüğü (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2), Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.
 - Kinsley, Jennifer, M.: “Chill”, Loyola University Chicago Law Journal, C. 48, 2016, s. 253-290.
 - Kos, Katarzyna: “Evolution or Entropy of the Concept of Chilling Effect? – Polish Perspective”, Teisé, C. 110, 2019, s. 168-177.
 - Köküsarı, İsmail: Anayasal Hakların Çatışması, Adalet Yayınları, Ankara, 2020.
 - Lavrysen, Laurens: “System of Restrictions”. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Editörler: Pieter Van Dijk,Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, 5. Edition, Intersentia, 2018, s. 307-330.
 - Mathews, David J.: “Constitutional Law - Civilians' Claim that Army's Datgathering System Works a Chilling Effect on Their First Amendment Rights Held Not Be a Justiciable Controversy Absent Showing of Objective Present Harm or Threat of Future Harm”, Villanova Law Review, C. 18 S. 3, 1973, s. 479-490.
 - Mecit, Nehare/Mecit, Kemal: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları”, TAAD, S. 33, 2018, s. 827-861.
 - Özenç, Berke: “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 2, 2015, ss. 87-134.
 - Pech, Laurent: The Concept Of Chilling Effect (Its Untapped Potential to Better Protect Democracy,The Rule Of Law, And Fundamental Rights In The EU), 2021,

- s. 4. (<https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/c8c58ad3-fd6e-4b2d-99fa-d8864355b638/the-concept-of-chilling-effect-20210322.pdf>. Erişim Tarihi: 30/11/2021).
- Penney, Jonathon, W.: “Understanding Chilling Effects” (May 28, 2021). 106 Minnesota Law Review (2022, Forthcoming), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3855619>, Erişim Tarihi: 11/09/2021.
 - Salihpaşaoğlu, Yaşar: Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
 - Salihpaşaoğlu, Yaşar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
 - Salmanlı, Esra: Avukatlık Mesleği Yönünden İddia ve Savunma Dokunulmazlığı. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
 - Schauer, Frederick: “Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect”, Boston University Law Review, C. 58, 1978, s. 685-732.
 - Solove, Daniel J.: “A Taxonomy of Privacy”. University of Pennsylvania Law Review, C. 154, S. 3, 2006, s. 477-564.
 - Solove, Daniel J.: “First Amendment As Criminal Procedure”, New York University Law Review, C. 82, S. 1, 2007, s. 112-176.
 - Şen, Murat: Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021.
 - Şirin, Tolga: Türkiye’de İfade Özgürlüğünün Tutsaklığı -2 (İfade Özgürlüğünün Yeşili), Tekin Yayınevi, İstanbul, 2021.
 - “The Chilling Effect in Constitutional Law”, Columbia Law Review, C. 69, S. 5, 1969.
 - “The Establishment Clause and the Chilling Effect”, Harvard Law Review, C. 133, S. 4, 2020.
 - Yavuz, Can: “İnternet’teki İfade Özgürlüğüne Karşı Yükselen Tehdit: Çevirim İçi Gözetim”. Suç ve Ceza, S. 4, 2019, s. 169-196.