

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ TEMEL HAK
VE ÖZGÜRLÜKLER REJİMİNDEKİ İŞLEVİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Osman Can SERTTAŞ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

HAZİRAN 2023

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ TEMEL HAK
VE ÖZGÜRLÜKLER REJİMİNDEKİ İŞLEVİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Osman Can SERTTAŞ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

HAZİRAN 2023

ÖNSÖZ

Yüksek lisans eğitimimin bilim sınavı mülakatında yer alan, ilk yüksek lisans dersime giren ve daha sonrasında tez danışmanlığımı yürüten Doç. Dr. Özen Ülgen Adadağ'a yalnızca tez konusundaki yardımı için değil yüksek lisans eğitimim sırasında karşılaştığım her sorundaki yardımı için teşekkür ederim. Kendisinden aldığım dersler ve desteği olmasaydı ne tez konumu belirleyebilirdim ne yüksek lisans eğitimi tamamlayabilirdim.

Asistanı olmaktan her daim gurur duyacağım Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a saygı ve teşekkürlerimi sunarım. Ham biçimde gönderdiğim metinleri satır satır okuyarak getirdiği eleştiriler ve önerilerle tezimi olgunlaştıran hocamın tezim ve üzerimdeki emekleri için ne kadar teşekkür etsem azdır.

İstanbul Gedik Üniversitesi'ne ve Hukuk Fakültesi'nin akademik ve idari personeline teşekkürlerimi sunarım. Yardımlarına sıklıkla başvurduğum değerli meslektaşlarım Arş. Gör. Oğuzhan Uslu ve Arş. Gör. Hazal Gül'e ayrı bir teşekkürü borç bilirim.

Son olarak, desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen aileme teşekkür ederim. Bu tezin yazılabilmesi karşılıksız desteğiniz olmadan mümkün olmazdı. Bir teşekkürü de hayatı benim için daha güzel ve keyifli hale getiren küçük kuzenim Efe'ye sunmadan geçemem.

Osman Can Serttaş

Haziran, 2023

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
KISALTMALAR	v
RÉSUMÉ.....	vii
ABSTRACT	xii
ÖZET.....	xvii
GİRİŞ	1
I. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE HAKLARI KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI.....	5
A. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı.....	6
1. İHEB'de Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına İlişkin Hazırlık Çalışmaları.....	8
2. 30. Maddenin Kökeni ve Anlamı	14
B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Hakları Kötüye Kullanma Yasağı	18
1. AİHS 17. Maddenin Hazırlık Çalışmaları.....	19
2. Sözleşme'de ve AİHM Kararlarında Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	23
a. Yasağın Özneleri.....	24
b. Yasağın Konusu	35
i. Demokrasiye aykırı amaçlarla kullanım (politik kötüye kullanma) ..	36
(1) Totaliter İdeolojilerin Savunulması	37
(a) Nasyonal Sosyalizm.....	41
(b) Komünist ideolojiler	42
(2) Laikliğe aykırı öğretiler	44
ii. Eşitlik ilkesine aykırı kullanım (dışlayıcı kötüye kullanma)	46
(1) Herkesçe Kabul Edilen Tarihsel Gerçeklerin Yadsınması	47
(2) Nefret Söylemi ve Irkçılık	57
(a) Nefret söyleminin 17. madde kapsamında ele alındığı kararlar.	62
(b) Nefret söyleminin m. 10/2 kapsamında ele alındığı kararlar.....	63
(3) Şiddete teşvik.....	69
iii. AİHM İçtihadında Sui Generis Bir Kötüye Kullanma Örneği: Engel ve diğerleri kararı	72

c.	Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Kapsamı	73
d.	Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulanma Şekli	79
i.	17. Maddenin Doğrudan Uygulanması (Giyotin Etkisi)	81
ii.	17. Maddenin Dolaylı Kullanımı (Yorumlama Kuralı)	86
iii.	17. Maddeye Yönelik Değerlendirmenin İncelemedeki Sırası	88
3.	Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması	90
C.	Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	91
D.	Diğer Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	95
II.	HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI VE 1982 ANAYASASI’NDAKİ İŞLEVİ	98
A.	Yasağın Anlam ve Kapsamı	98
1.	Özel Hukukta Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	99
a.	Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tarihsel Arka Planı	99
b.	Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Doğuşu ve Felsefesi	101
c.	Yasağın anlamı ve yasağa ilişkin tartışmalar	104
2.	Kamu Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	112
B.	Mücadeleci Demokrasi	114
1.	Mücadeleci demokrasi kavramı	114
2.	AİHS bağlamında mücadeleci demokrasi	118
a.	AİHM kararlarında 17. madde ve mücadeleci demokrasi	120
b.	Mücadeleci demokrasi ve geçiş dönemi	123
c.	Mücadeleci demokrasi ile ilgili tartışmalar ve yeni sorunlar	124
C.	1982 Anayasası’nda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	126
1.	Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılmasına İlişkin Genel Kural (14. Madde)	128
a.	Yasağın Tarihçesi ve Anlamı	128
i.	1961 Anayasası’nda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	128
ii.	2001 Anayasa Değişikliği Öncesi Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	132
b.	Yasağın Temel Hak ve Özgürlükler Rejimine Etkisi	136
i.	Yasağın Hak ve Özgürlüklerin Norm Alanına Etkisi ve 13. Madde ile Karşılaştırılması	137
ii.	Yasağın Bireysel Başvuru Yönünden Değerlendirilmesi	141

2. Milletvekili Dokunulmazlığının İstisnası Olarak Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı	143
a. “14. Maddedeki Durumlar”	145
b. İstisnanın Yüksek Mahkemelerce Yorumlanması	148
c. Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı ve Sonrası	150
SONUÇ	156
KAYNAKÇA	163
ÖZGEÇMİŞ	179



KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.k.	: adı geçen karar
a.yer	: aynı yer
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Başvuru
BDP	: Barış ve Demokrasi Partisi
bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BverfGE	: Bundesverfassungsgerichts
C.	: Cilt
CD	: Compact disc
CHP	: Cumhuriyet Halk Partisi
çev.	: çeviren
E.	: Esas numarası
ed.	: editör
ESKHS	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme
FAYM	: Federal Almanya Anayasa Mahkemesi

İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar numarası
KPD	: Kommunistische Partei Deutschlands
m.	: madde
MGK	: Milli Güvenlik Konseyi
MHP	: Milliyetçi Hareket Partisi
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
NSAİP	: Nasyonal-Sosyalist Alman İşçi Partisi
NSDAP	: Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
s.	: sayfa
S.	: sayı
SA	: Sturmabteilung
ss.	: sayfa sayıları
t.y.	: tarih yok
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb.	: ve benzerleri
vd.	: ve diğerleri

RÉSUMÉ

Cette étude examine ce que l'interdiction de l'abus de droit, qui est incluse dans notre Constitution et a des équivalents dans de nombreux documents internationaux relatifs aux droits de l'homme, signifie pour le régime des libertés et droits fondamentaux. Avec cette recherche, il vise à révéler comment l'interdiction de l'abus des droits et libertés fonctionne dans ce régime. L'objet de l'étude est de savoir comment cette interdiction doit être interprétée dans le cadre d'une approche axée sur les droits.

Dans le cadre de cette étude, la fonction de l'interdiction de l'abus de droit dans le régime des libertés et droits fondamentaux, sa différence avec la limitation du droit, et si elle a une valeur distincte par rapport à l'existence du régime de restriction prévu par la Constitution de 1982 et la Convention européenne des droits de l'homme a été examinée. Dans ce contexte, premièrement, l'interdiction de l'abus du droit, qui figure dans les documents internationaux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, a été examinée. La première expression de cette interdiction dans le droit international des droits de l'homme se trouve dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Pour cette raison, les travaux préparatoires des articles 29 et 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme sont détaillés. Ainsi, dans notre étude, les points de vue avancés pour et contre la matière et l'évolution de la matière ont eu lieu. Les principaux sujets de discussion vus dans les études préparatoires sont également questionnés dans cette thèse. Dans ce contexte, il a été vivement débattu de savoir si une interdiction de l'abus d'un droit devait être incluse et si elle devait se contenter des seuls articles liés à ces libertés en raison de sa relation étroite avec la liberté d'expression et d'association. Encore une fois, il a été déterminé que l'interdiction de l'abus de droit était associée à la lutte contre le fascisme et le nazisme à cette époque. Ainsi, les premières sources de la relation étroite entre l'interdiction de l'abus de droit et la démocratie combative ont été révélées. Dans notre étude, il a été conclu que l'une des sources les plus fondamentales de l'interdiction était que le concept de démocratie combative n'était pas encore pleinement institutionnalisé à cette époque. La carence de cet aspect a été tentée d'être surmontée avec l'interdiction de l'abus de droit. Cependant, à notre avis, l'inclusion de l'interdiction de l'abus de droit dans la Déclaration universelle des droits de l'homme exprime le consensus universel au moins implicite sur l'acceptation de la conception de la démocratie combative et le rejet de la compréhension de la liberté absolue. Dans ce contexte, le fait que la période des travaux préparatoires de la Déclaration universelle des droits de l'homme comprenne des représentants de deux visions du monde dominantes a présenté une image intéressante dans l'évaluation de ces études. Les opinions pour et contre l'interdiction de l'abus de droit ont été associées à divers aspects de ces visions du monde.

Dans le deuxième sous-titre de ce titre, l'interdiction de l'abus de droit dans la Convention européenne des droits de l'homme a été évaluée en détail sous tous ses aspects. L'interdiction est régie par l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. Deux raisons principales expliquent pourquoi l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme occupe une telle place dans notre étude. La Convention européenne des droits de l'homme est mise en œuvre par la

Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme est l'exemple le plus avancé de la mise en œuvre d'un traité relatif aux droits de l'homme par une juridiction supranationale. La deuxième raison est que la Cour constitutionnelle suit strictement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans ses décisions sur les requêtes individuelles. Cette approche de la Cour constitutionnelle a rendu la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme extrêmement importante sur l'interdiction de l'abus de droit, comme dans d'autres matières.

Dans ce contexte, tout d'abord, les études préparatoires de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme ont été évaluées. Les travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, contrairement à la Déclaration universelle des droits de l'homme, reflètent une vision du monde unique. En conséquence, nous pouvons dire que l'interdiction de l'abus de droit vise non seulement le fascisme mais aussi le communisme. Pour cette raison, on voit que le concept de "totalitarisme" est utilisé, et non le concept de fascisme, dans les études préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme. En fait, il est possible de conclure que l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est mis en garde contre le danger du communisme plutôt que du fascisme. Néanmoins, les rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'homme ont choisi de la qualifier de « sonnette d'alarme contre le danger du totalitarisme ». Il a également été déterminé que la Turquie est plus efficace dans l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 17 a été inclus dans le projet sur proposition de la Turquie. Le représentant de la Turquie a défendu l'interdiction en déclarant qu'il existe des crimes dans la loi turque qui interdisent les opinions extrémistes et qu'avec cet article, ces crimes seront également conformes à la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans la suite de l'étude, point 17, respectivement; L'objet, l'objet, la portée et l'application de l'interdiction ont été examinés. L'interdiction de l'article 17 s'adresse aux individus, aux groupes et aux États. Cependant, si la dimension de l'interdiction qui attire les individus et les groupes a été appliquée à de nombreuses reprises, elle n'a pas encore été directement appliquée aux États. Dans notre étude, la raison de cette différence a été interrogée. Dans ce contexte, la relation entre l'article 17 et l'article 18 a été évaluée. Longtemps resté inactif dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 18, qui régit l'interdiction par l'État du détournement de finalité, a commencé à être appliqué plus fréquemment après la montée des régimes autoritaires en Europe de l'Est et au Caucase et la déviation de la démocratie. Suite à cette décision, les arguments avancés par les juges de la Cour européenne des droits de l'homme selon lesquels l'aspect de l'article 18 ou de l'article 17 s'adressant aux États sont inutiles ont été évalués. Dans l'étude, ces points de vue ont été contestés. Dans l'étude; Il a été conclu que l'article 18 est une disposition spéciale selon l'article 17 en termes de principe de causalité. Selon ce commentaire; L'article 18 est l'une des dispositions qui interdit le comportement de mauvaise foi de l'État.

Après cette évaluation, le point 17 a été évalué en termes de portée. Dans sa première décision, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété l'article 17 comme valable pour tous les droits et libertés. Cependant, cette interprétation n'est incompatible ni avec la logique de l'interdiction de l'abus de droit, ni avec le système global de la Convention. Parce que selon ce commentaire; La personne qui abuse de son droit peut être privée de ses droits et libertés illimités même pendant l'état

d'urgence. La Cour européenne des droits de l'homme a abandonné cette jurisprudence dans ses décisions ultérieures. Dans sa nouvelle interprétation, la Cour européenne des droits de l'homme a fait une distinction entre les droits qui relèvent du champ d'application de l'article 17 et ceux qui ne le sont pas. Selon cette interprétation, il est possible d'abuser de la liberté d'expression, de la liberté de réunion et de manifestation, de la liberté d'association, de la liberté de parti politique et du droit de voter et d'être élu. Cependant, il n'est pas possible d'abuser des droits qui consistent en des garanties procédurales. Encore une fois, les droits dont la personne jouit en permanence sans s'engager dans une activité active ne peuvent pas être abusés. Ainsi; le droit à un procès équitable, le droit à la vie, à la liberté personnelle et à la sécurité, l'interdiction de la torture et la torture ne peuvent être abusés. La liberté d'expression est la liberté la plus fréquemment rencontrée dans le contexte de l'article 17 dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les manières dont le droit est abusé présentent une grande diversité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Si le souci de lutter contre les courants totalitaires est au fond du problème, cet objectif a été dépassé. Des cas tels que la négation de l'Holocauste et les discours de haine sont également inclus dans l'interdiction de l'abus de droit. Afin de systématiser ce tableau complexe, les voies d'abus de droit sont divisées en deux dans notre étude. Le premier d'entre eux est l'abus politique. Cet abus est aussi appelé « usage anti-démocratique ». Dans cet abus, les droits et libertés sont utilisés à des fins contraires à la démocratie, qui est le seul système politique compatible avec la Convention. Le premier exemple de cet abus est celui des mouvements totalitaires. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme ne définisse pas le totalitarisme, il existe des idéologies qu'elle considère comme totalitaires. Ce sont le nazisme et le communisme. Le nazisme est catégoriquement totalitaire selon la Cour européenne des droits de l'homme. Les activités qui défendent le nazisme ou visent à le ressusciter entrent dans le champ d'application de l'interdiction de l'abus de droit. Pour le communisme, l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme est un peu plus nuancée. La Cour européenne des droits de l'homme a d'abord appliqué l'article 17 au communisme. Dans cette décision, il a été conclu que le communisme inclut la dictature du prolétariat et agit donc contre la démocratie. Cependant, avec la fin de la période de la guerre froide et la diminution du danger de communisme ressenti par les États européens, la Cour européenne des droits de l'homme a commencé à aborder le communisme avec plus de tolérance. Car; Le communisme n'est pas considéré comme un courant totalitaire en soi. Une conclusion est tirée en considérant des facteurs tels que les conditions historiques du pays et les objectifs concrets de la personne dont les droits ont été brimés. Un autre exemple d'abus politique est celui des idéologies contraires à la laïcité. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé une telle idéologie, la charia, incompatible avec la Convention.

Bien que l'objectif fondamental de l'article 17 était l'abus politique, le poids de l'article 17 s'est déplacé dans d'autres directions. Les abus contraires au principe d'égalité, que nous appelons abus d'exclusion, sont plus fréquents dans les décisions de la Cour des droits de l'homme d'Avtupa. Dans les abus d'exclusion, les droits et les libertés sont détruits non pas pour tous mais pour certains groupes. Dans notre étude, les formes d'abus d'exclusion sont classées en déni de faits historiques, discours de haine et incitation à la violence.

La négation de faits historiques clairement établis est l'un des aspects les plus controversés de la jurisprudence relative à l'article 17 de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression. Avec ça; La négation ou la révision de faits historiques clairement établis ne relève pas de la liberté d'expression. Cette catégorie d'abus a été identifiée avec la négation de l'Holocauste. Car, il n'y a aucun autre fait historique que la Cour européenne des droits de l'homme qualifie de « vérité historique clairement établie ». La négation de l'Holocauste est l'une des catégories d'abus que la Cour européenne des droits de l'homme est la plus proche d'accepter comme un abus de droit.

Le discours de haine peut également être considéré comme un abus de droit par la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme sur le discours de haine n'est pas cohérente. Dans certains cas, il considère le discours de haine dans le cadre des règles relatives à la restriction de la liberté d'expression, tandis que dans d'autres cas, il le considère comme un abus de droit. Cour européenne des droits de l'homme; elle n'a pas élaboré de critères cohérents sur cette question, comme cela a été le cas pour la majeure partie de sa jurisprudence relative à l'article 17.

Bien que l'incitation à la violence soit parfois évaluée dans le cadre de l'article 17, elle est le plus souvent traitée dans le cadre des règles relatives à la restriction de la liberté d'expression.

La manière dont la Cour européenne des droits de l'homme appliquera l'article 17 n'est pas claire. La Cour européenne des droits de l'homme peut appliquer l'interdiction de l'abus de droit de deux manières différentes. La première est l'application directe. Cette situation est aussi appelée effet guillotine dans l'enseignement. En cas d'effet guillotine, il est conclu que l'activité à l'origine de la demande ne peut bénéficier de la protection de la Convention. Pour cette raison, la demande aboutit à une incompétence en la matière. L'effet guillotine a été critiqué pour exclure le contrôle de la proportionnalité et ignorer le contexte. Dans l'application indirecte de l'article 17, l'interdiction de l'abus de droit est utilisée comme règle d'interprétation.

En pratique indirecte, la conformité de l'ingérence aux exigences d'une société démocratique, à partir de l'interdiction de l'abus de droit, est traitée lors de l'audit. Cependant, les deux applications ne produisent pas de résultats très différents dans la pratique. Alors que la demande est déclarée irrecevable en cas d'utilisation directe, l'utilisation indirecte fonctionne comme un "aimant judiciaire" qui amène la demande à la conclusion qu'il n'y a pas violation. Dans l'étude, une nouvelle méthode a été proposée pour l'utilisation du point 17. Selon la méthode proposée, l'article 17 devrait être traité après l'évaluation faite au titre de l'article sur les droits et libertés. L'article 17 sera évalué après constatation d'une violation.

L'interdiction de l'abus de droit trouve son origine dans le droit privé. Bien qu'il soit possible de faire remonter l'interdiction au droit romain, une compréhension individualiste et du droit absolu a conduit à la naissance de l'interdiction. En France, l'interdiction a été façonnée par le droit de propriété à travers des décisions judiciaires et a eu tendance à atténuer les effets de la structure absolue de ce droit sur la justice sociale. À cette époque, où l'abus du droit était « l'utilisation du droit contre son but », il était réglé et transformé en principe juridique général. Les branches du droit public ont repris ce concept en droit privé. Dans la Constitution et la loi sur les

droits de l'homme, l'utilisation du droit contre son objectif est « l'utilisation du droit dans le but de détruire les droits de l'homme et la démocratie ».

L'interdiction de l'abus des droits dans la constitution et la législation relative aux droits de l'homme est étroitement liée à la démocratie combative. Les documents internationaux sur les droits de l'homme expriment la compréhension de la démocratie combative avec « l'interdiction de l'abus des droits ». Avec l'acceptation universelle de l'interdiction de l'abus de droit avec la DUDH, il a été entendu que la compréhension de la démocratie combative est une règle générale de la démocratie. Le meilleur exemple de cette concrétisation se trouve dans l'article 17 de la CEDH et dans la jurisprudence de la CEDH. La Constitution de 1982, en revanche, incarnait la conception de la démocratie combative au niveau constitutionnel avec des interdictions de partis politiques, et préférait inclure l'interdiction de l'abus de droit en général.

L'interdiction de l'abus de droit dans les constitutions turques a commencé avec l'amendement constitutionnel de 1971. Cependant, la compréhension de l'inclusion de cette interdiction diffère de la philosophie qui conduit à l'interdiction dans les documents internationaux relatifs aux droits de l'homme. Le but de l'interdiction, en particulier dans le premier projet de la Constitution de 1982, est de fournir une garantie constitutionnelle pour certains crimes, de protéger l'ordre de l'État plutôt que la démocratie et de restreindre la portée de la liberté d'expression.

L'ouverture du recours individuel n'a pas entraîné d'augmentation de la fréquence d'utilisation de l'article 14 par la Cour constitutionnelle. Il a été déterminé que la Cour constitutionnelle n'utilise pas l'article 14 dans les affaires où la CEDH s'appuie sur l'article 17. Pour cela raison, l'article 14 est la disposition la plus inactive du régime des libertés et droits fondamentaux. Toutefois, il convient de garder à l'esprit que les décisions de la Commission ne sont généralement pas publiées dans les requêtes individuelles. Nous considérons que s'il y a des décisions que la Cour constitutionnelle applique avec "l'effet guillotine", nous n'aurons aucune chance de les atteindre.

Dans le cadre de l'étude, l'interdiction de l'abus de droit comme exception à l'immunité parlementaire est discutée. La signification de l'expression "situations" dans cette exception a été étudiée. Les travaux préparatoires de cette exception, inscrite pour la première fois dans la Constitution de 1982, sont évoqués. Ensuite, la décision d'Ömer Faruk Gergerlioğlu a été examinée. Selon la Cour constitutionnelle, la mise en œuvre de l'interdiction générale de l'article 14 par le pouvoir judiciaire sans une loi consacrant l'interdiction viole le principe de légalité. Le législateur a manqué à son devoir en ne réglementant pas les crimes dans le champ d'application de l'article 14. Mise en œuvre de cette exception avant que le législateur ne remplisse ce devoir.

ABSTRACT

This study investigates what the prohibition of abuse of right, which is included in our Constitution and has equivalents in many international human rights documents, means for the regime of fundamental rights and freedoms. With this research, it is aimed to reveal how the prohibition of abuse of rights and freedoms functions in this regime. How this prohibition should be interpreted with a rights-oriented approach is the focus of the study.

Within the scope of this study, the function of the prohibition of abuse of right in the regime of fundamental rights and freedoms, its difference from the limitation of the right, and whether it has a separate value against the existence of the restriction regime stipulated by the 1982 Constitution and the European Convention on Human Rights has been examined. In this context, firstly, the prohibition of abuse of the right, which is included in the basic international human rights documents, has been examined. The first expression of this prohibition in international human rights law is in the Universal Declaration of Human Rights. For this reason, the preparatory work of Articles 29 and 30 of the Universal Declaration of Human Rights is given in detail. Thus, in our study, the views put forward for and against matter and the evolution of matter took place. The main discussion topics seen in the preparatory studies are also questioned in this thesis. In this context, it has been hotly debated whether a ban on the abuse of a right should be included and whether it should be contented with only the articles related to these freedoms due to its close relationship with the freedom of expression and association. Again, it was determined that the prohibition of abuse of right was associated with the struggle against Fascism and Nazism in this period. Thus, the early sources of the close relationship between the prohibition of abuse of rights and combative democracy have been revealed. In our study, it was concluded that one of the most fundamental sources of the prohibition was that the concept of combative democracy was not yet fully institutionalized in this period. The deficiency in this aspect has been tried to be overcome with the prohibition of abuse of right. However, in our opinion, the inclusion of the prohibition on the abuse of right in the Universal Declaration of Human Rights expresses the universal at least implicit consensus on the acceptance of the understanding of combative democracy and the rejection of the understanding of absolute freedom. In this context, the fact that the period of the preparatory work of the Universal Declaration of Human Rights included representatives of two dominant worldviews presented an interesting image in the evaluation of these studies. Opinions for and against the prohibition of abuse of right have been associated with various aspects of these worldviews.

In the second sub-title of this title, the prohibition of abuse of the right in the European Convention on Human Rights has been evaluated in detail in all its aspects. The ban is regulated in Article 17 of the European Convention on Human Rights. There are two main reasons why article 17 of the European Convention on Human Rights has such a place in our study. The European Convention on Human Rights is

implemented by the European Court of Human Rights. The European Court of Human Rights is the most advanced example of the implementation of a human rights treaty by a supranational court. The second reason is that the Constitutional Court strictly follows the case-law of the European Court of Human Rights in its individual application decisions. This approach of the Constitutional Court has made the case-law of the European Court of Human Rights extremely important on the prohibition of abuse of right, as in other matters.

In this context, first of all, the preparatory studies of Article 17 of the European Convention on Human Rights were evaluated. The preparatory work of the European Convention on Human Rights, unlike the Universal Declaration of Human Rights, reflects a single worldview. As a result of this, we can say that the prohibition of abuse of right is directed not only to fascism but also to communism. For this reason, it is seen that the concept of "totalitarianism" is used, not the concept of fascism, in the preparatory studies of the European Convention on Human Rights. In fact, it is possible to reach the conclusion that Article 17 of the European Convention on Human Rights is put as a precaution against the danger of communism rather than fascism. Nevertheless, the drafters of the European Convention on Human Rights chose to describe it as a "warning bell against the danger of totalitarianism". It has also been determined that Turkey is more effective in Article 17 of the European Convention on Human Rights. Article 17 was included in the draft upon Turkey's proposal. The representative of Turkey defended the prohibition by stating that there are crimes in Turkish law that prohibit extremist views and with this article, these crimes will also be in line with the European Convention on Human Rights.

In the continuation of the study, item 17, respectively; The subject, subject, scope and application of the prohibition were examined. The prohibition in Article 17 is addressed to individuals, groups and states. However, while the dimension of the ban that appeals to individuals and groups has been applied many times, it has not yet been directly applied to states. In our study, the reason for this difference was questioned. In this context, the relationship between Article 17 and Article 18 has been evaluated. After being idle for a long time in the case-law of the European Court of Human Rights, Article 18, which regulates the state's prohibition of diversion of purpose, began to be applied more frequently after the rise of authoritarian regimes in Eastern Europe and the Caucasus and the deviation from democracy. Following this determination, the arguments put forward by the judges of the European Court of Human Rights that the aspect of the 18th article or the 17th article addressing the states are unnecessary have been evaluated. In the study, these views were challenged. In the study; It has been concluded that article 18 is a special provision according to article 17 in terms of causality principle. According to this comment; Article 18 is one of the provisions that prohibits bad faith behavior of the state.

After this evaluation, item 17 was evaluated in terms of scope. In its first decision, the European Court of Human Rights interpreted Article 17 as valid for all rights and freedoms. However, this interpretation is incompatible neither with the logic of the prohibition of abuse of right, nor with the overall Convention system. Because according to this comment; The person who abuses his right may be deprived of his unrestricted rights and freedoms even during the state of emergency. The European Court of Human Rights abandoned this jurisprudence in its subsequent decisions. In its new interpretation, the European Court of Human Rights made a

distinction between rights that are within the scope of Article 17 and those that are not. According to this interpretation, it is possible to abuse the freedom of expression, freedom of assembly and demonstration, freedom of association, freedom of political party, and the right to vote and be elected. However, it is not possible to abuse the rights that consist of procedural guarantees. Again, the rights that the person enjoys continuously without engaging in any active activity cannot be abused. Therefore; the right to a fair trial, the right to life, personal freedom and security, the prohibition of torture and torture cannot be abused. Freedom of expression is the most frequently encountered freedom in the context of Article 17 in the case-law of the European Court of Human Rights.

The ways in which the right is abused present a wide variety in the case-law of the European Court of Human Rights. Although the concern of struggling with totalitarian currents lies at the root of the matter, this aim has been exceeded. Cases such as Holocaust denial and hate speech are also included in the prohibition of abuse of right. In order to systematize this complex picture, the ways of abuse of right are divided into two in our study. The first of these is political abuse. This abuse is also called "anti-democratic use". In this abuse, rights and freedoms are used for purposes contrary to democracy, which is the only political system compatible with the Convention. The first example of this abuse is totalitarian movements. Although the European Court of Human Rights does not define totalitarianism, there are ideologies that it considers totalitarian. These are Nazism and communism. Nazism is categorically totalitarian according to the European Court of Human Rights. Activities that defend Nazism or aim to resurrect it are within the scope of the prohibition of abuse of right. For communism, the approach of the European Court of Human Rights is a little more nuanced. The European Court of Human Rights first applied Article 17 to communism. In this decision, it has been concluded that communism includes the dictatorship of the proletariat and therefore acts against democracy. However, with the end of the Cold War period and the decrease in the danger of communism felt by the European states, the European Court of Human Rights started to approach communism more tolerantly. Because; Communism is not considered to be a totalitarian current per se. A conclusion is reached by considering factors such as the historical conditions of the country and the concrete aims of the person whose rights have been interfered with. Another example of political abuse is ideologies contrary to secularism. The European Court of Human Rights has found such an ideology, the Sharia, to be incompatible with the Convention.

Although the root purpose of Article 17 was political abuse, the weight of Article 17 shifted in other directions. Abuse contrary to the principle of equality, which we call exclusionary abuse, is more common in the decisions of the European Human Rights Court. In exclusionary abuse, rights and freedoms are destroyed not for all but for some groups. In our study, exclusionary abuse ways are classified as denial of historical facts, hate speech and incitement to violence.

The denial of clearly established historical facts is one of the most controversial aspects of the European Court of Human Rights's article 17 case-law. According to the European Court of Human Rights, seeking historical truth is an integral part of freedom of expression. With this; The denial or revision of clearly fixed historical facts is not within the scope of freedom of expression. This category of abuse has been identified with Holocaust denial. Because, there is no other historical fact that the European Court of Human Rights describes as "clearly

established historical truth". Holocaust denial is one of the abuse categories that the European Court of Human Rights is closest to accepting as an abuse of right.

Hate speech can also be accepted as an abuse of right by the European Court of Human Rights. However, the approach of the European Court of Human Rights on hate speech is not consistent. In some cases, it considers hate speech within the framework of the rules regarding the restriction of freedom of expression, while in some cases it considers it as an abuse of right. European Court of Human Rights; it has failed to develop consistent criteria on this issue, as has been the case for most of its case-law on Article 17.

Although incitement to violence is sometimes evaluated within the scope of Article 17, it is mostly handled within the framework of the rules regarding the restriction of freedom of expression.

It is unclear how the European Court of Human Rights will apply Article 17. The European Court of Human Rights can apply the prohibition of abuse of right in two different ways. The first of these is direct application. This situation is also called the guillotine effect in the teaching. In the event of guillotine effect, it is concluded that the activity that forms the basis of the application cannot benefit from the protection of the Convention. For this reason, the application results in a lack of jurisdiction in terms of the subject. The guillotine effect has been criticized for excluding proportionality control and ignoring context. In the indirect application of Article 17, the prohibition of abuse of right is used as an interpretation rule. In indirect practice, the compliance of the interference with the requirements of a democratic society, from the prohibition of abuse of right, is handled while auditing. However, both applications do not produce very different results in practice. While the application is found inadmissible in direct use, indirect use functions as a "judicial magnet" that draws the application to the conclusion that there is no violation. In the study, a new method was proposed for the use of item 17. According to the proposed method, Article 17 should be dealt with after the assessment made under the article on rights and freedoms. Article 17 will be evaluated after finding a violation.

The prohibition of abuse of right has its origins in private law. Although it is possible to trace the prohibition back to Roman law, an individualist and absolute right understanding led to the birth of the prohibition. In France, the ban was shaped by the right to property through judicial decisions and tended to soften the effects of the absolute structure of this right on social justice. In this period, when the abuse of the right was "the use of the right against its purpose", it was settled and turned into a general legal principle. Public law branches have taken this concept in private law. In the Constitution and human rights law, the use of the right against its purpose is "the use of the right with the aim of destroying human rights and democracy".

The prohibition of abuse of rights in the constitution and human rights law is closely related to combative democracy. International human rights documents express the understanding of combative democracy with the "prohibition of abuse of rights". With the universal acceptance of the prohibition of abuse of right with the UDHR, it has been understood that the understanding of combative democracy is a general rule of democracy. The best example of this concretization can be seen in Article 17 of the ECHR and in the case-law of the ECtHR. The 1982 Constitution, on the other hand, embodied the understanding of combative democracy at the

constitutional level with bans on political parties, and preferred to include the ban on abuse of rights in general.

The prohibition of abuse of rights in Turkish constitutions began with the 1971 Constitutional Amendment. However, the understanding in including this prohibition differs from the philosophy that leads to the prohibition in international human rights documents. The purpose of the prohibition, especially in the first draft of the 1982 Constitution, is to provide constitutional guarantee for some crimes, to protect the state order rather than democracy, and to narrow the scope of freedom of expression.

With the 2001 Constitutional Amendment, Article 14 was sought to be paralleled with Article 17 of the ECHR. It is possible to say that after the 2001 Constitutional amendment, the prohibition of abuse of fundamental rights and freedoms in the 1982 Constitution became in line with international human rights standards. In this context, the association of democracy with various values, especially human rights, expresses a universal consensus on the norm area of rights. In particular, the feature that distinguishes the 1982 Constitution from the ECHR is that the regime of fundamental rights and freedoms does not only consist of the prohibition of abuse of right. The principle of proportionality is valid for the entire regime of fundamental rights and freedoms. For this reason, the application of Article 14 of the Constitution will not create the inconveniences caused by Article 17 of the ECHR.

The opening of the individual application remedy did not lead to an increase in the frequency of the Constitutional Court's use of Article 14. It has been determined that the Constitutional Court does not use Article 14 in cases where the ECtHR relies on Article 17. For this reason, Article 14 is the most inactive provision of the regime of fundamental rights and freedoms. However, it should be kept in mind that the Commission's decisions are not published as a rule in individual applications. We consider that if there are decisions that the Constitutional Court applies with the "guillotine effect", we will not have a chance to reach them.

Within the scope of the study, the prohibition of abuse of right as an exception to parliamentary immunity is discussed. The meaning of the phrase "situations" in this exception has been investigated. The preparatory work of this exception, which was included in the 1982 Constitution for the first time, is discussed. Then, the decision of Ömer Faruk Gergerlioğlu was examined. According to the Constitutional Court, the implementation of the general prohibition in Article 14 by the judiciary without a law embodying the prohibition violates the principle of legality. The legislator neglected his duty by not regulating the crimes within the scope of Article 14. Implementation of this exception before the legislator fulfills this duty.

ÖZET

Bu çalışma, Anayasamız'da yer verilen ve birçok uluslararası insan hakları belgesinde karşılığı bulunan hakkın kötüye kullanılması yasağının temel hak ve özgürlükler rejimi için ne anlam taşıdığını araştırmaktadır. Bu araştırmayla, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının bu rejimde nasıl bir işlev gördüğünün ortaya konması amaçlanmıştır. Bu yasağın hak odaklı anlayışla nasıl yorumlanması gerektiği çalışmanın odak noktasındaki sorundur.

Bu çalışmanın kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağının temel hak ve özgürlükler rejimindeki işlevi, hakkın sınırlandırılmasından farkı, 1982 Anayasası'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü sınırlama rejiminin varlığı karşısında ayrı bir değeri olup olmadığı incelenmiştir. Bu bağlamda önce temel uluslararası insan hakları belgelerinde yer verilen hakkın kötüye kullanılması yasağı incelenmiştir. Bu yasağın uluslararası insan hakları hukukundaki ilk ifadesi İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ndedir. Bu nedenle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 29 ve 30. maddelerinin hazırlık çalışmalarına detaylı bir şekilde yer verilmiştir. Böylece çalışmamızda, maddenin lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler ile maddenin geçirdiği evrim yer bulmuştur. Hazırlık çalışmalarında görülen ana tartışma konuları bu tezde de sorgulanmaktadır. Bu bağlamda hem ayrıca bir hakkın kötüye kullanılması yasağına yer verilip verilmemesi gerektiği hem de ifade ve örgütlenme özgürlüğü ile yakın ilişkisi nedeniyle sadece bu özgürlüklere ilişkin maddelerde yer verilmesiyle yetinilip yetinilmemesi gerektiği hararetli biçimde tartışılmıştır. Yine hakkın kötüye kullanılması yasağının bu dönemde faşizm ve Nazizm ile mücadeleyle ilişkilendirildiği tespit edilmiştir. Böylece hakkın kötüye kullanılması yasağının mücadelecî demokrasi ile yakın ilişkisinin erken dönem kaynakları da ortaya konmuştur. Çalışmamızda yasağın en temel kaynaklarından birinin bu dönemde mücadelecî demokrasi kavramının henüz tamamiyle kurumsallaşmaması olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu yöndeki eksiklik hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aşılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte bizce hakkın kötüye kullanılması yasağının İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde yer alması mücadelecî demokrasi anlayışının kabulü ve mutlak özgürlük anlayışının reddi konusundaki evrensel en azından örtülü uzlaşmayı ifade etmektedir. Bu bağlamda, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin hazırlık çalışmalarının döneminin iki hâkim dünya görüşünün temsilcilerini içermesi bu çalışmaların değerlendirilmesinde ilgi çekici bir görüntü sunmuştur. Hakkın kötüye kullanılması yasağının lehinde ve aleyhindeki düşünceler bu dünya görüşlerinin çeşitli yönleriyle ilişkilendirilmiştir.

Bu başlığın ikinci alt başlığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı bütün yönleriyle ayrıntılı bir biçimde değerlendirilmiştir. Yasak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinde düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinin çalışmamızda bu denli yer tutmasının altında başlıca iki neden yatmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce uygulanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir uluslararası mahkemece bir insan hakları sözleşmesinin uygulanmasının en gelişmiş örneğini teşkil etmektedir. İkinci nedense Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını sıkı sıkıya takip etmesidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı diğer

konularda olduğu gibi hakkın kötüye kullanılması yasağı konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadını son derece önemi kılmıştır.

Bu bağlamda öncelikle yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinin hazırlık çalışmaları değerlendirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin aksine tek bir dünya görüşünü yansıtmaktadır. Bunun sonucu olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının sadece faşizme değil komünizme de yöneldiğini söyleyebiliriz. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarında da faşizm kavramının değil, "totalitarizm" kavramının kullanıldığı görülmektedir. Hatta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinin faşizmden çok komünizm tehlikesine karşı bir önlem olarak konulduğu sonucuna ulaşılması mümkündür. Yine de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni hazırlayanlar bunu "totalitarizm tehlikesine karşı uyarı zili" olarak nitelemeyi tercih etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesinde Türkiye'nin daha etkili olduğu da tespit edilmiştir. 17. madde Türkiye'nin teklifiyle taslağa dâhil edilmiştir. Türkiye temsilcisi, Türk hukukunda aşırı görüşleri yasaklayan suçların bulunduğunu ve bu maddeyle bu suçların da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun hale geleceğini ifade ederek yasağı savunmuştur.

Çalışmanın devamında 17. madde sırasıyla; yasağın öznesi, konusu, kapsamı ve uygulanma şekli yönünden incelenmiştir. 17. maddede yer alan yasak bireylere, gruplara ve devletlere hitap etmektedir. Bununla birlikte yasağın bireylere ve gruplara hitap eden boyutu defalarca uygulanmışken devletler için doğrudan uygulandığı henüz görülmemiştir. Çalışmamızda bu farklılığın sebebi sorgulanmıştır. Bu bağlamda 17. madde ile 18. madde arasındaki ilişki değerlendirilmiştir. Devletin amaç saptırma yasağını düzenleyen 18. madde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadında uzun süre atıl kaldıktan sonra da Doğu Avrupa ve Kafkaslar'da otoriter rejimlerin yükselmesi ve demokrasiden sapılmasının ardından daha sık biçimde uygulanmaya başlanmıştır. Bu saptamanın ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hâkimlerince de ileri sürülen 18. maddenin veya 17. maddenin devletlere hitap eden yönünün gereksiz olduğu savları değerlendirilmiştir. Çalışmada, bu görüşlere karşı çıkmıştır. Çalışmada; 18. maddenin nedensellik ilkesi yönünden 17. maddeye göre özel hüküm olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu yoruma göre; 18. madde devletin kötü niyetle davranışını yasaklayan hükümlerden biridir.

Bu değerlendirmenin ardından 17. madde kapsam yönünden değerlendirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilk kararında 17. maddeyi bütün hak ve özgürlükler için geçerli olarak yorumlamıştır. Ancak bu yorum ne hakkın kötüye kullanılması yasağının mantığıyla ne de Sözleşme sisteminin geneliyle bağdaşmaktadır. Zira bu yoruma göre; hakkını kötüye kullanan kişi olağanüstü hal döneminde sınırlanamayan hak ve özgürlüklerinden bile yoksun bırakılabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sonraki kararlarında bu içtihadından vazgeçmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni yorumunda, 17. maddenin kapsamında olan ve olmayan haklar ayırımı gütmüştür. Bu yoruma göre ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, siyasal parti özgürlüğü ile seçme ve seçilme hakkının kötüye kullanılması mümkündür. Ancak usuli güvencelerden ibaret olan hakların kötüye kullanılması mümkün değildir. Yine, kişinin herhangi bir aktif faaliyette bulunmadan sürekli olarak yararlandığı haklar da kötüye kullanılamaz. Dolayısıyla; adil yargılanma hakkı, yaşama hakkı, kişi hürriyeti ve güvenliği, işkence ve eziyet yasağı kötüye

kullanılmaz. İfade özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadında 17. madde bağlamında en sık karşılaşılan özgürlüktür.

Hakkın kötüye kullanılması yolları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadında geniş bir çeşitlilik arz etmektedir. Maddenin kökeninde totaliter akımlarla mücadele etme kaygısı yatsa da bu amaç aşılmıştır. Holokost inkârı, nefret söylemi gibi durumlar da hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamına alınmıştır. Bu karmaşık tabloyu sistemleştirebilmek için çalışmamızda hakkın kötüye kullanılması yolları ikiye ayrılmıştır. Bunlardan ilki politik kötüye kullanmadır. Bu kötüye kullanmaya “demokrasiye aykırı kullanma” da denmiştir. Bu kötüye kullanma halinde hak ve özgürlükler Sözleşme ile bağdaşır tek politik sistem olan demokrasiye aykırı amaçlarla kullanılmaktadır. Bu kötüye kullanma halinin ilk örneği totaliter akımlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi totalitarizmin tanımını yapmasa da totaliter olarak değerlendirdiği ideolojiler bulunmaktadır. Bunlar Nazizm ve komünizmdir. Nazizm kategorik olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre totaliter niteliktedir. Nazizm'i savunan veya diriltmeyi hedefleyen faaliyetler hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamındadır. Komünizm için ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımı biraz daha nüanslıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17. maddeyi ilk olarak komünizm için uygulamıştır. Bu kararda, komünizmin proleterya diktatörlüğünü içerdiği dolayısıyla demokrasiye aykırı amaçlarla hareket edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak Soğuk Savaş döneminin sona ermesi ve komünizm tehlikesinin azalmasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de komünizme daha hoşgörülü yaklaşmaya başlamıştır. Bu nedenle; komünizm kendiliğinden totaliter bir akım olarak kabul edilmemektedir. Ülkenin tarihsel koşulları, hakkına müdahale edilen kişinin somut amaçları gibi unsurlar göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmaktadır. Politik kötüye kullanmanın bir diğer örneği de sekülerizme aykırı ideolojilerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi böyle bir ideoloji olan Şeriat'ı Sözleşme ile bağdaşmaz bulmuştur.

17. maddenin kökeninde yatan amaç politik kötüye kullanma olsa da 17. maddenin ağırlığı başka yönler kaymıştır. Dışlayıcı kötüye kullanma olarak adlandırdığımız eşitlik ilkesine aykırı kötüye kullanmaya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında daha sık rastlanmaktadır. Dışlayıcı kötüye kullanmada hak ve özgürlüklerin herkes için değil bazı gruplar için yok edilmesi söz konusudur. Çalışmamızda dışlayıcı kötüye kullanma yolları; açıkça ortaya konmuş tarihsel gerçeklerin inkârı, nefret söylemi ve şiddete teşvik olarak sınıflandırılmıştır.

Açıkça ortaya konmuş tarihsel gerçeklerin inkârı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 17. maddeye ilişkin içtihadının en tartışmalı yönlerinden biridir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre tarihsel gerçeği araştırmak ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Bununla birlikte; açıkça sabit tarihsel gerçeklerin inkârı veya revizyonu ifade özgürlüğünün kapsamında değildir. Bu kötüye kullanma kategorisi Holokost inkârıyla özdeşleştirilmiştir. Zira, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin “açıkça ortaya konmuş tarihsel gerçek” olarak nitelendirdiği başka bir tarihsel gerçek yoktur. Holokost inkârı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmeye en yakın olduğu hakkın kötüye kullanılması kategorilerinden biridir.

Nefret söylemi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hakkın kötüye kullanılması hali olarak kabul edilebilmektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nefret söylemine ilişkin yaklaşımı tutarlı değildir. Kimi durumlarda nefret söylemini ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin kurallar çerçevesinde ele

alırken kimi durumlarda hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; bu konuda, 17. maddeye ilişkin çoğu konuda oluğu gibi tutarlı ölçütler geliştirememiştir.

Şiddete teşvik de zaman zaman 17. madde kapsamında değerlendirilse de çoğunlukla ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin kurallar çerçevesinde ele alınmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 17. maddeyi nasıl uygulayacağı belirli değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hakkın kötüye kullanılması yasağını iki farklı şekilde uygulayabilmektedir. Bunların ilki doğrudan uygulamadır. Bu durum öğretilde giyotin etkisi olarak da adlandırılmaktadır. Giyotin etkisi halinde, başvuruya temel teşkil eden faaliyetin Sözleşme'nin korumasından yararlanamayacağına hükmedilmektedir. Bu nedenle başvuru konu bakımından yetkisizlikle sonuçlanmaktadır. Giyotin etkisi; ölçülülük denetimini dışlaması ve bağlamı görmezden gelmesi nedeniyle eleştirilmektedir. 17. maddenin dolaylı uygulanmasında ise hakkın kötüye kullanılması yasağından bir yorumlama kuralı olarak yararlanılmaktadır. Dolaylı uygulamada; hakkın kötüye kullanılması yasağı müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygunluğu denetlenirken ele alınmaktadır. Ancak her iki uygulama pratikte çok farklı sonuçlar doğurmamaktadır. Doğrudan kullanımda başvuru kabul edilemez bulunurken dolaylı kullanım ise başvuruyu ihlal bulunmadığı sonucuna çeken “yargısal bir mıknaş” işlevi görmektedir. Çalışmada; 17. maddenin kullanılması konusunda yeni bir yöntem önerilmiştir. Önerilen yöntem göre, 17. madde hak ve özgürlüğe ilişkin madde altında yapılan değerlendirmeden sonra ele alınmalıdır. 17. madde ihlal tespitinin ardından değerlendirilecektir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı özel hukuk kökenlidir. Yasağın izlerini Roma hukukuna kadar sürmek mümkün olsa da yasağın doğuşuna bireyci ve mutlak hak anlayışı yol açmıştır. Yasak Fransa'da yargı kararlarıyla mülkiyet hakkı üzerinden şekillenmiş ve bu hakkın mutlak yapısının sosyal adalet üzerindeki etkilerini yumuşatmaya yönelmiştir. Hakkın kötüye kullanılmasının “hakkın amacına aykırı kullanılması” olduğu bu dönemde yerleşmiş ve genel bir hukuk ilkesine dönüşmüştür. Kamu hukuku dalları bu kavramı özel hukuktan almıştır. Anayasa ve insan hakları hukukunda hakkın amacına aykırı kullanılması “hakkın insan haklarını ve demokrasiyi yok etme amacıyla kullanılması” olmaktadır.

Anayasa ve insan hakları hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı mücadeleci demokrasi ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Uluslararası insan hakları belgeleri mücadeleci demokrasi anlayışını “hakkın kötüye kullanılması yasağı” ile ifade etmektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağının İHEB ile evrensel olarak kabul edilmesiyle mücadeleci demokrasi anlayışının demokrasinin genel bir kuralı olduğu anlaşılmıştır. Bu somutlaşmanın en iyi örneği yine AİHS'in 17. maddesinde ve AİHM'in içtihadında görünmektedir. 1982 Anayasasıyla mücadeleci demokrasi anlayışını hem siyasal parti yasaklarıyla anayasal düzeyde somutlaştırmış hem de genel olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına yer vermeyi tercih etmiştir.

Türk anayasalarında hakkın kötüye kullanılması yasağına yer verilmesi 1971 Anayasa değişikliği ile başlamıştır. Ancak bu yasağına yer verilmesindeki anlayış uluslararası insan hakları belgelerinde yasağına yer verilmesine götüren felsefeden ayrılmaktadır. Özellikle 1982 Anayasası'nın ilk halinde yasağına yer verilmesinin amacı bazı suçları anayasal güvenceye kavuşturmak, demokrasiden ziyade devlet düzenini korumak ve ifade özgürlüğünün norm alanını daraltmaktır.

2001 Anayasa değişikliği ile 14. madde AİHS'in 17. maddesi ile koşut hale getirilmek istenmiştir. 2001 Anayasa değişikliği sonrasında 1982 Anayasasındaki temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının uluslararası insan hakları standartlarına uygun hale geldiğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda, demokrasinin başta insan hakları olmak üzere çeşitli değerlerle ilişkilendirilmesi hakların norm alanı üzerinde evrensel bir uzlaşıyı ifade etmektedir. Özellikle 1982 Anayasası'nı AİHS'ten ayıran özellik temel hak ve özgürlükler rejiminin sadece hakkın kötüye kullanılması yasağından meydana gelmemesidir. Ölçölülük ilkesi temel hak ve özgürlükler rejiminin bütünü için geçerlidir. Bu nedenle Anayasa'nın 14. maddesinin uygulaması AİHS'in 17. maddesinin doğurduğu sakıncaları yaratmayacaktır.

Bireysel başvuru yolunun açılması Anayasa Mahkemesi'nin 14. maddeyi kullanma sıklığında bir artışa yol açmamıştır. AİHM'in 17. maddeye dayandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin 14. maddeyi kullanmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle 14. madde temel hak ve özgürlükler rejiminin en atıl kalan hükmüdür. Bununla birlikte, bireysel başvurularda Komisyon kararlarının kural olarak yayınlanmadığını hatırd tutmak gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin 14. maddeyi "giyotin etkisi" ile uyguladığı kararlar varsa bunlara erişme şansımızın olamayacağı şerhini düşmekteyiz.

Çalışmanın kapsamında milletvekili dokunulmazlığının istinası olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı ele alınmıştır. Bu istisnada ifade edilen "durumlar" ibaresinin ne anlama geldiği araştırılmıştır. İlk defa 1982 Anayasası'nda yer verilen bu istisnanın hazırlık çalışmaları ele alınmıştır. Ardından Ömer Faruk Gergerlioğlu kararı incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre 14. maddedeki genel yasağın yasağı somutlaştıran bir kanun olmadan yargı organınca uygulanması kanunilik ilkesini zedeler. Yasa koyucu 14. madde kapsamındaki suçları düzenlemeyerek görevini ihmal etmiştir. Yasa koyucu bu görevini yerine getirmeden bu istisnanın uygulanması Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu kararın ardından, yasa koyucunun 14. maddedeki durumları açıkça belirten kanun çıkarmadan bu istisnanın uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

GİRİŞ

“Kötüye kullanma” hukukta en sık karşımıza çıkan kavramlardan biridir. Hukuk düzeni getirdiği emredici kurallarla toplumsal ve ekonomik yönden nüfuz sahibi olanların bu güçlerini kötüye kullanmasını engellemeye çalışmaktadır. İdare hukuku “amaç saptırması” gibi doktrinlerle kamu gücünün kötüye kullanılmasının önüne set çekmeyi hedeflemektedir. Anayasa Hukuku da özünde iktidarın kötüye kullanılmasının önlenmesi ve iktidarın sınırlanmasıyla ilgilidir.

Anayasa Hukuku’nun temel amaçlarından olan gücün ve yetkinin kötüye kullanılmasının karşısındaysa “hakkın kötüye kullanılması” vardır. Anayasa ve İnsan Hakları Hukuku hakkın kötüye kullanılmasını da yasaklamaktadır. “Hakkın kötüye kullanılması yasağı” bu genç hukuk dalları için görece yeni kavramlardan biridir. Bu yasağı doğuran ihtiyaçsa tarihin tekerrür etmesini önleme gayesi olmuştur. II. Dünya Savaşı öncesinde Faşist iktidarların dönemine göre demokratik olan rejimlerde serpilerek iktidara geldikten sonra demokrasiyi yok etmesi ve insan haklarına yarattığı tahribat bu yasağın evrensel bir hukuk kuralına dönüşmesine yol açan itki olmuştur. Çalışmanın inceleme konusunu oluşturan yasağın doğuşunun nedenleri açık olsa da yasağa ilişkin birçok konu tartışmalıdır.

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı evrensel ve bölgesel nitelikte uluslararası insan hakları belgelerinde yer aldığı gibi 1961 ve 1982 Anayasalarında da düzenlenmektedir. Bu çalışmanın temel amacı hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının hem bu yasağa yer veren en önemli insan hakları belgelerinin hem 1982 Anayasası’nın ortaya koyduğu temel hak ve özgürlükler rejiminde ne anlama geldiğini ve ne işlev gördüğünü açıklığa kavuşturmadır. Bu amaç doğrultusunda ilk olarak uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasakları incelenecektir.

Bu yasağa yer veren ilk uluslararası insan hakları belgesi İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’dir. Bu Bildirge’nin belirleyici nitelikleri; evrensel özelliği, temel ilkeleri ortaya koymakla yetinip somut düzenlemeler getirmemesi ve manevi yönden bağlayıcı olmasıdır. Bu nedenle ilk incelenen belge İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olacaktır. Yasağa ilk olarak yer veren belge olması ve Bildirge’nin oluşumunda dönemin hâkim iki dünya görüşünün de payının bulunması sebebiyle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin incelenmesinde belgenin hazırlık çalışmalarından yararlanılmıştır. İHEB’in 29 ve 30. maddelerine ilişkin hazırlık çalışmalarında

yürütülen tartışmaların ayrıntılı bir dökümü ortaya konacak ve değerlendirilecektir. 30. maddeye ilişkin hazırlık çalışmalarının incelenmesinde tartışmaların çevresinde döndüğü odak kavramın “faşizm” olduğu görülecektir. Bu bağlamda yasağın “faşizm”in tekrar yaşanmasını önleme amacına hizmet etme konusunda doğru bir araç olup olmadığı incelenecektir.

Birinci bölüm altında ikinci olarak incelenecek belge Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. AİHS’in 17. maddesinde düzenlenen hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı 1. maddeyle birlikte Sözleşme’nin insan hakları rejimini meydana getirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bölgesel niteliğiyle komünist ideolojiyi dışarıda bırakmış sadece liberal düşünceyi esas almıştır. Bu nedenle AİHS’te yer verilen hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının faşizmin yeniden canlanmasını engellemek gibi geçmişe bakan bir yönü olduğu gibi komünizmi önlemek gibi ileriye bakan bir boyutu da vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin belirleyici bir diğer özelliği bağlayıcı olmasıdır. Bu bağlayıcılığı sağlayan önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’dir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesinin incelenmesinde hazırlık çalışmalarındaki tartışmalar ortaya konacak olsa da asıl ağırlık noktası AİHM kararlarına verilecektir. Bu bölümde kararların bir bütünlük içinde değerlendirilmesi amaçlanarak tümevarım yöntemi uygulanmaya çalışılacaktır. Bununla birlikte, AİHM içtihatlarının sistematik bir sonuca ulaşmaya cevaz vermemesi halindeyse AİHM’in maddeye yaklaşımındaki dağınıklık gösterilerek bunun neden mümkün olmadığı ortaya konmaya çalışılacaktır. Çalışmamızın bu yönüyle AİHS’in 17. maddesinin uygulanışını sistematize etmeye çalışacak araştırmacılara yardımcı olabileceğini umuyoruz. AİHM’in 17. maddeye ilişkin içtihadındaki değişimler ve kararlar arasındaki tutarlılık derecesi tespit edilecektir. AİHM kararları, yasağın metni ile birlikte ele alınarak yasağın kimlere hitap ettiği, hangi faaliyetlerin yasağın konusunu oluşturduğu, yasağın kapsamında hangi hakların bulunduğu, yasağın AİHM tarafından nasıl uygulandığı ve ne biçimde uygulanması gerektiği soruları yanıtlanmaya çalışacaktır.

Birinci bölümde son olarak yasağa yer veren diğer önemli uluslararası insan hakları belgeleri ele alınacaktır. Bunlar BM çatısı altındaki Medeni ve Siyasî ve Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile bölgesel ölçekli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’dır. Yasağın bu belgelerdeki düzenleniş ve uygulanışının AİHS’teki yasakla ne ölçüde benzeştiği ve ayrıştığı araştırılacaktır.

Anayasa hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının tarihi çok eskilere dayanmamaktadır. Özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağıysa daha köklü bir doktrindir. Özellikle mülkiyet hakkı ve bu hakka ilişkin kullanım biçimlerinin bu kavrama kaynaklık ettiğini söyleyebiliriz. Çalışmamız bağlamında, özel hukuktaki hakkın kötüye kullanılması yasağının anayasa ve insan hakları hukukundaki yasağın anlaşılmasına ne ölçüde ışık tutabileceği merak edilmiştir. Hakkın kötüye kullanılması yasağını hem genel olarak hem 1982 Anayasası özelinde ele alacağımız ikinci bölüm bu nedenle özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağının

incelenmesi ile başlamaktadır. Bu merakı giderebilmek için Roma hukukuna kadar gidilerek özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağının kökeni araştırılacaktır. Bunun ardından özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağının amacı, yasağa ihtiyaç duyulmasını gerektiren etkenler ve yasağın anlamı ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anayasa ve insan hakları hukukunda hakkın kötüye kullanılması “özgürlükleri yok etme özgürlüğü” olarak da açıklanmaktadır. Bu nedenle özellikle uluslararası insan hakları belgelerinde “hakkın kötüye kullanılması yasağı”, “demokrasi özgürlüğü yok etme özgürlüğünün tanınmasını gerektirir” mi sorusuna verilen olumsuz yanıtı temsil etmektedir. Mücadeleci demokrasi anlayışının ifadesi olan bu yasak bu nedenle bu kavramla çok yakından ilgilidir. Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile mücadeleci demokrasi kavramı arasındaki ilişki incelenecektir.

Anayasa’nın Temel Haklar ve Ödevler Bölümünün Genel Hükümler isimli birinci bölümünde yer alan “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması” kenar başlıklı 14. Maddesi bu bölümde yer alan diğer maddelerin aksine anayasa hukuku ve yargısında –siyasi parti kapatmalarına ilişkin davalar, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin bir istisna teşkil etmesi ve yürürlükten kaldırılmış bazı suçların anayasal dayanağını teşkil etmesi işlevi dışında- özellikle temel hak ve özgürlüklerin genel rejimi bakımından ihmal edilen bir madde olmuştur. Ancak bu durum bu hükmün Anayasamızda yer aldığı gerçeğini ve bu hükme Anayasa’nın bütünlüğü içerisinde, Anayasa’nın sistematığında bulunmuş olduğu yere uygun bir anlam verilmesi gerektiği gerçeğini dışlamaz. Zira bu durumda hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı somut olarak sadece demokrasinin korunması amacı çerçevesinde ve mücadeleci demokrasi ilkesinde anlamını bularak uygulanacaksa bu yasağa neden hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir ilke olarak yer verildiği sorusu akla gelmektedir. Bu bağlamda, çalışmanın ikinci bölümünde son olarak 1982 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı ele alınacaktır.

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının 1982 Anayasası’nın ortaya koyduğu temel hak ve özgürlükler rejimi bakımından ne işlev gördüğünü ortaya koymak için de önce yasağın tarihçesi incelenecektir. Yasak anayasal olarak ilk defa 1961 Anayasası’nda 1971 Anayasa değişikliğinden sonra yer almıştır. Yasağın bu Anayasa’daki düzenleniş şekli yürürlükteki halinden farklıdır. Yasağın 1961 Anayasası’ndaki hali bu farklılıklar üzerinden değerlendirilecektir.

1982 Anayasası’nın ilk halinde yasağa daha geniş kapsamlı bir biçimde yer verilmiştir. Yasağın yürürlükteki halinin incelenmesine geçilmeden önce ilk hali inceleme konusu yapılacaktır.

1982 Anayasa’sında 2001 yapılan değişiklik ise gerek çeşitli yasak amaçları madde metninden kaldırması gerek yasağı devlet açısından da getirmesi ile ilgili madde açısından temel hak ve özgürlükler lehine bir gelişme olmuştur. Maddede yapılan bu

değişiklikle Anayasamızın 14. Maddesinin ikinci fıkrasının İHAS'taki karşılığı ile metinsel açıdan uyumlu hale geldiği söylenebilir. 3 fıkralı metnin ilk fıkrası temel hakların maddede sayılı amaçları amaçlayan faaliyetler yönünde kullanılamayacağı hükmünü getirmiştir. Son fıkrada ise yasa koyucuya 14. Maddenin ilk iki fıkrasındaki hükümlere aykırı davranışlar hakkında uygulanacak müeyyideleri düzenlemesi görevini vermiştir. 2001 Anayasa değişikliğinin yasak bakımından getirdiği sonuçlar öğretideki tartışmalar çerçevesinde ele alınacaktır.

Çalışmanın konu edindiği önemli sorunlardan birisi temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını düzenleyen Anayasa'nın 14. Maddesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. Maddesi karşısındaki konumudur. Yine bir diğer soru, 14. maddenin temel hak ve özgürlüklerin norm alanı üzerindeki etkisidir. Çalışmada iki maddenin metni ve Anayasa'nın sistematigindeki yeri ele alınarak bu sorulara yanıt aranacaktır.

Bireysel başvuru yolunun anayasal düzenimize dahil olması ise bizce inceleme konusu yasağın temel hak ve özgürlükler rejimi açısından yeniden incelenmesini lüzumlu kılmıştır.. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru dosyalarında Anayasa'nın 14. Maddesini –hali hazırda 17. Maddeyi az kullanan- İHAM'a kıyasla çok daha az kullanmaktadır. Ancak bu tespit yapılırken Komisyonların kabul edilmezlik kararlarının internet sitesinde yayımlanmadığı da akılda tutulmalıdır. Bu olgulardan yola çıkarak Anayasa Mahkemesi'nin yasağı ele alış biçimi hakkında çıkarımlar yapılacaktır. Ancak 14. maddenin ele alındığı bireysel başvuru sayısının neredeyse sıfır olması bu bölümde karar incelemelerinden yararlanılmasını olanaksız kılmıştır.

14. maddenin bir diğer önemli etkisi ise diğer şartları sağlaması durumunda yasama dokunulmazlığının istisnasını teşkil edebilmesidir. Anayasa Mahkemesi 14. maddeyi ayrıntılı olarak bu yasama dokunulmazlığının istisnasıyla bağlantılı olarak ele almıştır. Bu nedenle *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararı ayrı olarak ele alınacaktır. Karar hem 14. Maddenin hem de yasama dokunulmazlığının bu istisnasının nasıl yorumlanacağı konusunda bazı netlikler getirebileceği gibi bu karardan yararlanarak yeni tartışmaların yapılabilmesine de kaynaklık edebilecek niteliktedir. Bu yasak Yargıtay ve AYM tarafından geçmişten günümüze nasıl yorumlandığı ile beraber inceleme konusu yapılacaktır. Son olarak da *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararının analizi yapılacaktır.

I. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNDE HAKLARI KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI

Hakkın kötüye kullanılması yasağı İkinci Dünya Savaşı'nın ardından yeni anayasaların yanı sıra uluslararası insan hakları belgelerinde de yer bulmaya başlamıştır.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı uluslararası insan hakları belgeleri arasında ilk olarak ve evrensel düzeyde İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde ifadesini bulmuştur. Hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan maddeler evrensel ölçekli Medeni ve Siyasî ve Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile bölgesel ölçekli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda da yer almıştır.

Bu bölümde uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı hükümleri incelenecektir. Bir uluslararası insan hakları belgesindeki bu yöndeki ilk hüküm olması ve diğer belgelerdeki hakkın kötüye kullanılması yasaklarına ilham ve model teşkil etmesi nedeniyle İHEB'in 30. maddesinin ve bu maddeyi tamamlayan 29. maddenin 3. fıkrasının hazırlık çalışmalarına da yer verilecektir. Böylece, İHEB'i kabul eden devletleri "hakların kötüye kullanılması" tehlikesine karşı önlem almaya iten kaygı ve saikler gösterilmeye çalışılacaktır. Bunun ardından İHEB'in ortaya koyduğu hak ve özgürlükler rejiminde hakkın kötüye kullanılması yasağının taşıdığı işlev ve anlam tartışılacaktır.

Bir alt başlıkta bağlayıcı olması, AİHM tarafından uygulanması ve Anayasa Mahkemesi tarafından özellikle bireysel başvurularda sıkı sıkıya takip edilmesi nedeniyle konumuz açısından önem taşıyan AİHS'in 17. maddesi ele alınacaktır. Yine önce maddenin hazırlık çalışmaları incelenerek hakkın kötüye kullanılması yasağına AİHS'i hazırlayanlarca verilen anlamla İHEB'i hazırlayanlarca verilen anlam karşılaştırılacaktır. Ardından sırasıyla yasağın hitap ettiği özneler, yasağın

konusu, yasağın kapsamı ve yasağın uygulanış şekli yönünde AIHM'in içtihadı detaylı biçimde değerlendirilecektir.

Son olarak başta Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme olmak üzere diğer uluslararası insan hakları belgelerinde yer verilen hakkın kötüye kullanılması yasağı hükümleri özellikle AIHS'in 17. maddesine göre taşıdığı farklılıklar özelinde incelenecektir.

A. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

İkinci Dünya Savaşı'nın ve bu savaşta yer alan faşist devletlerin yol açtığı ağır insan hakları ihlalleri ve trajediler savaşa bir "ideoloji savaşı" yönü de kazandırmıştı. Özellikle Müttefik Devletler, savaşı Nazizm'e ve faşizme karşı girilmiş bir "hürriyet savaşı" niteliğinde görmekteydi. Savaş sonrasında kurulacak dünya düzeninde savaşın yaşattığı acıların tekrarlanmasını önlemek, insan haklarına yeniden itibar kazandırmak ve bu hakları daha etkili şekilde korumak için sürdürülen çalışmalar, henüz savaş devam etmekte iken çeşitli bildiri ve konferanslarla başlamıştı.¹ İkinci Dünya Savaşı'nın galiplerince oluşturulacak yeni dünya düzeninin merkezi örgütünü teşkil eden Birleşmiş Milletler'in kurucu belgesinde "herkesin insan haklarına saygı gösterilmesi" Örgüt'ün amaçları arasında sayılarak İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası işbirliğinin insan hakları temeline dayanması hedeflenmiştir. Ancak uluslararası politikanın gerçekleri karşısında, genel ilkeler ve hedeflerin ötesinde "insan hakları"nın kapsam ve içeriğinin tespiti, bu hakları koruyacak etkili bir denetim sisteminin kurulması ayrı bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştı. BM Antlaşması, bu ihtiyacı karşılayamazdı. Bu nedenle ilk adım olarak insan haklarına yönelik bir bildiri hazırlanmasının çalışmalarına başlanmıştır.² 2 yıllık bir çalışmanın ardından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 48 üye devletin olumlu, 8 üye devletin çekimser oyuyla kabul edilmiştir.³ Böylelikle "insan haklarının uluslararasılaşması" sürecinin temel adımı da atılmıştır.

¹ Münici Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 2013. bs, Ankara: Yetkin Yayınları, t.y., C. 7 (Tıpkı Basım), ss. 60-61.

² Rona Aybay/ Demirhan Burak Çelik, **İnsan Hakları Hukuku**, Der Yayınları, 2021, ss. 56-58.

³ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin hazırlık çalışmaları için William A. Schabas (ed.), **The Universal Declaration of Human Rights: The Travaux Préparatoires**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013; Özellikle Genel Kurul'da yapılan görüşmelere ilişkin Türkçe bir kaynak için

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi; hukuki niteliği itibariyle bir Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı⁴ olarak bağlayıcı güce sahip değildir. Devletler üzerinde sadece manevi bir etkiye sahip olsa da insan hakları yönünden “insanlığın ulaşması gereken bir ideal”i⁵ gösteren özelliğiyle Bildiri’nin etkisi hukuki niteliğiyle karşılaştırılamayacak denli güçlü olmuştur. Öncelikle Bildiri’nin isminde yer alan “evrensel” sıfatı hem Bildiri’nin kapsayıcılığını hem de ülkelerin gelişmişlik düzeyinden, cinsiyet, din ve etnisiteden bağımsız olarak bütün insanlığın Bildiri’de yer alan haklara sahip olduğunu göstermektedir.⁶ Bu doğrultuda devletler uluslararası toplumla işbirliği içinde bu hakların tanınmasını ve etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Hattâ Bildiri’nin babası olarak bilinen ve Bildiri’nin ilk isminde yer alan “Uluslararası” ibaresinin “Evrensel” ile değiştirilmesini öneren René Cassin’in belirtmiş olduğu gibi Bildiri’nin evrenselliği aynı zamanda Bildiri’nin moral çerçevede sadece devletler için değil herkes için bağlayıcı olduğunu imlemektedir.⁷ Dolayısıyla Bildiri hitap ettiği “insanlığın” üyeleri olarak sahip olmamız gereken hakları belirtirken aynı zamanda bu haklardan bütün insanlığın yararlanmasını sağlama amacına yönelik olarak ödevler de yüklemektedir. İHEB’in 30. maddesinin Bildiri’nin ödev hükmü olduğu öğretilde de kabul edilmektedir. Buna göre, Bildiri’nin 30. Maddesi kişilere hak ve özgürlükleri başkalarının özgürlüklerini yok edecek faaliyetlere girişmeme ödevi yüklemektedir.⁸

“Kendisinden sonra gelecek diğer temel insan hakları belgelerinin anası” olarak nitelendirilebilecek Bildiri’nin bir diğer özelliği, kendisinden sonra gelecek

bkz. Rona Aybay, **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)**, 1. baskı İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.

⁴ UN General Assembly Resolution no. 217 A (III).

⁵ Fazıl Sağlam, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2019, s. 1241.

⁶1997 yılında “İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”ne kadar İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 49 yıl boyunca “evrensel” sıfatını taşıyan tek insan hakları bildirisi olmuştur. “Unesco Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirisi” ile “Biyotetik ve İnsan Hakları Bildirisi” bu sığata sahip diğler belgelerdir. Thomas M. Krapf, “The Last Witness to the Drafting Process of the Universal Declaration of Human Rights: Interview with Stéphane Frédéric Hessel”, **Human Rights Quarterly**, C. 35, S. 3, 2013, s. 762, (17) no’lu dipnot.

⁷ Jacob Dolinger, “The Failure of the Universal Declaration of Human Rights”, **University of Miami Inter-American Law Review**, C. 8, S. 1, 2016, s. 187.

⁸ “The Other Side of Right: Private Duties Under Human Rights Law by Jordan J. Paust :: SSRN”, s. 54, (14.12.2022), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2446693.

insan hakları metinlerinin kökenini teşkil etmesidir.⁹ Uluslararası insan hakları belgelerine kaynaklık etmesinin yanı sıra, Bildiri doğrudan veya yollama yapılmak suretiyle çeşitli ulusların anayasasında da yer bulmuş; “özgürlük ve adaletin evrensel ölçekte ortak standardı” olmuştur.¹⁰ Türk Anayasa Mahkemesi de Bildiri’yi referans norm olarak kullanmaktadır.¹¹

Ayrıca mahiyeti itibarıyla bağlayıcı olmasa da Bildiri’nin daha sonraki süreçte uluslararası teamül kuralı¹², “hukukun genel ilkeleri”, bazı kimi haklar açısından *jus cogens*¹³ niteliği kazanmış olduğu ileri sürülmüştür.¹⁴

1. İHEB’de Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına İlişkin Hazırlık Çalışmaları

Kişisel ve siyasi haklarla ekonomik ve sosyal hakları harmanlayan Bildiri’nin 30. Maddesinde hakların kötüye kullanılmasına ilişkin yasağa yer verilmiştir. 28 ve 29. Madde gibi Bildiri’deki bütün haklara ilişkin genel ilkeleri içeren 3 maddeden biri olan hüküm şu şekildedir:

*“Bu bildirinin hiçbir hükmü, herhangi bir devlete, topluluğa ya da kişiye, Bildiride açıklanan hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir davranışa girme ya da eylemde bulunma hakkını verecek anlamda yorumlanamaz”*¹⁵

Aşağıda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne ilişkin bölümde görüleceği üzere konumuzla ilgili olduğu ve birbirini tamamladığı¹⁶ için yine bütün haklara yönelik genel bir kural olma niteliğini haiz olan 29. Maddenin 3. Fıkrası da incelenecektir. Bu fıkra şu şekildedir:

“Bu hak ve özgürlükler hiçbir durumda Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı kullanılamaz.”

⁹ Tolga Şirin Necdet Umut Ocan, “Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 10, S. 20, 2021, s. 315.

¹⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1**, İstanbul: Legal, 2012, s. 64.

¹¹ Birçok karar arasından bkz. Bestami Eroğlu, B. No: 2018/23077 (Anayasa Mahkemesi 17 Eylül 2020).

¹² Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 65.

¹³ *a.g.e.*, s. 68.

¹⁴ İbrahim Ö Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, Yenilenmiş 7. baskı Ankara: İmge Kitabevi, 2013, s. 173; Rona Aybay/Demirhan Burak Çelik, *a.g.e.*, s.58.

¹⁵ Çeviride Rona Aybay çevirisi esas alınmıştır. Bu çeviri şu eserde yer almaktadır: Rona Aybay, **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**, Der Yayınları, 2021.

¹⁶ Sevtap Yokuş, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara: Yetkin, 2002, s. 87.

Evrensel hak ve özgürlükleri tespit etme ve belirtmenin yanı sıra faşizm ile mücadele etmek de Bildiri'nin oluşturulmasında ve hazırlık çalışmalarında öne çıkan hedeflerdir. Nazizm ve faşizm gibi totaliter ideolojilerin yeniden yükselmesini ve bu ideolojilerin insan haklarını hiçe sayarak insanlığa yaşattığı trajedilerin tekrarlanmasını önleme amacı doğrultusunda bu hükümlere Bildiri'deki hak ve özgürlüklerin yok edilmesine karşı bir tedbir olarak yer verilmiştir. Özellikle komünist blok ülkeleri, “faşizmin gerici saldırganlığına” karşı demokratik haklara ve demokrasiyi koruyacak araçlara yer verilmesinin zorunlu olduğunu hazırlık çalışmaları sırasında dile getirmişlerdir.¹⁷ Zira, hazırlık çalışmaları sırasında hakların faşizmi teşvik etme gibi amaçlarla kullanılmasının yasaklanıp yasaklanmayacağına ilişkin tartışmalar Bildiri'nin kimi haklara ilişkin görüşmelerinde de gündeme gelmiştir. Bu haklar ifade ve örgütlenme hürriyetleridir. Aşağıda görüleceği üzere hakkın kötüye yahut “Sözleşme'nin amaçları veya ruhuna aykırı” kullanılması en çok bu haklar için söz konusu olmuştur. Bu hakların çeşitli amaçlara yönelik olarak kullanılmasının hakkın kapsamı dışında bırakılmasına ilişkin öneriler Sovyetler Birliği'nden gelmiştir. Sovyetler Birliği delegesi, bu önerilerinin “hakların içeriğinden hoşnutsuz oldukları için değil, bu hakları güvence altına almak için” yapıldığını ve sınırlama hükmü olmadığı takdirde maddenin kendi kendisini yok edeceğini ileri sürmüştür. Bu yönde ileri sürülen öneriler şöyle özetlenebilir: “ifade ve basın özgürlükleri faşizm propagandası yapmak, saldırganlık ve uluslar arasında nefret yaymak amaçlarıyla kullanılmamalı”; “faşist ve anti-demokratik doğadaki” örgütlenmeler dernek (örgütlenme) özgürlüğü dışında tutulmalıdır.¹⁸ Komünist blokun temsilcilerinden gelen “Bildiri'nin, faşizm propagandasının uluslararası barış üzerinde yaratabileceği tehlikeye sessiz kalmaması gerektiği” yönündeki uyarılarına, faşizmin kimi devletlere yaşattığı acılara ilişkin tarihsel olgulara atıf yapan itirazlarına karşın bu öneriler kabul görmemiştir. Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu çoğunluk, faşizm üzerinde uzlaşmış bir tanım bulunmadığı, açıkça tanımlanmamış bir kelimeye hukuki bir belgede yer verilmemesi gerektiği gibi, liberal hukuk anlayışının merkez değerlerinden “hukuki güvenlik” kavramına yaslanan gerekçelerle bu önerilerin reddedilmesini sağlamıştır. Sovyetler Birliği temsilcilerinin tartışmalar esnasındaki agresif tutumunun da Batılı devletlerin bu önerileri kabul etmesini güçleştirdiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda Sovyetler

¹⁷ Schabas, **a.g.e.**, s. 2091.

¹⁸ Johannes Morsink, **The Universal Declaration of Human Rights Origins, Drafting, and Intent**, Philadelphia: Philadelphia University Press, 1999, ss. 67-68

temsilcisinin “faşizm”i “kapitalizmin ve tekellerin en gerici bölümünün kanlı diktatörlüğü” olarak tanımlaması ve “halk “demokrasisi”ne sahip olmayan devletlerde insanları örgütlenme özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı korumak gerektiği yönündeki beyanları bu sonuca yol açan etmen olarak gösterilmiştir.¹⁹

Bildiri’nin 29/3 ve 30. maddelerinin kökeni İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin uygulanmasını sağlamaya yönelik iki taslak maddeye dayanmaktadır. (Humphrey’e ait olan) taslakta yer alan iki maddeden ilki üye devletlere Bildiri’deki haklara saygı duyma ve bu hakları koruma ile gerekli olduğunda diğer devletlere bu doğrultuda işbirliği yapma yükümlüğü getirmektedir. Diğer madde ise Bildiri’deki hükümlerin uluslararası hukukun ve üye devletlerin ulusal hukuklarının temel ilkeleri olacağını düzenlemekte ve bu hükümlerin ihlal edilip edilmediği konusunda Birleşmiş Milletleri yetkili kılmaktadır.²⁰ Daha sonraki görüşmelerde bu iki maddenin tek bir madde halinde “*Birleşmiş Milletler üye devletleri, hukuklarının Birleşmiş Milletler ilkelerine uygun olacağını garanti eder. Bu ilkelerin cezalandırılması amacıyla her devlet hukuki ve idari başvuru sistemi oluşturacaktır.*” şeklinde tek hüküm haline getirilmesi önerilmiştir.²¹

Bu öneriye; Bildiri’nin uygulanmasına yönelik olduğu gerekçesiyle itirazlar gelmiştir. Filipinler temsilcisi önerilen hükmün Bildiri’nin tatbikine ilişkin bir ima içerdiği, bunun ise bazı temsilciler için kabul edilemez olabileceğine yönelik itirazının yanı sıra Bildiri’de söz edilen “hukuk”un da –geçmişteki birçok suçun hukuk adına işlenmiş olması sebebiyle- tanımlanması gerektiğini ileri sürmüştür.²² Sovyetler Birliği temsilcisi ise bu denli iddialı bir hükmün kabul edilmesinden önce Bildiri’nin Genel Kurul’da bir bütün olarak üye devletlerce tartışılmasının gerektiği; Bildiri’nin bütünü ortaya çıkmadan Bildiri’nin uygulamasına yönelik bir hüküm eklemenin erken olacağı gerekçesiyle maddeye karşı çıkmıştır. Bu tartışmalar sonunda yukarıda bahsedilen hükmün ikinci cümlesi çıkarılmış ve madde taslağı “Bir devletteki bütün yasalar; Birleşmiş Milletler’in insan hakları ile ilgili oldukları ölçüde Şart’ta somutlaşan ilke ve amaçlarına uygun olacaktır” şekline

¹⁹ İktisadi liberalizm-faşizm ilişkisi hakkında Sovyetler Birliği temsilcisi Pavlov’un görüşlerine katılsak da bütün insanlığı kapsayıcı bir metin ortaya koymaya iddiasına sahip olan Bildiri’nin hazırlık çalışmalarında önerilerini bu tonda dile getirmesinin diplomatik bakımından doğru olmadığını düşünmekteyiz. İktisadi liberalizm ve faşizm ilişkisi için bkz. Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, İstanbul: Say Yayınları, 1990, ss. 63-68.

²⁰ William A. Schabas, **The Universal Declaration of Human Rights The Travaux Préparatoires I,II,III** New York: Oxford University Press, 2013, ss. 287-288.

²¹ Morsink, **a.g.e.**, ss. 85-86.

²² Schabas, **a.g.e.**, ss. 1305-1306.

dönüştürülmüştür.²³ Daha sonra Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından²⁴ yine Bildiri’yi bağlayıcı hale getirdiği izlenimini uyandırdığı ve Birleşmiş Milletler Şartının ilke ve amaçlarının ne olduğunun açık olmaması nedeniyle silinen madde²⁵ Fransa ve Mısır temsilcilerinin teklifleriyle Üçüncü Komite²⁶ önündeki görüşlerde Bildiri’deki haliyle 29. maddenin 3. Fıkrasına eklenmiştir. Bildiri’nin bu hükmüne ilişkin olarak Bildiri’deki hak ve özgürlüklerin Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerinden olduğu, bu hükümde dolambaçlı bir biçimde üye devletlerin hukuklarının Bildiri’ye uygun olması gerektiğinin ifade edildiği ileri sürülmüştür.²⁷

30. maddeye yönelik öneri ise Lübnan temsilcisinden gelmiştir: *“Bu bildirinin hiçbir hükmü; kişiye bu Bildiri’de gösterilen hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amaçlayan faaliyetlerde bulunma hakkı verdiği şeklinde yorumlanamaz.”* Lübnan temsilcisinin bu önerisinin gerekçeleri mücadeleci demokrasi anlayışına yönelik ileri sürülen sebeplerle neredeyse aynıdır. Bildiri’nin ruhuna karşı olan veya insan haklarının altını oymak için çalışanların bu hakların güvencelerinden yararlanmaması gerektiği, özellikle despotik bir rejimin ilk zamanlarında “geleceğin tiranlarının” Bildiri’nin ardına gizlenerek böyle faaliyetlere girebileceği, Bildiri’deki birçok hükmün kötüye kullanılmaya açık olduğu, dolayısıyla bu türden bir maddenin zorunlu olduğu ileri sürülen gerekçeler arasında yer almaktadır. Avustralya temsilcisinin insan hakları ihlallerinin baş sorumlusunun genellikle devletler olduğunu hatırlatmasıyla taslak maddede yasak devletlere de yöneltiştir.²⁸ 29. maddenin 3. fıkrasının Bildiri metninden çıkarıldığı toplantıda 30. maddenin de Bildiri’den silinmesi önerilmiştir. Önerinin gerekçeleri; maddenin muğlak olduğu, nasıl uygulanacağının açık olmadığı ve Bildiri’ye Bildiri’nin anlamını belirsizleştirecek bir hüküm koymanın makul olmayacağı yönündedir. Maddenin çıkarılmasına karşı Sovyetler Birliği delegesi faşizm ve Nazizm’e karşı Bildiri’nin

²³ a.g.e.

²⁴ Birleşmiş Milletler Şartı’nın 68. maddesi uyarınca alt-organlar kurma yetkisine sahip olan Ekonomik ve Sosyal Konsey 1946 yılında İnsan Hakları Komisyonu’nu kurmuş ve bu Komisyon İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ni hazırlamıştır. Bkz. Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, Ankara: Turhan, 2019, s.203. 2006 yılında bu komisyonun yerini BM İnsan Hakları Konseyi almıştır.

²⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, E/CN.VSR.71*, s.6 < <https://undocs.org/E/CN.4/SR.74> >

²⁶ BM Genel Kurulu’ndaki 6 ana komiteden biri olan Üçüncü Komite insan hakları, toplumsal sorunlar gibi konularla ilgilenmektedir. Bknz. The GA Handbook A Practical Guide to the United Nations General Assembly, New York: Permanent Mission of Switzerland to the United Nations, 2017, s. 73.

²⁷ Morsink, a.g.e., s. 86.

²⁸ Schabas, a.g.e., s. 1308.

maddelerine eklenmesini önerdikleri hükümlerin bu hususun ayrı bir maddede genel olarak düzenleneceği gerekçesiyle reddedildiği, bu maddedeki yasağın Nazizm veya faşizm'in tekrar yükselmesi tehlikesine karşı kullanılabilecek Bildiri'de yer alan tek silah olduğu argümanlarını ileri sürmüştür. Lübnan temsilcisi de “genel yarar” kılıfı altında insan haklarının ihlal edilmesini önlemek için maddenin korunmasını savunmuştur.²⁹ Daha sonra, BM Genel Kurulu Üçüncü Komite önünde madde üzerine görüşmelerde anılan yasak, yine komünist blok ülkelerince faşizm tehlikesine atıfla savunulmuştur. Faşizmin henüz bütünüyle yok edilmediği, tehlikenin devam etmekte olduğu; kimi Nazi yetkililerin cezalandırılmaktan kaçıp başka ülkelerde faaliyet gösterdiği, Batı Almanya'da hüküm giymiş kimi görevlilerin serbest bırakıldığı, Ku Klux Klan gibi kimi faşist grupların etkinlik gösterdikleri ülkelerdeki hükümetlerce bilinmelerine rağmen etki alanlarının sınırlı olması nedeniyle küçümsendiği ve önlem alınmadığı görüşleriyle desteklenmiş, bu durumla Hitler ve Mussolini'nin yükselişi arasında benzerlik kurulmuş ve faşizme yönelik korku, bu nedenler üzerinde haklılaştırılmıştır. Yasak (Belçika delegesi tarafından) hakların yok edilmesi amacına yönelik bir yasağa yer verilmezse Bildiri'deki hakların etkisiz bırakılabileceği, Bildiri'nin “başkalarının özgürlüğünü tehlikeye atma özgürlüğü” vermediğinin açıkça belirtilmesi gerektiği düşünceleriyle de savunulmuştur. Yine (Şili delegesi tarafından ileri sürülen) Bildiri'nin temel haklara saldıran, dolayısıyla demokratik toplumu zayıflatan fiilleri açıkça hukuka aykırı ilan eden bir madde ile sona ermesinin son derece mantıklı olacağı da madde lehine ileri sürülen görüşlerdendir.³⁰

Üçüncü Komite önündeki çalışmalarda söz konusu yasağa ilişkin üç değişiklik önerisi de görüşülmüştür. Fransa'nın kabul edilen önerisi yasağın bireyler ve devletin yanı sıra “gruplar”a da yöneltilmesi yönündedir. Fransa teklifini, geçmiş tecrübelerin insan haklarını yok etmeyi amaçlayan faaliyetlerin daha çok çeşitli gruplarca icra edildiğini gösterdiği iddiasıyla temellendirmiştir. İkinci olarak Uruguay temsilcisi ise “eylemde bulunma”nın tekrarlanan eylemleri, bir temadiyi ifade ettiği; hakları ve özgürlükleri yok etme amacına yönelik olan tek bir fiilde (*perform an act*) bulunmanın bile yasaklanması gerektiğini öne sürerek bu ifadenin “davranışa girme” ile değiştirilmesini teklif etmiştir. Tartışmalar sırasında açıklığa kavuşturulmasının istenmesi karşısında, sözü geçen “eylem” kelimesinin kanaatleri

²⁹ BM Sosyal ve Ekonomik Konsey İnsan Hakları Komisyonu, 15.06.1948 tarihli toplantı özeti, E/CN.VSR.71*, <<https://undocs.org/E/CN.4/SR.74>>, ss. 7-9.

³⁰ Schabas, **a.g.e.**, ss. 2781-2788

kapsamadığı ancak teşebbüsleri ve gizli planları kapsadığı belirtilmiştir. Bu değişikliğe ise faaliyetin (activity) yasaklanmasının daha geç bir aşamada önleyici nitelik taşıdığı zira eylemin (act) bir faaliyetin son kertesini teşkil ettiği ileri sürülmüş; hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan faaliyetleri başlangıcında önlemenin hak ve özgürlükleri korumak için daha elverişli olacağı belirtilmiş, “davranışa girme”nin “eylemde bulunma”ya “veya” bağlacıyla bağlanarak maddeye eklenmesi önerilmiştir.³¹ Bu önerinin kabul edilmesiyle madde neredeyse Bildiri’deki son şeklini almıştır.³²

Komite’de görüşülen üçüncü öneri ise (Ekvador delegesinin) maddenin son kısmının muğlak olduğu, hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlamayan ancak bu sonucu doğuran eylemlerin de aynı istenmeyen sonucu doğuracağı dolayısıyla bu sonucu amaçlayan değil bu sonuca yol açabilecek (*which might destroy*) eylemlerin yasaklanması gerektiği teklifidir. Bu teklif ise reddedilmiş ve bu görüşmelerden sonra oluşan haliyle madde oy birliği ile kabul edilmiştir.³³

Hazırlık çalışmalarında Bildiri’nin icra edilebilirliğini sağlamaya yönelik bir norm olarak öne sürülen ve tartışılan m. 29/3 hükmü hak ve özgürlüklerin Birleşmiş Milletler’in amaç ve ilkelerine aykırı olamayacağını düzenlemektedir. Bu düzenleme söz konusu amaç ve ilkelerin neler olduğunu sorgulatmaktadır. Pozitif hukuk bağlamında, BM Şartı’nın ilk 3 maddesinde Birleşmiş Milletler’in ilke ve amaçları sayılmıştır. Şart’ın 1. Maddesine göre Birleşmiş Milletler’in amaçları özet olarak; uluslararası barış ve güvenliği korumak, dünya barışını güçlendirmek, insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve bu amaçlara ulaşılması yolunda ulusların giriştikleri eylemlerin uyumlaştığı bir odak olmaktır. Şart’ın 2. Maddesine göre bu amaçları yerine getirirken uyulacak ilkeler ise; üyelerin egemen eşitliği, yükümlülüklerin yerine getirilmesinde iyi niyetle hareket etme, uluslararası uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümü, kuvvet kullanımından veya kuvvet kullanma tehdidinden kaçınmak, BM’ye yardım etme ve örgütü destekleme ilkeleridir.³⁴ Bu maddelerde sayılan ilke ve amaçlar, görüldüğü üzere bireylerden ziyade doğrudan devletlere hitap

³¹ a.g.e., ss. 2780-2789.

³² “Nothing in this Declaration shall imply the recognition of the right of any State, group or person to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms prescribed herein.” Maddenin bu şekli Lübnan’ın itirazları ve Yunanistan’ın teklifi üzerine Bildiri’deki son şeklini almıştır. A/C.3/SR.178

³³ a.g.e., ss. 2781-2789.

³⁴ Selami Kuran, **Uluslararası Hukuk Temel Metinler**, Beta Basım Yayım, 2014, ss. 4-5.

etmektedir. Bu husus Bildiri'nin hazırlık çalışmaları sırasında da ileri sürülmüş olsa da Bildiri'yi hazırlayanlar Bildiri ile birlikte artık bireye de uluslararası hukukta ve ilişkilerde bir statü verilmesi kapısının açıldığı kanaatindedir.³⁵ Bildiri'de sayılan hak ve özgürlüklerin de çok geniş yorumlanmadıkları sürece bu amaç ve ilkelere aykırı kullanılmaları mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bu hüküm kapsamında bireylerin hangi hallerde hak ve özgürlüklerini Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı kullanacağı veya bu ilke ve amaçların neler olduğu belirli ve açık değildir.³⁶ Bildiri'deki bu kurala anlam vermek için BM üyesi devletleri bağlayan ilke ve amaçlardan kıyasla, Şart'ın 2. maddesinin 1. fıkrası vesilesiyle hak ve özgürlüklerin kullanılmasında dürüstlük ve iyi niyet kurallarına uygun davranma ile 4. Fıkra yoluyla bu özgürlükleri kullanırken şiddet ve şiddet tehdidinden kaçınma yükümlülüğü yüklediği ileri sürülebilir. Ancak bu ilke ve amaçları fazla geniş yorumlayarak örneğin Bildirinin bu hükmü gereğince bireylerin ifade özgürlüklerini Birleşmiş Milletleri destekleme ilkesine uygun olarak kullanmaları gerektiği savunulamaz.

2. 30. Maddenin Kökeni ve Anlamı

Bildiri'nin hazırlık çalışmaları sırasında “Nazizm ve faşizmin muhtemel yeniden doğuşuna karşı vazgeçilmez unsurları” sağladığı savunulan temel hakları ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına yönelik 30. Madde,³⁷ “mücadeleci demokrasi anlayışının uluslararası düzeyde ve ilk ifadesi” olarak nitelendirilmiştir.³⁸ Böylece “özgürlükleri yok etme özgürlüğü” açıkça reddedilmiştir.³⁹ Bildiri'nin hazırlanmasıyla güdülen ana amaç, insan haklarına saygı duyulmasını sağlamak ve tespit edilen insan haklarıyla insanlığın ulaşması gereken ortak ideali göstermektir. Bununla birlikte yukarıda da açıklandığı üzere, faşizmin tekrar canlanmasını önlemek, faşizmi yok etmek de hazırlık çalışmalarında gözetilen başlıca amaç ve önde gelen kaygılardandır. İnsan hak ve hürriyetlerinin genişliği ve sınırları, bu hakların kullanım biçimleriyle ilgili olarak, özellikle Weimar Anayasası deneyiminin

³⁵ Morsink, a.g.e., s. 252.

³⁶ Aynı yönde; Esra Demir-Gürsel, “Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 29. Maddesi ve Kendisinden Sonra Gelen Belgelerdeki İzleri: Bireyin Ödevleri ve İnsan Haklarının Sınırları”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2021, s. 37.

³⁷ Jacob Dolinger, “The Failure of the Universal Declaration of Human Rights”, **The University of Miami Inter-American Law Review**, C.47, S.2, 2016, s. 173.

³⁸ Fazıl Sağlam, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı**, C.25, 2019, s.1245.

³⁹ Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, C. 7 (Tıpkı Basım), s. 61.

yaşattığı tecrübenin başta gelen endişelerinden biri de temel hak ve özgürlüklerin, bu özgürlükleri sağlayan düzenin yıkılması amacıyla kullanılmasının engellenmesidir. Bu kaygılar içinde hak ve özgürlüklerin Bildiri hazırlanırken uluslararası düzlemde barışı sağlamayı amaç edinmiş Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı kullanılamayacağı kuralı ile yetinilmemiş, 30. madde ile “hürriyetin hiçbir zaman kendisinin de yok edilmesini bağışlayacak bir genişliğe varamayacağı”⁴⁰ belirtilmek istenmiştir.⁴¹ Bu yönüyle İHEB’in 30. Maddesi zamanının bir ürünüdür. Ancak kanaatimizce İnsan Hakları Evrensel Bildirisi gibi kendisini takip edecek insan hakları belgelerine örnek teşkil edecek bir metinde mücadeleci demokrasi anlayışının benimsendiğini daha açık bir biçimde ifade etmek yerine temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen hükmün dışında bütün temel hak ve özgürlüklere yönelik bir yasağa yer verilmesi yerinde olmamıştır. Henüz mücadeleci demokrasi anlayışının kurumsallaşmadığı ve mahkeme kararları aracılığıyla hukuk diline girmediği düşünüldüğünde bu kuruma açıkça yer verilmemesi anlaşılabilir. Ancak bu durumda da faşizm ile mücadele edebilme gayesine ilişkin olarak, temel hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik kullanmaya müsait haklar olan ifade ve örgütlenme özgürlüğü için önerilmiş bulunan yukarıda tartışılan kayıtların bu özgürlükleri düzenleyen maddelerde belirtilmesi bizce daha isabetli olurdu. Zira haklı olarak anlamı üzerinde uzlaşmamış belirsiz kavramlar içerdiği gerekçesiyle karşı çıkılan kayıtların alternatifi olan Bildiri’deki bu maddenin kendisini takip eden insan hakları belgelerinde veya anayasalarda karşılığı olan maddeler aşağıda görüleceği üzere yorumlaması ve uygulaması güç, muğlak hükümler olmuştur. Bununla beraber maddeye faşizm kaygısı ve korkusu kaynaklık etmiş olsa da bütün hak ve özgürlüklere yönelik bir genel ilkede veya belirli bir hakka ilişkin maddede “faşizm” kelimesine atıf yapılmasını savunmamaktayız. Zira kelime günümüzde bir devlet sistemi⁴² veya ideoloji⁴³ dışında otoriterlik, totaliterlik veya ırkçılığı karşılayan bir kelime olarak da kullanılmaktadır. Hattâ siyasi polemiklerde yahut günlük hayatta karşı tarafa yönelik bir hakaret olarak da sarf edilmektedir. Bu yaygın kullanım sonucunda iyice içi boşalarak özellikle temel hak ve özgürlükleri kısıtlamaya yönelik

⁴⁰ Bülent Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969, s. 55.

⁴¹ Kapani, bu maddeyi “hürriyeti yok etme hürriyetinin açıkça reddi” olarak yorumlamaktadır. Bknz. Kapani, **a.g.e.**, s. 61.

⁴² Fazıl Sağlam, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, 1. bs, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013, ss. 180-87.

⁴³ Oktay Uygun, **Devlet Teorisi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 336-63; Ayferi Göze, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2021, ss. 121-89.

bir hukuk kuralında yer alması gereken belirlilikten uzak hale gelmiştir. Bundan faşizmin sistematikleştirilmiş bir kavram olmaktan uzak yapısının ve eklektik niteliğinin payı büyüktür. Faşizm de ideologları tarafından bir ideoloji olarak sistematikleştirilmemiş bir dünya görüşü (Weltanschauung) olarak tanımlanmıştır.⁴⁴ Faşizmin en belirgin özelliği güçlü bir “karşı olma” niteliğine sahip olmasıdır.⁴⁵ Bu nedenle kavram; anti-komünist, anti-Markist, anti-liberal, anti-parlamenter, anti-klerikal, anti-burjuva ve anti-kapitalist⁴⁶ gibi ne olduğundan çok ne olmadığını gösteren özelliklerle açıklanmaktadır.⁴⁷ Bu nedenle faşizmin bir ideoloji değil bir siyaset tekniği olduğu da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre faşizm, toplumdaki en kırılgan grupları hedef alarak ve kitlelerin duygularını manipüle etmeye çalışarak iktidarı elde etmeyi hedefleyen bir yöntemdir.⁴⁸ Biz Bildiri’nin hazırlandığı dönemin tecrübelerinden de hareketle “faşizm”in taşınması gereken şartları şu şekilde sayabiliriz. Öncelikle faşizm ancak kitle demokrasisine geçmiş bir ülkede doğabilecektir. I. Dünya Savaşı’nın ve Savaşı takip eden dönemde olduğu gibi ekonomik buhranın ve toplumsal dönüşümün yol açtığı krize geleneksel ideoloji ve partilerle sistem içi cevap veremeyen bir ortam faşizmin yerleşebilmesi için gereklidir. Faşizm, kutuplaşmış ve özellikle Bolşevik devriminin ardından “kızıl tehlike”nin burjuvazi, muhafazakârlar ve seçkinleri ürküttüğü bir toplumda kök salabilecek ve bu kesimlerle ittifaklar kurarak iktidara gelebilecektir. Buna göre faşizmi, dağılmakta olan toplumu bütünleştirme ve saflaştırma iddiası taşıyan, şiddeti estetize eden, içinde yayıldığı ulusu tarihsel olarak imtiyazlı bir konumda gören, ulusun yazgısını bir şef figürü ile birleştiren, saldırgan ve yayılmacı hevesler taşıyan bir ideoloji olarak açıklayabiliriz.⁴⁹ Öte yandan, hakların kötüye kullanılmasının önlenmemesinin demokrasi ve insanlık için yıkıcı sonuçlar doğurabileceği kaygısını doğurmuş olan faşizm ve Nazizm’in⁵⁰ tamamı ile demokratik yöntemlerle iktidarı kazandıkları da gerçeği tam yansıtmıyor. İki hareket siyasal parti biçiminde

⁴⁴ Andrew Heywood, **Siyasi İdeolojiler**, Felix Kitap, 2020, s. 235.

⁴⁵ a.g.e., s. 233.

⁴⁶ En azından sözde ve görünüşte bu iddiaya sahip olabilir.

⁴⁷ Juan J. Linz, **Totaliter ve Otoriter Rejimler**, çev. Ergun Özbudun, Ankara: Liberte Yayınları, 2017, ss. 252-53.

⁴⁸ Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, I”, **The American Political Science Review**, C. 31, S. 3, 1937, s. 423, doi:10.2307/1948164.

⁴⁹ Robert O. Paxton, **Faşizmin Anatomisi**, 2. bs, İstanbul: İletişim Yayınları, 2020, s. 364. Tanımın bazı unsurları için ilgili sayfaya atıf yapılmış olmakla beraber faşizmi kavrama ilişkin bir tanım yapmanın ne kadar zor olduğundan bahsederek bütünlüklü bir biçimde inceleyen eserin tamamından yararlanılmıştır.

⁵⁰ Nazilerin iktidara gelişinin salt çoğunluk ilkesi bakımından meşru olduğu görüşü için bkz. Hannah Arendt, **Totalitarizmin Kaynakları 3 / Totalitarizm**, çev. İsmail Serin, İletişim Yayınları, 2017, s. 37.

örgütlenmiş olup iktidarı tam anlamıyla silah zoruyla ele geçirmiş değildir. İki hareketin de iktidara geliş biçimleri demokratik ve anti-demokratik yöntemlerin hibrit bir görüntüsünü sunmaktadır. Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi, yüzde 33 oy aldığı 1933 Nisan seçimlerinin ardından birinci parti çıkarak koalisyonla iktidara gelmiştir.⁵¹ Ancak partinin paramiliter örgütü görevini üstlenen SA yasadışı ve şiddet içeren eylemleri nedeniyle daha önce kapatılmış olup muhafazakâr şansölye Franz von Papen tarafından solu sindirme ve yıpratmada başarılı olabilme potansiyelleri sebebiyle yeniden serbest kılınmıştır.⁵² Bunun da ilerisine geçilerek eyaletlerin Nazi örgütünü yasaklaması engellenmiştir. Bunun sonucu, sokak savaşlarının günlük yaşamın olağan parçası haline gelmesi olmuştur.⁵³ İtalya’da Faşist Parti’nin iktidara gelişi ise meşhur “Roma’ya Yürüyüş”ün ardından Kral’ın Başbakanlık makamını Benito Mussolini’ye vermesiyle olmuştur.⁵⁴ Bildiri’de hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin tartışmalara damgasını vuran bu iki örnek, bu yasağa yer vermeden de II. Dünya Savaşı’nın ardından özellikle Kıta Avrupası’nda oluşan temel hakların sınırlandırılması rejimi ve teknikleriyle mücadele edilebilecek niteliktedir. Bu nedenle iki hareketin iktidara gelip demokrasiyi yok etmelerinde mücadeleciler demokrasi anlayışının eksikliği ve demokrasinin düşmanlarına kendisini yok edecek silahları tanıma zayıflığı kadar liberal özgürlük anlayışının hakları mutlak olarak gören yaklaşımının etkilerinin halen devam etmesi ile henüz temel hakları sınırlama rejiminin kurumsallaşmamasının da payı vardır. Bu yönüyle tarihsel olarak bakıldığında söz konusu yasak Birinci Dünya Savaşı sonrası dönemin özgül koşullarında faşizmle mücadele edilememesi hattâ Sosyalist devrim korkusuyla bir ölçüde müsamaha gösterilmesiyle, Dünya Savaşları sonrası insan hakları rejimlerine miras kalmış gibi gözükmektedir. Bununla beraber, klasik faşizmin aksine Savaş sonrası Avrupa’daki neo-Faşist hareketlerin demokratik anayasalara ve hukuk düzenine temelden saldırmaması ise bu yasağın günümüzde de işlevsel olabileceğini düşündürmektedir.⁵⁵

Maddeyle güdülen amaca yine tartışmalı olsalar da ifade ve örgütlenme özgürlüklerine gerek mahkeme kararları gerek öğreti tarafından büyük ölçüde

⁵¹ Colin Storer, **Weimar Cumhuriyeti’nin Kısa Tarihi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2021, ss. 221-26.

⁵² Paxton, **a.g.e.**, s. 170.

⁵³ David Dyzenhaus, “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, **The American Political Science Review**, C. 91, S. 1, 1997, s. 123, doi:10.2307/2952263.

⁵⁴ Robert O. Paxton, **a.g.e.**, ss. 151-157.

⁵⁵ **a.g.e.**, s. 309.

sistemleştirilmiş olan nefret söylemi, ırkçılık gibi kayıtlamalar getirilerek büyük ölçüde ulaşılması mümkün görünmektedir. Ayrıca hazırlık çalışmaları esnasında ifadeleri kapsamadığı belirtilmiş olsa ve öğretilde davranış ile eylemlere yönelik olduğu dolayısıyla ifadelere uygulanamayacağı savunulmuş olsa da⁵⁶ bu yasak en çok ifade özgürlüğü bağlamında gündeme gelecek ve bu özgürlüğü kayıtlayan yasak amaçlar Bildiri'nin hazırlanışı sırasında ileri sürüldüğü gibi faşizm, saldırganlık ve nefret söylemi ile sınırlı olmayacaktır.⁵⁷

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Hakları Kötüye Kullanma Yasağı

İnsan Hakları Evrensel Bildiri'ni kabul edilmesinden 2 yıl sonra imzalanıp 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üç yönden İHEB'den ayrılmaktadır. İlk olarak AİHS, Avrupa Konseyi bünyesi içinde hazırlanmıştır. Bu özelliğiyle BM'ce hazırlanan Bildiri gibi evrensel nitelikte olmayıp bölgesel nitelikte bir insan hakları belgesidir. Avrupa Konseyi'nin BM'nin aksine ortak kültürel, iktisadi, siyasi ve hukuki değerlere sahip devletlerden oluşması Sözleşme'de uzlaşılmasını kolaylaştırarak belirli bir dünya görüşünün benimsenmesini sağlamıştır. Ayrıca Sözleşme'de ilkelerin ortaya konmasıyla yetinilmemiş, somut ve ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Ancak Konsey'in üye sayısındaki artış ve üye devletlerin egemenlik yetkilerini başka kıtalarda da kullanmaları nedeniyle Sözleşme'nin bölgesel niteliği aşılmış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla Sözleşme'nin 5 kıtada uygulanması sağlanabilmiştir.⁵⁸ İkinci olarak BM Genel Kurulu kararı olması sebebiyle “tavsiye” niteliğinde olan İHEB'in aksine, AİHS bir “uluslararası sözleşme” olarak tarafları için bağlayıcıdır. Yine İHEB'den farklı olarak bütün hak ve özgürlükler için geçerli genel bir sınırlama maddesi koymak yerine Sözleşme sınırlama koşul ve ölçütlerini hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerde göstermiştir. Sözleşme'yi diğer insan hakları belgelerinden ayıran ve bağlayıcılığıyla ilişkili olan en önemli ve üçüncü husus ise Sözleşme'nin uygulanmasını hayata geçiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adıyla bir mahkeme oluşturmastır.

⁵⁶ Bülent Tanör, **TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, İstanbul: Forum Yayınları, 1979, s. 80.

⁵⁷ Karş. Bülent Tanör, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969, s. 55.

⁵⁸ Tolga Şirin, “İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu”, **Journal of Penal Law and Criminology**, C. 9, S. 1, 2021, s. 5.

Türkiye de 1954 yılında Sözleşme'ye taraf olup 1987 yılında da Mahkeme'ye “bireysel başvuru” yolunun kendisine karşı işleyebilmesi için gerekli olan bildirimini yapmıştır.⁵⁹ Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Mahkeme kararlarının gereklerini yerine getirmekle bağlı kılınmış olan Türkiye için, AİHM kararları Anayasanın 90/5 maddesi uyarınca da bağlayıcıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve bu bağlamda AİHM'in Türkiye açısından önemi 2010 Anayasa değişikliğiyle bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle daha da artmıştır. Zira hem AYM, bireysel başvuruya yönelik olarak Anayasa'da Sözleşme'ye yapılmış olan atıftan yola çıkarak oluşturduğu “ortak koruma alanı” doktrini⁶⁰ ile bireysel başvuruya konu edilebilir hakları Sözleşme'nin asgari koruma alanı ile korurken hak ve özgürlüklere ilişkin yorumunu da AİHM içtihatlarıyla uyumlu tutmaya çalışmaktadır. AYM'nin bu yaklaşımı bireysel başvuru yolu açısından AİHS'i neredeyse “ölçü norm” haline getirmiştir. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin AİHM içtihadı da çalışmamız bakımından son derece önemlidir.

1. AİHS 17. Maddenin Hazırlık Çalışmaları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de İnsan Hakları Evrensel Bildirisi gibi faşist rejimlerin yaşattığı acı ve travmaların taze olduğu bir ortamda hazırlanmıştır. Sözleşme'nin ilk taslağında hakların kötüye kullanılması yasağına ilişkin bir hüküm yer almamış olsa da Sözleşme'ye bu yönde bir hüküm eklenmesi gerekliliği yönündeki tartışmalar Sözleşme'nin hazırlanış süreci boyunca bu nedenle canlılığını korumuştur. Bu atmosfer içinde Dünya Savaşı sonrası hazırlanan anayasalarda ve Bildiri'de olduğu gibi Sözleşme'de de demokrasiyi, demokrasinin sağladığı imkânlardan yararlanarak yıkmaya çalışacak faaliyetlere karşı koruyacak önlemler gündeme gelmiştir. Zira, “Avrupa tarihinin en karanlık sayfalarından çıkan” Sözleşme'nin “bu sayfaların tekrar yazılmasını sağlayacak olanaklar” sunamayacağı ifade edilmiştir.⁶¹ Bu gibi benzer kaygılar içinde İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m.

⁵⁹ Aybay/Çelik, **a.g.e.**, s. 68.

⁶⁰ Fazıl Sağlam, “Anayasa Mahkemesi'nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma Alanı”, **Prof. Metin Günday Armağanı**, Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020, C. II, ss. 1101-63.

⁶¹ S. Van Drooghenbroeck, “L'article U de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile”, H. Dumont vd. **Pas de liberté pour les ennemis de la liberté Groupements liberticides et droits**, Brüksel , 2000, s. 141 vd. akt. Françoise Tulkens, “Söylem Ne Zaman Eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi İçtihatları”, **İfade Özgürlüğü - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, 2012, s. 262.

30'a koşut olarak hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de yer verilmiştir. Bu bağlamda, hazırlık çalışmaları sırasında kötüye kullanma yasağı özgürlüğün diğer yüzü olan "ödev"⁶² kavramıyla ilişkilendirilmiştir.⁶³

Sözleşme'nin temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağına ilişkin hazırlık çalışmalarında Bildiri'ye göre bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. İlk olarak, Bildiri'den farklı olarak dönemin diğer hâkim ideolojisi olan sosyalizmin dünya bakış açısı Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında eksiktir. Gerçi komünizme yönelik tepkiler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin hazırlık çalışmaları sırasında dahi gösterilmiştir.⁶⁴ AİHS'in hazırlık sürecinde ise bu tepkiler daha net görülecek, demokrasiden liberalizmin anlaşıldığı ortaya konacak ve komünizm, demokrasinin karşısında konumlandırılacaktır.⁶⁵ Bunun sonucu olarak salt döneminin hâkim düşünce sistemlerinin diğer kanadını temsil eden devletlerin katıldığı Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında, liberal görüşün totaliter olarak nitelediği komünizm de Sözleşme'yi hazırlayanlarca demokrasiyi kendisine karşı korunması gereken akımlar arasında görülmüştür. Hakların kötüye kullanılmasına ilişkin verilecek olan ilk kararda da bu husus kendini belli edecektir. İkinci olarak, Sözleşme'nin taslak metninde yer alan genel sınırlama hükmünün öngördüğü sınırlama rejimi ile de bu yasağın sağlayacağı öngörülen işlevin yerine getirilebileceği itirazları daha sık ileri sürülmüştür.⁶⁶ Hakkın kötüye kullanılması yasağının demokrasinin korunmasına değil tam aksine de kullanılabileceği tehlikesine dikkat çekilmiştir.⁶⁷ Yasağın gereksiz olduğuna veya olumsuz sonuçlar doğurabileceğine ilişkin itirazların ise hakları ve özgürlükleri sınırlama rejiminin totaliter yöndeki hareketler faaliyete geçtikten sonra bu hareketleri bastırmak için kullanılabileceği savunmasıyla karşılandığı görülmektedir. Buna karşılık, 17. madde bu nitelikteki hareketlerin Sözleşme'nin koruduğu ilkeleri kendi çıkarlarına istismar ederek hakları kötüye

⁶² Aybay / Çelik, **a.g.e.**, s. 15.

⁶³ European Commission Of Human Rights, Preparatory Work on Article 17 of the European Convention of Human Rights, DH (57) 4, s.3. < [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTtravaux-ART17-DH\(57\)4-BIL1675501.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTtravaux-ART17-DH(57)4-BIL1675501.pdf) >

⁶⁴ Schabas, **a.g.e.**, ss. 2085-2087.

⁶⁵ Tolga Şirin, **Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı – 2 İfade Özgürlüğünün Yeşili**, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021, s. 70.

⁶⁶ Preparatory Work on Article 17 of the European Convention of Human Rights, DH (57) 4, s.5.

⁶⁷ European Court of Human Rights, Preparatory Work on Article 17 of the European Convention of Human Rights, CDH (75) 7, s. 8. < [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTtravaux-ART17-CDH\(75\)7-BIL1338904.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTtravaux-ART17-CDH(75)7-BIL1338904.pdf) >

kullanmalarını henüz harekete geçmeden önleyebilecektir.⁶⁸ Diğer bir deyişle Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerin sınırlanması mekanizması bu nitelikteki hareketler eyleme geçtikten sonra devreye girecekken, kötüye kullanma yasağı bu hareketlerin eyleme geçmesini önleyecektir. Bir diğer farklılık ise Türkiye’nin Sözleşme’nin söz konusu yasağa ilişkin hazırlık çalışmalarında daha aktif bir rol oynamış olmasıdır. İlgili yasak Türkiye’nin Uzmanlar Komitesi’ndeki temsilcisinin önerisiyle sözleşme metnine dâhil olmuştur.⁶⁹ Böylece bu madde de ifade özgürlüğüne ilişkin meşru sınırlama sebepleri arasında yer alan “toprak bütünlüğü” kaydı gibi⁷⁰ Türkiye’nin somut katkısını görebildiğimiz maddelerden olmaktadır. Bu aktif tutumu da Avrupa Konseyi’nin kuruluşunun ve AİHS’in oluşturulmasının arkasında yatan temel nedenlerden birinin bu yolla komünizme karşı bir kalkan oluşturulması olmasına bağlayabiliriz.⁷¹ Zira Konsey’in Doğu sınırında yer alan bir diğer devlet olan Yunanistan temsilcisi de yasağın gerekliliğini savunurken Çekoslovakya’da⁷² özgürlük düşmanlarının, bu özgürlüklerden yararlanarak özgürlükleri ortadan kaldırdığı örneğini vermiştir.⁷³ Türkiye temsilcisi de yasağı savunurken Türkiye’nin kendisini “Slav emperyalizmi” sınırında bulduğunu, bu nedenle “genç demokrasisini” koruma ihtiyacını herkesten çok duyduğunu, kimsenin özgür ulusların devasa çalışma kamplarına dönüştüğünü görmek istemeyeceğini belirtmiştir.⁷⁴ Sonuç olarak Bildiri’de hakkın kötüye kullanılması yasağına faşizmin tekrarlanması kaygısı yol açmışken Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarında bu kaygılar komünizme ve daha somut olarak Sovyet tehlikesine yönelmiştir. Yine ilginç bir benzerlik, Türkiye’nin temsilcisinin Sözleşme’ye böyle bir yasak konmasının gerekliliği lehinde ileri sürdüğü kendi iç hukukunda “aşırı düşünceler” lehinde propaganda yapmayı yasaklayan bir kanun bulunduğu yönündeki savın, 1982 Anayasası’nda 14. maddeye ilişkin görüşmeler yapılırken Danışma Meclisi’nde bu

⁶⁸ Preparatory Work on Article 17 of the European Convention of Human Rights, DH (57) 4, s.6.

⁶⁹ William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford, New York: Oxford University Press, 2015, s. 613.

⁷⁰ Aybay/Çelik, **a.g.e.**, s. 65; Tolga Şirin, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı – 2 İfade Özgürlüğünün Yeşili**, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021, s. 65.

⁷¹ D. J. Harris, Michael O’Boyle, Colin Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, London: Butterworths, 1995, s. 1. Aksi yönde bkz. Aybay, Çelik, *İnsan Hakları Hukuku*, ss. 147-48.

⁷² İki Dünya Savaşı arası dönemde demokratik bir yönetime sahip olan Çekoslovakya II. Dünya Savaşı sonrasında oyların yüzde 89’unu sosyalist ve komünistlerin aldığı parlamenter demokratik bir sisteme sahipken 1948’de muhalif basının susturulması ve işçilerin silahlandırılması ile demokratik niteliğini kaybetmiştir. Bu değişimin ardında Sovyetler Birliği’nin olduğu ileri sürülmektedir. Yine NATO’nun kurulmasının da “Prag darbesi”nin sonucu olduğu iddia edilmektedir. bkz. Oral Sander, **Siyasi Tarih 1918-1994**, 23. Baskı Ankara: İmge Kitabevi, 2013, ss. 241-44.

⁷³ Preparatory Work on Article 17 of the European Convention of Human Rights, DH (57) 4, s. 3.

⁷⁴ Preparatory Work on Article 17 of the European Convention of Human Rights, CDH (75) 7, s. 13.

maddede yapılan değişiklikle TCK m.141-142 hükümlerine anayasal dayanak kazandırıldığının savunulmasıyla bir bakıma tekrarlanmasıdır.⁷⁵ Böylece TCK m. 141-142 hükümlerine bu biçimde bir yasakla Sözleşme’de bir dayanak kazandırmak isteyen Türkiye daha sonra da aynı yasakla anayasal bir dayanak kazandırmak isteyecektir.

Bu bağlamda verilmesi gereken bir diğer bilgi de 17. maddenin Sözleşme’nin hazırlanmasında gündeme gelen iki taslaktan kabul edilmeyeninde yer almasıdır. Kabul edilen taslak, güvenceleri ve sınırlama koşullarıyla ayrıntılı biçimde düzenlenmiş haklarla yükümlülük azaltma hükmüne yer verirken diğer taslak İHEB gibi hakları saymakla yetinmiştir. Bu kabul edilmeyen taslakta hakkın kötüye kullanılması ve amaç saptırma yasağı gibi bütün haklar için geçerli olan ilkelere yer verilmiştir. İlk taslaktaki usul kabul edilirken bu iki madde de kabul edilen metne eklenmiştir. Böylece genel sınırlama rejimi ile özel sınırlama rejimi kombine edilmiştir. Bu durum, 17. madde ile Sözleşme’deki özel sınırlama hükümlerinin bir bakıma üst üste binmesine neden olmuştur. Zira, aşağıda görüleceği üzere 17. maddenin uygulanması ile varılacak sonuca çoğu kez Sözleşme’nin ilgili özgürlük için öngördüğü özel sınırlama rejiminin uygulanmasıyla varılabilmektedir. Ancak 17. madde ile Sözleşme’deki özel sınırlama hükümleri arasında esaslı bir farklılık olduğu söylenebilir. 17. maddeye ilişkin yapılan analizin özelliği: başvurucunun niyetine esas değer atfedilmesinden gelmektedir. Örneğin ifade özgürlüğünün kötüye kullanıldığının ileri sürüldüğü bir başvuruda Mahkeme, başvurucunun ifadelerinin 10/2’ye uygunluğunu veya ifadelerin yarattığı sonucu değil söyleyenin amacını ve niyetini dikkate almaktadır.⁷⁶ Hattâ o kadar ki; 17. maddenin sadece amaç esaslı olduğu, tamamıyla hakkın norm alanı içinde olan ve diğer şartlarda Sözleşme’ce korunacak kullanımların, taşıdığı Sözleşme’ye aykırı amaçlar nedeniyle yasaklanabildiği ifade edilmektedir.⁷⁷

⁷⁵ Oktay Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Rejimi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, t.y., s. 64.

⁷⁶ Ulrich Wagrndl, “The Prohibition to Abuse One’s Human Rights: A Theory”, **European Law Journal**, C. 25, S. 6, 2019, s. 588, doi:10.1111/eulj.12349.

⁷⁷ Anne M. Williams, “The European Convention on Human Rights: A New Use”, **Texas International Law Journal**, C. 12, S. 2-3, 1977, s. 284.

Sonuç olarak 17. madde Sözleşme'deki bütün haklar için geçerli ender genel hükümlerden olmuştur.⁷⁸

2. Sözleşme'de ve AİHM Kararlarında Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Sözleşme'nin yürürlükteki metninin 17. maddesinin Avrupa Konseyi'nin resmî sitesinde yer alan çevirisi şu şekildedir⁷⁹:

*“Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”*⁸⁰

Bu düzenlemenin ana amacının tarihin tekerrür etmesini önleme gayesiyle Sözleşme'ye, kendini koruyacak hukuki araçları sağlamak olduğu ve bu şekilde yasağın “başkalarının haklarını yok etmek isteyenlerin bu haklardan yararlanmasını engelleyecek” bir ‘bumerang’⁸¹ işlevi göreceği ileri sürülmektedir.⁸² Maddenin lafzından ilk bakışta bazı sonuçları çıkarmak mümkündür. İlk olarak maddede yer alan yasak iki yönlüdür. Hem Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerden yararlanan bireylere hem de bu hak ve özgürlükleri korumak ve sağlamakla görevli devletlere hitap etmektedir. İkinci olarak söz konusu madde iki tür amaca yönelik faaliyet ve eylemleri yasaklamaktadır. Bunlardan ilki Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi amacına yönelik faaliyet yasağıdır. Bu yasak daha çok bireylere yönelikken bu özgürlüklerin Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılması amacına yönelik yasak ise devletlere yöneliktir. Son olarak ise yasağa ilişkin madde ile Anayasamızın m.14/2 hükmü

⁷⁸ Corina Heri, “Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 Echr: How the ECtHR Deals with Mala Fide Limitations of Rights”, **The European Convention on Human Rights Law Review**, C. 1, S. 1, 2020, ss. 47-48, doi:10.1163/26663236-00101001.

⁷⁹ https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim tarihi: 21.12.2021)

⁸⁰ Sözleşme'nin İngilizce metninde madde şu şekildedir: “*Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.*”

⁸¹ Eva Brems, “Democratie en zelfverdediging”, *Democratie op het einde van de 20ste eeuw. Onderzoek naar probleemgericht denken over de democratie bij jonge onderzoekers in Vlaanderen*, (der.) M. C. Snippe ve diğerleri, Brüksel: Koninklijke Academie voor Wetenschappen, 1994, s. 320 **akt**. Paulien de Morrae, **Rights and Wrongs under the ECHR: The prohibition of abuse of rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights**, Intersentia, 2016, s. 3.

⁸² **a.g.e.**, s. 2.

neredeyse aynıdır. İki madde arasındaki paralelliğe ek olarak anayasada reformlar yapılırken Sözleşme'nin çoğu kez model olarak alındığı ve AYM'nin bireysel başvuru kararlarında çoğunlukla AİHM içtihatlarını esas aldığı göz önünde bulundurulduğunda AİHS'taki bu maddenin ve maddeye ilişkin AİHM içtihadının açıklanmasını konumuz açısından daha önemli hale getirmektedir.

Sözleşme'de yer alan bu yasağın yorumlanması ve Mahkeme'ce nasıl uygulanması gerektiği öğretide çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Mahkeme'nin yasağı uygulama yöntemi çoğunlukla tutarlılık arz etmemekle beraber Mahkeme'nin maddenin bazı yönlerine ilişkin uygulamaları istikrar kazanmış haldedir. Yasağın anlamına, Sözleşme'nin öngördüğü koruma sistemi içindeki işlev ve değerine, etkisine ilişkin çeşitli eleştiri ve öneriler getirilmiştir. Bu hususlar aşağıda incelenecektir.

a. Yasağın Özneleri

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, yukarıda belirtildiği bireyler ve grupların yanı sıra devletlere de hitap etmektedir. Bir taraftan hak ve özgürlüklerin kullanılmasına, bir taraftan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yasak getirmektedir.⁸³ Özellikle, “hak ve özgürlüklerin yok edilmesi” amacına yönelik eylemlere ilişkin yasak bireylere ve gruplara yöneltilmişken “hak ve özgürlüklerin Sözleşme'de öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını” amaçlamama yasağının ise daha çok devletlere yöneldiği söylemek mümkündür.⁸⁴ Sözleşme'nin 17. maddesi hem devletlerce hem bireylerce ileri sürülebilmesi yönüyle Sözleşme sistemi içinde özgün bir niteliğe sahiptir.⁸⁵ Ancak yasak AİHM içtihadında bireylere⁸⁶ ve gruplara⁸⁷ yönelik olarak uygulanmışken -her ne kadar bu yasağın daha çok devletler açısından sonuç doğurduğu yönünde görüşler ileri sürülse de⁸⁸ devletler hakkında bu maddeye ilişkin verilmiş bir ihlal kararı henüz yoktur. Başvurucuların, devletin 17. maddeyi ihlal ettiklerini ileri sürdükleri başvurularda Mahkeme bu iddiayı ya açıkça dayanaktan yoksun olduğu için kabul edilemez bulmakta yahut başvuruda hak ihlali tespit ettiyse 17. madde üzerinden ek bir değerlendirme

⁸³ A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. Bası Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 413.

⁸⁴ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, s. 620.

⁸⁵ Harris, O'Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 510.

⁸⁶ Norwood v. the United Kingdom (déc.), 23131/03 (ECtHR 16 Kasım 2004).

⁸⁷ German Communist Party and Others v. Germany (déc.), 250/57 (EComHR 20 Temmuz 1957).

⁸⁸ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 97.

yapmaya gerek görmemekte⁸⁹, ihlal tespit etmediğinde ise buna dayanarak 17. madde üzerinden ayrıca bir inceleme yapmamaktadır.⁹⁰

Yasağın devletlere yönelik boyutunun tartışılması; mahkemeye erişim hakkı gibi Sözleşme’de açıkça düzenlenmeyen ancak başka bir maddenin kapsamından çıkarılarak Sözleşme’nin koruduğu kabul edilen hakların sınırlanabilirliğinin incelenmesi sırasında gündeme gelmiştir. Mahkemeye erişim hakkının Sözleşme ile korunmasının absürd sonuçlara yol açacağını savunan karşı oyda, bu hakkın korunduğunun kabul edilmesi halinde sınırlanmasının mümkün olmayacağı zira adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddede herhangi bir sınırlama ve kısıtlamadan bahsedilmediği, 17. maddenin de hakları Sözleşme’de öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlamayı yasakladığı ileri sürülmüştür.⁹¹ Çoğunluk ise Sözleşme’de açıkça düzenlenmemiş hakların, hakkın doğasından kaynaklanan sebeplerle özüne dokunulmadan sınırlanabileceğine hükmetmiştir.⁹² Mahkeme bunun karşıt sonucundan ise 17. maddeyi de dayanak alarak Sözleşme’de açıkça düzenlenmiş haklar için sayılan sınırlamaların tüketici olduğunu ve başka bir sınırlama sebebi türetmeye izin verilmediği sonucuna ulaşmaktadır.⁹³

17. madde, bazı devletlerce Yunanistan’da bir askeri darbe ile iktidarı eline alan “Albaylar Cuntası” yönetimine karşı yapılan “devlet başvurusunda” ufak bir rol oynamıştır. Yeni yönetim, Anayasa’nın bazı hükümlerini askıya almış ve Sözleşme’nin 15. maddesine dayanarak Avrupa Konseyi’ne yükümlülük azaltma bildiriminde bulunmuştur.⁹⁴ Danimarka, Hollanda, İsveç ve Norveç hükümetleri, yeni Yunanistan hükümetinin yasal düzenlemeleri ve idari pratiklerinin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Davada başvuru devletler, 17. maddenin demokrasileri totaliter tehditlere karşı korumayı amaçladığını, Yunanistan hükümetininse kendisinin hak ve özgürlükleri yok ettiğini ve totaliter bir rejim tesis ettiğini, dolayısıyla 15. maddeye dayanarak yükümlülük azaltılması tedbirine başvuramayacağını da ileri sürmüştür.⁹⁵ Ancak Komisyon, hali hazırda 15. maddenin

⁸⁹ Sporrong and Lönnroth v. Sweden, 7151/75, 7152/75 (ECtHR 23 Eylül 1982).

⁹⁰ Engel and Others v. the Netherlands, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (ECtHR 08 Haziran 1976); Golder v. Birleşik Krallık, 4451/70 (AİHM 21 Şubat 1975).

⁹¹ *Yargıç Zekia’nın karşı oyu*; Golder v. Birleşik Krallık.

⁹² a.g.e., par. 38.

⁹³ Ireland v. the United Kingdom, 5310/71 (ECtHR 18 Ocak 1978).

⁹⁴ P. E. de Morree, **Rights and Wrongs Under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights**, 2016, ss. 26-27.

⁹⁵ AHİK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, B. No: 3321/67, 3222/67, 3223/67, 3224/68, K.T: 05/11/1969, § 224.

uygulanmasını gerektirecek ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike halinin bulunmadığını tespit etmiş ve cunta rejiminin bu maddeye dayanamayacağına hükmetmiş olduğundan Yargıç Ermacora'nın 17. maddenin ihlal edildiği yönündeki karşı oyunu ayrı tutarsak ayrıca bu iddiayı cevaplandırmaya gerek görmemiştir.⁹⁶

17. maddede öngörülen yasağın devletlere uygulanmasındaki seyrekliğin bir diğer nedeni de, devletin bu yasağı ihlal ettiği iddiasının doğasında devletçe Sözleşme'de belirtilen amaçlar dışında hareket edildiği kabulünü taşımasıdır. Viyana Sözleşmesi, devletlerin sözleşmeleri iyi niyetle icra etmesi gerektiğini öngörmüştür. Sözleşmeye taraf bir devletin iyi niyetle hareket ettiği karinesini çürütmek ve kötü niyetle hareket ettiğini ispatlamaksa zordur.⁹⁷ Mahkeme de Sözleşme'nin temelini, kamu makamlarının işlemlerinde iyi niyetle hareket ettiği varsayımı üzerine oturduğunu belirtmektedir.⁹⁸ Ancak, 2000'lerin ortasından itibaren Doğu Avrupa ve Kafkas ülkelerinde görülen demokratik gerileme ve yarışmacı otoriter rejimlerle yarı otoriter rejimlerde görülen artış AİHM'in devletlere yönelik "kötü niyet" içtihadının doğuşuna yol açmıştır.⁹⁹ Devletlerin iyi niyetle hareket ettiği karinesinin çürütülmesi zor olsa da mümkündür.¹⁰⁰ Bununla birlikte, sözleşmecî bir devletin hak ve özgürlükleri Sözleşme'de öngörülenden daha fazla sınırlamasını dolayısıyla sınırlamaları öngörülen amaçlarının dışında uygulamalarını yasaklayan ayrı bir hüküm de bulunmaktadır. Yetki saptırması yasağı olarak bilinen 18. madde 17. madde ile birlikte totalitarizmin yeniden doğuşuna karşı "alarm zili"¹⁰¹ görevi gören iki maddeden biridir.¹⁰² Bu madde devletler bağlamında 17. maddeye göre özel hüküm olarak görünmekte¹⁰³ ve 17. maddenin asli işlevi bireylerin ve grupların haklarını kötüye kullanmasını önlemekken bu maddenin devletin yetkisini kötüye

⁹⁶ AHİK, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, B. No: 3321/67, 3222/67, 3223/67, 3224/68, K.T: 05/11/1969, § 225. Ancak Yargıç Ermacora karşı oyunda, hükümetin özellikle serbest seçim hakkını düzenleyen Birinci Protokol'ün 3. maddesini uygulamaktan kaçınarak Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlükleri öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırdığını bu nedenle 15. maddeyi uygulamasının 17. madde hükmüne aykırı olacağını belirtmiştir; § 213-215.

⁹⁷ Harris, O'Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 512.

⁹⁸ Khodorkovskiy v. Rusya, B.No: 5829/04 (AİHM 28 Kasım 2011).

⁹⁹ Basak Cali, "Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network, 22.02.2018, ss. 36-44, <https://papers.ssrn.com/abstract=3128198>.

¹⁰⁰ Rasul Jafarov v. Azerbaijan, 69981/14 (ECtHR 17 Mart 2016).

¹⁰¹ Basak Cali, Kristina Hatas, "History as an Afterthought: The (Re)Discovery of Article 18 in the Case Law of the European Court of Human Rights", SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network, 20.08.2020, doi:10.2139/ssrn.3677678.

¹⁰² "ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf", s. 4, (07.05.2022), [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf).

¹⁰³ Heri, "Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 Echr", s. 28.

kullanmasına karşı koruma sağladığı ileri sürülmektedir¹⁰⁴. AİHS'in 18. maddesinin Fransız İdare Hukuku doktrindeki “yetki saptırması” (*détournement de pouvoir*) Sözleşme'deki karşılığı olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁵

Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi için sınırlamanın meşru bir amacının bulunmaması yeterli değildir. Böyle bir ihtimalde sınırlama meşru bir amaca dayanmadığından meşhur üç aşamalı testi¹⁰⁶ geçemez ve sadece ilgili hak ihlal edilmiş olur. 18. maddenin ihlal edilmesi için kamu makamlarının aynı zamanda gizli bir amaç da gütmesi gerekir. Böyle bir amaç tespit edildiğinde 18. madde de ihlal edilmiş olur. Meşru bir amaç taşıyan müdahalenin bununla birlikte gizli bir amaç taşınması da mümkündür. Hem meşru hem de meşru olmayan gizli bir amacın birlikte güdüldüğü müdahalelerde Mahkeme yeni içtihadında hangi amacın baskın olduğuna bakmaktadır. Gizli amaç daha baskın durumdaysa, kabaca ifade edilirse devletin motivasyonunun yüzde 51 ve üstünü kaplıyorsa 18. madde ihlal edilmiş olacaktır.¹⁰⁷ Mahkeme, hangi amacın baskın olduğunu değerlendirirken altta yattığı iddia edilen amacın doğasını ve kınanabilirlik derecesini göz önünde bulundurmaktadır.¹⁰⁸ Lakin, AİHM meşru amacın baskın amaç olduğu ancak ayrı bir amacın müdahalenin ardına gizlenmesi halinde 18. maddenin ihlal edilmeyeceğini ifade etmiştir.¹⁰⁹ Mahkeme, devletlere bir nevi belli bir dereceye kadar meşru amaçla birlikte gizli bir amaç gütmeye olanağı tanımaktan çekinmemektedir.

18. madde uzun süre Sözleşme sisteminde atıl kalmıştır. Ancak *Merabishvili* kararıyla¹¹⁰ Mahkeme'nin bu maddeye ilişkin ispat yükü, ispat standardı ve ispat araçları konusundaki içtihadında başvuruçular lehine değişikliğe gitmesinin ardından daha sık uygulanır bir madde haline gelmiştir. Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu bazı dosyalarda 18. maddeye dayanarak ihlal kararı verilmiştir.¹¹¹ AİHM'in güncel

¹⁰⁴ Floris Tan, “The Dawn of Article 18 ECHR – A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?”, **The Law Behind Rule of Law Transfers**, ed. Till Patrik Holterhus, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2019, s. 118, doi:10.5771/9783845298481-113.

¹⁰⁵ Aikaterini Tsampi, “The New Doctrine on Misuse of Power under Article 18 ECHR: Is It about the System of Contre-Pouvoirs within the State after All?”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 38, S. 2, 2020, ss. 138-41, doi:10.1177/0924051920923606.

¹⁰⁶ Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, Clare Ovey, **Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2014, s. 309.

¹⁰⁷ Heri, “Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 ECHR”, s. 55.

¹⁰⁸ *Merabishvili v. Georgia*, 72508/13 (ECtHR [GC] 28 Kasım 2017).

¹⁰⁹ a.g.e., par. 303.

¹¹⁰ *Merabishvili v. Georgia*.

¹¹¹ Gülay Arslan Öncü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yetki Saptırması Yasağı (md. 18) Bağlamında İspat Yükü ve İspat Standardı Meselesi”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 10, S. 19, 2021,

kararlarında bu içtihatla olumsuz yönde bir kırılmaya rastlansa da¹¹² amaç saptırma yasağını bireysel müdahalenin ötesine geçerek ve bu müdahaleyle sınırlı kalmayarak insan hakları aktivistlerine ve gazetecilere yönelik genel müdahaleler, uluslararası örgütlerin raporları gibi verilerden yararlanarak genel bağlamı ve dolaylı delilleri dikkate alarak daha sık ele alması ve uygulaması insan haklarının korunması hususunda olumlu bir gelişmedir. AİHM'in 17. maddeyi bireylere ve gruplara özgülemesi, 18. maddeyi daha önemli hale getirmiştir.¹¹³

Mahkeme'nin 18. maddeye ilişkin güncel içtihadını, Türkiye aleyhine bu maddeden ihlal kararı verilen son başvuru, *Selahattin Demirtaş (2)* kararı¹¹⁴ çerçevesinde ele alabiliriz. İchtihadın bağlayıcılığı ve istikrarı açısından kararın Büyük Daire'ce, 16'ya karşı 1 oyla verildiğini belirtmek yerinde olur. Tutukluğu, suç işlediği yönünde makul şüpheyi dayanmadığı için başvurucunun kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine hali hazırda karar vermiş olan AİHM, ayrıca tutukluluk tedbiriyle gizli bir amaç güdülüp güdülmediğini de araştırmıştır.¹¹⁵ AİHM'in değerlendirmesinde etkili olan olay ve olguları şu şekilde sayabiliriz. Birincisi; AİHM uluslararası örgütlerin ve AİHM'e yardımcı organların raporlarını ve gözlemlerini dikkate almıştır. AİHM özellikle, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyonu'nun Türkiye'de yasaların gittikçe artan bir şekilde muhalefeti susturmak için kullanıldığı yönündeki görüşüne ağırlık verdiğini belirtmiştir.¹¹⁶ İnsan Hakları Komisyonu'nun 2016 yılındaki ziyaretlerinin ardından yayınladığı yazılı yorumun¹¹⁷ dışında, Venedik Komisyonu'nun Anayasa değişiklikleri hakkındaki görüşü¹¹⁸ ile Uluslararası Af Örgütü'nün raporu Mahkeme'nin değerlendirmesinde

ss. 120-39; Benan Molu, **Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulanması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 56-71; Tan, "The Dawn of Article 18 ECHR – A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?", ss. 133-36.

¹¹² Öncü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yetki Saptırması Yasağı (md. 18) Bağlamında İspat Yükü ve İspat Standardı Meselesi", ss. 153-56.

¹¹³ a.g.e., s. 103.

¹¹⁴ *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (no. 2), 14305/17 (ECtHR [GC] 22 Aralık 2020).

¹¹⁵ a.g.e., par. 423.

¹¹⁶ a.g.e., par. 428.

¹¹⁷ İnsan Hakları Komisyonu, "Memorandum on Freedom of Expression and Media Freedom in Turkey", Yazılı Yorum, 15.02.2017.

¹¹⁸ Venedik Komisyonu, "Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April

göz önünde bulundurulmuştur. İkinci olarak; AİHM 2016 yılında Anayasa'ya eklenen geçici maddeyle¹¹⁹ yasama dokunulmazlıklarının topluca kaldırılmasının ardından sadece muhalefet partilerine ait milletvekillerinin suç şüphesine veya hükme dayalı olarak tutuklandıklarına dikkat çekmiştir.¹²⁰ Üçüncüsü, başvurunun tutukluluğunun zamanlamasıdır. Başvurucu, karşı olduğu 2017 Anayasa değişikliklerine ilişkin halk oylaması ve cumhurbaşkanı adayı olduğu 2018 seçimleri gibi iki kritik seçim süreci esnasında özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır.¹²¹ AİHM, bu bağlamsal olguların dışında başvurunun tutukluluğa devam halini çevreleyen koşullara da işaret etmiştir. Zira Ankara (19.) Ağır Ceza Mahkemesi 2 Eylül 2019'da başvurunun tahliyesine karar vermiştir. Başvurucu İstanbul (26.) Ağır Ceza Mahkemesi önündeki bir dosyada hüküm giydiği için cezaevinde kalmaya devam etmiştir. Bu mahkemece başvurunun tutuklu olarak geçirdiği günler hükmedilen cezadan mahsup edilerek şartlı tahliyesine karar verilmiştir. Ancak aynı gün Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ayrı bir dosyadan dolayı başvurunun tutuklanmasını talep etmiş, yine aynı gün Ankara Sulh Ceza Hakimliğince başvurunun tutuklanmasına karar verilmiştir. AİHM; bu süreçle ilgili olarak, sürecin ertesi günü Cumhurbaşkanının başvuruycuyu "52 kişinin katili" olarak itham ettiği ve "bu kişileri bırakamayacaklarını" belirttiği açıklamalarına¹²², başvurunun tahliyesine karar verilmesi ile tekrar tutuklanması arasındaki zamansal yakınlığa ve iki dosyada başvuruycuya suç olarak isnat edilen fiillerin birbirine benzer olduğuna dikkat

2017", CDL-AD(2017)005, 13.03.2017, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e).

¹¹⁹ Geçici Madde 20: "Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir."

¹²⁰ Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 2) paragraf 427.

¹²¹ a.g.e., par. 429-431.

¹²² Gazete Duvar, "Erdoğan'dan Demirtaş ve Yüksekdağ mesajı: Bırakamayız", Text, <https://www.gazeteduvar.com.tr/politika/2019/09/21/cumhurbaskani-erdogan-iscisin-sen-iscikal>, Gazete Duvar, 21.09.2019, <https://www.gazeteduvar.com.tr/politika/2019/09/21/cumhurbaskani-erdogan-iscisin-sen-iscikal>.

çekmiştir.¹²³ Nihayet, ilk ve dördüncü değerlendirmelerle bağlantılı olarak, AİHM'in Venedik Komisyonu'nun Türkiye'de yargı sisteminin bağımsızlığı hakkındaki görüşüne yer verilmiştir. AİHM olağanüstü hal süresince yüzlerce yargıcın meslekten çıkarılmasına dayanarak özellikle muhaliflere yönelik soruşturmalarda mahkemelerin verdiği kararların etkilenebildiği bir ortam yaratıldığını belirtmiştir.¹²⁴ Bu değerlendirmelerin ardından AİHM, başvurucunun tutukluluğu ile güdülen gizli amacın demokratik toplum kavramının özünde yer alan çoğulculuğu boğmak ve siyasal tartışma özgürlüğünü kısıtlamak olduğunun makul şüphenin ötesinde tespit ettiğine hükmetmiştir.¹²⁵

17. maddede düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının devletlere de hitap etmesi karşısında 18. madde ile 17. maddenin devletlere yönelen boyutu arasında nasıl bir fark olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruyu ikisi arasında bir fark bulunmadığı yönünde cevaplayanlar iki maddeden birinin gereksiz olduğu sonucuna varmaktadır. Örneğin, Navalnyy¹²⁶ kararının karşı oyunda 18. maddenin gereksiz olduğu iddia edilmiştir. Karara ayrık oy yazan yargıçlara göre 17. maddenin devletlere hitap eden yönü ile 18. madde aynı amaca hizmet etmektedir. 18. madde 17. maddenin aksine ek olarak devletin kötü niyetle hareket etmesi şartını aramaktadır. Madde 17, madde 18'e göre daha geniş olduğundan ve daha hafif şartlar öngördüğünden devletin yetkisini kötüye kullanması tehdidiyle mücadele etmeye daha uygundur. Ayrık oy yazan yargıçlar, bu gerekçeler çerçevesinde 17. madde karşısında 18. maddenin gereksiz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Öğretideki bir görüşse 17. maddedeki yasağın devletlere hitap eden boyutunun lüzumsuz olduğunu savunmaktadır.¹²⁷ Zira sınırlama rejiminin düzenlendiği haklarda sınırlamaya yönelik kurallar da öngörülmüştür. Devletin, hakka müdahalesinde bu sınırları aşması zaten ilgili hakkın ihlal edildiği sonucunu doğuracakken bir de devletin hakları Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırmasını yasaklamak abestir. Biz herhangi bir hukuk kuralının "gereksiz" olduğu ileri sürülerek göz ardı edilebileceğini kabul etmediğimizden iki maddeden herhangi birinin gereksiz olduğu

¹²³ Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 2) paragraf 432.

¹²⁴ a.g.e., par. 434.

¹²⁵ a.g.e., par. 437.

¹²⁶ Navalnyy v. Russia, 29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13, 43746/14 (ECtHR [GC] 15 Kasım 2018).

¹²⁷ Antoine Buyse, "Contested contours: The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective – Articles 10 and 17 ECHR", **Shaping Rights in the ECHR The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 188, doi:10.1017/CBO9781107337923.011.

görüşünü de reddediyoruz. Bizce yukarıda değinildiği üzere 2 kural arasında genel norm-özel norm ilişkisi¹²⁸ vardır. 18. madde 17. madde tarafından kapsanmaktayken -Navalnnny kararında karşı oy yazan yargıçların da dikkatini çeken- devletin gizli bir amaç gütmesi gibi ek bir özelliğe de sahiptir. Dolayısıyla iki madde arasında özel-genel norm ilişkisi kurulmuştur. 18. madde özel olarak devletin Sözleşme'deki hakları meşru amaçlara dayanarak sınırlama yetkisini kötüye kullanma halini düzenlemektedir. Lakin Sözleşme'nin devlete tanıdığı tek yetki bu değildir, bunun dışındaki yetkiler için 17. madde gündeme gelecektir. Örneğin, devletin 15. maddede düzenlenen olağanüstü hal nedeniyle yükümlülük azaltma yetkisini kötüye kullanması halinde uygulanacak hüküm genel kötüye kullanma yasağı olan 17. maddedir.¹²⁹

İki madde arasındaki bir başka farklılık olarak 17. maddenin, devletin başka bir grubun haklarına dayanarak bir grubun haklarını yoğun biçimde sınırlaması ihtimalinde gündeme gelebileceği ifade edilmiştir.¹³⁰ Yine 17. maddenin devlete hitap eden boyutunun, bireye yönelik hakkın kötüye kullanılması yasağının devlet tarafından kötüye kullanılması tehlikesine¹³¹ karşı bireyi ve birey gruplarını koruduğu kabul edilebilir. 17. madde bireylerin haklarını kötüye kullanmasını yasaklıyorsa, devletin de anayasal sistemlerine zarar verdiği gerekçesiyle bireylerin haklarını gereksiz ve yoğun sınırlamalara tabi tutmasını da yasaklamaktadır.¹³² İki maddenin birbiri ile aynı olduğu görüşünü reddeden yazarlardan *Heri* 18. madde kapsamındaki durumların 17. madde ile çözülmeye çalışılmasının 17. maddeyi Pamuk Prenses'in cam ayakkabısını giymeye çalışan kıskanç kız kardeşi konumuna düşüreceğini ileri sürmüştür.¹³³

Belirtmek gerekir ki AİHM her ne kadar 17. maddenin devletlere uygulanabilirliğini dışlamış olsa da devletlere yönelik "kötü niyet" içtihi 18. madde ile sınırlı değildir. AİHM'in, 18. madde yönünden bir ihlal bulmadığı ancak bir hakka yönelik madde altında yürüttüğü meşru amaç testinde devletin güttüğü gizli

¹²⁸ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, ss. 92-93.

¹²⁹ Heri, "Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 Echr", s. 50.

¹³⁰ a.g.e., s. 53.

¹³¹ İlyas Doğan, "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, ed. İlyas Doğan, Ankara: Astana Yayınları, 2021, s. 334.

¹³² aynı yönde; a.yer.

¹³³ Heri, "Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 Echr", s. 54.

amaç tespit ettiği kararlar¹³⁴ bulunmaktadır.¹³⁵ Bu farklılığın nedeni olarak öğretide ileri sürülen bir görüş; madde 18'in iki ayırt edici şartın gerçekleşmesi halinde ihlal edileceğini iddia etmektedir.¹³⁶ Bunlardan ilki; siyasi, ekonomik ve toplumsal güç odaklarının hedef alınarak çoğulculuğa saldırılmasıdır. Kanaatimizce, madde 18'in ihlal edildiği başvuruların büyük çoğunluğunda, muhalif siyasetçilerin¹³⁷ ve insan hakları ile sivil toplum aktivistlerinin¹³⁸ dolayısıyla çoğulculuğun ve demokrasinin hedef alındığı görülse de bu maddenin ihlal edildiğinin tespit edildiği ilk kararlar bunun zorunlu olmadığını göstermektedir. Kamu güçlerinin kimi başvurularda finansal ve ekonomik saiklerle bu yasağı ihlal ettiği tespit edilmiştir. Örneğin, *Gusinsky* kararında yetkili makamların başvurucunun sahibi olduğu şirketi Gazprom'a devretmesinin sağlanması amacıyla tutuklama gibi ceza muhakemesi araçlarını amacına aykırı biçimde ticari pazarlık stratejisinin bir parçası olarak kullandığı tespit edilmiştir.¹³⁹ İkincisiyse, yasama ve yargının diğer bir deyişle kurumsal denge ve fren ve mekanizmalarının bu yetki saptırmasını önlemede yetersiz kalması ve başarısız olmasıdır. Biz bu unsura da katılmıyoruz. AİHM'in ihlal tespit ettiği başvuruların neredeyse hepsinde en azından yargı organının ihlali önleme ve gidermede yetersizliği ve başarısızlığı söz konusudur. Bu ikincilik ilkesinin ve AİHM'e başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğunun doğal sonucudur. Dolayısıyla bunu 18. maddeye özgü bir unsur olarak görmek mümkün değildir. Bizce ayırt edici olan, diğer denge ve fren mekanizmalarının da ihlali önlemede yetersiz kalmanın ötesinde şu veya bu ölçüde bu amaç saptırmasına aktif olarak katılmasıdır. Örneğin, *Demirtaş (2)* kararında yasama organı yasama dokunulmazlıklarını muhalif milletvekillerinin soruşturulması için kaldırarak kötü niyetle hareket etmiştir. Yargı organıysa kendi bağımsızlığına gölge düşürecek şekilde Cumhurbaşkanının açıklamalarının ardından Cumhurbaşkanının iradesi yönünde kararlar vererek kötü niyet göstermiştir. Sonuç olarak Sözleşme'nin kötü niyet temelli iki maddesinden 18. maddenin 17. maddenin özel hali olduğunu, bu maddenin devletin meşru amaçlarla hakları sınırlama yetkisini kötüye kullanmasını düzenlediğini, bu maddenin ilgili özgürlüğün nedensellik ilkesi bağlamında ihlal

¹³⁴ *Bozano v. France* (satisfaction équitable), 9990/82 (ECtHR 02 Aralık 1987).

¹³⁵ Daha detaylı bilgi için bkz. Necdet Umut Orcan, "Legitimate Aims, Illegitimate Aims and the E.Ct.H.R.: Changing Attitudes and Selective Strictness", **University of Bologna Law Review**, C. 7, S. 1, 2022, ss. 24-27, doi:10.6092/issn.2531-6133/14860.

¹³⁶ Tsampi, "The New Doctrine on Misuse of Power under Article 18 ECHR", ss. 146-50.

¹³⁷ *Navalnyy v. Russia*.

¹³⁸ *Rasul Jafarov v. Azerbaijan*.

¹³⁹ *Gusinsky v. Russia*, 70276/01 (ECtHR 19 Mayıs 2004).

edilmesinin ötesinde devletin kötü niyetle hareket ettiğinin kabul edilmesi için bazı ek unsurlar gerektirdiğini savunuyoruz.

AİHS sisteminde devlet yönünden, devletin eylem ve işlemlerinden niyetinin sorgulanmasının söz konusu olduğu bir diğer madde kararların icrasını düzenleyen 46. maddedir. AİHM'e göre Sözleşme'nin yapısının geri kalanı gibi AİHM'in vermiş olduğu kararlarının icrasında da tarafların devletlerin iyi niyetle hareket edeceği varsayımı geçerlidir. Buna göre, hükümetler AİHM'in verdiği ihlal kararının gereklerini yerine getirirken kararın sonuçlarına ve ruhuna uygun davranmalıdır.¹⁴⁰ Özellikle 18. maddenin ihlal edildiği durumlarda kararın yerine getirilmesinde iyi niyetle davranma yükümlülüğü azamî önem taşımaktadır.¹⁴¹ Devletin, AİHM kararının gereklerini yerine getirmemesi nedeniyle 46. madde yönünden ihlal kararı verilmesi mekanizmasının oldukça istisnai nitelik taşıması nedeniyle bu yönde verilen kararlar 18. madde bakımından verilen ihlal kararlarından bile daha seyrekler. AİHM'in bu yöndeki ilk ihlal kararı 2019 yılında *Ilgar Mammadov* kararıyla¹⁴² Azerbaycan aleyhine verilmekle birlikte ikinci ihlal kararı 2022 Temmuz'unda Türkiye aleyhine verilmiştir.¹⁴³

17. maddenin metninde "Sözleşmeciler devlet" değil "bir devlet"¹⁴⁴ ifadesinin kullanılmış olmasının Sözleşme'nin Avrupa ötesi uygulamasının artmasıyla önem kazanabileceği de ileri sürülmüştür.¹⁴⁵

17. madde ile ilgili olarak devletleri ilgilendiren bir diğer tartışma konusu bu maddenin devletlere pozitif yükümlülükler yükleyip yüklemediğidir. Bilindiği gibi AİHS sisteminde, güvence altına alınan hak ve özgürlükler devlete sadece hakları ihlal edecek müdahalelerde bulunmaktan kaçınma yükümlülüğü yüklememekte aynı zamanda hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli eylemlerde bulunma ve önlemleri alma ödevi de yüklemektedir.¹⁴⁶ AİHM, taraf devletlerin bu yükümlülüklerini pozitif olarak Sözleşme'ye taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını

¹⁴⁰ *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, 15172/13 (ECtHR [GC] 29 Mayıs 2019).

¹⁴¹ *Kavala v. Türkiye*, 28749/18 (ECtHR [GC] 11 Temmuz 2022).

¹⁴² *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*.

¹⁴³ *Kavala v. Türkiye*.

¹⁴⁴ "any state"

¹⁴⁵ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, s. 616.

¹⁴⁶ Birçok karar arasından çeşitli güncel örnekler için bkz. *R.b. v. Estonia*, 22597/16 (ECtHR 22 Haziran 2021); *Khabirov v. Russia*, 69450/10 (ECtHR 12 Ekim 2021); *Boychenko v. Russia*, 8663/08 (ECtHR 12 Ekim 2021); *M.d. and Others v. Spain*, 36584/17 (ECtHR 28 Haziran 2022).

sağlamasını öngören Sözleşme'nin 1. maddesine dayandırmaktadır. Mahkeme, 1. maddeyi, devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu hakla birlikte ele alarak bu yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediği sorusunu cevaplandırmaktadır.¹⁴⁷ AİHM'in "pozitif yükümlülükler doktrini"nin tam gelişmediği bir dönemde, Sözleşme'nin 17. maddesinin 1. madde ile birlikte ele alındığında devlete "olumlu ödevler" de yüklediği ve sadece savunma amaçlı değil, ofansif biçimde de kullanılabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre devletler, bireylerin veya grupların hak ve özgürlükleri yok etmelerine izin vermekle 1. maddeyi ihlal etmiş olacaktır. Dolayısıyla taraf devletlerin bu yönde amaçlar taşıyan partileri yasaklayan kanuni düzenlemeleri yapmak, bu yönde faaliyetlere girişen kişileri kovuşturmak gibi yükümlülükleri olduğu ileri sürülmüştür.¹⁴⁸ AİHM, *Refah Partisi* kararında devletlerin demokrasilerine yönelik bir tehlike söz konusu olduğunda ilgili siyasi partilerin bu tehlikeyi hayata geçirecek gücü elde etmelerinden önce harekete geçerek önleyici yetkilerini kullanmalarının taraf devletlerin Sözleşme'nin 1. maddesi bağlamındaki pozitif yükümlülükleriyle uyumlu olduğu ifade etmiştir.¹⁴⁹ Böylece AİHM'in devletlerin egemenlik yetkisi altında bulunan herkesin Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlama yükümlülükleri kapsamında mücadeleci demokrasi araçlarını kullanmalarına yeşil ışık yaksa da devletlerin bu anlayışı benimsemesini Sözleşme'ye uygun hareket etmenin bir gereği haline getirecek bir içtihat geliştirdiğini söylemek mümkün değildir.¹⁵⁰

AİHS'teki veya başka bir belgedeki genel "hakları kötüye kullanma yasağı"nın devletlere pozitif yükümlülükler getirdiği kabul edilmese dahi AİHM'in hakkın kötüye kullanılması olarak yorumladığı kimi durumlarla mücadele edilmesi için devletlere önlemler alma yükümlülüğü yükleyen özel sözleşmeler vardır.¹⁵¹ Örneğin Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası

¹⁴⁷ Birçok karar arasından bkz. *Z and Others v. the United Kingdom*, 29392/95 (ECtHR [GC] 10 Mayıs 2001); *Mccann and Others v. the United Kingdom*, 18984/91 (ECtHR [GC] 27 Eylül 1995).

¹⁴⁸ Anne M. Williams, "The European Convention on Human Rights: A New Use", *Texas International Law Journal*, C. 12, S. 2-3, 1977, ss. 285-88; bu yönde bir görüş için bkz. Gregory H. Fox, Georg Nolte, "Intolerant Democracies", *Democratic Governance and International Law*, ed. Gregory H. Fox, Brad R. Roth, Cambridge University Press, 2000, ss. 59-69, doi:10.1017/CBO9780511522307.013.

¹⁴⁹ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (ECtHR [GC] 13 Şubat 2003).

¹⁵⁰ Pozitif yükümlülükler doktrinin devletleri Sözleşme'nin tanıdığı hakların kullanımını bireylerden kaynaklanan hakların kötüye kullanımına karşı korumaya zorladığı (?) yönünde bir görüş için; Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 130.

¹⁵¹ Fox, Nolte, "Intolerant Democracies", ss. 41-42.

Sözleşme'nin m. 4/1 (b) hükmü devletlere ırk ayrımcılığını destekleyen ya da bu tür ayrımcılığa teşvik eden tüm örgütleri ve ayrıca örgütlü ve diğer tüm propaganda faaliyetlerini yasa dışı ilan etme ve yasaklama yükümlülüğü getirmiştir. Genel bir insan hakları sözleşmesi olsa da Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 20. maddesinde de devletlerin savaş propagandasını ve ulusal, ırksal ve dinsel nefretin körüklenmesini yasaklaması düzenlenmiştir.

b. Yasağın Konusu

Sözleşme'nin 17. Maddesi geniş kapsamlı bir hüküm olup “başkalarının hak ve özgürlüklerini yok etmeye yönelik eylemleri” yasaklandığını belirtmekle yetinmiş, bu eylemleri ayırt etmeyi sağlayacak ölçütleri göstermemiştir. 17. madde uygulanabilir olduğu hakların dış sınırını oluşturduğu için bu hakların hangi kullanılış biçimlerini kapsamına aldığı önem taşımaktadır. İlgili hak ve özgürlüğün güvencesinden yararlanması için ileri sürülen eylem 17. madde kapsamındaysa hak ve özgürlüğün norm alanının dışında kalacaktır.

Hangi durumların “hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması” teşkil edeceğini tespit etme görevi ise Mahkeme'ye ve Komisyon'a düşmüştür. Mahkeme, maddeyle ilgili ilk kararlarından birinde sözü itibariyle geniş olan bu hükmü nispeten dar yorumlama eğilimini göstermiştir. Bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması AİHS'in kendi sistemi içinde özerk bir anlam ifade etmektedir. Örneğin AİHM, bilerek yanlış beyanlarda bulunulmasının 17. maddenin uygulanmasını gerektirmediğini belirtmektedir.¹⁵²

Mahkeme “bir hakkın gerçek amacından saptırılarak Sözleşme'nin sözüne, ruhuna ve temel değerlerine aykırı amaçlarla kullanılmasını” hakkın kötüye kullanılması saymaktadır.¹⁵³ AİHS kapsamında hakkın kötüye kullanılması bir amaç unsuru da içermektedir. Buna göre 17. maddenin uygulanabilmesi için eylem; şiddet veya nefret yayma, yasadışı veya demokratik olmayan yöntemlere başvurma, şiddet kullanımını teşvik etme, ülkenin demokratik ve çoğulcu siyasal sistemini baltalama veya ırkçı yahut başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmaya yönelik hedefler gütmeye amaçlarından birini taşımalıdır.¹⁵⁴ Mahkeme'ye göre kendi içtihadının da gösterdiği gibi 17. madde istisnai olarak ve uç (ekstrem) davalarda

¹⁵² Wojczuk v. Poland, 52969/13 (ECtHR 09 Aralık 2021).

¹⁵³ AİHM, Garaudy v. Fransa, B. No: 65831/01, K.T: 24/06/2013.

¹⁵⁴ Lehideux and Isorni v. France, 24662/94 (ECtHR [GC] 23 Eylül 1998).

uygulanmalıdır.¹⁵⁵ Bununla birlikte Mahkeme'nin içtihadında hakkın kötüye kullanılması yollarının geniş bir çeşitlilik ve zaman içinde de değişiklik gösterdiğini söylemek mümkündür. Öyle ki; hem kötüye kullanma yasağının geniş bir yelpazedeki eylemleri kapsaması hem de AİHM'ce benzer davalarda farklı biçimlerle uygulanması nedeniyle nelerin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği yönünde ayırıcı ölçütler belirlemenin imkansız olduğu ileri sürülmektedir.¹⁵⁶ Aşağıda da AİHM içtihadında nelerin hakkın kötüye kullanma olduğunu belirlemeye yönelik sistemli kriterler veya sınıflandırma geliştirmek yerine bu konuda AİHM içtihadının bütüncül olmayan fotoğrafı sunulmaya çalışılacaktır. Ancak, her bir başlık altında yapılan açıklamaların AİHM içtihadı bağlamında bu konuda sistemli bir yaklaşım geliştirmeye çalışmanın beyhudeliğini göstermeye yeterli olacağını umuyoruz.

Aşağıda AİHM içtihadında hakkın kötüye kullanılması yollarını incelerken, AİHS bağlamında bu kavramı liberal demokrasiye saldıran kullanım ve eşitlik ilkesine saldıran kullanım olarak ayıran görüşten¹⁵⁷ yararlanarak politik kötüye kullanma ve dışlayıcı kötüye kullanma olarak tasnifleyeceğiz. Kanaatimizce bu yaklaşım Sözleşme'nin Başlangıç'ında "demokratik siyasal rejim" ve "özgürlüklere saygı" ilkelerine bağlılığın bildirilmiş olmasıyla da örtüşmektedir.

i. Demokrasiye aykırı amaçlarla kullanım (politik kötüye kullanma)

Demokrasiye aykırı amaçlarla kullanım, genel olarak Sözleşme'nin, özel olarak da 17. maddenin mücadele etmeyi amaçladığı kötüye kullanım şeklidir. "Sözleşme'nin 17. maddesi, Sözleşme hükümlerinden yararlanacak olanlara Sözleşme'ye sadakat ödevi yüklemekte ve Sözleşme düşmanlarının Sözleşme'nin ardına saklanmasını engellemektedir."¹⁵⁸ Bunun sonucu olarak, Sözleşme'ye uygun tek siyasal sistem olan demokrasiye¹⁵⁹ bağlılık göstermeyen ve demokrasi dışı bir rejim hedefleyen ideolojilerin Sözleşme'nin korumasından yararlanamaması istenmektedir. Mahkeme'ye göre de demokrasi "Avrupa kamu düzeni"nin temel unsurlarından birini oluşturup Sözleşme de demokratik toplumun ilke ve değerlerini

¹⁵⁵ AİHM, Paksas v. Litvanya, B. No: 34932/04, K.T: 06/01/2011, § 87.

¹⁵⁶ Harris, O'Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 854; Buyse, "Contested contours", s. 204.

¹⁵⁷ Wagrandl, "The Prohibition to Abuse One's Human Rights", s. 578.

¹⁵⁸ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 88.

¹⁵⁹ Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri v. Türkiye, B. No: 133/1996 ve diğer 2 başvuru (AİHM 30 Ocak 1998).

korumak ve geliştirmek için tasarlanmıştır.¹⁶⁰ Bu bağlamda Mahkeme'nin kurmuş olduğu mantıksal çıkarıma göre; Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerin yok edilmesine izin verilmesi demokrasinin de yok edilmesi sonucuna yol açacağı gibi kimsenin demokratik toplumun değerlerini zayıflatacak faaliyetlerde bulunmak için Sözleşme hükümlerine dayanmasına da izin verilmemelidir. Zira Sözleşme'yi hazırlayanları bu maddeye kaleme almaya iten kaygı da tam olarak budur.¹⁶¹ Mahkeme'nin 17. maddeye ilişkin bu değerlendirmesi yukarıda belirtildiği üzere Sözleşme'nin tarihsel amacının yeni demokrasilerin hazırlayanlarının zihninde önce faşizm ama daha ziyade komünizmde somutlaşan totalitarizme dönüşmesini önleme olmasıyla uyumludur.¹⁶² 17. maddenin uygulandığı ilk kararın da ortak Avrupa demokratik anlayışının bütün düşünce ve örgütlemelere açık olmadığını ortaya koyduğu ifade edilmektedir.¹⁶³

(1) Totaliter İdeolojilerin Savunulması

Her bir dönemin –en azından 18-19. yüzyıldan beri- demokrasinin karşısında konumlandığı ideoloji yüklü bir kavram veya kavramlar vardır. Bu kavramlar 18. yüzyılda mutlakiyet ve despotlukken 19. yüzyılda diktatörlüktür. 20. yüzyılda bu kavram “totalitarizm” olmuştur.¹⁶⁴

Totalitarizm, siyaset biliminin görece yeni kavramlarındadır. Kelimenin Oxford İngilizce sözlüğünde ilk defa 1928 senesinde yer aldığı, 1929'da Times'ta da “komünist veya faşist; tekçi devlet” biçiminde tanımlandığı görülmektedir.¹⁶⁵ Kavram ne kadar yeni olursa olsun, totaliter hareketlerin demokratik özgürlükleri, bu özgürlükleri ortadan kaldırmak için kullandığı böylece demokrasinin imkânlarını ve özgürlükleri kötüye kullandığı tezi yaygın biçimde kabul görmektedir.¹⁶⁶ Totalitarizme ilişkin muhtelif tanımlamalar öğretilerde yapılmaktadır. Bir görüş totalitarizmi; sivil toplumun ve siyasal toplumun özerkliklerini ortadan kaldırması, devletin toplumu içine alması ve toplum adına konuşması, toplumsal kesimlerin veya

¹⁶⁰ Zdanoka v. Letonya, B. No: 58278/00 (AİHM 16 Mart 2006).

¹⁶¹ a.g.e., par. 99.

¹⁶² Andrew Moravcsik, “The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe”, *International Organization*, C. 54, S. 2, 2000, ss. 236-38, doi:10.1162/002081800551163.

¹⁶³ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 77.

¹⁶⁴ Linz, *Totaliter ve Otoriter Rejimler*, s. 16.

¹⁶⁵ “Counter-Ideological Uses of ‘Totalitarianism’ - Herbert J. Spiro, Benjamin R. Barber, 1970”, s. 3, (15.09.2022),

<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/003232927000100102?journalCode=pasa>.

¹⁶⁶ Arendt, *Totalitarizmin Kaynakları 3 / Totalitarizm*, ss. 46-47.

bireylerin toplumsal düzendeki yerlerini partiyle veya liderle özel ilişkisine göre belirleyebileceği bir düzen getirmesi, türdeş bir toplum yaratmak istemesi ve toplumu muhalefete karşı sürekli bir savaş için seferber etmeyi amaçlayacak mekanizmalar getirmesiyle açıklamaktadır.¹⁶⁷ Kapitalizm apolojisti olarak nitelendirebileceğimiz Raymond Aron ise işin içine ideolojik boyutu da katarak totalitarizmi tekelci parti, ekonomik yaşamın devletleştirilmesi ve ideolojik terör merkezinde 5 unsurla açıklamaktadır. Buna göre; politik faaliyet tek bir partinin tekelindedir. Tek partiye bir ideoloji şekil vermektedir; bu sayede bu ideoloji devletin resmî gerçeği olmaktadır. Devlet bu resmi gerçeği yaymak için basın, radyo, televizyon ve diğer haberleşme araçlarını kullanmakta ve bu araçlara hâkim olmaktadır. Ekonomik ve mesleki işler devletin parçası olup devletin kontrolü altındadır. Bu bağlamda, devletin hâkimiyetinin toplumsal ve bireysel yaşamın bütün boyutlarını kapsaması zorunlu görülmemekte, hayati önem taşıyan boyutları kontrolü altına almasının yeterli olduğu kabul edilmektedir. Örneğin; Nazizm’de ekonomik yaşam bütünüyle kontrol altına alınmasa da bu durum rejimin totaliter niteliğine hâlel getirmemiştir.¹⁶⁸ Son ve bütün bu unsurların sonucu olarak her iş ve her şey ideolojiktir; dolayısıyla hatalar da ideolojik bir hatadır ve sonuç olarak polisiye ve ideolojik bir terör doğmaktadır.¹⁶⁹ Bu özelliklerden hareket eden Aron, iki tür totalitarizm olarak Nazizm ve komünizme işaret ederken, Mussolini İtalyasındaki Faşist rejimi totaliter olarak nitelememektedir.¹⁷⁰

Linz ise demokratik olmayan bir sistemin totaliter olarak nitelendirilebilmesi için taşıması gereken üç zorunlu unsura işaret etmiştir. Bunlardan birincisi; bir ideoloji, ikincisi kitlesel bir tek parti ile mobilize edici diğer örgütler, üçüncüsü iktidarın halka hesap vermek zorunda olmayan ve barışçıl yöntemlerle iktidardan uzaklaştırılması mümkün olmayan bir kişi ile yardımcılarında yahut küçük bir grupta toplanmış olmasıdır. Totalitarizme atfedilen diğer tali unsurlar bu üç unsurdan doğmaktadır.¹⁷¹ Yönetici grupların; meşruluğu, görev duyguları ve politikaları tekelci bir ideolojiden kaynaklanmaktadır. Bir nihai anlam, tarihsel amaç veya sosyal gerçeklikle yüklü olan ve siyasal eylemin sınırlarını belirleme işlevini çok aşan bu

¹⁶⁷ Alain Touraine, **Demokrasi Nedir?**, çev. Olcay Kunal, Yapı Kredi Yayınları, 2019, ss. 143-54.

¹⁶⁸ Sujian Guo, “The Totalitarian Model Revisited”, **Communist and Post-Communist Studies**, C. 31, S. 3, 1998, s. 275.

¹⁶⁹ Raymond Aron, **Demokrasi ve Totalitarizm**, çev. Vahdi Hatay, İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1976, ss. 284-85.

¹⁷⁰ a.g.e., s. 287.

¹⁷¹ Linz, *Totaliter ve Otoriter Rejimler*, s. 37.

ideoloji komünizmdeki gibi oldukça işlenmiş olabileceği gibi Nazizmde olduğu gibi basit ve literatürden yoksun da olabilir.¹⁷² İktidarın; küçük bir grupta toplanması monist bir iktidar biçimini ifade etse de bu iktidar monolitik yapıda değildir. İktidarın paylaşılması konusunda birbiri ile çekişme içine giren hizipler ve kurumlar olabilir. Ancak bu siyasi plüralizm toplumsal çoğulculuktan farklıdır. Bu iktidar mücadelesi, belirli menfaat gruplarıyla ya da toplumsal gruplarla ittifak yapabilir ancak onları temsil etmemekte veya gücünü onlardan almamaktadır. Siyasal elit içindeki güç mücadelesi toplum dinamiklerinden bağımsızdır. Zira totalitarizmin yerleşebilmesi, rejim kurulmadan önceki toplumsal ve kurumsal örgütlerin kaldırılabilmesi veya olabildiğince yıpratılmasına bağımlıdır.¹⁷³ Kitlese mobilizasyonsa; Linz'e göre totalitarizmin demokratik olmayan diğer sistemlere göre en ayırt edici yönünü teşkil etmektedir. Otoriter rejimler halkın depolitizasyonu ve faaliyetlerinin kendi özel alanlarıyla sınırlı olmasını hedeflemekteyken totaliter sistemler ideolojik seferberlik aracılığıyla merkezin belirlediği kanalların yönlendirmesinde ve merkezin belirlediği nihai hedef doğrultusunda halkın katılımcılığını hedeflemektedir.¹⁷⁴ Linz'e göre totalitarizm terörün görülmesini kolaylaştırmaktadır ancak terörsüz totalitarizm de mümkündür.¹⁷⁵ Siyasal terörün, totaliter olmayan demokrasi dışı yönetimlerde görüldüğü vaki olduğundan teröre totalitarizmin tanımında zorunlu bir unsur olarak yer verilmemiştir.¹⁷⁶ Totaliter rejimlerin sadece kurumsal yapısı üzerine değil doğası ve kaynakları üzerine de geniş bir külliyyat ortaya koymuş olan *Arendt* ise terörsüz totalitarizm görüşüne itibar etmemektedir. *Arendt*'e göre totalitarizmin özü terördür.¹⁷⁷ Totaliter tahakkümün diğer merkezi kavramı olma rolünü “ideoloji”ye veren *Arendt*¹⁷⁸ totaliter yönetimin ayırt edici özellikleri arasında sınıfların yığınlara dönüştürülmesi, parti sisteminin yerine tek parti diktatörlüğünün de ötesinde bir kitle hareketi geçirilmesi, iktidar merkezinin ordudan polise kaydırılması ve dış politikanın açıkça dünya tahakkümü hedefine yönelmesini saymaktadır.¹⁷⁹ *Arendt*'e göre totalitarizmin amacı despotik bir yönetim kurmak değil içinde insanların gereksiz olabileceği bir sistem kurmaktır.¹⁸⁰ Bu yönüyle totaliter tahakkümün tiranlık

¹⁷² a.g.e., ss. 42-51.

¹⁷³ a.g.e., ss. 38-41.

¹⁷⁴ a.g.e., ss. 42-44.

¹⁷⁵ a.g.e., ss. 47-48.

¹⁷⁶ a.g.e., ss. 84-85.

¹⁷⁷ *Arendt, Totalitarizmin Kaynakları 3 / Totalitarizm*, ss. 291-93.

¹⁷⁸ a.g.e., s. 297 vd.

¹⁷⁹ a.g.e., s. 283.

¹⁸⁰ a.g.e., s. 276 vd.

veya otoriter rejimlerden ayrılan yönü siyasal tecritin yanı sıra özel yaşamı da yok etmesidir.¹⁸¹

Bir görüşse totalitarizmi –özellikle kavramın kullanımında hem siyasal hayatta hem siyaset bilimi literatüründe görülen artışı- anti-totalitarizmin karşı-ideolojik işleviyle açıklamaktadır. Bu kavramın komünist rejimler ile faşist rejimler arasındaki paralellikleri vurgulayarak komünizm karşıtı görüşleri, özellikle Sovyetler Birliğine yönelik düşmanlığı ifade ettiği ileri sürülmektedir.¹⁸² Bu görüşe göre, totalitarizmle mücadele iddiası ve “ideal”i Amerika Birleşik Devletleri’nin İkinci Dünya Savaşı sonrası oluşan uluslararası ilişkiler dünyasını anlamlandırmasına, karmaşık bir alanı iyi ve kötü ikiliğinde basitleştirmesine, güdeceği politikayı rasyonelleştirmesine ve diğer devletlere yapacağı dış müdahaleleri haklılaştırmasına hizmet etmiştir.¹⁸³ İyi-kötü çatışmasına dayanan bu anlatıda kötü olansa bireyler veya uluslar değil rejim ve sistemdir.¹⁸⁴ Hitler ve Stalin yönetimleri arasında kurulan benzerlik temeline dayandığı ileri sürülen bu yaklaşım, diktatörlüğün kabul edilebilir hali ile onun kabul edilemez totaliter “dost”u farkını kabul etmektedir.¹⁸⁵ Öğretide, ortaya konmaya çalışılan totalitarizm ve otoriterlik ayrımını gösterme çabalarını buna dayandıran görüş esasında bu farklılığın ABD’nin komünist totaliterliğe yakın olmadığı sürece otoriter devletlere yardım etmesinin ve bu devletlerle ittifak kurabilmesinin mazereti olduğunu iddia etmektedir.¹⁸⁶

AİHM’e göre Avrupa tarihinde örnekleri görüldüğü üzere totaliter hareketlerin siyasal partiler biçiminde örgütlenerek demokratik rejim altında palazlandıktan sonra demokrasiyi yok etmeleri hiç uzak bir olasılık değildir.¹⁸⁷ Yine Mahkeme’ye göre 17. maddenin genel amacı “totaliter ideolojileri benimseyen grupların Sözleşme’ce korunan ilkeleri kendi çıkarları için istismar etmelerini önlemek”tir.¹⁸⁸ Totalitarizm kavramı Sözleşme sistemi içinde önemli yer tutsa ve AİHM, totaliter akımların Sözleşme korumasından yararlanamayacaklarını ifade etse de¹⁸⁹ totalitarizme ilişkin bir tanım yapmamıştır. AİHM, kavrama ilişkin tüketici bir

¹⁸¹ a.g.e., s. 309.

¹⁸² Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, s. 245.

¹⁸³ “Counter-Ideological Uses of ‘Totalitarianism’ - Herbert J. Spiro, Benjamin R. Barber, 1970”, s. 7.

¹⁸⁴ a.g.e., s. 9.

¹⁸⁵ a.g.e., s. 15.

¹⁸⁶ Benjamin R. Barber, Herbert J. Spiro, “Counter-Ideological Uses of ‘Totalitarianism’”, **Politics and Society**, C. 1, S. 1, 1970, s. 13, doi:10.1177/003232927000100102.

¹⁸⁷ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, ECtHR [GC] 13 Şubat 2003 paragraf 99.

¹⁸⁸ Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia, 26261/05, 26377/06 (ECtHR 14 Mart 2013).

¹⁸⁹ W.p. and Others v. Poland (déc.), 42264/98 (ECtHR 02 Eylül 2004).

tanım ortaya koymak ve çeşitli ölçütler belirlemek yerine önüne gelen dosyada bir ideolojiyi totaliter olarak değerlendirmektedir. AİHM'in şimdiye kadar totaliter olarak nitelediği akımlar aşağıda sayılmaktadır.

(a) Nasyonal Sosyalizm

AİHM, nasyonal sosyalizmin 17. maddenin kapsamına giren totaliter bir doktrin olduğunu açıkça ifade etmiştir.¹⁹⁰ AİHM'e göre; nasyonal sosyalizm, özgürlükçü ve demokratik düzeni zayıflatmayı hedefleyen niteliğiyle Sözleşme'nin altında yatan temel değerlere ve Sözleşme'de yer alan hakların etkili bir siyasal demokraside en iyi biçimde hayata geçirilebileceği gerçeğine aykırıdır.¹⁹¹ Nazizm'i hayata geçirmeye veya savunmaya yönelik faaliyetlerin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği AİHM'in maddeye ilişkin en eski ve yerleşmiş tespitlerindendir. Örneğin AİHK, NSDAP'ın(Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi-NSAİP) yeniden kurulması ve nasyonal sosyalist rejimin tekrar inşasını savunan broşürler dağıtılması nedeniyle cezalandırılmasına ilişkin başvuruda başvurucunun eylemlerinin Sözleşme'nin özüne ve ruhuna aykırı olduğu, göz yumulması halinde Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin yok edilmesine katkı sağlayabileceği gerekçesiyle müdahaleyi demokratik toplumda zorunlu bulmuştur.¹⁹²

Neo-Nazi maksatların açık olmadığı başvurularda AİHM daha detaylı bir inceleme yapabilmektedir. Özellikle birden fazla anlam taşıyabilen sembol veya işaretler söz konusu olduğunda bu durum görülmektedir. Örneğin, hem Macaristan'ın kurucu hanedanı hem de II. Dünya Savaşı dönemimdeki kısa Nazizm dönemiyle ilişkilendirilebilen Arpad sancağının, faşizm karşıtı bir gösteriye karşı yapılan kontr-gösteride açılmasında AİHM, 17. maddeyi uygulamamıştır.¹⁹³ Sembolün birden fazla anlam taşıdığını dolayısıyla ne amaçla kullanıldığının belirlenmesinde bağlamın dikkate alınması gerektiğini belirten AİHM, başvurucunun eyleminde totaliter rejimin mağdurlarına yönelik bir aşağılama tespit edemediğinden başvurucunun hakkını kötüye kullandığı değerlendirmesinde bulunmamıştır.¹⁹⁴

¹⁹⁰ H., W., P. and K. v. Austria (déc.), 12774/87 (EComHR 12 Ekim 1989).

¹⁹¹ Kühnen v. the Federal Republic of Germany (déc.), 12194/86 (EComHR 12 Mayıs 1988).

¹⁹² a.yer.

¹⁹³ Fáber v. Hungary, 40721/08 (ECtHR 24 Temmuz 2012).

¹⁹⁴ a.yer.

(b) Komünist ideolojiler

AİHM; 17. maddeyi maddenin yazılış sebebiyle uyumlu olarak ilk kez komünizm ile ilgili bir davada uygulamıştır. Kararın alındığı tarihlerde “komünizm heyulası” Avrupa üzerinde dolaşmaktadır. Karar¹⁹⁵, Almanya Komünist Partisi’nin (KPD)’nin FAYM’ca kapatılması kararının Sözleşme’nin 9,10 ve 11. maddelerine uygun olup olmadığına ilişkindir. Komisyon bu maddelere ilişkin bir incelemeye başlamadan önce 17. maddenin uygulanabilir olması halinde bu maddelere yönelik bir değerlendirme yapmanın gerekmeceğini hatırlatmıştır.¹⁹⁶ Komisyon’a göre bu maddenin temel amacı demokratik kurumların özgürce çalışmasını korumak yoluyla Sözleşme’deki hakların güvence altına alınmasını sağlamak olup totaliter akımların bu ilkeleri istismar edip insan haklarını bastırmasını önlemek zorunludur. Bu ifadelerden hareketle Komisyon, Almanya Komünist Partisi’nin hâlihazırdaki faaliyetlerinin anayasal yollarla iktidarı ele geçirmekle sınırlı olsa da amacının proleter devrimi ve diktatörlüğü yoluyla sosyalist-komünist sistemi yerleştirmek olduğunu tespit etmiştir.¹⁹⁷ Diktatörlükse, Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerin yok edilmesini içerdiğinden Sözleşme’yle uyumsuzdur. Bu nedenle, parti Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerin korumasından yararlanamaz.¹⁹⁸ Bu karar; AİHM’e göre komünist siyasi faaliyetlerin Sözleşme’deki hakları yok etmeyi amaçladığını dolayısıyla bu hakların Sözleşme’nin koruma alanı dışında kaldığını göstermiştir.

Soğuk Savaş’ın tansiyonunun giderek azalması ve nihayetinde SSCB’nin yıkılmasıyla sonuçlanan süreçte AİHM komünizme karşı daha hoşgörülü bir tutum sergilemiştir. Çeşitli şekil ve ağırlıkta “komünizmden arındırma” politikasının uygulandığı¹⁹⁹ ülkelerdeki yasak ve tedbirler AİHM’in önüne komünizmle ilgili başvurular getirmiştir. Örneğin, sol bir partinin genel başkan yardımcısı olan siyasetçinin yasal bir gösteride uluslararası işçi hareketinin sembolü olan 5 köşeli yıldızı taktığı için totaliter bir sembolü kullanılması suçundan mâhkum edilmesini incelediği başvuruda 17. maddeyi uygulamamıştır.²⁰⁰ Hırvatistan Anayasa Mahkemesi, 5 köşeli yıldızın kanunen yasaklanmasını Nazizm ve komünizm arasında kurduğu benzerlikle ve iki ideolojinin Hırvatistan tarihinde tuttuğu yerle

¹⁹⁵ German Communist Party and Others v. Germany (déc.).

¹⁹⁶ a.g.e., s. 3.

¹⁹⁷ a.g.e., s. 4.

¹⁹⁸ a.g.e., s. 5.

¹⁹⁹ Helga A. Welsh, “Dealing with the Communist past: Central and East European Experiences after 1990”, *Europe-Asia Studies*, C. 48, S. 3, 1996, ss. 414-20.

²⁰⁰ Vajnai v. Hungary, 33629/06 (ECtHR 08 Temmuz 2008).

açıklamakta ve devletin demokrasiye aykırı davranışları yasaklayabileceğini belirtmektedir.²⁰¹ Hükümetin 17. maddenin başvurusunun davranışına uygulanması gerektiğine yönelik iddiasını AİHM; Macaristan'ın 20 yıllık bir süreçte demokrasiye geçişini tamamladığını, AB'ye üye olup Avrupa Konseyi ve Sözleşme'nin değer dizgesiyle bütünleşmesini gerçekleştirdiğini ve komünist diktatörlüğü geri getirmeye yönelik bir siyasi harekete ilişkin gerçek ve yakın bir tehlike bulunmadığını ifade ederek talebi reddetmiştir.²⁰² AİHM başka kararlarında da sosyalizmi savunan partiler için 17. maddeyi uygulamamıştır. AİHM'in bu partiler için yaptığı değerlendirmelerde önemli bir etken partilerin "proleterya diktatörlüğü"nü programlarına almaması olmuştur.²⁰³ Vajnai kararında AİHM'in vardığı sonucun yeni bir komünist diktatörlüğün kurulması hususunda yakın ve açık bir tehlikenin bulunmaması nedeniyle artık komünizm için 17. maddenin uygulanmasının uygun olmadığı şeklinde anlaşılabileceği ifade edilmiştir.²⁰⁴ Biz bu görüşe tam olarak katılmıyoruz. Bize göre AİHM'in vardığı sonuç, komünizmin Nazizm gibi kendiliğinden totaliter olduğunun ve dolayısıyla Sözleşme'nin güvencelerinden yararlanamayacağının kategorik şekilde kabul edilemeyeceğini göstermektedir. AİHM, kıvılcık yıldızın münhasıran totaliter komünist iktidarlığına hasredilemeyeceğini ve çoğul anlam taşıdığını²⁰⁵ belirterek²⁰⁶ komünizm açısından yöntem ve tehlike derecesine yönelik bir ayrıma gitmiştir. Mahkeme, demokratik toplum gereklerinin başvurusunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleyi zorunlu kılmadığı sonucuna ulaşırken, birden fazla anlamı olan bir sembolün totaliter amaçlar taşıdığı bilinmeyen bir politikacı tarafından sergilenmesinin tehlikeli propaganda kabul edilemeyeceğinin belirtilmesi de kanaatimizce bu görüşü desteklemektedir.²⁰⁷

AİHM'in totalitarizmle mücadele kapsamında taraf devletlerin takdir marjını geniş tutması kabul edilebilir bir durumdur. Ancak, Avrupa'nın ortak değerleri olarak demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü koruma iddiasında olan bir mahkemenin totalitarizmle mücadele bağlamında, totaliter hareketin teşkil ettiği tehlikeyi esas alan ölçütler geliştirmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bir siyasal hareketin veya ifadenin savunduğu politikanın nihai amacının totaliter olduğu değerlendirilerek Sözleşme

²⁰¹ a.g.e., par. 17.

²⁰² W.p. and Others v. Poland (déc.) paragraf 49.

²⁰³ Partidul Comunistilor (nepeceristi) and Ungureanu v. Romania [extracts], 46626/99 (ECtHR 03 Şubat 2005).

²⁰⁴ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 48.

²⁰⁵ Vajnai v. Hungary paragraf 53.

²⁰⁶ W.p. and Others v. Poland (déc.) paragraf 52.

²⁰⁷ a.g.e., par. 56.

korumasının dışında kabul edilmesi Batılı modern rejimlerin; yönetilenlerin mevcut düzenin değerini tartışmalarına, meşruluğunu reddetmelerine hattâ sert bir ihtilal önerisinde bulunmalarına izin verdiği iddiasıyla²⁰⁸ da bağdaşmamaktadır.

(2) Laikliğe aykırı öğretiler

AİHM'in totaliter akımların dışında Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı olduğunu kabul ettiği bir diğer doktrinse laiklik ilkesine aykırı ve karşı olan şeriatıdır. AİHM'e göre "şeriat Sözleşme'de belirtilen demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır".²⁰⁹ AİHM'in bu yaklaşımı yerleşiktir ve aşağıda görüleceği üzere çeşitli kararlarıyla doğrulanmıştır.²¹⁰

Şeriatın, AİHS ve demokrasi ile ilişkisi bağlamında en önde gelen karar *Refah Partisi/Türkiye* kararıdır. Bu kararda önce dosyaya bakan Daire²¹¹ sonraysa Büyük Daire²¹² adı geçen doktrinin Sözleşme ile ve Sözleşme'nin yaşayabileceği tek sistem olan demokrasi ile bağdaşlılığını değerlendirmiş ve bu konuda olumsuz yönde hüküm vermiştir. Bununla birlikte kararda 17. maddenin uygulanmadığı ifade edilmektedir.²¹³ Kararda sonuç olarak 17. maddenin doğrudan uygulanmadığı sabit olmakla birlikte hem dosyanın incelenmesi sırasında gündeme gelmiş hem de Mahkeme dosyayı incelerken uygulayacağı yöntemi açıklarken 17. maddeye yer vermiştir. Kararın Nazi partilerinin veya Alman Komünist Partisinin kapatılmasının incelendiği kararlardan, Refah Partisi'nin sadece amacının değil demokrasiye teşkil ettiği tehlikenin yakınlığının da belirleyici olmasıyla ayrıldığı ifade edilmektedir.²¹⁴

Siyasi iktidarın belirlenmesinde seçim yöntemini benimsemesinden ya da dışlamamasından bağımsız olarak şeriat liberal düşünceye karşı olduğu için Sözleşme'yle bağdaşmamaktadır.²¹⁵ Bu bağlamda Refah Partisi'nin önerdiği çok hukuklu sistem Mahkeme'nin değerlendirmesinde etkili olmuştur. Zira karardaki en

²⁰⁸ Raymond Aron, **Demokrasi ve Totalitarizm**, çev. Vahdi Hatay, İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1976, s. 56.

²⁰⁹ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, ECtHR [GC] 13 Şubat 2003 paragraf 123.

²¹⁰ Örnek olarak bkz. Gunduz v. Turkey, 35071/97 (ECtHR 04 Aralık 2003).

²¹¹ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (ECtHR 31 Temmuz 2001).

²¹² Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, ECtHR [GC] 13 Şubat 2003.

²¹³ Hannes Cannie, Dirk Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 29, S. 1, 2011, s. 75, doi:10.1177/016934411102900105.

²¹⁴ Stefan Sottiaux, "Anti-Democratic Associations: Content and Consequences in Article 11 Adjudication", 2004, ss. 595-96, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/016934410402200404>.

²¹⁵ Wagrandl, "The Prohibition to Abuse One's Human Rights", s. 585.

güçlü gerekçelerden biri Parti'nin Osmanlı Devleti'ndeki "millet" sistemini getirerek her dinî cemaatin iç işlerini kendisinin düzenlemesine bırakırken devlet işlerine katılma yetkisini sadece hâkim Sünnî çoğunluğa tanımaya çalışmasına yönelmiştir. Siyasi iktidarı nüfusun önemli bir kesiminin katılımına kapatmanın demokratik sisteme yönelik en temel tehlikelerden biri olduğu açıktır.²¹⁶ Daire de bu hususta yaptığı incelemede Parti'nin önerdiği çok hukuklu sistemin bireylere kamu ve özel hukukun her alanında dinlerine göre ayrı davranılmasının ayırıcılık yasağına aykırılık teşkil edeceğini ve çeşitli dinlerle inançlar arasında huzur ve hoşgörüyü dayanan toplumun çıkarlarına aykırı olduğuna hükmetmiştir.²¹⁷ Daire Şariat'a yönelik yaptığı değerlendirmedeyse bu öğretilde siyasi hayatta çoğulculuğa yer verilmediğini, Sözleşme bir bütün olarak ele alındığında demokrasinin temel değerleriyle bağdaşmadığını ve birinin kadınların hukuki statüsüne ilişkin kuralları veya bütün kamusal ve özel yaşamın dinsel kaidelerle düzenlenmesi yönleriyle Sözleşme'nin temel değerlerinden açıkça ayrılan Şariat'ı destekleyip aynı zamanda demokrasiye ve insan haklarına bağlı olmasının imkansız olduğunu ifade etmiştir.²¹⁸

AIHM bütün bu tespitlerine dayanarak başvuru Parti'nin örgütlenme özgürlüğünün ihlal edilmediğini tespit ettikten sonra yönteminin ikinci aşaması olan 17. maddenin uygulanmasının gerekli olup olmadığı sorusuna artık cevap vermesinin gerekmediğini belirtmiştir.²¹⁹ Zira AIHM'in güncel yaklaşımında, mantıksal olarak da hakka getirilen sınırlamanın Sözleşme'ye uygun olduğunu saptadıktan sonra 17. maddenin uygulanabilir olduğunu veya olmadığını tespit etmenin pratik olarak sonuca herhangi bir etkisi olmayacaktır. Ancak AIHM benimsediği metodun bir sonucu olarak iç hukuktaki mahkeme AYM'nin diğer gerekçelerin yanında AIHS'in 17. maddesine dayandığı bir dosyada iç hukuk mahkemesinin yorumuna ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır.

AIHM'in, 2012 yılında verdiği *Staatkundig Gereformeerde Partij / Hollanda*²²⁰ kararının konusu dinsel inançları nedeniyle kadınların seçme ve seçilme hakkını reddeden ve erkekle kadın eşit olsa da kadının erkeğe tabî olduğuna inanan bir siyasal partiyle ilgilidir. Hollanda mahkemelerince partinin bu tutumu nedeniyle eşitlik ilkesini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Parti bu karara karşı yaptığı başvuruda

²¹⁶ Samuel Issacharoff, "Fragile Democracies", *Harvard Law Review*, C. 120, S. 6, 2007, s. 1465.

²¹⁷ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, ECtHR 31 Temmuz 2001 paragraf 70.

²¹⁸ a.g.e., par. 72.

²¹⁹ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, ECtHR [GC] 13 Şubat 2003 paragraf 137.

²²⁰ *Staatkundig Gereformeerde Partij v. the Netherlands* (déc.), 58369/10 (ECtHR 10 Temmuz 2012).

örgütlenme, inanç ve ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, Sözleşme'nin Başlangıç'ında demokrasiye yapılan ithafa ve demokrasinin Sözleşme'nin yaşayabileceği tek rejim olduğu yönündeki değerlendirmesine yaptığı atıftan sonra siyasal partilerin amaçlarını sürdürürken uymaları gereken iki şarta dair içtihadını tekrarlamıştır.²²¹ Cinsiyet eşitliğinin Avrupa Konseyi'ne üye devletler için temel hedeflerden biri olduğunu ve ilgili Parti'nin seçme ve seçilme hakkına yönelik olarak cinsiyet temelinde yaptığı ayrımın Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayırimcılık yasağıyla 1 numaralı Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen seçme hakkına aykırı olduğunu belirterek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.²²² Bununla birlikte; demokrasinin temelleriyle bağdaşmazlık bakımından Refah Partisi'nin güttüğü politikayla benzer bir politika güden başvuruçuların durumu ve özellikle demokrasiye yönelik atıflarıyla kararın gerekçesi 17. maddenin tartışılması için elverişli bir zemin sunsa da madde kararın hiçbir yerinde gündeme gelmemiştir.

ii. Eşitlik ilkesine aykırı kullanım (dışlayıcı kötüye kullanma)

Dışlayıcı kötüye kullanma ise özgürlükleri ortadan kaldırma amacından ziyade eşitlik ilkesine bir saldırı içermektedir. Politik kötüye kullanmada hak ve özgürlükler herkes için ortadan kaldırılırken dışlayıcı kötüye kullanma bazı gruplara hak ve özgürlükleri tanımamaktadır. Dışlayıcı kötüye kullanma Sözleşme'nin koruduğu hakların herkes için tanındığı fikrini reddetmekte ve bazı grup insanları bazı hakların öznesi olmaktan dışlamak istemektedir. Mahkeme hakkın bu şekilde kullanımını Sözleşme'nin koruması dışında bırakmakla demokratik toplumun temel değerleri olarak nitelediği çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörünün²²³ sadece devletlerin değil hak ve özgürlüklerden yararlanacak bireylerin de uyması gereken ilkeler olduğunu kabul etmektedir. Hakkın dışlayıcı kötüye kullanımı ise kendini nefret söylemi ve nefret söyleminin özel bir biçimi olarak kabul edebileceğimiz Holokost inkârında göstermektedir.²²⁴ Mahkeme de, 17. maddeyi totaliter tehditlerden ziyade ağırlıklı olarak ırkçılık ve yabancı düşmanlığı ile ilgili konularda

²²¹ a.g.e., par. 70-71.

²²² a.g.e., par. 72-78.

²²³ Handyside v. Birleşik Krallık, B. No: 5493/72 (AİHM 07 Aralık 1976).

²²⁴ Wagrاندl, "The Prohibition to Abuse One's Human Rights", ss. 586-87.

doğrudan uygulamaktadır.²²⁵ Dolayısıyla AİHM'in 17. maddeye ilişkin içtihadında “dışlayıcı kötüye kullanma” daha büyük yer kaplamaktadır.

(1) Herkesçe Kabul Edilen Tarihsel Gerçeklerin Yadsınması

AİHM'e göre tartışmalı düşünceler gerçeklikten kopmadığı sürece Sözleşme'nin korumasından yararlanmaktadır.²²⁶ Mahkeme, mümkün olduğunca tarihsel meseleler hakkında fikir bildirmekten kaçınmaya çalışmaktadır. Mahkemeye göre tarihsel gerçeği araştırma ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır ve tarihsel olayların yorumlanması kendisinin işi değildir.²²⁷ Buna rağmen Mahkeme bazı olay ve olguları tarihsel gerçek olarak kabul edebilmekte ve gerekçesini bu gerçeklere dayandırabilmektedir.²²⁸ Mahkeme, özellikle ifade özgürlüğü bağlamında Holokost gibi “açıkça sabit tarihsel gerçekler” kategorisi bulunduğunu belirtmektedir. Bunların inkârı veya revizyonu ise 17. madde aracılığıyla ifade özgürlüğünün korumasının dışında kalmaktadır.²²⁹ AİHM, Holokost inkârına karşı 17. madde bağlamında; ırkçı söylem veya nefret söylemi gibi bu başlık altında değerlendirdiği durumlara göre daha yüksek bir koruma standardı sağlamaktadır.²³⁰ Mahkeme'nin bu konuda ölçüyü kaçırmamasının ve önüne gelen başvuruları tarihsel değerlendirmeleri esas alarak çözmesinin yaratacağı en büyük tehlike Mahkeme'nin kendisini “halkların tarihinin hakemi” rolü içinde debelenirken bulması olacaktır.²³¹

Mahkeme'nin Holokost dışında bu nitelikte değerlendirdiği başka bir tarihsel gerçek henüz bulunmamaktadır.²³² Bu nedenle şimdilik hakkın kötüye kullanılması yollarına ilişkin bu kategorinin Holokost inkârı olarak adlandırılması daha yerinde olabilir. Ancak Mahkeme'nin böyle bir kategori tanımında bulunması, inkârı Sözleşme'nin korumasından yararlanamayacak başka tarihsel gerçeklere de kapıyı

²²⁵ Oya Boyar, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013, s. 86.

²²⁶ *Guinewski v. France*, 64016/00 (ECtHR 31 Ocak 2006).

²²⁷ *Chauvy and Others v. France*, 64915/01 (ECtHR 29 Haziran 2004); *Monnat v. Switzerland*, 73604/01 (ECtHR 21 Eylül 2006).

²²⁸ *Zdanoka v. Letonya* paragraf 96; *Savickis and Others v. Latvia*, 49270/11 (ECtHR [GC] 09 Haziran 2022).

²²⁹ *Garaudy v. Fransa*, B. No: 65831/01 (AİHM 24 Haziran 2003).

²³⁰ David Keane, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 25, S. 4, 2007, s. 642, doi:10.1177/016934410702500404.

²³¹ Paolo Lobba, “Testing the ‘Uniqueness’: Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights”, **Law and Memory**, ed. Uladzislau Belavusau, Aleksandra Gliszczyńska-Grabias, Cambridge University Press, 2017, s. 3, doi:10.1017/9781316986172.006.

²³² Laurent Pech, “The Law of Holocaust Denial in Europe”, **Genocide Denials and the Law**, ed. Ludovic Hennebel, Thomas Hochmann, Oxford University Press, 2011, s. 36, doi:10.1093/acprof:oso/9780199738922.003.0007.

açık tutmaktadır. Tarihsel revizyonizm ve bu bağlamda özellikle Holokost inkârı bir başka hakkın kötüye kullanılması yolu teşkil eden ırkçılık ve anti-semitizm ile yakın ilişki içindedir. Holokost inkârının Sözleşme koruması dışında bırakılmasının ardında yatan başlıca amaçlardan birinin ciddi insan hakkı ihlallerinin mağduru olmuş kişilerin onur ve haysiyetini korumak olduğu söylenebilir.²³³ AİHM’ce kullanılmasındaki sıklık “herkesçe kabul edilen tarihsel gerçeklerin reddedilmesi”ni ayrı bir kategori olarak ele almayı gerektirmektedir. Daha da önemlisi, AİHM’in bu yolda verdiği kararları ırkçılık veya anti-semitizmden ziyade –yine bu tonlara atıf yapsa da- herkesçe kabul edilen tarihsel gerçeklerin reddedilmesine dayandırmasıdır.

Holokost inkârının Sözleşme’nin korumasından yararlanamaması, Holokost inkârının anti-Semitizm veya nasyonal sosyalizm ile çok yakın ilişki içinde olması ve Holokost inkârcılarının niyetlerinin tarihsel gerçeği aramak olmamasıyla açıklanmaktadır.²³⁴ Kanaatimizce Holokost inkârının Sözleşme kapsamı dışında bırakılması, AİHM’nin yarattığı “tarihsel revizyonizm” kategorisi kapsamında tarihsel gerçeklere aykırı bulunduğu için değil, nefret söylemi ile daha yakın bir ilişki içinde olduğu için 17. maddenin amacına daha uygun düşer. Böylece, tarihsel revizyonizme göre daha açık ve yerleşmiş bir kavram olan “nefret söylemi” altında yapılacak değerlendirmeye ifade sahibinin niyetine daha fazla önem verilmesi sağlanabilirdi.²³⁵ Faşist partilerin demokrasi üzerinde yarattığı tehdidin daha yüksek olmasına rağmen, 17. madde Holokost inkârında daha ağır şekilde uygulanmaktadır.²³⁶ Özellikle ifade özgürlüğü bağlamında AİHM; istikrarlı olarak Holokost’un veya Holokost’la ilgili çeşitli yönlerin inkârını da içeren anti-semitik söylemlerin ifade özgürlüğünün korumasından ya hiç yararlanmadığını ya da çok az yararlandığını ifade etmektedir.²³⁷ Holokost inkârı, Mahkeme’nin içtihadında çoğunlukla kendiliğinden hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir.

2007’de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Holokost inkârını kınayan ve üye devletleri “tarihsel bir olay olarak Holokost’un kısmen veya tamamen reddedilmesini

²³³ P. Lobba, “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime”, *European Journal of International Law*, C. 26, S. 1, 2015, s. 246, doi:10.1093/ejil/chv003.

²³⁴ Wagrاندl, “The Prohibition to Abuse One’s Human Rights”, ss. 588-589 vd.

²³⁵ Holokost inkârının tarih bilimine dahil bir tartışmaya yönelik bir ifade olmadığını, politik ve kuvvetle muhtemel nefret söylemi teşkil eden bir ifade olduğunu savunan bir çalışma için bkz; Robert Eaglestone, *Postmodernizm ve Holocaust’un İnkâr Edilmesi*, çev. Ebru Kılıç, Everest Yayınları, 2002, s. 60 vd.

²³⁶ Wagrاندl, “The Prohibition to Abuse One’s Human Rights”, s. 585.

²³⁷ Behar and Gutman v. Bulgaria, 29335/13 (ECtHR 16 Şubat 2021).

veya bu amaca yönelik eylemleri reddetmeye” teşvik eden bir karar²³⁸ çıkarmıştır. 2007 yılında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de üye devletleri soykırım suçunun, savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların inkârı, meşrulaştırılması, övülmesi veya önemsizleştirilmesini suç olarak düzenlemeye davet etmiştir.²³⁹ BM, Ocak 2022’de üye devletleri Holokost konusunda eğitim programları oluşturmaya, sosyal medya şirketlerini ise anti-semitizm ve Holokost inkârı konusunda etkili önlemler almaya çağırmıştır. Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve BM bünyesinde hazırlanan bildirilerin ardından birçok Avrupa ülkesinde Holokost inkârının çeşitli biçimlerde ceza konusu edildiği görülmektedir.

Holokost inkârına ilişkin AİHM’in yaklaşımı kronolojik olarak üç aşamalı bir süreç izlemiştir.²⁴⁰ İlk aşamada 17. madde gündeme gelmemektedir. Bu aşamada Komisyon, Holokost inkârına ilişkin başvuruları ifade özgürlüğüne yönelik kurallar çerçevesinde 10. madde altında ele almaktadır. Bu dönemde Komisyon; II. Dünya Savaşı döneminde öldürülen Yahudi sayısının abartıldığı ve Holokost’un “Siyonist dalaveresi” olduğu hakkında broşürler dağıtan başvurunun beyanlarının tarihsel gerçeklere aykırı olmasını müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olduğu yönünde bir ibare olarak değerlendirmiştir.²⁴¹ Kararın hiçbir yerinde 17. maddeye değinilmemiştir. Komisyon’la karşılaştırıldığında Mahkeme’nin konuya ilişkin yaklaşımı daha katıdır. Mahkeme genellikle 17. maddeyi doğrudan uygularken Komisyon sıklıkla hakka ilişkin değerlendirmesi sırasında maddeden yararlanmaktadır. Örneğin *Marais*²⁴² kararında Komisyon Yahudilerin öldürülmesi için gaz çemberlerinin kullanıldığı iddiasını sorguladığı yazıları dolayısıyla cezalandırılan başvurunun iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulurken üç aşamalı testi değerlendirmesini derinleştirmese de bir ölçüde uygulamıştır. Hukuki bir temele ve meşru amaca sahip olduğunu tespit ettiği müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olup olmadığını değerlendirirken 17. maddeden yararlanmış ve başvurunun ifade hürriyetini Sözleşme’nin ruhuna ve sözüne aykırı amaçlarla kullandığı gerekçesiyle başvurucuyu mâhkum etmek için yeterli ve ilgili nedenlerin oluştuğuna hükmetmiştir. Üçüncü aşamada ise AİHM’in Holokost inkârı ile ilgili

²³⁸ “Holokost İnkârına Yönelik BM Kararı”, t.y.

²³⁹ “Avrupa’da Anti-Semitizm ile Mücadele”, Strasbourg, 27.06.2007.

²⁴⁰ Lobba, “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights”, ss. 240-41.

²⁴¹ X. v. Federal Republic of Germany (déc.), 9235/81 (EComHR 16 Temmuz 1982); anti-semitist ifadelerle ilgili olan ancak yine 17. maddeden bahsedilmeden ifade özgürlüğü bağlamında incelenen bir başvuru için bkz. Lowes v. the United Kingdom (déc.), 13214/87 (EComHR 09 Aralık 1988).

²⁴² Marais v. France (déc.), 31159/96 (EComHR 24 Haziran 1996).

başvurularda daha katı bir tavır aldığını görülmektedir. Bunun ardında yatan nedenin 90'larda AİHM'in karşısına Holokost'un inkârı, önemsizleştirilmesi veya küçümsenmesi ile ilgili çok fazla başvurunun gelmesi olduğu ileri sürülmektedir. Bu aşamada, başvurucunun Holokost inkârında bulunduğu tespit edilirse 17. madde doğrudan uygulanmakta ve başvuru bağlamı (*context*) ele alınmadan içerik (*content*) temelli bir değerlendirmeye konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilmez bulunmaktadır. Tarihsel revizyonizm de bu aşamada, 17. maddenin uygulanmasını gerektiren ve bu yöndeki ifadeleri Sözleşme'nin koruma alanı kapsamından çıkaran bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. AİHM, ilk defa bu noktaya parmak bastığı *Lehideux ve Isorni* kararında "açıkça sabit tarihsel gerçekler"e tek örnek olarak Holokost'u vermiştir.²⁴³

AİHM'in Holokost inkârı konusunda en bilinen kararı *Garaudy / Fransa* kararıdır.²⁴⁴ Başvurucu Roger Garaudy, *Les Mythes Fondateurs de la Politique Israélienne*²⁴⁵ kitabında Nazilerce Yahudilere karşı işlenen suçların gerçekliğini tartışmaya açmakta ve Holokost ile gaz odalarının kullanımını "mit" olarak nitelendirmektedir. Başvurucu kitabı nedeniyle insanlığa karşı suçları inkâr etmek gibi çeşitli suçlardan mâhkum edilmiştir. Kitabında, Nazilerce işlenen suçları veya bu suçların insanlığa karşı suç niteliğini reddetmediğini, İsrail Devleti'nin Siyonist politikalarını eleştirdiğini ve ifade özgürlüğüne haksız bir müdahalede bulunulduğunu ileri süren başvurucunun başvurusu 17. maddenin "giyotin etkisi"yle karşılaşmıştır. Mahkeme'ye göre başvurucunun ifadeleri Siyonizmin eleştirisi ile sınırlı kalmamıştır. Sistematik olarak Nazilerce insanlığa karşı işlenen suçlar reddedilmiştir. Nazi yanlısı bir politikanın meşrulaştırılması –Sözleşme'nin temelini oluşturan değerlere karşı diğer ifadeler gibi- ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamaz. Başvurucunun ifadeleri de **belirgin biçimde revizyonist olduğundan** barış ve adalet gibi Sözleşme'nin Başlangıç kısmında belirtilen temel değerlerine aykırıdır. Dolayısıyla başvuru ifade hürriyetini amacına aykırı kullanmıştır. Yine bu tipte bir tarihsel gerçeğin inkârı veya yeniden yazılması, ırkçılık ve anti-Semitizmle mücadeleyi destekleyen Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı görülmüştür. Böylece; anti-Semitizmle mücadele ırkçılıkla mücadele gibi

²⁴³ *Lehideux and Isorni v. France* paragraf 47.

²⁴⁴ *Garaudy v. Fransa*.

²⁴⁵ Kitap Türkçe'ye çevrilmiştir: Roger Garaudy, **İsrail Mitler ve Terör**, çev. Cemal Aydın, Timaş Yayınları, 2019.

Sözleşme'nin temel değerleriyle ilişkilendirilmiştir. Bu gerekçelendirmeden hareketle AİHM, başvuruyu konu bakımından yetkisiz bulmuştur.

AİHM, Holokost inkârıyla ilgili tutumunu katılaştırdığı gibi Holokost inkârıyla ilgili olarak 17. maddenin yorumunu da genişletmiştir. Bu bağlamda *Witzsch* kararı ifade hürriyetinin kötüye kullanılması yollarının genişliği bakımından ilginç bir örnek teşkil etmektedir. *Witzsch* kararında AİHM, yazdığı özel bir mektupta Holokost'u veya gaz odalarını inkâr etmeyen ancak Hitler'in ve NSAİP'in bu eylemlerdeki sorumluluğunu reddeden başvurunun ifadelerini 17. madde kapsamında görmüştür.²⁴⁶ Zira Mahkeme'ye göre, Hitler ve partisinin Yahudilerin topluca katledilmesini planladığı ve organize ettiği de bunlar kadar önemli ve açık gerçeklerdir. İlgili ifadelerin kamuya açık olmadığı ve başvurunun yazmış olduğu özel bir mektupta yer alması da Mahkeme için sonuçla ilgisizdir.²⁴⁷

Mahkeme bir başka kararıdaysa²⁴⁸ Fransa'da iyi bilinen bir “inkârcı”yı sahneye davet edip skecinde Holokost ve Yahudiler ile ilgili kaba ve duyarsız espriler yapan başvurunun ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre “şimdiye kadar 17. madde yorum gerektirmeyecek derecede açık ve doğrudan ifadeler için uygulanmış olsa da sanatsal bir üretim kisvesine bürünmüş nefret dolu ve anti-semitik bir pozisyonun bariz bir şekilde sergilenmesi, tam teşekküllü ve keskin bir saldırı kadar tehlikelidir.”²⁴⁹ AİHM'in Holokost inkârı konusunda benimsediği tutumun sonuç verdiği ve Holokost inkârcılarını –en azından AİHM'e başvurmadan- caydırdığı ileri sürülmektedir.²⁵⁰

Ancak hangi yaklaşım biçimi benimsenirse benimsensin Holokost inkârını ilgilendiren başvurularda sonuç değişmemektedir. Holokost inkârı ile ilgili başvurular – başvurunun eyleminin inkâr oluşturduğu tespit edilirse – kabul edilemez bulunmaktadır.²⁵¹

AİHM'in Holokost inkârı konusundaki yaklaşımı “ispat yükü” kavramı üzerinden bir benzetmeyle de açıklanmaktadır. Buna göre; ifade hürriyeti ile eşitlik ilkesi arasında bir uyumsuzluk olduğunda meselenin denklemin iki yanındaki

²⁴⁶ *Witzsch v. Germany* (déc.), 7485/03 (ECtHR 13 Aralık 2005).

²⁴⁷ *Morree, Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 35.

²⁴⁸ *M'bala M'bala v. France* (déc.), 25239/13 (ECtHR 20 Ekim 2015).

²⁴⁹ a.g.e., par. 40.

²⁵⁰ *Wagrandl*, “The Prohibition to Abuse One's Human Rights”, s. 590.

²⁵¹ *Lobba*, “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights”, s. 239.

değişken arasında dengeleme yapılarak çözülmesi gerekmektedir. Ancak Mahkeme, böyle bir mesele söz konusu olduğunda eşitlik lehine bir karine tesis etmektedir ve ispat yükünü ifade hürriyetine yüklemektedir. Dolayısıyla da ifade hürriyetinin eşitlik ilkesinden daha fazla korunabilmesi için daha yüksek bir ispat standardı aranmaktadır. Ancak konu Holokost inkârı olduğundaysa bu karinenin çürütülmesi mümkün olmamaktadır. Aşağıda görüleceği üzere bu durumun, ırkçı söylemler veya nefret söylemleri için geçerli olmadığı ileri sürülmektedir.²⁵²

Mahkeme, Nazilerle işbirliği içindeki Vichy Fransa'sında devlet başkanı olan ve Savaş sonrasında vatan hainliğinden hüküm giyen Mareşal Petain'in Nazilerle işbirliği yapmadığının, şartların gerektirdiği ölçüde Müttefiklerin zaferi için çalıştığının iddia edilmesini 17. madde kapsamında görmemiştir. Zira, AİHM'e göre başvurucular Nazi vahşetlerini ve barbarlığını onaylamadıklarını açıkça belirtmiştir. Başvurucuların hedefi, ulusal kahraman olarak gördükleri Petain hakkında verilmiş kararın düzeltilmesi ve mareşalin yeniden yargılanmasıdır.²⁵³ AİHM, olayların üzerinden geçen zamanı da kararında dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucuların ifadeleri eski tartışmaları tekrar açabilecek ve geçmişteki acıların anısını geri getirebilecek nitelikte olsa da kararın verildiği zamanda bu olayların üzerinden 40 yıl geçmiştir. Dolayısıyla bu ifadeleri 20-30 yıl önceki kadar ağır biçimde karşılamamak gerekmektedir. AİHM, her ülkenin kendi tarihini tarafsız ve açık biçimde tartışabileceğini ve demokratik toplumun rahatsız edici ifadeleri de koruduğunu hatırlatmıştır.²⁵⁴ Karara karşı oy yazan 5 yargıçsa AİHM'e göre olaylarla ve ülkenin şartlarıyla daha yakın bir ilişki içinde oldukları için ne tür ifadelerin 17. madde kapsamında görüldüğünün belirlenmesinde ulusal makamlara daha fazla takdir payı bırakılmasını savunmuştur.

AİHM'in aksinin inkâr edilmesinin Sözleşme'nin koruma alanı dışında kaldığı bir "açıkça kabul edilmiş tarihsel gerçekler" kategorisi yaratması ve Avrupa devletlerinin özel olarak bazı olayların veya genel olarak insanlığa karşı suçların inkârının reddedilmesi gibi suçlar ihdas etmesi, devletlere oluşturdukları "resmî tarih" politikasının aksine görüşler ileri sürülmesini cezalandırma imkanı verdiği için eleştirilmektedir. AİHM, böyle bir durumla karşılaşmış ve 17. maddenin resmi tarihe

²⁵² Keane, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", s. 661.

²⁵³ Lehideux and Isorni v. France paragraf 53.

²⁵⁴ a.g.e., par. 56.

karşı çıkanların susturulmasının karşısında konum almıştır.²⁵⁵ *Fatullayev* kararında, başvuru Hocalı katliamına ilişkin olarak Azeri makamlarınca genellikle kabul edilenden farklı görüşler ileri sürmüştür. Bölgeye yaptığı ziyaretin ardından başvuru, Ermenistan askerlerinin Azeri sivillerin bölgeyi terk etmesi için insani koridorlar açtığını ve sivillere bölgeden ayrılmaları için hoparlörlerle duyurular yapıldığını; öldürülen sivillerin bazılarının ise koridoru kullanırken Azeri askerlerince açılan ateş nedeniyle hayatını kaybettiğini ileri sürmüştür.²⁵⁶ Başvuru ifadeleri nedeniyle hakaret suçundan cezalandırılmıştır. Azerbaycan hükümeti başvuru ifadelerinin 17. madde kapsamında kaldığını iddia etmiştir. Hükümete göre, başvuru ifadeleri Holokost'un veya gaz çemberlerinin gerçekliğini reddetmekle benzerdir ve katliamdan hayatta kalanların itibarlarının korunması başvuru revizyonist nitelikteki ifadelerinin korunmasına ağır basmaktadır.²⁵⁷ AİHM, ise başvuru ifadeleriyle Holokost inkârcılarının ifadeleri arasında benzerlik olduğu iddiasını reddetmiştir. AİHM'e göre, başvuru görüşleri devam eden bir tartışmayla ilgilidir. Başvuru, tartışmaya ilişkin görüşlerden birine katkı sunmuş, bunu yaparken olayın suçlularını aklamaya çalışmamış ve mağdurlarını hor gören bir tutum sergilememiştir. Bu gerekçelere dayanan AİHM, hükümetin başvuru ifade hürriyetini kötüye kullandığı iddiasını reddetmiştir.²⁵⁸ AİHM, bu kararıyla Hocalı katliamına ilişkin olarak Azeri hükümetinin yorumunu "açıkça kabul edilmiş bir tarihi gerçek" olarak görmediğini ortaya koymuştur.

*Perinçek kararı*²⁵⁹, Ermeni soykırımı iddiasının bu nitelikte değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu yanıtlamıştır. Doğu Perinçek, 1915 Ermeni olaylarının "soykırım" olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki beyanları dolayısıyla İsviçre'de insanlığa karşı suçların ırkçı saiklerle inkârı suçundan hüküm giymiştir. İsviçre Federal Mahkemesi kararında, ilgili suçun Holokost'a özgü olmadığını, diğer soykırımları da kapsadığını belirtmiştir. 1915 olaylarının soykırım olarak kabul edilmesi konusunda özellikle akademisyenler arasında genel bir konsensus bulunduğunu dolayısıyla başvuru konuya ilişkin yeni bir tartışma açmasına izin vermemekte ilk derece mahkemelerinin haklı olduğunu ifade etmiştir.²⁶⁰ AİHM, başvuru ifadelerinin 17. madde kapsamında kalıp kalmadığını incelerken

²⁵⁵ Wagrاندl, "The Prohibition to Abuse One's Human Rights", s. 589.

²⁵⁶ *Fatullayev v. Azerbaijan*, 40984/07 (ECtHR 22 Nisan 2010).

²⁵⁷ a.g.e., par. 68.

²⁵⁸ a.g.e., par. 81.

²⁵⁹ *Perinçek v. Switzerland*, 27510/08 (ECtHR [GC] 15 Ekim 2015).

²⁶⁰ a.g.e., par. 25.

maddenin istisnai niteliğine vurgu yapmıştır. Buna göre 17. madde ancak ifade özgürlüğü açıkça Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı amaçlar için kullanılarak amacından saptırıldığında gündeme gelecektir. Başvurucunun ifadelerinin bağlamını oldukça detaylı bir biçimde inceleyen Büyük Daire, ifadelerin kamusal bir tartışmaya katkı sağlamasını, ifadelerle olayların geçtiği zaman aralığını, tarihsel olayların inkârı konusunda taraf devletler arasında görüş birliği olmadığını, coğrafi ve tarihsel olarak İsviçre ile 1915 olayları arasında doğrudan bir bağlantı olmadığını ve en önemlisi başvurucunun ifadelerinde nefrete ve şiddete çağrıda bulunmadığı ile ifadeler sonrasında böyle olayların görülmediğini dikkate alan AİHM; başvuruda 17. maddenin uygulanabilir olmadığına ve başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁶¹ Bu sayılanlar dışında, Srebrenica gibi WWII'den daha yakın tarihli katliamlar için bu maddenin uygulanıp uygulanmayacağı ise hâlâ belirsizdir.²⁶² Yine, Holokost gibi soykırım olduğu mahkeme kararıyla sabit olan Ruanda katliamının “açıkça sabit tarihsel gerçek” kategorisine girip girmediği sınınamamıştır.

Holokost inkârı, 17. maddenin istisnai konumu içinde ayrı bir istisna teşkil etmektedir. Bu kategori, AİHM'in hakkın kötüye kullanımı yolu olarak gördüğü durumlar içinde değerlendirmesini bağlamdan en kopuk ele aldığı kategoridir. Mahkeme, önüne gelen başvuruda Holokost inkârı teşkil eden ifadeler bulunduğunu tespit ettiğinde diğer başvurular için yaptığı her davayı özelliklerine göre inceleme usulünü terk etmekte ve başvuruyu kabul edilemez bulmaktadır. Böyle bir yaklaşım, özellikle müdahalenin ölçülülüğü gibi diğer faktörlerin incelenmesine izin vermemektedir. Kısacası, Holokost inkârında terazinin kefi ifade özgürlüğünün aleyhine ağırlaştırılmaktadır. Bu eğilimin AİHM'in tarihsel revizyonizm anlayışının Holokost'u aşacak şekilde genişlemesi halinde ifade hürriyeti bakımından büyük sorunlar yaratacağı ileri sürülmektedir.²⁶³

AİHM'in “açıkça sabit tarihsel gerçekler” kategorisinin Holokost'u aşıp aşmayacağı –yahut aşmasının gerekip gerekmediği- başka bir tartışmalı konudur. *Janowiec* kararında AİHM'in Holokost gibi insanlığa karşı suçlar karşısında kararlı duruşunu vurgulamasının “tarihsel revizyonizm” kategorisini genişletme eğilimine bir işaret olduğu ileri sürülmüştür. Özellikle Holokost inkârının Sözleşme kapsamı

²⁶¹ a.g.e., par. 226-282.

²⁶² Buyse, “Contested contours”, ss. 205-6.

²⁶³ Lobba, “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights”, ss. 248-49.

dışında bırakılması, tarihsel gerçeklerden ve Holokost'un Nazizmle ilişkisinden doğmuşken diğer uluslararası suçların da 17. madde kapsamında görülmesinin ardında AİHM'in ortak değerler üzerine inşa edilmiş bir Avrupalı kimliği oluşturma amacını güdebileceği ifade edilmektedir.²⁶⁴ Zira, Holokost inkârı 17. maddenin ilk amacı olan totalitarizmle ve totaliter bir ideoloji olan Nazizm'le mücadeleyle de Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları ile de yakından ilgilidir. Diğer uluslararası suçların da bu kapsama alınması ise AİHM'in 17. maddeyi Sözleşme'nin değerlerini koruma amacıyla yüklemesinin ve diğer insanların haklarına saygı duyulması ilkesini koruma niyetinin bir sonucu olacaktır. Biz böyle bir ihtimalin yakın görüldüğü görüşüne katılmıyoruz. Özellikle *Perinçek* kararı kanaatimizce -1915 olaylarının ne şekilde nitelendirildiğinden bağımsız olarak- bunun aksini göstermektedir. Bu kararda Holokost inkârıyla ilgili başvurularda aranmayan bir unsur olarak başvurucunun ifadelerinin şiddete veya nefrete teşvik içerip içermediği denetlenmiştir. Böylece AİHM'in tarihsel revizyonizm konusunda Holokost ile diğer tarihsel olaylar konusunda bir ayırım gözettiğini düşünüyoruz.

Holokost'un diğer insanlık vahşetleri karşısında özgün bir niteliğe sahip olup olmadığı ve AİHM'in Holokost ile diğer tarihsel olaylar arasında ayırım gözetmekte haklı olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. *Perinçek* kararına karşı oy yazan kimi yargıçlar bu soruyu sormuştur. Öğretide de çizginin neden Holokost'tan çekildiği sorgulanmış ve eleştirilmiştir.²⁶⁵ Holokost'un özgün konumu²⁶⁶ için kanaatimizce şu argümanlar ileri sürülebilir. Holokost inkârı, Anti-semitizm içkin durumdadır. Dolayısıyla diğer insanlığa karşı suçların inkârı konusunda AİHM; nefret söylemi, şiddete teşvik gibi unsurları araştırırken Holokost inkârında bunların kendiliğinden bulunduğunu varsaymaktadır. İkincisi, "tarihsel revizyonizm" başlığı altında gündeme gelen diğer vahşetlerin coğrafi olarak görece darlığına karşın Anti-semitizm tarih boyunca teolojik sebeplerle başta Doğu Avrupa olmak üzere Avrupa'nın birçok yerinde görülmüş bir olgudur.²⁶⁷ Yine diğer vahşetlere göre daha köklüdür.²⁶⁸ Coğrafi ve tarihsel çaptaki bu farklılıkların anti-semitizmin bir unsuru

²⁶⁴ a.g.e., s. 250.

²⁶⁵ Buyse, "Contested contours", ss. 205-6.

²⁶⁶ Holokost'un "özgün" niteliğini tartışan ve savunan bir çalışma için bkz. Avishai Margalit, Gabriel Motzkin, "The Uniqueness of the Holocaust", **Philosophy & Public Affairs**, C. 25, S. 1, 1996, ss. 65-83.

²⁶⁷ Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, ss. 250-51.

²⁶⁸ Arendt, modern anti-Semitizmin başlangıcını 19. yüzyılın başına kadar götürmektedir. bkz. Hannah Arendt, **Totalitarizmin Kaynakları 1 / Antisemitizm**, çev. Bahadır Sina Şener, İletişim Yayınları, 2009, s. 65; Arendt, *Totalitarizmin Kaynakları 3 / Totalitarizm*, ss. 114-16. Anti-semitizmi

olan Holokost inkârına karşı daha geniş coğrafyada ve daha sert tepkilerin alınmasını gerektirdiği düşünülebilir. Son olarak; AİHS'in II. Dünya Savaşı'nın özellikle Nazizm'in yarattığı insanlık trajedilerine tepki olarak oluşturulması nedeniyle Sözleşme'nin doğumuna eşlik eden koşulların Holokost'a ayrı bir konum kazandırdığı savunulabilir. II. Dünya Savaşı sonrası insan haklarına dayalı yeni dünya düzeninin Holokost'tan radikal bir kopuş fikrine dayandığı söylenebilir.²⁶⁹ Ancak bu görüşlerin özellikle ikinci görüşün doğal sonucu AİHM'in Nazi suçlarının görülmediği, Holokost ile ilgisi olmayan ülkelerde bu müsamaha göstermez tutumu sürdürmemesi gerektiği olacaktır.²⁷⁰ Holokost inkârına ilişkin AİHM'in içtihadının uygulandığı başvurulardaki -bu yönde bir başvurunun AİHM önüne gelmesi için ilgili ülkede Holokost inkârının bir şekilde cezalandırılması gerektiğini unutmadan- taraf devletlere bakıldığında AİHM'in de bu yaklaşımı takip ettiği düşünülebilir. Ancak amaç, AİHM'in Holokost inkârı içtihadını genişletmesini ve tarihsel mevzularda hakem görevini üstlenmesini önlemekse bu görüşün de kesin çözüm oluşturacağını söylemek mümkün değildir. II. Dünya Savaşı döneminde anti-semitik unsurlar içeren uygulamalara giriştiği savunulamayacak Avrupa ülkesi sayısı az değildir. Örneğin Türkiye'de bu dönemde uygulanan varlık vergisinin bu nitelikte olup olmadığı tartışılmaktadır.²⁷¹ Dolayısıyla AİHM'in Holokost inkârının kapsamını genişletme eğilimi eninde sonunda tarihsel konularda tartışmalı biçimde söz söyleyici olmasına yol açacaktır. İkinci bir eleştiri olaraksa; diğer katliamlar için üzerinden geçen zaman, kamusal tartışmaya katkı gibi faktörler 17. maddenin uygulanmaması için sebepler olarak görülüyorken AİHM'in bu uygulamasıyla Holokost inkârını asla atlatılamayacak bir travma olarak "dondurduğu" söylenebilir. Bu bağlamda; AİHM'in demokrasiyi koruma adına Holokost inkârına karşı demokrasiyi gereğinden fazla koruduğu, bunu yaparken demokratik tasavvurun

Orta Çağ'dan Holokost'a kadar tarihsel süreçte izleyen bir eser için bkz; Marvin Perry, Frederick M. Schweitzer, **Antisemitism: Myth and Hate from Antiquity to the Present**, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005, ss. 119-74.

²⁶⁹ Margalit, Motzkin, "The Uniqueness of the Holocaust", s. 81.

²⁷⁰ Sözleşme'nin uygulanmasında coğrafi farklılıklar gütmek AİHM içtihadına yabancı değildir. Bkz. Cali, "Coping with Crisis".

²⁷¹ İki ayrı görüş için bkz. Faik Ökte, **Varlık Vergisi Faciası**, İstanbul: Nebioğlu Yayınevi, 1951; Cahit Kayra, **Savaş Türkiye Varlık Vergisi**, Tarihçi Kitabevi, 2018.

kendisini ve elzem değerlerini tehlikeye attığı ileri sürülmektedir.²⁷² Yine; Holokost inkârcılarının; bu inkârın suç olarak düzenlendiği ülkelerde medya veya akademik çevre tarafından sert bir biçimde eleştirildiği, kamuoyunda büyük tepki gördükleri ifade edilerek devletin bastırıcı araçlar kullanmasının gereksiz olduğu ileri sürülmektedir.²⁷³

Sonuç olarak AİHM, ulusal makamlara Holokost inkârının cezalandırılmasında geniş bir takdir alanı bırakmaktadır. Bu konudaki başvurularda daha gevşek bir denetim gerçekleştirmekte ve davanın koşullarına bağlı bir değerlendirmedense daha yüzeysel ve kategorik bir yaklaşım takip etmektedir.

AİHM içtihadı için yapılan bu açıklamaların Türk hukuk düzeni için fazla bir önem taşıdığını ise söyleyemeyiz. Türk Ceza Kanunu, herhangi bir tarihsel olayın inkârını suç olarak düzenlemediği gibi insanlığa karşı suçlarını inkârını da cezaya konu etmemiştir. Bu nitelikte fiiller ancak TCK m. 216’da düzenlenen “halkı kin veya düşmanlığa tahrik veya aşağılama” suçu kapsamında cezalandırılabilecektir. Dolayısıyla Türkiye hakkında verilmiş “tarihsel revizyonizm” ile ilgili bir karar bulunmamaktadır. AYM’ce de bu konuyla ilgili bir karar verilmemiş olduğundan konuya ilişkin bir AYM içtihadından bahsetmek mümkün değildir.

(2) Nefret Söylemi ve Irkçılık

Nefret söylemi düzenlemeleri ifade hürriyeti ile eşitlik, insan onuru ve toplumsal huzur gibi hak ve değerler arasındaki gerilime dayalı tartışmalara konu olmaktadır. Nefret söylemi düzenlemelerinin bu denli tartışmalı bir konu olmasının nedeni ifade özgürlüğünün diğer özgürlüklere göre daha farklı konumda olmasında yatmaktadır. AİHM’in toplumun ilerlemesi ve kişinin kendini geliştirmesinin bir şartı²⁷⁴ olarak kabul ettiği ifade özgürlüğü yalnızca bir özgürlük olmanın ötesinde başka işlevler de ifa etmektedir.²⁷⁵ Diğer hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi için taşıdığı önemin yanında ifade özgürlüğü demokrasi için de

²⁷² Cannie, Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention”, ss. 81-82.

²⁷³ Eric Heinze, “Viewpoint Absolutism and Hate Speech”, *The Modern Law Review*, C. 69, S. 4, 2006, ss. 551-52.

²⁷⁴ *Lingens v. Avusturya*, B. No: 9815/82 (AİHM 08 Temmuz 1986).

²⁷⁵ Bu yönde bkz; Tolga Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı - 1 İfade Özgürlüğünün Grisi*, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2020, ss. 203-12; Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 80. aksi yönde bkz; Frederick Schauer, “On the Distinction between Speech and Action”, *SSRN Electronic Journal*, 2014, doi:10.2139/ssrn.2514453.

yaşamsal önem taşımaktadır. AİHM'e göre demokrasi ifade özgürlüğü temelinde gelişmektedir.²⁷⁶ İfade özgürlüğünü savunan, devletçe çeşitli “üstün amaçlar” uğruna getirilecek sınırlamalara karşı çıkan ve ırkçı ifadelerle “serbest fikirler pazarında” cevap verilmesi gerektiğini ileri süren görüşlerin karşısına nefret söylemi ile bu söylemin hedefinde bulunan grupların eşit vatandaşlık haklarının ve insan onurlarının ihlal edildiği, nefret söyleminin toplumsal huzur ortamını zehirlediği ve nefret söyleminin hedefi grupların toplumdan dışlanmış hissetmesi gibi çeşitli zararlara uğramasına yol açtığı ileri sürülmektedir. Bunun sonucu olarak nefret söyleminin hedef kitlesi, toplumsal yaşama katılmaktan kaçınacak veya kamusal yaşama katılırken güvence yoksunluğunu hissedecek ve daha tedirgin olacaktır.²⁷⁷ Nefret söyleminin zararı; özellikle toplumdaki zayıf ve kırılgan durumdaki grupların ihtiyaç duyduğu ortak saygı dokusuna verdiği yıkıcı etkide yatmaktadır.²⁷⁸ Bu doğrultuda, nefret söylemi yasalarına karşı çıkanların zorlayıcı ve baskıcı yasalar, savunanlarınsa ırkçılığa maruz kalan gruplar ve genel olarak toplum için yaratacağı zarar ve tehlikeler tehdidi üzerinde durduğu gözlemlenmektedir.²⁷⁹ Hattâ nefret söylemini ifade özgürlüğünü kısıtladığı, kamusal tartışmanın kapsamını daralttığı savının karşısına bu tür ifadeler azınlıkları susturmaya ve siyasal sürecin dışında bırakmayı amaçladığı için nefret söylemine getirilen sınırlamaların bu grupların kamusal tartışmalara katılmasını garanti altına almaya hizmet ettiği, dolayısıyla ifade hürriyetini güçlendirdiği görüşü ileri sürülmektedir. Yine nefret söyleminin Amerikan öğretisinde “dövüşen sözcükler” olarak nitelenen ve “açık ve yakın tehlike” doğuran ifadelerin tersine uzun vadede demokrasiye ve sosyal düzene tehlike teşkil ettiği ifade edilmektedir.²⁸⁰ Bu bağlamda tarihsel veriler ele alındığında; nefret söylemine ve toplumsal bir gruba yönelik ayırımıcı propogandaların savunulmasına göz yumulmasının bu gruplara yönelik şiddet eylemlerine ve ayırımıcı yasalara yol açmasının çok olası olduğu savunulmaktadır.²⁸¹ Bunlara ek olarak, nefret söyleminin ırkçı ve etnosantrik grupların siyasa güç kazanmasında işlevsel olabileceği iddia edilmektedir.²⁸²

²⁷⁶ Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, 25803/04, 25817/04 (ECtHR 30 Haziran 2009).

²⁷⁷ Jeremy Waldron, *Nefret Söylemindeki Zarar*, çev. Zübeyde Karadağ Thorpe, Fol Kitap, 2021, s. 187.

²⁷⁸ a.g.e., s. 190.

²⁷⁹ Daha fazlası için a.g.e., ss. 39-55.

²⁸⁰ Alexander Tsesis, “Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy”, C. 44, t.y., s. 514.

²⁸¹ a.g.e., ss. 506-11.

²⁸² a.g.e., ss. 512-13.

Aşağıda incelenecek AİHM içtihadında görüleceği üzere Avrupa bu ikilemde, “liberal bir demokrasinin kötü niyetli belirli saldırı formlarına karşı, karşılıklı saygı atmosferini korumaya yönelik pozitif bir sorumluluk alması gerektiğini söyleyen bir tavırla”²⁸³ nefret söyleminin yasaklanması lehinde konum almıştır. Bu durum bir AİHM yargıcı tarafından “Çok iyi bilinen siyasi ve tarihsel nedenlerden dolayı günümüz Avrupası’nın ABD’nin ifade özgürlüğüne tanıdığı korumayı sağlama lüksünü karşılayamayacağı” ifadesiyle dile getirilmiştir.²⁸⁴

Çeşitli temeller üzerinde nefrete teşvik ilk olarak 1952 tarihli Komünist Yugoslavya Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenmiş olup günümüzde birçok hukuk düzeninde aynı suç görülmektedir.²⁸⁵ Birçok uluslararası sözleşme ve belgede ırkçılık ve nefret söylemiyle mücadele edilmesi amaçlanmıştır. Dayanağını, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 1,2 ve 7.; AİHS’in 14., Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme’nin 2 ve 26. maddelerinde düzenlenen genel ayrımcılık yasağında bulunduğunu söyleyebileceğimiz bu belgelere örnek olarak “BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”, AK (CoE) “Bakanlar Komitesi’nin 2004 tarihli Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi”, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 97(20) sayılı Nefret Söylemi konulu Tavsiye Kararı²⁸⁶ ve Avrupa Konseyi’nin bir organı olan Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı

²⁸³ Waldron, *Nefret Söylemindeki Zarar*, s. 52.

²⁸⁴ Yargıç Yudkivska ve Yargıç Villiger’in ayrık oyu, *Vejdeland and Others v. Sweden*, 1813/07 (ECtHR 09 Şubat 2012). Kanada ve Yeni Zelanda’da belirli veya herhangi bir gruba karşı nefretin kışkırtılmasını suç olarak düzenleyen yasalar çıkarılmıştır. bkz. Waldron, *Nefret Söylemindeki Zarar*, ss. 28-29. ABD ise nefret söylemine yönelik hukuki tavır konusunda geri kalan Batı toplumlarındanık ayrılmaktadır. Anthony Lewis, **Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment**, New York; NY: BasicBooks, 2010, s. 157.

²⁸⁵ *Vejdeland and Others v. Sweden* paragraf Yargıç Zupancic karşı oyu. Yargıç Zupancic’in karşı oyunda ileri sürdüğü bu iddianın doğruluğu kuşkuludur. Örneğin *Beauharnais / Illinois* kararı incelendiğinde 1949 tarihinde Illinois eyaletinde belirli grupları ahlaksızlık, iffetsizlik veya erdem eksikliği ile itham eden yazıların yayınlanmasını yasaklayan yasanın bulunduğu görülmektedir. Bkz; “*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952)”, **Justia Law**, (31.08.2022), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>. Nefret söylemi düzenlemelerinin kökeninin komünizmle ilişkilendirilmesini daha farklı bir yönden ABD’deki nefret söylemine ilişkin öğretilerdeki tartışmalarda da görmekteyiz. Örneğin bir yazar; nefret söylemi düzenlemelerinin Çin’deki “Uzun Yürüyüş”ten ilham alan ve “Uzun Kültürel Yürüyüş”le üniversiteleri ele geçirip eleştirel teori, kültürel çalışmalar, eleştirel ırk teorisi gibi kuramlar aracılığıyla entelektüel hegemonya kuran Marksistlerin dayatması olduğunu iddia edecek kadar ileri gitmektedir. bkz; John Bennett, “The Totalitarian Ideological Origins of Hate Speech Regulation”, **Capital University Law Review**, C. 46, S. 1, 2018, s. 63 vd. Ancak ABD’de ifade özgürlüğünün bu tarihe kadar bütünüyle korunduğu varsayımına dayanan bu sav tarihsel olarak yanlıştır. Bu konuda çeşitli tarihsel örnekler için bkz. Noam Chomsky, “İfade Özgürlüğü Sorunu”, **Türkiye’de İfade Özgürlüğü**, ed. Taner Koçak vd., Beyoğlu, İstanbul: Bgst Yayınları, 2009, ss. 69-72.

²⁸⁶ “Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on ‘Hate Speech’”, **Freedom of Expression**, (07.10.2022), <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/->

Avrupa Komisyonu'nun (ECRI) 13/12/2002 tarihli 7 No. lu Genel Tavsiye Kararı gösterilebilir. Medeni ve Siyasal Haklar Hakkında Sözleşme'nin 20/2 hükmüye²⁸⁷ nefret söyleminin reddinin en güçlü örnekleri arasında sayılmaktadır.²⁸⁸ AİHM, Irksal Ayırmacılığın Bütün Yollarının Elimine Edilmesi Sözleşmesi'nin 4. maddesinin taraf devletler için bağlayıcı olduğunu belirtmiştir.²⁸⁹ Mahkeme ayrıca nefret söyleminin yukarıda bahsedilen 1997 tarihli nefret söylemine yönelik Bakanlar Kurulu tavsiye kararında yer alan geniş tanımından yararlanmaktadır.²⁹⁰ Bununla birlikte AİHM, hareket serbestisini sınırlamamak için nefret söyleminin kesin bir tanımını yapmaktan kaçınmaktadır.²⁹¹ Buna göre AİHM, nefret söyleminin yalnızca kışkırtmakla sınırlı olmayıp, aynı zamanda “ırksal nefret, yabancı düşmanlığı, anti-Semitizm ve hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini teşvik eden, haklı çıkaran veya yayan tüm ifade biçimlerini içerdiğini kabul etmektedir.

AİHK, başkalarının hak ve özgürlüklerini ihlal edecek biçimde ayırmacılığı teşvik eden ifadelerin 10. madde korumasından yararlanamayacağını belirtmektedir.²⁹² AİHM de kararlarında şablon bir ifadeyle “hoşgörüsüzlüğe dayanan nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimiyle” mücadele etmenin ilke olarak demokratik toplumun gereği olduğunu belirtmektedir.²⁹³ Bununla beraber; ırkçılık veya nefret söylemi söz konusu olduğunda Holokost inkârından farklı olarak durum her zaman başvurunun konu bakımından yetkisizliğiyle sonuçlanmamaktadır. AİHM, ilgili ifadelerin 10. madde korumasından yararlanmayacağını ifade ettikten sonra da çoğu kez müdahalenin

/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-?_101_INSTANCE_aDXmrol0vvsU_viewMode=view.

²⁸⁷ “Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayırmacılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalarla yasaklanır.”

²⁸⁸ Heinze, “Viewpoint Absolutism and Hate Speech”, s. 544.

²⁸⁹ Jersild v. Denmark, 15890/89 (ECtHR [GC] 23 Eylül 1994).

²⁹⁰ Antoine Buyse, “DANGEROUS EXPRESSIONS: THE ECHR, VIOLENCE AND FREE SPEECH”, *International & Comparative Law Quarterly*, C. 63, S. 2, 2014, s. 494, doi:10.1017/S0020589314000104. Bu durumun AİHM için sınırlayıcı olmadığı, Mahkeme'nin her bir başvuruyu kendi özelliklerine göre ele almasının önünde bir engel oluşturmadığı görüşü için bkz. Tulkens, “Söylem Ne Zaman Eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi İçtihatları”, s. 261.

²⁹¹ Tolga Şirin, “Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, *Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları: Felsefe, Hukuk, Çalışma Ekonomisi, Kentleşme ve Çevre, Maliye*, ed. Selda Çağlar, Çağaloğlu, İstanbul, 2015, ss. 125-26.

²⁹² Keane, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, s. 644.

²⁹³ Gunduz v. Turkey paragraf 40.

hukuken öngörülüp öngörülmediğini, meşru amaç taşıyıp taşımadığını ve ölçülülüğünü denetlemektedir.²⁹⁴

Hakkın kötüye kullanılması yasağını öngören 17. madde ırkçı düşünceleri yaymak için 10. maddesinin kullanılmasına izin vermemektedir.²⁹⁵ 21. yüzyıla kadar 17. madde bu kategori kapsamında ancak dar anlamıyla ırkçı ifadeler için uygulanırken²⁹⁶ nefret söyleminin şiddete tahrik içerse bile²⁹⁷ ifade özgürlüğü başlığı altında değerlendirildiği ifade edilmektedir.²⁹⁸ Nefret söylemi ile şiddete tahrik arasında uzun vadede nefret söyleminin şiddete su taşıyabilmesi²⁹⁹ –diğer bir ifadeyle nefret söyleminin fiziksel şiddetin habercisi olması³⁰⁰ - yönünden bağlantı olsa da kavramsal olarak Mahkeme ikisi arasında her zaman açık bir ayrım yapmamaktadır.³⁰¹ Buna karşılık AİHM, *Feret* kararında nefret söyleminin her zaman şiddet çağrısı taşımasının veya suç işlemeye tahrik etmesinin zorunlu olmadığını; toplumdaki belirli gruplara hakaret etmek veya ayrımcılık yapmakla ortaya çıkan zararın ırkçı ifadeleri sınırlamak için yeterli olduğunu ifade etmiştir.³⁰² Ancak AİHM 2000’lerin başıyla beraber nefret söyleminin 10. madde tarafından korunmadığına hükmederek bu durumu ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması olarak değerlendirmeye başlamıştır.³⁰³ Lakin, AİHM’in nefret söylemine yönelik iktidarı 17. madde perspektifinden değerlendirildiğinde ilk göze çarpan husus bu tür ifadelerin özgürlüğün sınırlanması kapsamında mı hakkın kötüye kullanılması

²⁹⁴ Cannie, Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention”, ss. 66-67.

²⁹⁵ Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands (déc.), 8348/78, 8406/78 (EComHR 11 Ekim 1979).

²⁹⁶ H., W., P. and K. v. Austria (déc.). Bu kararda, başvuruçuların Nasyonal Sosyalizm’i takip eden ifadelerinin önce ifade özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen m. 10/2 kapsamında olduğu belirtildikten sonra bu ifadeler için 17. maddenin uygulanacağı değerlendirilmiştir.

²⁹⁷ Sürek v. Turkey (no. 1), 26682/95 (ECtHR [GC] 08 Temmuz 1999). Bu kararda AİHM, başvuruçunun sahibi olduğu dergiye gönderilen iki yazıda “faşist Türk ordusu”, “TC katil çetesi”, “emperyalizmin kiralık katilleri” gibi yaftalarla damgalanmasıyla sorumlu gördüğü kişilerin isimlerini açıklayarak bu kişiler için nefret duygusu uyandırmasını ve fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakmasını nefret söylemi ve şiddetin yüceltilmesi olarak değerlendirdiğini açıkça ifade etmiştir. Ancak kararda 17. maddeye hiç değinilmemiştir.

²⁹⁸ Lobba, “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights”, s. 245.

²⁹⁹ Bu durum uluslararası yargı organlarının kararlarında da tespit edilmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesi; RTLM, Kangura ve CDR gibi medya-basın organlarında Tutsi’lere karşı etnik nefreti körükleyen, teşvik eden ve normalleştiren yayınlara dikkat çekerek “uçığın düşürülmesi tetiğin çekilmesiyse RTLM, Kangura ve CDR silahtaki mermilerdi. Tetiğin çekilmesinin böylesine ölümcül etkisi oldu çünkü tabanca doluydu” değerlendirmesini yapmıştır. Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze, ICTR-99-52-T (Uluslararası Ceza Mahkemesi 03 Aralık 2003).

³⁰⁰ Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı - 1 İfade Özgürlüğünün Grisi*, s. 95.

³⁰¹ Buyse, “DANGEROUS EXPRESSIONS”, s. 493.

³⁰² Feret v. Belgium, 15615/07 (ECtHR 16 Temmuz 2009).

³⁰³ Lobba, “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights”, s. 245.

kapsamında mı değerlendirileceği konusunda bir tutarlılığın olmadığıdır. AİHM'in bu yöndeki kararları incelendiğinde bu soruna yönelik bir cevaba ulaşmak ve AİHM'in bu konudaki yaklaşımını sistematikleştirmek güçtür.

(a) Nefret Söyleminin 17. Madde Kapsamında Ele Alındığı Kararlar

AİHM'in nefret söylemi ve ırkçı ifadeler karşısında doğrudan 17. maddeyi uyguladığı kararlardan biri *Glimmerveen ve Hagenbeek*³⁰⁴ kararıdır. İlk başvuru, her ulusun ayrı bir devlete sahip olması gerektiğini ve etnik yönden homojenliği savunan Nederlandse Volks Unie partisinin lideriyken ikinci başvuru da partinin üyesidir. Başvurucular, “beyaz Hollanda halkı”na hitapla halklarının büyük bölümünün binlerce Türk, Surinamlı ve diğer sözde misafir işçilerin varlığından yeterince çektiğini ifade eden ve iktidarı elde ettiklerinde bu kişileri ülkelerinden göndermeyi vaat eden broşürler dağıtmışlardı. Bu nedenle de seçimlerde adaylıkları reddedilmişti. Ayrıca ilk başvuru ırk temelli ayrımcılığı teşvik ettiği gerekçesiyle mahkûm edilmişti. Sözü geçen kişiler ifade hürriyetlerinin ve seçilme haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AİHK'e başvurmuşlardır. Komisyon'sa başvuruçularının siyasi görüşlerinin ifadesinin açıkça 17. madde kapsamında bir faaliyet teşkil ettiği değerlendirmesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

W.P. ve diğerleri kararında Bolşevizm ve Siyonizm Kurbanı Polonyalıların Ulusal ve Vatansever Derneği isimli bir dernek kuran ve Yahudi azınlıkça Polonyalılara zulmedilmesiyle mücadele edilmesini amaçlayan başvuruçuların örgütlenme özgürlüğünden yararlanamayacağını ifade etmiştir. AİHM'e göre başvuruçuların derneğin kuruluş bildirisindeki, Yahudi vatandaşların diğer vatandaşlara göre daha ayrıcalıklı konumda olduğu benzeri ifadeler anti-Semitizmi diriltebileceği gibi başvuruçuların ırkçı yaklaşımları AİHM önündeki başvuruda kullandıkları dile de yansımıştır.³⁰⁵

AİHM *Pavel Ivanov* kararında da, Rusya'daki bütün kötülüklerin kaynağının Yahudiler olduğunu ve Yahudilerin ne bir ırk ne de bir ulus teşkil ettiğini iddia eden başvuruçunun ifadelerinin 17. madde dolayısıyla 10. maddenin korumasından yararlanmayacağına hükmetmiştir.³⁰⁶ Komisyon'a göre bir etnik gruba yönelik

³⁰⁴ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands* (déc.).

³⁰⁵ *W.p. and Others v. Poland* (déc.).

³⁰⁶ *Pavel Ivanov v. Russia* (déc.), 35222/04 (ECtHR 20 Şubat 2007).

böylesine genel ve şiddetli bir saldırı Sözleşme'nin altında yatan değerlerle özellikle hoşgörü, toplumsal barış ve ayırım gözetmeme ilkeleriyle çelişmektedir.

Norwood kararında Britanya Ulusal Partisi (British National Party) yetkilisi olan başvuru evinin penceresinde; İkiz Kuleleri yanarken gösteren ve "İslam Britanya'dan dışarı" yazılı bir poster sergilediği için dinsel veya etnik bir gruba düşmanlık sergileme suçundan cezalandırılmıştır. Başvuru, ifade hürriyetinin provakatif ifadeleri de koruduğunu ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, 10. maddenin uygulanabilirliğini tartışmadan, kötüye kullanıma yasağına başvurmuştur. AİHM'e göre bütün bir dinsel grubu ağır bir terör eylemi ile ilişkilendiren böylesine ağır bir saldırı Sözleşme'de ortaya konan ve korunan değerlerle uyuşmamaktadır. AİHM, başvuruyu konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez bulmuştur.³⁰⁷ Posterin herhangi bir şiddet eylemini provoke etmemiş olması, posterin asıldığı bölgede etnik ve dinsel gerilimin bulunmaması ve hiçbir Müslüman'ın posterini görmemiş olması dikkate alınmamıştır. Burada da Mahkeme'ye göre amaç, sonuçtan daha belirleyici olmuştur.³⁰⁸

(b) Nefret Söyleminin m. 10/2 Kapsamında Ele Alındığı Kararlar

Jersild kararına kadar ırkçı ifadelerin veya nefret söyleminin kabul edilebilirlik aşamasını geçebilip de esastan incelenmek üzere Mahkeme'nin önüne gelmediği ifade edilmektedir.³⁰⁹ Mevzu bahis karara konu olayda radyo programı sunucusu olan başvuru kişinin kendilerini "Yeşilceketliler" diye adlandıran öfkeli bir genç grubunun düşünce tarzını ve toplumsal arka planını yansıtmayı amaçlayan bir programı söz konusudur.³¹⁰ Röportaj yapılan gençler programda ırkçı sözler sarf etmiştir. Sözleri sarf eden kişilerin yanı sıra programın sunucusu başvurucuya da gençlerin işlediği suçlara yardım ve yataklık etmekten ceza verilmiştir.³¹¹ AİHM, kararda başvuru kişinin gazetecilik faaliyetini icra ettiği, röportaj yapılan gençlerin görüşlerinden kendini ayırdığı, kimi yerlerde ileri sürülen ırkçı görüşleri çürüttüğü gerekçeleriyle başvuru kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmederken Yeşilceketlilerin hüküm giymelerine yol açan sözlerininse hedef alınan grubun

³⁰⁷ *Norwood v. the United Kingdom* (déc.).

³⁰⁸ *Morree, Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 52. akt. Buyse, *Shaping Rights*

³⁰⁹ Keane, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", s. 655.

³¹⁰ *Jersild v. Denmark* paragraf 32.

³¹¹ a.g.e., par. 12-14.

üyelerine hakaret etmenin ötesine geçtiğini ve bu ifadelerin 10. maddenin korumasından yararlanamayacağını belirtmekten geri durmamıştır.³¹²

Gündüz kararındaki durumsa *Jersild* kararından farklıdır. Bu başvuruya konu olayda; nefret suçu kabul edilen ifadelerin yayılmasına aracılık eden gazetecinin değil bu ifadeleri sarf eden kişinin cezalandırılması söz konusudur. Popüler ve canlı yayınla gerçekleştirilen bir tartışma programında demokrasinin değerlerini kabul etmediğini ve şeriatı getirmeyi amaçladıklarını ancak bunu baskı ve silahla değil insanları ikna ederek yapacağını açıklayan tarikat lideri dini nikah olmadan resmî nikahtan doğan çocukların gayrimeşru (başvurucunun ifadesiyle “piç”) olduğunu ifade etmiştir.³¹³ Türkiye hükümeti bu başvuruda 17. maddeye dayanmamıştır. Sözleşme’nin altında yatan değerlere karşı yöneltilen diğer ifadeler gibi dinsel hoşgörüsüzlük dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, teşvik eden ve haklı çıkaran ifadelerin³¹⁴ ve dolayısıyla nefret söyleminin³¹⁵ Sözleşme’nin korumasından yararlanmayacağını tekrarlayan AİHM zımnen başvurunun sadece resmî nikahtan doğan çocuklara yönelik ifadelerinin nefret söylemi teşkil etmediğini kabul etmiştir. Zira, ilgili ifadelere yönelik olarak başka konularda değerlendirmelerde bulunsa da ifadelerin nefret söylemi olup olmadığı konusunda bir yorumda bulunmamıştır.³¹⁶ Bu bağlamda ilgili sözlerin günlük yaşamda hakaret etmek için kullanılan pejoratif bir ifade olduğunu kabul etse de AİHM, başvurunun sözleriyle canlı bir kamusal tartışmaya katılıyor olmasına ve programın canlı yayınlanması nedeniyle başvurunun ifadelerini geri çekme imkanının olmamasına daha fazla ağırlık yüklemiştir. Başvurucunun şeriatla ilişkin ifadeleriyle şiddet çağrısı içermediğinden nefret söylemi niteliğinde görülmemiştir. AİHM’e göre, şeriat her ne kadar Sözleşme’nin değerleriyle bağdaşmasa da herhangi bir şiddet çağrısında bulunmadan sadece şeriatı savunmak “nefret söylemi” olarak kabul edilemez.³¹⁷ Refah Partisi kararı da göz önünde bulundurulduğunda; siyasi partilerden farklı olarak, herhangi bir şiddet çağrısında bulunmadan şeriatı savunmanın kendiliğinden nefret söylemi teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılabilir.³¹⁸

³¹² a.g.e., par. 34-36.

³¹³ *Gunduz v. Turkey* paragraflar 10-15.

³¹⁴ a.g.e., par. 51.

³¹⁵ a.g.e., par. 41.

³¹⁶ a.g.e., par. 49.

³¹⁷ a.g.e., par. 51.

³¹⁸ Şirin, “Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, s. 140. AİHM içtihadında siyasal ifadelerde partilere bireylerden daha geniş bir özgürlük alanı tanındığı

Yine bir siyasetçinin herkese açık olan Facebook hesabındaki bir gönderisinin altına yapılan Müslümanları, çeşitli suçlarla ilişkilendiren ve şehirdeki güvensizliğin müsebbibi olarak gösteren yorumları kontrol edip silmemesi nedeniyle cezalandırıldığı bir başvuruda³¹⁹ farklı sonuca ulaşılmıştır. İlgili yorumların “nefret söylemi” olarak değerlendirildiği³²⁰ başvuruda *Jersild* kararından farklı olarak 17. madde hiç gündeme gelmemiştir.

Mahkemenin nefret dolu sözler söz konusu olduğunda 17. maddeyi uygulamayıp maddi açıdan değerlendirme yapması yaygın bir durumdur. Bu durum dinler veya etnik gruplar gibi azınlıktaki cinsel yönelimler için de geçerlidir. Örneğin, AİHM *Vejdeland* kararında eşcinselliği AIDS ile ilişkilendiren ve toplum üzerinde ahlaki açıdan yıkıcı sonuçları olduğunu ifade eden broşürleri okullara asan başvuruçuların cezalandırılmasını Sözleşme’ye uygun bulurken cinsel yönelim temelli ayrımcılığın ırk, köken veya renk temelli ayrımcılık kadar ciddi olduğunu belirtmiştir.³²¹ Son yıllarda, Mahkeme’nin genellikle ırkçı ve zenofobik ifadeleri tamamen 10. madde altında değerlendirdiği görülmektedir.³²²

Feret kararında AİHM, nefrete teşviğin her zaman şiddet çağrısını içermediğini veya gerektirmediğini ifade etmiştir. Bu kararda, toplum içindeki belirli gruplara karşı ayrımcılık yapmaktan, hakaret etmekten doğan zarar ırkçı ifadeleri sınırlamak için yeterli gerekçeler olarak değerlendirilmiştir.³²³ Bir başka kabul edilmezlik kararında AİHM, ırkçı öğeler taşıyan ve şiddeti destekleyen CD, kaset ve kitaplara en konulmasıyla 10. maddenin ihlal edildiği iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.³²⁴ Bu kararın dikkat çeken noktasıysa AİHM’in doğrudan 17. maddeyi uyguladığı kararlarda yaptığı gibi başvuruya konu materyallerin “Sözleşme’nin temel değerlerine aykırı” olduğunu belirttikten sonra müdahalenin Sözleşme’nin 10/2 maddesi bağlamında AİHS’e uygun olduğunu ifade etmesidir.

yönünde bir görüş içinse bkz. Stefan Sottiaux, Stefan Rummens, “Concentric democracy: Resolving the incoherence in the European Court of Human Rights’ case law on freedom of expression and freedom of association”, *International Journal of Constitutional Law*, C. 10, S. 1, 2012, ss. 98-103, doi:10.1093/icon/mor074.

³¹⁹ Sanchez v. France, 45581/15 (ECtHR 02 Eylül 2021).

³²⁰ a.g.e., par. 81-88.

³²¹ *Vejdeland and Others v. Sweden* paragraf 55.

³²² *Soulas Et Autres c. France*, 15948/03 (ECtHR 10 Temmuz 2008).

³²³ *Morree, Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 53.

³²⁴ *R.I. v. Switzerland* (déc.), 43874/98 (ECtHR 25 Kasım 2003).

Balsyte-Lideikiene kararında da AİHM Polonyalılara ve Yahudilere karşı nefreti teşvik etmeye yönelik olduğunu tespit ettiği ifadeleri³²⁵ 10. maddenin 2. fıkrası bağlamında değerlendirmiş ve baskın bir toplumsal ihtiyacın bulunup bulunmadığı ile müdahalenin ölçülü olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmenin ardından ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Vona kararında da AİHM, ırkçı siyasi fikirlerin de 17. madde kapsamında kaldığı yönündeki içtihadını tamamen göz ardı etmiş görünmektedir.³²⁶ Bu karara konu olayda Romanların yoğun yaşadığı yerlerde paramiliter örgütleri andıracak şekilde üniformalar giyen, selam veren ve yürüyen bir “hareket”in bağlı olduğu dernek kapatılmıştır. Hareket, “çingene suçluluğuna” karşı “etnik Macarları” savunduğunu ifade etmektedir.³²⁷ Roman azınlığa yönelik tehditkâr bir nitelik taşıdığını kabul ettiği gösterilere yapılan müdahaleyi Sözleşme’ye uygun bulan AİHM³²⁸, 17. maddeyi uygulamamıştır. Hükümetin ileri sürdüğü başvuruçuların ırkçılığı nedeniyle 17. maddenin uygulanması gerektiği iddiasını davanın esasıyla birlikte inceleyeceğini ifade eden AİHM, esasa ilişkin incelemesinde bu iddiaya geri dönmemiştir.³²⁹ Bu karar özellikle 17. maddenin uygulandığı *Glimmerveen ve Hagenbeek*³³⁰ kararıyla karşılaştırıldığında Sözleşme’ye aykırı hedeflerinden sadece bahseden başvuruçuların aksine *Vona* kararındaki paramiliter grupların harekete geçmiş ve sokaklara çıkmış olmalarının dikkate alınmaması nedeniyle eleştirilmektedir. Bu yönüyle bu kararda, sözleri değil “eylem ve faaliyetleri” yasaklayan 17. maddenin uygulanması için daha sağlam nedenlerin bulunduğu ifade edilmektedir.³³¹ AİHM ise nefret söylemine ilişkin yaklaşımını ihmal ederek bu kararında hakkın kötüye kullanımını “totaliter saikler taşıyan gruplar”la sınırlamıştır. AİHM’in nefret söylemi konusunda 17. maddenin uygulanmasına yönelik içtihadının bütünlük arz etmediği bir kenara bırakılarak *Glimmerveen ve Hagenbeek* kararında olduğu gibi nefret söylemine 17. maddenin uygulandığı kararlar bağlamında ele alınacak olursa AİHM’in nefret söylemine 17. maddeyi uygulamasının tutarlı olduğu ve içtihat istikrarının sağlanmasına hizmet edeceği söylenebilir. Ancak bu durumda yine 17. maddenin uygulanmasının içtihat bütünlüğünü sağlamak dışında pratikte 17.

³²⁵ *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, 72596/01 (ECtHR 04 Kasım 2008).

³²⁶ *Morree, Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 56.

³²⁷ *Vona v. Hungary*, 35943/10 (ECtHR 09 Temmuz 2013).

³²⁸ a.g.e., par. 67-72.

³²⁹ a.g.e., par. 39.

³³⁰ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands (déc.)*.

³³¹ *Wagrandl, “The Prohibition to Abuse One’s Human Rights”*, s. 588.

maddenin uygulanmamasının sağlayamacağı neyi kazandıracağı sorusu gündeme gelmektedir. *Vona* kararında da en hihayetinde olayın bütünü değerlendiriliktir ve ölçülülük denetimi gerçekleştirildikten sonra ilgili gösterilere yönelik yapılan müdahalelerin haklı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ancak nefret söylemine kategorik olarak doğrudan 17. maddenin uygulanması olumsuz sonuçlar yaratmaya müsaittir. Bağlam ve olayın bütünü göz önünde bulundurulduğunda Sözleşme'ye –özellikle ölçülülük ilkesine- aykırı olan müdahaleler 17. maddenin filtresine takılarak kabul edilemez bulunabilir. Zira ilk bakışta (*prima facie*) 17. maddenin uygulanmasını gerektirir gibi görünen başvurular esas denetimine geçilmesi halinde Sözleşme'ye aykırılık saptanacak olmasına rağmen kabul edilebilirlik aşamasını geçemeyecektir.

Nefret söylemi de Holokost inkârı için sürülen kimi eleştirilere benzer gerekçelerle eleştirilmektedir. Nefret söyleminin yasaklanması için geliştirilen eleştirilerden biri; bu düzenlemelerin amaçlarına hizmet etmediği aksine nefret söylemini yaygınlaştırdığıdır.³³² İkinci ve AİHM ölçeğini aşan daha genel bir eleştiri, ifade özgürlüğünün taşıdığı değer ve önem üzerinden yürütülmektedir. Waldron; nefret söylemi, ırkçılık, şiddete çağrı, “dövüşen sözler” gibi durumlar söz konusu olduğunda bu ifadelerin söz edimi olarak nitelendirilip ifade hürriyetinin koruması dışında bırakılmasına karşı çıkmaktadır. Yazara göre nefret söylemi veya ırkçı sözler gibi taşıdığı zarar nedeniyle ifade hürriyetinin sınırlandırılmasını gerektiren söylemler söz konusu olduğunda bunların yol açtığı zarar ve tehlikeyle ifade hürriyetinin taşıdığı önem arasında bir dengeleme faaliyetine gidilmelidir. O kadar ki, ifade özgürlüğünün taşıdığı değer nedeniyle terazinin diğer tarafında yer alan zararın, bu özgürlüğe sınırlama getiren düzenlemeleri meşru kılacak düzeyde ağır ve ciddi bir zarar olması gerektiğini belirtmektedir.³³³ Bir diğer eleştiriye AİHM'in nefret söylemi yasaklarına ilişkin içtihadının tutarsızlıkla malul olduğudur. Bu eleştiriye göre kimi grupların daha fazla korunurken kimi grupların bu koruma seviyesinden yararlanamamasına; hangi durumlarda nefret söylemi içeren ifade ile söylemi kullanan arasında gerekli mesafenin konmuş olacağı gibi konulara ilişkin tutarlı bir içtihat tespit edebilmek mümkün değildir.³³⁴

³³² Heinze, “Viewpoint Absolutism and Hate Speech”, s. 555.

³³³ Waldron, *Nefret Söylemindeki Zarar*, ss. 175-79.

³³⁴ a.g.e., ss. 562-69; Nefret söylemi hakkındaki tartışmalar için bkz. Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı - 1 İfade Özgürlüğünün Grisi*, ss. 89-102.

Belirtmek gerekir ki; Holokost inkârında olduğu gibi nefret söyleminde de AİHM'in benimsediği yaklaşımın güttüğü amaca ne ölçüde hizmet ettiği veya AİHM'in bu konulara ilişkin içtihadının ifade özgürlüğü açısından sonuçlarının değerlendirilmesi çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Zira, çalışmamın AİHS ve AİHM içtihadı ancak 17. madde yönünden ilgilenmektedir. Bu konuların da çalışmamızda değerlendirilmesi ifade özgürlüğünün de detaylı biçimde ele alınmasını gerektirir. Gel gelelim; bu eleştirilerin önemli bir bölümü AİHM'in 17. maddeye ilişkin uygulamasından kaynaklanmaktadır. Bu da AİHM'in hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin yaklaşımının ve yasağı uygulayış biçiminin özellikle ifade hürriyeti açısından büyük ölçekte doğurduğu sonuçları göstermektedir. Örneğin; AİHM, söz konusu nefret söylemi veya Holokost inkârı olduğunda sadece sözlerin içeriğine yönelik ve bağlamı göz ardı eden bir değerlendirme yapmakla eleştirilmekteyse bunun sebebi aşağıda görüleceği üzere AİHM'in 17. maddenin kapsamını genişletmesi ve maddeyi giyotin etkisi ile uygulamasıdır.

Nefret söylemi; demokrasinin eşitlikle özdeşleştirilmesi gibi bir yorum yapılacak olursa eşitliği korumak uğruna özgürlüğü sınırlayan yönüyle demokrasi-liberalizm geriliminde demokrasi lehine çözümler getirmesiyle mücadeleci –kendini savunan- demokrasinin bir başka boyutu olarak değerlendirilebilir. AİHS'in 17. maddesi gibi düzenlemelerin gerilimi bu yönde çözmeye yarayan pozitif dayanaklar getirdiği savunulabilir.

AİHM'in nefret söylemi konusunda benimsediği yaklaşımın artan göç olgusunun doğurduğu entegrasyon ve çokkültürlülük politikalarına yönelik tartışma ve eleştirilerle ırkçılık ve zenofobinin hemen göze çarpmayan, gizli biçimleri arasında ayırım gütmeye ihtiyacına cevap veremediği ileri sürülmektedir. Özellikle kamuoyunu ikiye bölen bu tartışmalı konulara nefret söylemine yönelik kurallarla müdahale edilmesinin ayrıca bir toplumsal huzursuzluk kaynağı olabileceği iddia edilmektedir.³³⁵ Bu argüman, bir ifadenin nefret söylemi olup olmadığının değerlendirilmesinde bağlamı ve somut olayın şartlarını göz önünde bulundurmanın zorunluluğunu göstermektedir. Kamusal tartışmaya katkı sunma ihtimali bulunan bir ifadenin yüzeysel (*prima facie*) bir değerlendirmeyle 17. maddenin doğrudan etkisine maruz kalmasına izin vermemek gerekir. Bu nedenle, nefret söylemi

³³⁵ Marloes van Noorloos, "Foretelling the future, facing the past. Hate speech and conflict situations under the ECHR", **Margins of Conflict: The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict**, ed. Antoine Buyse, Intersentia, 2010, s. 149, doi:10.1017/9781839700750.006.

konusunda da ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde kapsamında bir değerlendirme yapılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

(3) Şiddete teşvik

AİHM, şiddeti körüklemenin Sözleşme'nin altında yatan temel değerlere aykırı olduğunu dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini ifade etmektedir.³³⁶ AİHM, ayrıca özgül olarak siyasal partiler için liderleri şiddete teşvikte bulunanların Sözleşme'nin korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir.³³⁷ Örneğin *Hizb Ut-Tahrir* ve diğerleri kararında AİHM, temel felsefesinde “eylemli Cihad”ı yer veren ve İsrail Devletine, Yahudilere ve “İslam Devletleri”nin hükümetlerine karşı silahlı mücadele çağrısında bulunan³³⁸ örgütün kapatılma kararına karşı yaptığı başvuruda 17. maddeyi doğrudan uygulamıştır. AİHM kararında özellikle örgütün başkanının İsrail’de sivillerin de ölümüne yol açan intihar saldırılarını savunmasına ve örgütün bu söylemlerle arasına mesafe koymamasına dikkat çekmiştir.³³⁹ AİHM, bu faaliyetleriyle başvuruçuların Sözleşme'nin temel değerlerinden olan “uluslararası uyumsuzlukların barışçıl çözümüne bağlılık” ve “insan hayatının kutsallığı” ilkelerine aykırı davranarak örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddeyi gerçek amacından saptırmaya çalıştığını tespit etmiş ve başvuruyu konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilmez bulmuştur.³⁴⁰ AİHM aynı örgütle ilgili bir başka başvuruda ilgili örgütün amaçlarına ulaşmak için şiddete başvurma ihtimalini reddettiğinden emin olmadığına yönelik yaklaşımını devam ettirmiştir. Yine Yahudilere yönelik olarak kullanılan ifadeleri göz önünde bulunduran ve örgütün “Cihad”ı savunmasına tekrar dikkat çeken AİHM ayrıca örgüte ait çeşitli belgelerde çeşitli Batı devletlerinde sivillerin öldürülmesine izin verilmiş olmasını ve yeni üyelerin inançsızlara karşı silahlanmasının teşvik edilmesini değerlendirmiştir.³⁴¹ AİHM, kararında Hizb Ut-Tahrir’in demokrasilerin seküler örgütlenmesine karşı çıkarak teokratik bir rejimi savunmasını da dikkate almıştır. Örgütün kurmayı amaçladığı rejim AİHM’in hâlihazırda demokrasinin temel değerleriyle uyuşmayan bir rejim olarak kabul ettiği

³³⁶ Pastörs v. Germany, 55225/14 (ECtHR 03 Ekim 2019).

³³⁷ Yazar and Others v. Turkey, 22723/93, 22724/93, 22725/93 (ECtHR 09 Nisan 2002).

³³⁸ Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany (déc.), 31098/08 (ECtHR 12 Haziran 2012).

³³⁹ a.g.e., par. 73.

³⁴⁰ a.g.e., par. 74.

³⁴¹ Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia paragraf 107.

Şeriatın esaslarına dayanmaktadır.³⁴² Bu bağlamda özellikle AİHM'in ilgili örgütün siyasal özgürlükleri, ifade, örgütlenme ve din özgürlüklerini reddetmesi ile İslam dininin inkârını ölüm cezası ile cezalandırma niyetine yer vermesi etkilidir. Yine örgütün önerdiği çoklu hukuk sistemi ile kadınların hukuki statüsüne yönelik planları aracılığıyla eşitlik ilkesine aykırı noktaları kararda yer bulmuştur. Tüm bu yönleriyle karar 17. maddenin lafzının, "Sözleşme hükümlerinin başkalarının hak ve özgürlüklerinin yok edilmesini amaçlayan etkinliklere girişme hakkını verir şekilde yorumlanamayacağı" yasağının birebir uygulanmasıdır.

Ancak bu konuda da AİHM'in yaklaşımında yeknesaklık görülmemektedir.³⁴³ Örneğin AİHM bir kararında³⁴⁴ şiddeti övdüğünü ve mümkün olduğu sayıda insanı Türkiye Devleti'ne karşı silahlı mücadeleye kazandırmayı amaçladığını tespit ettiği materyallere el konmasının Sözleşme'ye uygunluğunu incelerken 17. maddeye değinmemiştir. O kadar ki, kararda bu nitelikte ifadelerin 10. madde korumasından yararlanmadığını belirttikten sonra kendisiyle çelişir biçimde müdahaleyi demokratik toplumun gereklerine uygunluğu açısından incelemeye devam etmiş ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.³⁴⁵ 17. maddenin ne hükümet ne başvuruçular tarafından ileri sürüldüğü bir kararındaysa AİHM, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunu incelediği aşamada faaliyetleri ile açıkça şiddeti desteklediği konusunda güçlü bir kanı oluşturan ve dolayısıyla ifade özgürlüğünü demokratik ilkelerle uyuşmayan bir biçimde kullanmaya çalışan partinin ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağını söyleyip 11. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.³⁴⁶

Özellikle hükümetlerce terörizme destek verildiği veya çağrı yapıldığı iddialarını içeren durumlarda AİHM 17. maddeyi gündeme getirmemeyi tercih etmektedir.³⁴⁷ Örneğin; kamu makamlarının eylemlerini "terör" olarak niteleyip yurttaşları bu duruma karşılık vermeye çağıran başvuruçunun³⁴⁸ ifadelerinin cezalandırıldığı başvuruda hükümet ifadelerin iç karışıklık çıkarmaya yönelik

³⁴² Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 58.

³⁴³ a.yer.

³⁴⁴ Kaptan v. Switzerland (déc.), 55641/00 (ECtHR 12 Nisan 2001); aynı yönde; Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 58.

³⁴⁵ Kaptan v. Switzerland (déc.) paragraf 2.

³⁴⁶ Herri Batasuna and Batasuna v. Spain paragraflar 86-87.

³⁴⁷ Buyse, "DANGEROUS EXPRESSIONS", s. 496.

³⁴⁸ Incal v. Turkey, 22678/93 (ECtHR [GC] 09 Haziran 1998).

tehlikeli eğilimlerine dikkat çekmiştir.³⁴⁹ AİHM ise başvuruyu incelerken 17. maddeye başvurmadan davayı esastan incelemiş ve müdahalenin ölçüsüz olduğu gerekçesiyle başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁵⁰ Holokost inkârı, Sözleşme'nin altında yatan değerlere aykırı kabul edilirken yurttaşları fiziksel tehdit altına sokması, hak ve özgürlüklerini kullanmalarını engellemesi ve insan onuruna aykırı olması dolayısıyla evleviyetle Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı kabul edilmesi gereken şiddete çağrı ve teşvik hallerinde AİHM'in yaklaşımında aynı durumun söz konusu olmadığı belirtilmektedir.³⁵¹ Bu yöndeki ifadeler daha sıklıkla 17. maddeye bir atıf yapılmadan sadece 10. madde yönünden değerlendirilmektedir.³⁵² *Zana* kararında son derece gerilimli bir bölge ve zamanda yaptığı açıklamayla şiddet yöntemlerini benimsemiş bir terör örgütünü desteklediğini ifade eden başvurucuyla³⁵³ *Osmani ve diğerleri* kararında şiddeti teşvik eden başvurusunun dosyaları 10. madde kapsamında değerlendirilmiştir.³⁵⁴ Öte yandan, AİHM'in bu tutumu bu tür başvurularda daha kapsamlı ve detaylı bir inceleme yapabilmesine imkan tanımaktadır. Özellikle, hükümetlerce ileri sürülen ve yine ilk bakışta şiddete teşvik edildiği veya şiddetin yüceltildiği iddialarının haklı görülebileceği dosyalarda görünenin ötesine geçerek ve olayı bütün yönleriyle ve bağlamıyla inceleyerek olayda hak ihlali olduğunu tespit edebilmektedir. Dolayısıyla AİHM başvuru tarafından terörizmin desteklendiği iddialarının bulunduğu hallere yönelik nüanslı bir içtihat sergileyebilmektedir. Ancak yine de, yukarıdaki kararlar ele alındığında AİHM'in ABD mahkemelerinin uyguladığı "açık ve yakın tehlike" ölçütünü tam olarak benimsemediğini ve şiddete "doğrudan tahrik" unsurunun bulunmasının, ifadelerin yarattığı sonuçtan bağımsız olarak ifade hürriyetine müdahale edilmesi için yeterli gördüğünü söyleyebiliriz.³⁵⁵

Bu bulgular ışığında AİHM'in nefret söylemi söz konusu olduğunda 17. maddeyi uygulamaya daha yakın olduğunu şiddete teşvik veya şiddet çağrısı olduğundaysa maddeyi uygulama olasılığının daha düşük olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

³⁴⁹ a.g.e., par. 44.

³⁵⁰ a.g.e., par. 59; *Erdogdu and Ince v. Turkey*, 25067/94, 25068/94 (ECtHR [GC] 08 Temmuz 1999); *Gül and Others v. Turkey*, 4870/02 (ECtHR 08 Haziran 2010).

³⁵¹ *Cannie, Voorhoof*, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention", s. 73.

³⁵² a.yer.

³⁵³ *Zana v. Turkey*, 18954/91 (ECtHR [GC] 25 Kasım 1997).

³⁵⁴ *Osmani and Others v. "the Former Yugoslav Republic of Macedonia"* (déc.), 50841/99 (ECtHR 11 Ekim 2001).

³⁵⁵ Daha detaylı bilgi için bkz. *Sottiaux*, "Anti-Democratic Associations: Content and Consequences in Article 11 Adjudication", ss. 587-90.

Bu bağlamda, şiddete çağrı içersin içermesin nefret söyleminin nefret söylemi içermeyen şiddete teşvikten ifadenin unsurlarının tabi olduğu dinamikler yönünden farklı olduğunu belirtmek gerekir. Nefret söylemi, insan onuruna eşit saygı ilkesi ile alâkalıyken terörizmle ilişkilendirilen aşırı söylemler ulusal güvenliğin, kamu düzeninin veya ülkesel bütünlüğün korunması gibi amaçlarla ilgilidir. Bu yönüyle nefret söyleminde toplumsal yönden güçsüz durumdakinin korunması söz konusuysa aşırı ifadelerle mücadelede çoğunluğun ve devletin çıkarlarının korunması amaçlanır.³⁵⁶ Böylece, Sözleşme'nin temel değerlerinden insan onuruna ve eşitliğin 17. madde vasıtasıyla daha yüksek bir korumadan yararlanması söz konusuysa ifade hürriyetiyle şiddet tehlikesinin açık ve yakınlığı arasında dengelemeyi gerektiren aşırı ifadelerde daha nüanslı ve sıkı bir denetim uygulanmaktadır.

iii. AİHM İçtihadında Sui Generis Bir Kötüye Kullanma Örneği: Engel ve diğerleri kararı

AİHM'in erken dönem kararlarından *Engel ve diğerleri* kararı³⁵⁷ hakkın kötüye kullanılması kurumu açısından ilginç değerlendirmeler barındırmaktadır. AİHM'in en meşhur kararlarından olan bu dava şöhretini AİHS kapsamında “suç isnadı”nın ne anlam ifade ettiğine dair ölçütleri ortaya koymasından almaktadır.³⁵⁸ Ancak karar, hakkın kötüye kullanılması yasağı yönünden AİHM'in daha sonraki kararlarında karşılaşmadığımız bir yaklaşım şekli de içermektedir.

Mahkeme kararında, başvuruçuların görev yaptığı kışlada gergin bir atmosfer hüküm sürmekteyken ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasına konu yazıları yazmalarının askeri disiplini sarsmaya yönelik olduğunu tespit eden yerel mahkemelerin kararlarının sağlam gerekçelere dayandığını tespit ederken başvuruçuların ifade özgürlüklerini bu şekilde kullanımının kötüye kullanma teşkil ettiği değerlendirmesinde bulunmuştur.³⁵⁹ Başvuruçulardan biri, üstü olan generali otoritesini ancak cezalandırma ve korkutma yoluyla kanıtlayabilmekle itham etmiştir.

³⁵⁶ Noorloos, “Foretelling the future, facing the past. Hate speech and conflict situations under the ECHR”, s. 144.

³⁵⁷ Engel and Others v. the Netherlands.

³⁵⁸ Daha fazla açıklama için bkz. Tolga Şirin, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, 1. Bası Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 85.

³⁵⁹ Engel and Others v. the Netherlands paragraf 101.

Yine bu başvurucuya göre, aynı general kendisine sırf cezalandırma amacıyla tedbir uygulamıştır.³⁶⁰ AİHM'e göre iç makamların kararlarında başvurucuların ifade hürriyetinden yoksun bırakılması değil bu hürriyeti kötüye kullanmalarının cezalandırılması söz konusudur.³⁶¹

17. maddeye değinmeden hakkın kötüye kullanılmasından bahseden bu karar bu yönüyle özgündür. Karar, erken tarihli olmasına rağmen hakkı kötüye kullanmanın totalitarizmin canlandırılmasıyla ilişkilendirildiği hazırlık çalışmalarından etkilenmemiş görünmektedir. AİHM; Sözleşme'nin altında yatan değerlere aykırılığa, hak ve özgürlüklerin demokrasinin sağladığı imkânlar kullanılarak demokrasinin yok edilmesinin çalışılmasına veya hak ve özgürlüklerin başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldıracak şekilde kullanılmasına atıf yapmadan her bir hakkın kötüye kullanılma halinin de norm alanına göre belirlenebileceği görüşüne yakın durmuştur. Bununla birlikte AİHM veya AİHK'in daha sonraki kararlarında bu yaklaşıma rastlanmamıştır.

c. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Kapsamı

AİHM'e göre Sözleşme'nin 17. maddesi, Sözleşme'deki hükümlerden yararlanarak Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri yok edecek faaliyetlere girişilmesini yasaklamaktadır.³⁶² Bu bağlamda Sözleşme'nin 17. maddesi de bu amaçlarla kullanılacak bir hakkı gerektirdiğinden, 13 ve 14. maddeler gibi ancak Sözleşme kapsamındaki bir hakla bağlantılı olarak ileri sürülebilecek “aksesuar” karakterde bir maddedir. Ancak belirtilen iki maddenin bağlantılı olarak ileri sürülebileceği haklar bakımından bir sınırlama bulunmamaktayken ve her ne kadar maddenin lafzında kötüye kullanılabilecek haklar bakımından bir sınırlama yok gibi görünmekteyse de AİHM, Sözleşme'deki bazı hakların kötüye kullanılamayacağını kabul etmektedir.

Bu konuda AİHM'in erken içtihadı yasağın kapsamı bakımından çok daha geniş bir yaklaşımı benimsemişti. Komisyon, *Alman Komünist Partisi* kararında, 17. madde kapsamında kalan faaliyetlere girişen Parti'nin, ihlal edildiğini ileri sürdüğü 9, 10 ve 11. maddeler başta olmak üzere, Sözleşme'nin hiçbir hükmüne

³⁶⁰ a.g.e., par. 44.

³⁶¹ a.g.e., par. 101.

³⁶² *Lingens v. Avusturya* paragraf 7.

dayanamayacağını ifade etmiştir.³⁶³ Maddenin kapsamının bu denli geniş biçimde yorumlanması öğretinin çoğunluğunca reddedilmiştir. Kanaatimizce 17. madde kapsamına giren bir eylemde bulunan kişilerin bütün haklarından mahrum bırakılmaması gerektiği yönündeki en güçlü gerekçeyi böyle bir yorumun olağanüstü hallerde Sözleşme'deki hakların sınırlanmasını düzenleyen 15. maddenin bile ötesine geçeceği tespiti oluşturmaktadır. Zira bu yorum kabul edildiğinde, hakkını kötüye kullandığı tespit edilen kişi yaşam hakkı, işkence ve eziyet yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı 15. madde uyarınca olağanüstü hallerde dahi Sözleşme'ye aykırı tedbirler alınmasına izin verilmeyen ve insan haklarının “sert çekirdeği” olarak nitelendirilen haklarını kaybedecektir.³⁶⁴ Böylesine bir yorumun Sözleşme'nin olağanüstü halde bile bazı haklara dokunulmasına izin vermeyen mantığı ile bağdaşmayacağı açıktır. Kaldı ki her iki madde arasındaki ilişki de 17. madde ile 15. madde arasında bir derece farkı gözetilmesini gerektirmektedir. Demokratik yönetim biçimi, her iki maddenin ortak olarak koruduğu bir değerdir. Bu bağlamda bir görüşe göre Sözleşme'nin 17. maddesi bir ara hale tekabül etmektedir. Bu ara hal henüz 15. madde uyarınca yükümlülük azaltılması yoluna gidilmesini gerektirecek ağırlıkta olmayan durumlarda söz konusu olacaktır. Ancak bu görüşe göre 17. madde Sözleşme sistemindeki sınırlama hükümleri ile mücadele edilebilecek hallerden daha ağır durumlarda gündeme gelecektir.³⁶⁵

AİHM de, 17. maddenin kapsamına aldığı haklar konusunda başlangıçta benimsediği geniş yaklaşımı terk etmiştir. *Lawless* kararında İrlanda hükümeti, başvurucunun 17. madde kapsamında kalan faaliyetler içinde olduğunu dolayısıyla 17. madde uyarınca, Sözleşme'deki diğer bütün haklar gibi kişi güvenliği ve özgürlüğü (5. madde) ile adil yargılanma hakkından (6. madde)³⁶⁶ ve kanunsuz suç ve ceza konulamaması güvencesinden yararlanamayacağını ileri sürmüştür. İlgili hükümet bu iddialarının dayanağı olarak yukarıda değinilen *Alman Komünist Partisi* kararını göstermiştir.³⁶⁷ AİHM ise, 17. maddenin esas olarak, Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini amaçlayan faaliyetlere girişmeye elverişli hak ve özgürlükler için geçerli olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre kapsamı

³⁶³ German Communist Party and Others v. Germany (déc.) de 5.

³⁶⁴ A. Spielmann, “La Convention Européenne des droits de l’homme et l’abus de droit”, *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, s. 683; Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 74.

³⁶⁵ Harris, O’Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 510.

³⁶⁶ bu yönde *Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany* (déc.) paragraf 85.

³⁶⁷ *Lawless v. Ireland* (no. 3), 332/57 (ECtHR 01 Temmuz 1961).

yönünden olumsuz olan bu hükmün kişileri 5. ve 6. maddelerdeki haklarından yoksun bırakacak şekilde yorumlanması mümkün değildir.³⁶⁸ Özet olarak, 17. maddenin uygulanması ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü gibi yapısı gereği kullanılması özgürlükten yararlanan kişinin aktif bir davranışını gerektiren, norm alanı kişiye bir eylem alanı tanıyan hak ve özgürlükler için söz konusudur. Devletlerin, kişilerin sadece usuli güvenceler içeren veya mutlak olan ya da doğası gereği bir gerçek kişinin hayatının her anında aktif bir davranış içinde olmadan yararlandığı hak ve özgürlüklerden yoksun bırakılması için bu maddeye dayanması mümkün değildir. Mahkeme, bu kararıyla başlattığı 17. maddenin genel amacı olan totaliter grupların Sözleşme’de yer alan ilkeleri kendi çıkarlarına kullanmaları önleme amacına ulaşmak için, bu yönde faaliyetlere giren kişi ve grupları bütün hak ve özgürlüklerinden mahrum etmenin zorunlu olmadığı içtihadını istikrarlı olarak devam ettirmektedir.³⁶⁹

Buna göre 17. maddenin uygulanabileceği hakların 8-11 ve Ek Birinci Protokol 3. madde maddelerinde korunan haklar olduğu kabul edilmektedir.³⁷⁰ Bununla birlikte 17. maddenin gündeme geldiği başvuruların büyük çoğunluğu ifade özgürlüğüne ilişkindir. AİHM’e göre ifade özgürlüğü 17. maddeye aykırı olarak kullanılamaz ve bu hakkın kötüye kullanılması demokrasi ve insan hakları ile bağdaşmadığı gibi başkalarının haklarını zedeler.³⁷¹ İfade özgürlüğü bağlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı, ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddede yer alan “ödevler ve sorumluluklar” ifadesi de ilişkilendirilmektedir. Sözleşme’nin 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade –ve basın özgürlüğü gibi ilişkili diğer özgürlükler- bireylere ödev ve sorumluluklar da yüklemektedir. Mahkeme’ye göre bu fıkra da belirtilen “ödev ve sorumluluklar” daha genel bir madde olan 17. maddede daha güçlü biçimde ifadesini bulmaktadır.³⁷² AİHM, ifade özgürlüğü bağlamında 17. maddenin uygulanma kapsamını genişletse de ağırlık temelli bazı kriterler geliştirerek kötüye kullanmayı istisnai durumlarla sınırladığı ileri sürülmektedir. Bu değerlendirme altında, Sözleşme değerlerine aykırılığın derecesi, ifadeyi kullananın

³⁶⁸ a.g.e., par. 6-7.

³⁶⁹ W.p. and Others v. Poland (déc.) paragraf 2; Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands (déc.) de 195.

³⁷⁰ Schabas, *The European Convention on Human Rights*, s. 617; Harris, O’Boyle, Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 512.

³⁷¹ Witzsch v. Germany (déc.) paragraf 3; ve birçok karar arasından bkz. Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands (déc.); Kühnen v. the Federal Republic of Germany (déc.); Norwood v. the United Kingdom (déc.).

³⁷² Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands (déc.) de 194.

doğrudan Sözleşme’yi oluşturan değerlere karşı çıkıp çıkmadığı, ifadelerin kamusal yarar bulunan bir tartışmaya katkıda bulunup bulunmadığı gibi esasların dikkate alındığı ifade edilmektedir.³⁷³

Sözleşme’nin 17. maddesinde “etkinliğe girişme” ve “eylemde bulunma”nın yasaklanmış olmasından hareketle ifade açıklamalarının 17. maddenin kapsamına girmediği ileri sürülmektedir.³⁷⁴ Lakin, AİHM şimdiye kadar hiç bu yönde bir tartışmaya girişmemiş ve 17. maddeyi en yoğun olarak ifade özgürlüğü bakımından uygulamıştır. Biz de ifadeleri “eylem” kapsamında görmeyen ve ifade özgürlüğü ile diğer özgürlükler arasında ayırım güden görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce ifade özgürlüğünün etkisini indirgemeci bir yaklaşımla hafife alan bu görüş ifadelerin yaratabileceği –olumlu veya olumsuz etki ihtimalleri bakımından oldukça çeşitli olan- etkileri gözden kaçırmaktadır.³⁷⁵ Bu nedenle ifade özgürlüğünün 17. maddenin kapsamına alınmasında AİHM içtihadı yönünden -bu özgürlüğün taşıdığı önemi ve geniş bir korumadan yararlanması gerektiğini yadsımadan- bir sorun görmemekteyiz. İfade özgürlüğünün korunması bakımından sorun teşkil eden asıl yaklaşım ifadelerin yol açtığı etki, tehlike ve zararın tamamıyla değerlendirme dışında bırakılması ve bütünüyle içerik temelli bir denetime dönüşme tehlikesinde yatmaktadır.

Özellikle siyasal parti özgürlüğü olmak üzere örgütlenme³⁷⁶ ile toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünü düzenleyen 11. madde³⁷⁷ de hakkın kötüye kullanılması yasağının diğer hak ve özgürlüklere ilişkin maddelere göre daha fazla söz konusu olduğu hak ve özgürlüklerdir.³⁷⁸ Başka bir kararda da 11. madde kapsamı altında siyasal partilerin demokrasiyi veya bir demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlamaları halinde Sözleşme’nin korumasından yararlanamayacağı açıkça ifade edilmiştir.³⁷⁹ AİHM, faaliyetlerini sürdürdükleri devletlerin yasal veya anayasal düzeninde değişiklik öneren siyasal örgütlerin ne zaman 17. madde uyarınca Sözleşme’nin korumasından yararlanamayacağı

³⁷³ Lobba, “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights”, s. 247.

³⁷⁴ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 120.

³⁷⁵ İfade ile eylem arasındaki farkı felsefi temelde reddetmek için; Schauer, “On the Distinction between Speech and Action”; ayrıca bkz. J. L. Austin, **Söylemek ve Yapmak Harvard Üniversitesi 1955 William James Dersleri**, çev. R. Levent Aysever, Metis Yayınları, 2017; Şirin, *Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı - I İfade Özgürlüğünün Grisi*, ss. 95-97.

³⁷⁶ Dernek hakkı bakımından bir örnek için W.p. and Others v. Poland (déc.).

³⁷⁷ Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany (déc.) paragraf 74.

³⁷⁸ Cannie, Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention”, s. 58.

³⁷⁹ Herri Batasuna and Batasuna v. Spain paragraf 79.

konusunda kimi ölçütler geliştirmeye başlamıştır. Maddenin uygulanışını daha belirli hale getirecek olması nedeniyle olumlu karşılanabilecek bu ölçütler 17. maddenin uygulanmasını kolaylaştırmış görünmektedir. Zira AİHM'in bu yönde öngördüğü ölçütler “totaliter saikler güden örgütler”den daha geniştir. Buna göre; bir siyasal örgütün faaliyetlerini icra ederken ve özellikle faaliyetlerini yürüttüğü devletin hukuki veya anayasal yapısında değişiklikler önerirken Sözleşme'nin korumasından yararlanmaması için iki şarttan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Örgütün amaçlarına ulaşmak için seçtiği araç hukuki ya da demokratik değilse veya önerilen değişiklikler temel demokratik ilkelerle uyumlu değilse Sözleşme'nin korumasından yararlanılamayacaktır.³⁸⁰

AİHM'in 17. maddeyi daha fazla uygulamasının altında maddenin kapsamını genişletmesi yatmaktadır. Mahkeme'nin ilk kararlarında 17. maddenin amacı ve alanı “demokratik kurumların özgürce işleyişini güvence altına alarak Sözleşme’de öngörülen hakları korumak”tı.³⁸¹ Ancak, AİHM sonradan 17. maddenin amacı ve kapsamına yönelik anlayışını değiştirmiş ve genişletmiştir. AİHM, Sözleşme'nin temel değerlerine diğer bir deyişle sözüne ve ruhuna aykırı faaliyetleri de maddenin kapsamında görmektedir.³⁸² Bu ifade biçiminin içerdiği muğlaklık, yasağın kapsamının genişletilebilmesine örneğin Holokost inkârının da dahil edilebilmesine yol açmıştır.³⁸³ Örneğin; biraz provokatifliğin ölçüsü kaçırılarak Platon'un Devlet'te ileri sürdüğü düşüncelerin veya Nietzsche'nin fikirlerinin de Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı olduğunun altı çizilmektedir.³⁸⁴ Böyle bir yaklaşımın ve bu yaklaşımın 17. maddenin kapsamında yol açtığı genişlemenin hakkın kötüye kullanılması yasağının kötüye kullanılması tehlikesine kapıyı açtığına da dikkat çekilmektedir.³⁸⁵ Bunun sonucu olarak, hakların kötüye kullanılması yasağı ters etki gösterebilecektir.³⁸⁶

³⁸⁰ Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia, 26261/05, 26377/06 (ECtHR 14 Mart 2013); Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (ECtHR [GC] 13 Şubat 2003); benzer şekilde; Socialist Party and Others v. Turkey, 21237/93 (ECtHR [GC] 25 Mayıs 1998).

³⁸¹ German Communist Party and Others v. Germany (déc.).

³⁸² Kühnen v. the Federal Republic of Germany (déc.); Remer v. Germany (déc.), 25096/94 (EComHR 06 Eylül 1995); karşı. Osman Serkan Gülfidan, **İfade özgürlüğü hakkı örneği çerçevesinde: avrupa insan hakları sözleşmesi'nde kötüye kullanma yasağı**, 1. baskı İstanbul: XII Levha, 2013, ss. 14-15.

³⁸³ aynı yönde bkz. Cannie, Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention”, s. 60.

³⁸⁴ Heinze, “Viewpoint Absolutism and Hate Speech”, s. 565.

³⁸⁵ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 89.

³⁸⁶ a.g.e., s. 95.

Böylece, 17. maddeyi amacından saptırması yönüyle AİHM'in uygulaması eleştirilmektedir. Bu görüşe göre; 17. maddenin amacı; Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı eylemlerle örneğin ırkçılık, anti-Semitizm veya İslamofobi ile mücadele etmeyi içermemektedir.³⁸⁷ Bu duruma yol açan bir diğer nedense Mahkeme'nin hakların, başkalarının haklarını yok edecek biçimde kullanılması yasağını somut tehlike ölçütüne göre değil olasılık ölçütüne göre uygulamasıdır. Mahkeme, bir eylemin hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında olduğunu değerlendirirken, “bu tür eylemlere izin verilmesinin, Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine katkı sağlayabilecek” olmasını yeterli görmektedir.³⁸⁸ Bu nedenle, kimi yazarlar 17. maddenin kökenine atıf yaparak 17. maddenin bir alarm zili işlevi görmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre 17. madde Avrupa değerleri olan demokrasi ve hukukun üstünlüğü tehlikeye düştüğünde gündeme gelmelidir. Buna göre, 17. maddenin uygulanma koşullarının meydana gelip gelmediği sıkı sıkıya incelenirken madde kaleme alınırkenki ruhuna saygı gösterilmeli ve maddenin anlamı korunmalıdır.³⁸⁹

Bununla birlikte 17. madde kapsamında kötüye kullanılabileceği tartışmalı olan iki hak söz konusudur. Bunlardan biri Ek 1 Numaralı Protokol’ün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkıdır. Protokol’ün hazırlık çalışmaları sırasında eğitim hakkının 17. madde ile ilişkisine dair yoğun bir tartışma yürütülmüştür. Hattâ bu tartışmanın, Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları esnasında 17. maddeye yönelik tartışmalardan daha yoğun olduğu ifade edilmektedir.³⁹⁰ Maddeye göre devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterecektir. Tartışmalar sırasında ebeveynlerin Sözleşme’ye aykırı inanç ve düşünceler taşımasından duyulan endişelere dikkat çekilmiştir. Bu tehlikeyi bertaraf etmek için cümleden “felsefi inanç” ibaresinin çıkartılarak sadece dini inanç ifadesinin bırakılması önerilmiştir. Pierre Henri-Teitgen açık sözlülükle Bakanların korktuğu şeyin “komünist propaganda” olduğunu ancak bu korkuların temelsiz olduğunu zira 17. Maddenin Protokol ve bu madde için de geçerli olduğunu

³⁸⁷ Cannie, Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention”, ss. 62-63.

³⁸⁸ “*would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention*”

³⁸⁹ Keane, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, s. 647.

³⁹⁰ Mark E. Villiger, “AİHM Uygulamasında AİHS 17. Madde ve İfade Özgürlüğü”, **İfade Özgürlüğü - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, 2012, s. 298.

söylemiştir.³⁹¹ Dolayısıyla maddenin genetik yorumundan eğitim hakkının da AİHS temelinde kötüye kullanılabilecek haklardan olduğu sonucu çıksa da AİHM'in eğitim hakkının kötüye kullanıldığını tespit ettiği bir kararı henüz yoktur.

AİHS'teki anlamıyla kötüye kullanılabileceği tartışmalı bir diğer hak mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkı, özel hukuktaki hakkın kötüye kullanılması doktrinin doğmasına yol açan ve bu konuda akla gelen ilk haktır. Ancak Sözleşme'nin lafzındaki biçimiyle, mülkiyet hakkının Sözleşme'deki diğer hak ve özgürlükleri yok etmek için kullanılmaya elverişli olduğu tartışmalıdır. AİHM'in henüz mülkiyet hakkının kullanılmasını 17. maddenin kapsamında değerlendirdiği bir kararı yoktur.

d. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Uygulanma Şekli

Mahkeme, maddeyi doğrudan veya dolaylı olarak uygulamaktadır. Ancak, bu ikili ayrımın AİHM tarafından 17. maddenin uygulanış biçimlerini tatmin edici biçimde kategorize etmek için yeterli olmadığı öğretilmektedir. Bu görüşte olanlara göre, 17. madde doğrudan uygulanıp başvurunun kabul edilmez bulunmasının veya müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olup olmadığının denetlenmesi sırasında dolaylı uygulanmasının yanında iki kategori daha eklenmelidir. Bunlar; 17. maddenin uygulanabilir olduğu ancak Mahkeme'nin maddeyi göz ardı ettiği durumlar ile 17. maddenin ileri sürülen olgular yeterince ciddi olmadığı için uygulanmadığı hallerdir.³⁹² Ancak biz çalışmamızda, doğrudan ve dolaylı uygulama şeklindeki ikili ayrımı benimsemekteyiz.

Doğrudan uygulandığında, 17. madde kabul edilebilirlik aşamasında ele alınmaktadır. Durumun hakkın kötüye kullanılması kategorisine girdiği tespit edilirse, Sözleşme'nin koruma alanı dışında kaldığından esasa girilmemektedir. Bu bağlamda, 17. maddenin bu biçimde uygulanması gerektiği kabul edilirse, 17. madde Sözleşme'deki hakların koruma alanının dış sınırını tanımlamaktadır. Hattâ bu sınırlamanın, özgürlüğü tehdit eden eylemleri dışlamak amacıyla Sözleşme'de yer alan hakların metaforik olarak küçültülmesiyle sağlandığı ifade edilmektedir.³⁹³ Dolayısıyla 17. maddenin doğrudan kullanımının giyotin etkisi doğurduğu ve

³⁹¹ Preparatory Work on Article 17 of the European Convention of Human Rights, DH (57) 4, s.16.

³⁹² Villiger, "AİHM Uygulamasında AİHS 17. Madde ve İfade Özgürlüğü", s. 326.

³⁹³ Buyse, "Contested contours", s. 204.

başvuruyu anında öldürdüğü söylenebilir.³⁹⁴ AİHM'in 17. maddeyi giyotin etkisi ile uyguladığı başvurularda başvuru kabul edilebilirlik aşamasında konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilmektedir. Başvuruda 17. maddenin şartlarının oluşmadığı tespit edilirse, ilgili hükümetin ileri sürdüğü başvurunun 17. maddenin kapsamında kaldığı iddiası başvurunun kabul edilebilirlik koşullarının incelenmesi sırasında reddedilmekte ve başvurunun esasına geçilmektedir.³⁹⁵

Dolaylı kullanımda ise maddeden ilgili temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken yararlanılmaktadır. Bu iki hususun dışında 17. maddenin uygulanma şekli ile ilgili üçüncü bir soru da 17. maddenin somut bir hak ve özgürlüğe ilişkin maddenin ardından mı, bu madde ile ilgili bir değerlendirmeye geçmeden önce mi ele alınacağıdır. İlk yaklaşım benimsenirse AİHM önce müdahalenin ilgili hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddedeki sınırlama kural ve ilkelerine uygun olup olmadığını değerlendirecektir. Müdahalenin, hak için öngörülmuş sınırların içerisinde kaldığı tespitinin ardından davanın bütün koşullarının ışığında 17. maddenin uygulanabilir olup olmadığı araştırılmaktadır. AİHM, bu yöntemi çeşitli kararlarında benimsemiştir.³⁹⁶ Lakin bu konuda da Mahkeme'nin sistematikeştirmeye müsait olmayan ve öngörülemez tutumu devam etmektedir.³⁹⁷ Bu durumu gösteren en iyi, en bilindik ve bunu göstermesi için en çok kullanılan örnek iki *Witzsch* kararı³⁹⁸ arasındaki farklılıktır. Başvurucusu ve konusu aynı olan ancak farklı tarihlerde AİHM'in farklı bölümleri tarafından incelenen iki başvuruda verilen kabul edilmezlik kararları farklıdır. Her iki başvuru da başvurucunun Holokost inkârcılığı dolayısıyla cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasını içermektedir. İlk *Witzsch* kararında AİHM 17. maddeden müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olmasını incelerken bir yorumlama kuralı olarak yararlanmıştır. Holokost gibi açıkça ortaya konmuş tarihsel gerçeklerin inkâr veya revize edilmesinin 17. madde kapsamında olması nedeniyle 10. maddenin korumasından yararlanamayacağını belirttikten sonra çelişkili biçimde müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasına uygunluğunu incelemeye devam etmiştir. Müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olarak değerlendirilebileceğini belirterek başvuruyu

³⁹⁴ a.g.e., s. 191.

³⁹⁵ Mukhin v. Russia, 3642/10 (ECtHR 14 Aralık 2021).

³⁹⁶ United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, 19392/92 (ECtHR [GC] 30 Ocak 1998); Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, ECtHR [GC] 13 Şubat 2003 paragraf 96.

³⁹⁷ Michael Hamilton, "Transition, political loyalties and the order of the state", 2011, s. 161, doi:10.1017/CBO9780511758515.008.

³⁹⁸ Witzsch v. Germany (déc.), 41448/98 (ECtHR 20 Nisan 1999); Witzsch v. Germany (déc.), ECtHR 13 Aralık 2005.

açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.³⁹⁹ Yukarıda bahsedilmiş olan ikinci karardaysa Holokostun Hitler ve NSAİP tarafından planlanıp gerçekleştirildiğini inkâr eden başvuruçunun ifadelerinin Sözleşme'nin özüne ve sözüne aykırı olduğunu belirten AİHM bu ifadelerin 17. madde aracılığıyla 10. maddenin korumasından yararlanamayacağını ifade etmiştir. Bu gerekçeyle başvuru konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilmez bulunmuştur.⁴⁰⁰

AİHM, kimi kararlarındaysa 17. maddeyi uygularken bir metodu takip edeceğini açıklamaktadır. Örneğin; *Refah Partisi* kararında AİHM, Sözleşme'nin 9,10 ve 11. maddelerinde güvence altına alınan özgürlüklere yönelik müdahalelerini incelerken önce bu maddelerin 2. paragrafını esas alarak Sözleşme'ye uygunluk denetimi yapacağını daha sonraysa ilgili davaya 17. maddenin uygulanıp uygulanmaması gerektiğini değerlendireceğini ifade etmiştir.⁴⁰¹

i. 17. Maddenin Doğrudan Uygulanması (Giyotin Etkisi)

AİHM, giyotin etkisini Komisyon zamanında iki kere uygulamıştır. Bu iki kararsa Komisyon'un 17. maddeyi uyguladığı ilk kararlardır.⁴⁰² *Alman Komünist Partisi* kararında başvuru hakkında konu bakımından yetkisizlikle kararı verilerek başvuru kabul edilebilirlik aşamasında reddedilmiştir. *Glimmerveen ve Hagenbeek* kararındaysa konu bakımından yetkisizlik terimi kullanılmadan başvuruçuların 17. madde sebebiyle 10. maddeye dayanamayacaklarına hükmedilmiştir. *Kühnen* kararının ardından AİHM, 17. maddeyi dolaylı uygulamaya başlamışken Garaudy kararıyla 17. maddeyi giyotin etkisiyle uygulamaya yeniden başlamıştır.⁴⁰³ Garaudy kararında gaz odalarının ve Holokost ile ilgili çeşitli unsurların reddedilmesiyle ilgili başvuru giyotin etkisine maruz kalmış ve konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilmez bulunmuştur.⁴⁰⁴

AİHM'in yukarıda sayılan hakkın kötüye kullanımı yollarını, 17. maddenin doğrudan uygulanacağı haller ile 17. maddenin dolaylı uygulanacağı durumlar biçiminde kategorize ettiği savunulamaz. AİHM'ce hakkın kötüye kullanılması

³⁹⁹ Witzsch v. Germany (déc.), ECtHR 20 Nisan 1999 paragraf 1.

⁴⁰⁰ Witzsch v. Germany (déc.), ECtHR 13 Aralık 2005 paragraf 3.

⁴⁰¹ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey paragraf 96; aynı yönde United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey paragraf 32.

⁴⁰² German Communist Party and Others v. Germany (déc.); Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands (déc.).

⁴⁰³ Buyse, "Contested contours", s. 195.

⁴⁰⁴ Garaudy v. Fransa de 24.

olarak tespit edilen her hal için 17. maddenin hem doğrudan hem dolaylı uygulanması örnekleri bulunabilmektedir.

Gerçi öğretide, 17. maddenin uygulanma biçimlerini 17. maddenin kapsamına giren durumlara göre sistematize etme çabalarına rastlanmaktadır. Örneğin; özellikle AİHM'in *Lehideux ve Isorni* kararında ortaya koyduğu yaklaşımla Holokost inkârını doğrudan 17. madde kapsamına alırken ırkçı söylemler ve nefret söylemleri için 17. maddeyi dolaylı olarak uyguladığı ileri sürülmüştür.⁴⁰⁵ Ancak bu tespit bütünüyle doğru değildir. Örneğin İslamofobinin söz konusu olduğu bir olayda da 17. maddenin giyotin etkisiyle uygulandığı görülmektedir.⁴⁰⁶ *Hizb Ut-Tahrir* kararındaysa giyotin etkisi şiddet çağrısı nedeniyle hakkın kötüye kullanıldığı bir olayda meydana gelmiştir.⁴⁰⁷

Giyotin etkisi iki yönden eleştirilmektedir. Birincisi, ölçülülük denetimini dışlamaktadır.⁴⁰⁸ Kategorik olarak bazı eylem veya ifadeleri hakkın koruma alanı dışında tutmak bunlara yönelik yaptırımların denetimini de engellemektedir. Bu da farazi olarak bir Holokost inkârcısını 30 yıl hapis cezasına çarptırmasını Mahkeme'nin denetiminin dışında tutacaktır.⁴⁰⁹ Örneğin *Pavel Ivanov* kararında yayınladığı yazılar nedeniyle üç yıl hapis cezası ve 10.000 ruble para cezasına çarptırılan başvuruda 17. madde giyotin etkisi ile uygulandığından bu denli ağır müdahaleye ölçülülük denetimi yapılamamıştır.⁴¹⁰ AİHM'in zaman zaman 17. maddenin kapsamında gördüğü ve giyotin etkisini uyguladığı konulardan olan nefret söylemi konusundaki bir karar, ölçülülük denetiminin devreye girmesi halinde başvurunun sonucunun değişebileceğini göstermektedir. *Mehmet Cevher İlhan* kararında AİHM başvurucunun söyleminin din temelli nefret aşıladığını tespit etmiştir.⁴¹¹ Bu tespiti dolayısıyla başvurucunun ifade hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığını değerlendirmiştir. Ardından müdahalenin orantılılığını incelemeye geçen AİHM, başvurucunun ifadeleri dolayısıyla iki yıl bir ay hapis cezasına çarptırılmasının

⁴⁰⁵ Keane, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", ss. 656-57; Gülfidan, *İfade özgürlüğü hakkı örneği çerçevesinde: avrupa insan hakları sözleşmesi'nde kötüye kullanma yasağı*, s. 58.

⁴⁰⁶ *Norwood v. the United Kingdom* (déc.).

⁴⁰⁷ *Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany* (déc.) paragraf 75.

⁴⁰⁸ *Cannie, Voorhoof*, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention", ss. 70-71.

⁴⁰⁹ Buyse, "Contested contours", s. 189.

⁴¹⁰ *Pavel Ivanov v. Russia* (déc.).

⁴¹¹ *Mehmet Cevher İlhan v. Turkey*, 15719/03 (ECtHR 13 Ocak 2009).

amaçla orantılı olmadığına hükmederek başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴¹² Bu davada kabul edilebilirlik aşamasında Komite giyotin etkisini uygulamaya karar verseydi ve başvurunun ifadelerinin içeriğini esas alarak başvuruyu konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilmez bulsaydı, somut davada başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinde belirleyici rol oynayan ölçülülük denetimi ihmal edilmiş olacaktı. Bu örnek, giyotin etkisinin, hakkının ihlal edildiğini düşünen başvurucular üzerinde pratikte etkilerini ve bağlam ile ölçülülük denetiminin dışlanması hak ve özgürlüklerin korunması açısından yol açabileceği olumsuz sonuçları göstermektedir.

Belirtmek gerekir ki AİHM de kimi zaman önündeki başvuruya 17. maddenin uygulanmasında da ölçülülük denetimi yapacağını bildirmektedir. Ancak 17. madde bağlamında yapılan ölçülülük denetiminin haklara ilişkin maddeler bağlamında yapılan ölçülülük denetiminden daha hafif olduğu ifade edilmektedir.⁴¹³ AİHM'in somut bir hakka ilişkin yaptığı esas denetimi sırasında gerçekleştirdiği ölçülülük denetimi çok daha titizdir.

17. maddenin doğrudan uygulanmasına yönelik ikinci eleştiri ise giyotin etkisinin bağlamı (*context*) dikkate almamasıdır.⁴¹⁴ Örneğin ayrımcı saikler taşıdığı ve kullandığı ifadelerin ırkçı olduğu konusunda itiraz ileri sürmenin zor olduğu Glimmarveen kararı dahi bağlamı dikkate almama eleştirisinden muaf değildir. Bu başvuruda gerçek veya beklenen sonuçlardan ya da başvurucuların yarattığı tehlikeden ziyade başvurucuların niyetine ağırlık verilmiştir. Partinin çok az destekçisinin olması, dolayısıyla gerçek ve yakın tehlikenin bulunmaması olgusu göz ardı edilmiştir.⁴¹⁵ Bir başka örnek *Norwood*⁴¹⁶ kararıdır. Bu karara konu olayda özet olarak başvuru 11 Eylül saldırılarından sonra evinin penceresine astığı İkiz Kuleleri yanarken gösteren “İslam Britanya’dan dışarı” yazılı pankart nedeniyle bir dinsel gruba düşmanlık sergileme suçundan cezalandırılmıştır. Dosyada AİHM; başvurunun ırksal ve dinsel gerilimlerin pek yaşanmadığı bir bölgede yaşadığı ve hiçbir Müslüman’ın posterini görmediğine dair itirazlarını dikkate almamıştır. Başvurucunun eyleminden herhangi bir zarar ya da tehlike doğmadığına dair

⁴¹² a.yer.

⁴¹³ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 93.

⁴¹⁴ a.g.e., s. 193; Antoine Buyse, “DANGEROUS EXPRESSIONS: THE ECHR, VIOLENCE AND FREE SPEECH”, *International & Comparative Law Quarterly*, C. 63, S. 2, 2014, s. 495, doi:10.1017/S0020589314000104.

⁴¹⁵ Buyse, “Contested contours”, s. 194.

⁴¹⁶ *Norwood v. the United Kingdom* (déc.).

iddialara itibar etmeyen AİHM, posterin içeriğinden yola çıkarak 17. maddeyi uygulamış ve konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilmezlik kararı vermiştir. Özellikle *Jersild*⁴¹⁷ kararı giyotin etkisinin olası zararları bakımından çarpıcı örnek bir teşkil etmektedir. 17. maddenin doğrudan uygulanması sonucunda müdahaleye konu olan sözlerin açıkça ırkçılık içermesi ve nefret söylemi niteliğinde olması nedeniyle kabul edilemez bulunacak başvuruda bağlamın dikkate alınması sonucunda ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Müdahale esastan incelendiğinde; ilgili sözleri televizyon programcısı olan başvurunun söylemediği sadece bu sözlerin yayılabilmesine zemin hazırladığı hususları sonucu etkilemiştir. 17. maddenin doğrudan uygulanması sonucunda müdahaleye konu olan sözlerin açıkça ırkçılık içermesi ve nefret söylemi niteliğinde olması nedeniyle kabul edilemez bulunacak başvuruda bağlamın dikkate alınması sonucunda ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Müdahale esastan incelendiğinde; ilgili sözleri televizyon programcısı olan başvurunun söylemediği sadece bu sözlerin yayılabilmesine zemin hazırladığı hususları başvurunun sonucu bakımından belirleyici olmuştur.⁴¹⁸

Bu iki eleştiri noktasının dışında 17. maddenin yapısal bir tehlike de içerdiği ileri sürülmüştür. Buna göre; 17. madde devletlere kimi faaliyetleri özgürlük düşmanı olarak nitelendirip takdir marjını genişletme fırsatı tanımaktadır.⁴¹⁹ Bu yönüyle 17. maddenin kapsamının genişlemesi Sözleşme'nin kurduğu denetim mekanizmasının etkililiğini ve AİHM'in insan haklarının korunmasındaki tamamlayıcılık işlevini zedeleyecektir. Özellikle kimi devletlerin AİHM'in benzer konularda 17. maddenin uyguladığı kararları örnek göstererek 17. maddeye dayanmaya çalıştığı görülmektedir. *Tagnarog* kararında Rusya hükümeti AİHM'den İsrail'in yok edilmesi çağrısında bulunan Hizb-ut Tahrir örgütü için takip ettiği yaklaşımı Yehova şahitleri için de uygulamasını ve başvuruyu 17. madde kapsamında kabul edilemez bulmasını talep etmiştir. AİHM'se 17. maddenin insanlığa karşı suçların inkâr edilmesi ve bütün bir etnisite veya dinin düşman gösterilmesi gibi istisnai durumlarla sınırlı olduğunu belirterek 17. maddeyi

⁴¹⁷ Jersild v. Denmark.

⁴¹⁸ Keane, "Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", s. 661.

⁴¹⁹ Cannie, Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention", s. 72.

uygulanabilir bulmamıştır.⁴²⁰ Benzer bir durum *Fatullayev* kararında da söz konusu olmuştur. Azerbaycan hükümeti, Auschwitz kampında gaz çemberlerinin kullanımının reddedilmesini konu eden bir karara atıf yaparak Hocalı katliamı hakkındaki revizyonist ifadeleri nedeniyle başvurucunun ifadelerine 17. maddenin uygulanması gerektiğini savunmuştur.⁴²¹ AİHM ise başvurucunun ifadelerinin açıkça ortaya konmuş tarihsel gerçeklerin inkârı veya değiştirilmesi niteliğinde olmadığını, ifadelerin halen süren bir tartışmanın konusu olduğunu söyleyerek başvurucunun ifadelerinin 17. madde aracılığıyla 10. maddenin korumasından çıkarılamayacağını ifade etmiştir.⁴²² Başvurunun esası hakkında yapılan denetimde başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmedilmiştir.⁴²³

Özellikle yerel mahkemelerin 17. maddeyi kullanarak uyguladıkları kimi sınırlamaları haklı çıkarma tehlikesine dikkat çekilmektedir. Bir ulusal makam; AİHS gibi normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede veya kanunun üstünde yer alan bir kurala atıf yaparak müdahalenin haklılığını kendi ulusal mahkemesinde ileri sürebilecek ancak AİHM önüne geldiğinde aynı maddeye dayanmayabilecektir.⁴²⁴ Bu yönde bir örnek olarak *HADEP ve Demir*⁴²⁵ kararında Türkiye hükümetinin tutumu gösterilmektedir.⁴²⁶ Buna göre, Anayasa Mahkemesi Halkın Demokrasi Partisi’ni kapatırken Sözleşme’nin 17. maddesine de dayanmış⁴²⁷ ancak AİHM önündeki başvuruda Hükümet bu maddeyi ileri sürmemiştir.⁴²⁸

⁴²⁰ *Taganrog Iro and Others v. Russia*, 32401/10, 44285/10, 3488/11, 3492/11, 14821/11, 17552/11, 2269/12, 5547/12, 76162/12, 74387/13, 79240/13, 28108/14, 2861/15, 15962/15, 16578/15, 24622/16, 10188/17, 39417/17, 3215/18, 44386/19 (ECtHR 07 Haziran 2022).

⁴²¹ *Fatullayev v. Azerbaijan* paragraf 68.

⁴²² a.g.e., par. 81.

⁴²³ a.g.e., par. 105.

⁴²⁴ *Cannie, Voorhoof*, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention”, s. 72.

⁴²⁵ *Hadep and Demir v. Turkey*, 28003/03 (ECtHR 14 Aralık 2010).

⁴²⁶ *Cannie, Voorhoof*, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention”, s. 72 77 numaralı dipnot.

⁴²⁷ E. 1999/1 (Parti Kapatma) K. 2003/1, E. 1999/1 (Parti Kapatma) K. 2003/1 (Anayasa Mahkemesi 13 Mart 2003); *Hadep and Demir v. Turkey* paragraf 16; aynı durumun söz konusu olduğu bir karar için, *Freedom and Democracy Party (özdep) v. Turkey*, 23885/94 (ECtHR [GC] 08 Aralık 1999); (AYM, E.1993/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/2, (AYM, E.1993/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/2 (Anayasa Mahkemesi 23 Kasım 1993).

⁴²⁸ Kanaatimizce bu iddiaya Refah Partisi kararı özelinde katılmak mümkün değildir. Türkiye hükümetinin başvuruda Sözleşme’nin 17. maddesini açıkça ileri sürmediği doğrudur. Ancak, Türkiye hükümeti müdahalenin demokratik toplumda zorunlu olduğuna ilişkin beyanlarını ileri sürerken Refah Partisi kararına atıf yaparak demokrasinin veya demokrasinin tanıdığı hak ve özgürlüklerin yok edilmesini amaçlayan partilerin Sözleşme’nin korumasından yararlanamayacağını ifade etmiştir. Bizce bu beyanın 17. maddenin zımni biçimde ileri sürülmesi olarak anlaşılması gerekir.

Özellikle ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda 17. maddenin doğrudan kullanımının etkisi daha aydınlatıcı ve çarpıcı biçimde görülmektedir. Gıyotın etkisi tamamen içerik odaklı bir değerlendirmeye anti-demokratik ifadeleri ifade özgürlüğünün koruma alanının dışına çıkarmaktadır.⁴²⁹ Gıyotın etkisinin olumlu özelliği olaraksa olağanüstü hal rejimi ile olağan sınırlama rejimi arasındaki ara hal olma görevini ifa etmesine katkı sağladığı ileri sürülmektedir.⁴³⁰

ii. 17. Maddenin Dolaylı Kullanımı (Yorumlama Kuralı)

Dolaylı kullanımda 17. madde başvuruyu hakkın ihlal edilmediği sonucuna çeken yargısal mıknatıs görevi görmektedir.⁴³¹ Mahkeme, dolaylı kullanımı ilk olarak *Kühnen* kararında uygulamıştır.⁴³² 17. maddenin dolaylı kullanımı da çeşitli hakların kötüye kullanılması yollarında gündeme gelebilmektedir. Örneğin totaliter ideolojilerin savunulması ile ilgili *Schimanek* kararında nasyonal-sosyalist fikirlere bağlı, Avusturya’da iktidarı ele geçirmeyi hedefleyen ve Avusturya’yı Büyük Almanya’nın bir parçası haline getirmeyi amaçlayan bir örgütün liderlerinden olduğu gerekçesiyle cezalandırılmasının Sözleşme’ye uygunluğunun denetiminde 17. maddeden dolaylı olarak yararlanılmıştır.⁴³³ Nasyonal-sosyalizm’in demokrasiyle bağdaşmayan totaliter bir ideoloji olduğundan ve takipçilerinin 17. maddede belirtilen türden amaçlar taşıdığından hareket eden AİHM müdahaleyi demokratik toplumda zorunlu ve 10. maddenin ikinci fıkrasına uygun bulmuştur.⁴³⁴ Yukarıda açıklandığı üzere ilk *Witzsch* kararındaysa Holokost inkârını konu alan bir başvuruda 17. madde dolaylı biçimde uygulanmıştır.⁴³⁵

Dolaylı kullanımda 17. maddeye yorumlama aracı olarak başvurulduğundan yumuşak yaklaşım olarak da nitelendirilmektedir. Ancak bu durum dolaylı kullanımın zayıf kullanım olduğu anlamına gelmemektedir.⁴³⁶ 17. maddenin dolaylı kullanımında şeklen olayın koşullarını ve diğer faktörleri dikkate alan bağlamsal bir değerlendirme yapılsa da AİHM; bu başvurularda hükümetin değerlendirmelerini kabul etme eğilimi göstermektedir. Bu durumun sistematik bir özellik kazandığı ve

⁴²⁹ Keane, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, s. 643.

⁴³⁰ a.g.e., s. 191.

⁴³¹ Buyse, “Contested contours”, s. 198.

⁴³² Gülfidan, *İfade özgürlüğü hakkı örneği çerçevesinde: avrupa insan hakları sözleşmesi’nde kötüye kullanma yasağı*, s. 21.

⁴³³ *Schimanek v. Austria* (déc.), 32307/96 (ECtHR 01 Şubat 2000).

⁴³⁴ a.g.e., s. 7.

⁴³⁵ *Witzsch v. Germany* (déc.), ECtHR 20 Nisan 1999 de 5.

⁴³⁶ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 85.

birbiriyle yarışan haklara ve menfaatlere yönelik uygun dengeleme faaliyeti yapılmadan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu sonucuna varıldığı ileri sürülmektedir.⁴³⁷ Örneğin bu bağlamda *Remer* kararında AİHM'in başvuruçunun yayınlarının Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı olduğunu belirttiikten sonra Yahudiler'in haklarının ve itibarının ve Yahudilere karşı nefretin körüklenmesiyle ortaya çıkacak düzensizlik ile suç işlenmesinin önlenmesindeki kamusal yararın, başvuruçunun toplama kamplarında gaz odalarının olduğunu inkâr etme özgürlüğüne ağır bastığı yönündeki gerekçesinin⁴³⁸ soyut ve kalıplaşmış niteliği eleştirilmektedir.⁴³⁹ *Marais* kararında soyut bir ifade biçimiyle olsa dahi herhangi iki hak veya değer arasında dengeleme faaliyetine girildiğine ilişkin bir ibareye dahi yer verilmemiştir. AİHM (Komisyon), yerel mahkemenin başvuruçunun yayınlarının içeriğine ve eylemine ilişkin değerlendirmelerini aynen kabul etmiş ve başvuruçunun makalesinin Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı olduğunu, 10. maddeyi amacından saptırdığını ifade etmiştir. Bu değerlendirmenin ardından müdahalenin demokratik toplumda zorunlu ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir.⁴⁴⁰ Örneğin 17. maddenin dolaylı uygulandığı *Kühnen* kararında da 3 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılan başvuruçuya yönelik müdahalenin ölçülülüğüne yönelik titiz ve etkili bir denetim yapıldığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle; 17. maddenin doğrudan uygulanmasıyla yorum kuralı olarak kullanılması arasında maddenin pratikte doğurduğu sonuç açısından bir fark olmadığı da savunulmaktadır.⁴⁴¹ Ancak AİHM'e hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuran başvuruçunun için bir farklılık yaratmasa da bu iki kullanım arasındaki ayrım doktinel olarak önem taşımaktadır. Hukuki perspektiften bakıldığında, doğrudan kullanımda bir eylemin başvuruçunun tarafından ileri sürülen hakkın kapsamında bulunmadığı sonucu doğmaktayken dolaylı kullanımda başvuruçunun hakkına yapılan müdahalenin başvuruçunun hakkını ihlal etmediği tespit edilmektedir.⁴⁴²

17. maddenin, hakkın kullanımını ilgili norm alanından çıkararak başvuruların konu bakımından yetkisiz kabul edilmesine yol açan bir kural mı, yoksa

⁴³⁷ Cannie, Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention", s. 68.

⁴³⁸ *Remer v. Germany* (déc.).

⁴³⁹ Cannie, Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention", s. 68.

⁴⁴⁰ *Marais v. France* (déc.) de 190.

⁴⁴¹ Cannie, Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention", s. 58; Gülfidan, *İfade özgürlüğü hakkı örneği çerçevesinde: avrupa insan hakları sözleşmesi'nde kötüye kullanma yasağı*, s. 26.

⁴⁴² Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 86.

müdahalelerin Sözleşme'nin hakla ilgili maddesine uygunluğunun değerlendirilmesinde yardımcı olacak bir yorumlama ilkesi mi olduğu konusunda ara bir çözüm kimi zaman AİHM yargıçlarınca önerilmektedir. Bir kararın karşı oyunda yargıçlar 17. maddenin somut dosyaya uygulanamaz olduğu kabul edilse dahi devletin takdir yetkisinin ve müdahalenin zorunluluğunun değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiğini belirtmişlerdir.⁴⁴³

iii. 17. Maddeye Yönelik Değerlendirmenin İncelemedeki Sırası

17. madde dolaylı olarak uygulandığında ihlal edildiği ileri sürülen hakka yönelik esas incelemesi sırasında, müdahalenin demokratik toplumda zorunluluğuna yönelik denetimin bir parçası olarak ele alınmaktadır. AİHM, 17. maddeyi doğrudan uyguladığıdaysa genellikle ihlal edildiği ileri sürülen hakkın yer aldığı madde altında yaptığı değerlendirmeden önce ele almaktadır. Ancak daha sonra da ele aldığı kararlar da görülmektedir. Örneğin *Refah Partisi* kararında AİHM önceden takip edeceğini açıkladığı yöntem çerçevesinde, müdahaleyi detaylı biçimde üç aşamalı test kapsamında inceledikten⁴⁴⁴ sonra kısaca 17. maddenin uygulanmasına gerek olmadığını belirlemiştir. AİHM'in 17. maddeyi temel hakkın sınırlandırılmasına yönelik kurallara uygunluk denetiminden önce ele almasının metodolojik ve mantıksal açıdan doğru olacağı savunulabilir. Zira, 17. maddeye yönelik denetimle önce başvuruya konu olayın Sözleşme'deki bir hakkın kapsamına girip girmediği saptanmaktadır. 17. maddenin kapsamına giriyorsa, 17. maddenin kurucu etkisi aracılığıyla Sözleşme'nin koruması dışında bırakıldığından, başvurunun esasına girmeye gerek kalmamaktadır. Başvurunun 17. maddesinin uygulanmasını gerektirir mahiyette olmadığı saptandığıdaysa başvuru esastan incelemekte ve hakka getirilen sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğu denetlenmektedir.

Metodolojik ve teorik açıdan uygun olduğu savunulabilecek bu yaklaşımın hak ve özgürlükler için doğurduğu sakıncalar yukarıda gösterilmeye çalışılmıştır. Kabul edilebilirlik aşamasında yapılan 17. maddenin uygulanabilir olup olmadığı değerlendirmesi *prima facie* bir denetim olmaktan öteye gidememekte ve bağlamı ele almamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğünde ve özellikle Holokost inkârında içerik temelli bir sınırlandırmaya dönüşme tehlikesini taşımaktadır. Yine müdahalenin esasına girilmemesi, ölçülülük denetimini dışlamakla 17. maddenin kapsamına giren

⁴⁴³ Yargıç Foighel, Louizou ve Freeland'in karşı oyu, *Lehideux and Isorni v. France*.

⁴⁴⁴ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, ECtHR [GC] 13 Şubat 2003 paragraflar 52-136.

durumlarda taraf devletlerin yetkili makamlarına bir nevi açık çek sağlamaktadır. 17. maddeyle ulaşılan sonuca, ihlal edildiği ileri sürülen madde kapsamında yapılacak bütünlüklü bir değerlendirmeye de ulaşılabileceğinden 17. maddenin hak ve özgürlükler rejiminde nasıl bir işlev taşıdığı sorgulanmaktadır.

Bu sakıncaları giderebileceği ve 17. maddenin amacıyla istisnai niteliğine daha uygun olması sebebiyle 17. maddenin ihlal edildiği ileri sürülen hakkın yer aldığı Sözleşme maddesine ilişkin yapılan denetimin ardından uygulanması gerektiği fikrindeyiz. Böylece 17. maddenin herhangi bir biçimde müdahalenin hukukiliğine, meşru amaç taşıyıp taşımadığına veya ölçülülüğüne dair bir denetimin dışlanması söz konusu olmayacaktır. *Refah Partisi* kararında olduğu gibi müdahalenin Sözleşme'nin 11. veya hakka ilişkin başka herhangi bir maddesine aykırı olmadığı tespit edildiğinde 17. maddenin istisnai etkisine başvurmaya gerek olmayacaktır. Bu durumda, demokrasiyi veya insan haklarını yıkıcı bir faaliyetle karşı karşıya kalan taraf devletin Sözleşme'nin sözleşmeyi koruyucu maddesine gerek kalmadan iç hukukunda Sözleşme'ye uygun bir çözümle bu faaliyeti önlediği veya bastırdığı sonucuna ulaşılabilecektir. Bu ihtimalde, yeniden 17. maddeye dönülmesi gereksiz olacaktır.

Bununla birlikte, diğer durumda –yani Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna vardıldıktan sonra 17. maddenin uygulanması halinde- 17. madde Sözleşme'deki hakları veya Sözleşme'nin ayakta kalabileceği tek siyasal düzen olan demokrasiyi tehdit eden bir eylemle karşı karşıya kalan ve Sözleşme'nin bu hak için öngördüğü güvencelere veya sınırlama rejimiyle aykırı ancak bu değerleri korumak için zorunlu bir müdahalede bulunan taraf devletin müdahalesinin Sözleşme'ye uygun kabul edilmesini sağlayacaktır. Böylece, 17. madde sadece istisnai durumlarda uygulanacaktır. Ayrıca, gerçekten bir “alarm zili” işlevi görerek uyguladığı tedbir 17. maddenin devreye girmemesi halinde Sözleşme'ye uygun olmayan devlet için uyarıcı nitelikte olabilecektir. Yine bu yöntemde, 17. maddenin uygulanabilirliğinin incelenmesi bir hak ihlali olup olmadığını araştıran olayın bütünlüklü bir incelenmesini takip edeceğinden 17. maddenin bağlamı gözden kaçırılan zayıflığı da giderilecektir.

AIHM'in *Türkiye Birleşik Komünist Partisi* kararındaki tutumu bu kararda her ne kadar 17. maddeye ilişkin yapacağı incelemeyi ayrı olarak ele almayıp 11. madde kapsamında yaptığı demokratik toplumda zorunluluk denetimi altında

değerlendirirse de bu yönteme yaklaşmaktadır. AİHM önce bu denetime ilişkin tespit ettiği genel ilkeleri uygulayarak açıkça belirtmese de 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴⁴⁵ Bu değerlendirmenin ardından, son olarak partinin tüzük ve programı dikkate alındığında somut olayda 17. maddenin uygulanmasını gerektiren bir durum olmadığını belirtmiştir.⁴⁴⁶ Bu ifade biçimi ve ele alış yöntemi, 17. maddenin uygulanmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiş olsa dahi 17. maddenin devreye girebileceği biçiminde yorumlanmaya müsaittir.

3. Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması

17. madde, AİHS'teki hakkın kötüye kullanılmasını yasaklamaya yönelik tek hüküm değildir. Maddi bir kötüye kullanma yasağı olan 17. maddeden ayrı olarak usuli bir kötüye kullanma yasağına AİHM'e bireysel başvurunun kabul edilebilirlik koşullarını düzenleyen 35. maddesinin 3. fıkrasının a bendinde yer verilmiştir. Bu hükme göre, bireysel başvurunun bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması halinde başvuru kabul edilemez bulunacaktır.

AİHM'e göre bu maddedeki "kötüye kullanma" genel hukuk teorisindeki olağan anlamıyla anlaşılmalıdır. Bu kötüye kullanma ise "bir hakkın amacının dışında zarar verecek şekilde kullanılması" olarak tanımlanmıştır.⁴⁴⁷ Buna göre, başvuru Söleşme'nin tanıdığı bireysel başvuru hakkının amacına temelden aykırı olan ve Mahkeme'nin düzgün işleyişine veya önündeki yargılamaları gereği gibi yürütmesine zarar veren davranışı bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması teşkil etmektedir.⁴⁴⁸ AİHM'in yanıltılması, başvuruda saldırgan bir dilin kullanılması, dostane çözüm görüşmelerinin gizliliği ilkesinin ihlal edilmesi ve başvurunun herhangi gerçek bir amaçtan yoksun olması veya yeterli gerekçe olmadan oluşturulması bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması hakkına örnek oluşturan durumlardır.

Bu bağlamda Sözleşme'de iki tür kötüye kullanma olduğu kabul edilebilir. Biri 17. madde altında incelenen ve bir hakkın özgürlükleri yok etme amacıyla kullanılması olan "maddi kötüye kullanma" iken diğeri AİHS'in 35/3 (a) maddesinde

⁴⁴⁵ United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey paragraflar 51-59.

⁴⁴⁶ a.g.e., par. 60.

⁴⁴⁷ "Practical Guide on Admissibility Criteria", t.y., s. 35.

⁴⁴⁸ S.a.s. v. France, 43835/11 (ECtHR [GC] 01 Temmuz 2014).

düzenlenen, Sözleşme'nin öngördüğü koruma mekanizmasının istismar edilmesi olan “usuli kötüye kullanma”dır.⁴⁴⁹

C. Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 5. maddesinde hakkın kötüye kullanılması yasağına yer verilmiştir. Bu hükümde, MSHS’deki diğer hükümlerden farklı olarak “taraf devlet” ifadesine değil, “herhangi bir devlet” ifadesine yer verilmiştir. Bu Sözleşme’deki hüküm, AIHS ve İHEB’deki hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin hükümlerle paralel niteliktedir. 5. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin herhangi birinin ortadan kaldırılmasına ya da bu Sözleşme’de öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına yönelik herhangi bir faaliyete girişme ya da bu yönde bir harekette bulunma hakkını sağlar şekilde yorumlanamaz.”

Bu hükmün hazırlık çalışmalarındaki öyküsü, kendisine örnek olarak aldığı İHEB’in 30. maddesiyle benzerdir. Bu hüküm de, muğlak, kötüye kullanılmaya açık ve gereksiz olduğu için eleştirilmiş ve Amerika Birleşik Devletleri temsilcisi tarafından MSHS’den çıkarılması için önerge verilmiştir.⁴⁵⁰ Yine, bu Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları sırasında da İHEB ile paralel biçimde Sovyetler Birliği temsilcisi tarafından faşizmin ve Nazizm’in her türlü propagandasının yasaklanmasının önerildiğini belirtebiliriz.⁴⁵¹ Yine İHEB’in 30. maddesinin hazırlık çalışmalarına benzer biçimde bu maddenin hazırlık çalışmalarında maddenin hiçbir biçimde eleştiri hakkına yasak getiremeyeceği, amacının Nazizm, faşizm veya diğer totaliter akımların serpilmesini önlemek olduğu ifade edilmiştir.⁴⁵² Yine, 5. maddenin 1. fıkrasının içeriğinin ifade özgürlüğüyle yakından ilişkili olması nedeniyle ifade özgürlüğü ile ilgili maddeye eklenmesi önerilmiştir. Ancak hakkı kötüye kullanma

⁴⁴⁹ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, ss. 82-83.

⁴⁵⁰ E/CN.4/365. s. 59

⁴⁵¹ E/CN.4/365. s. 57

⁴⁵² Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights / prepared by the Secretary-General, 1 Temmuz 1955, A/2929, s. 74.

yasağının örgütlenme veya toplantı özgürlüğü gibi diğer hak ve özgürlükleri de etkilemesi nedeniyle bu öneri reddedilmiştir.⁴⁵³

İHEB'deki hükme benzer biçimde bu hükmün amacının da MSHS'deki hakların temelini oluşturan demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü yıkmayı amaçlayan siyasal hareketleri önlemek olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre bu hüküm, bu haklardan kendi çıkarlarına göre istifade ederek yarı-hukuki biçimde iktidarı elde etmeye çalışan hareketleri engelleme işlevi görecektir. Bu yönüyle hakkı kötüye kullanma yasağının, 4. maddedeki olağanüstü hal hükmü ve 20. maddedeki savaş propogandasıyla nefret söylemi yasaklarıyla beraber MSHS'deki mücadelecî demokrasi araçlarını meydana getirdiği kabul edilmektedir.⁴⁵⁴ Bu bağlamda, 5. maddenin 1. fıkrasıyla 20. madde arasında yakın bir ilişki olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁵⁵ Bu hükmün hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının ifade özgürlüğü yönünden somutlaşmış biçimi olduğu ifade edilmektedir.⁴⁵⁶ Ancak 5. maddeye, AİHS'in 17. maddesine yüklendiği gibi insan haklarının liberal demokratik felsefesini koruyan bir mücadele aracı olma rolünün verilmemesi gerektiği, zira MSHS evrensel ölçekteyken liberal demokratik değerlerin evrensel olmadığı da ileri sürülmektedir.⁴⁵⁷

Hükümdeki devletlere yönelik yasağınsa devletlerce özgürlükleri sınırlama hükümlerinin hakkın özüne dokunacak ve ilgili özgürlükleri yok edecek biçimde uygulamalarını engellemek için getirildiği iddia edilmiştir.⁴⁵⁸

Bununla birlikte maddenin İnsan Hakları Komitesi önündeki ilk uygulaması farklı biçimde seyretmiştir. Maddenin ilk uygulandığı kararda, yasaktan devletlerin yer bakımından sorumluluğunu genişletmek için yararlanılmıştır. Kararda bir sendika liderinin Arjantinli para-militer grupların yardımıyla Uruguay'lı güvenlik ve istihbarat liderlerince kaçırılması ve Uruguay'a gönderilmeden Arjantin'de işkence ve kötü muameleye maruz kalması söz konusudur.⁴⁵⁹ Komite; her ne kadar MSHS'nin 2. maddesi devletlere kendi egemenlik sınırları içerisinde insan haklarına

⁴⁵³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights / prepared by the Secretary-General, 1 Temmuz 1955, A/2929, s. 76.

⁴⁵⁴ William Schabas, Manfred Nowak, **U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak's CCPR Commentary**, N.P. Engel, Publisher, 2019, s. 115.

⁴⁵⁵ a.g.e., s. 112.

⁴⁵⁶ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 90.

⁴⁵⁷ Schabas, Nowak, *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights*, ss. 116-17.

⁴⁵⁸ a.g.e., s. 115.

⁴⁵⁹ Delia Saldias de Lopez v. Uruguay, No. 52/1979 (BM İnsan Hakları Komitesi 1984).

saygı duyma ve insan haklarını gerçekleştirme yükümlülüğü yüklese de 5. madde dolayısıyla bu maddenin devletlerin kendi sınırları içerisinde işlemeyediği insan hakları ihlallerini başka devletlerin ülkelerinde işleyebileceği biçiminde yorumlanamayacağını ifade etmiştir.⁴⁶⁰ Ancak Komite, önce 5. maddenin 1. fıkrasının bu biçimde yorumlanmasında ısrarcı olmamıştır.

5. maddenin bu biçimde yorumlanması uzun soluklu olmamıştır. *M.A.* kararıyla 5. madde tasarlandığı amacıyla, bir mücadeleci demokrasi aracı olarak kullanılmıştır. 5. maddenin bu karardaki uygulanışı AİHS'in 17. maddesinin uygulanışı ile ciddi benzerlikler taşımaktadır. Karara konu şikâyetle başvuru kapatılmış faşist partiyi tekrar organize etme suçundan dolayı mâhkum edilmesinden yakınmaktadır.⁴⁶¹ Komite, başvuruçunun mâhkum edildiği eylemlerin 5. madde aracılığıyla Sözleşme'nin korumasının dışına çıkarıldığını belirtmiştir.⁴⁶² Komite, bu kısa, keskin ve kestirip atma gibi görünen gerekçeyi İtalyan makamların bu sınırlamasının zaten MSHS'deki ilgili haklarla ilişkili sınırlama hükümlerine de uygun olacağı gerekçesiyle yumuşatmış ve desteklemiştir. Başvuruya, konu bakımından yetkisizlik kararı verilmiştir.⁴⁶³

Anti-semitizm, ırkçılık ve nefret söylemi gibi konularda ise AİHM içtihadında olduğu gibi hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulmamış, MSHS'de bu durumlar için özel olarak öngörölmüş 20. madde aracılığıyla çözülmüştür. Ancak İnsan Hakları Komitesi'nin nefret söylemi ile ilgili bir kararında da AİHM'in 17. maddeye yönelik doğrudan kullanımının izlerini tespit etmek mümkündür. Örneğin, *J.R.T ve W.G. Partisi* kararında başvuruçusu siyasal parti üye çekmek ve partinin politikalarını tanıtmak için bant kayıtlarından yararlanmaktadır. İlgili telefon numarasını arayan herkes kayıtları dinleyebilmektedir. Bu kayıtlarda, "dünyayı savaşırlara sürükleyen, işsizlikten, enflasyondan ve dünya değerlerinin ve ilkelerinin çöküşünden sorumlu Yahudilerin ve uluslararası finansın tehlikelerinden" dinleyiciler uyarılmaktadır.⁴⁶⁴ Gelen şikâyetler üzerine bu yönde içerikler paylaşmak için telefon yoluyla bant kayıtları paylaşmaktan men edilen siyasal parti karara uymamış ve bant kayıtlarını kullanmaya devam etmiştir. Bu kayıtlarda, "yozlaşmış

⁴⁶⁰ a.g.e., par. 12.3; aynı yönde, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, No. 56/1979 (İnsan Hakları Komitesi 1984).

⁴⁶¹ *M.A. v. Italy*, (BM İnsan Hakları Komitesi 1984).

⁴⁶² a.g.e., par. 13.3.

⁴⁶³ a.yer.

⁴⁶⁴ *J.R.T. and the W.G. Party v. Canada*, No. 104/1981 (BM İnsan Hakları Komitesi 1984).

Yahudi uluslararası komplosunun, arayanları doğuştan haklarından mahrum ettiğinden ve bu beyaz ırkın ayağa kalkıp karşı koyması gerektiğinden” bahsedilmiştir.⁴⁶⁵ İnsan Hakları Komitesi, başvurunun ırksal ve dinsel nefreti savunduğuna, Kanada’nın MSHS’nin 20. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bu tür söylemleri yasaklamakla yükümlü olduğuna dolayısıyla başvurunun Sözleşme hükümleri ile bağdaşmaz olduğuna hükmederek kabul edilmezlik kararı vermiştir.⁴⁶⁶ Bu sınırlayıcı yaklaşıma hükümetlerce daha sonraki başvurularda atıf yapılsa da Komite bu yaklaşımında ısrarcı olmaya yanaşmamıştır.⁴⁶⁷ Örneğin, *Faurisson* kararında hükümetçe ileri sürülse de⁴⁶⁸ Komite 5. veya 20. maddeye hiç değinmeden, Holokost esnasında gaz odalarının kullanıldığını reddeden başvurunun bu ifadeleri nedeniyle cezalandırılmasından yakındığı başvuruyu tamamen ifade özgürlüğünün MSHS’deki sınırlanması hükümlerine göre çözmüş ve ihlal bulunmadığını tespit etmiştir.

Ross kararında Komite, 20. maddenin uygulanması konusunda *J.R.T ve W.G. Partisi* kararında sergilediği tutumu devam ettirmeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Karara konu olayda, bir öğretmen olan ve anti-Semitik söylemlerde bulunan başvuru bu söylemleri nedeniyle mesleki faaliyetleri üzerinde uygulanan tedbirlerden yakınmaktadır. Kanada hükümeti, Komite’nin *J.R.T ve W.G. Partisi* kararına atıf yaparak başvurunun kabul edilmez bulunmasını talep etmiştir.⁴⁶⁹ Komite ise, MSHS’nin 20. maddesi kapsamına giren ifadelere uygulanan sınırlamaların da ifade özgürlüğünü öngören 19. maddenin 3. fıkrasında yer alan sınırlamalara uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Bu belirlemenin ardından başvurunun esasını incelemeye geçmiştir.⁴⁷⁰ Bu incelemede de 19. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Sonuç olarak MSHS’nin 5. maddesinin 1. fıkrası ile AİHS’in 17. maddesi arasında norm metninde olduğu gibi yasağın konusu ve uygulaması bakımından da benzerlik vardır. Ancak AİHM’in 17. madde kapsamında gördüğü nefret söylemi konusunda MSHS’de özel bir hüküm bulunduğu için bu konuda özel hüküm olan 20. madde devreye girmektedir. Ancak, 5. maddenin de 20. maddenin de zaman zaman

⁴⁶⁵ a.g.e., par. 2.8.

⁴⁶⁶ a.g.e., par. 8.

⁴⁶⁷ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 108.

⁴⁶⁸ Robert Faurisson v. France, No. 550/1993 (BM İnsan Hakları Komitesi 08 Kasım 1996).

⁴⁶⁹ Ross v. Canada, (BM İnsan Hakları Komitesi 18 Ekim 2000).

⁴⁷⁰ a.g.e., par. 10.6.

AİHS'in 17. maddesinde başvuruya konu eylemleri sözleşmelerin korumasından çıkarmak biçiminde doğrudan uygulandığı görülmüştür. Lakin, Komite'nin daha sonraki kararlarından hakkın kötüye kullanılması yasağını kabul edilebilirlik aşamasında uygulamaktan vazgeçtiği anlaşılmaktadır.

D. Diğer Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

MSHS'dekine paralel hüküm Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de yer almaktadır. Ancak ESKHS'teki hüküm bu sözleşmenin yorumlanmasında MSHS'in yorumlanmasında olduğu kadar önemli bir yer tutmamıştır. Bu durum, İkiz Sözleşmeleri hazırlayanların, hakkın kötüye kullanılmasından bahsederken akıllarında daha ziyade siyasal hakların kötüye kullanılması olmasıyla açıklanmaktadır.⁴⁷¹ ESKHS'nin Uygulanması Hakkında Limburg İlkeleri'nde de bu maddenin anlamı "Madde 5 (1), bir Devletin yasada özel olarak öngörülenlerin ötesinde sınırlamalar koymaya yönelik genel, zımni veya saklı bir yetkisinin bulunmadığının altını çizer." olarak açıklanmıştır. Yine bu ilkelere göre 5. madde ayrıca Sözleşmedeki hiçbir şeyin, tüm halkların doğal zenginlikleri ve kaynaklarından tam ve özgürce yararlanma ve bunları kullanma hakkına zarar verecek şekilde yorumlanmamasını sağlamayı amaçlamaktadır.⁴⁷² Bir görüşe göre bu hükümle, Sözleşme'deki diğer sınırlama hükümleri arasındaki fark 5. maddenin bir "amaç" unsurunu içermesidir. Genel sınırlama hükümleri, meşru amaçlar veya hakların yok edilmesi dışındaki diğer gayrimeşru amaçlar taşıyan sınırlamalarla ilgiliyken 5. maddenin 1. fıkrası özel olarak hakkın yok edilmesi amacını taşıyan sınırlamalarla ilgilidir.⁴⁷³

Bu Sözleşme'deki hakların çoğu insan haklarını yok etmek için kullanılmaya elverişli değildir.⁴⁷⁴ Barınma, sosyal güvenlik, sağlık gibi hakların nasıl kötüye kullanılabileceği şüphelidir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi de 5. maddeyi henüz önüne gelen bir başvuruda uygulamamıştır. Ancak ESKHS'de yer alan özgürlüklerin bazılarının da kötüye kullanılmasının mümkün olduğu ileri

⁴⁷¹ Schabas, Nowak, *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights*, s. 104.

⁴⁷² "Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", **ESCR-Net**, (16.12.2022), <https://www.escr-net.org/resources/limburg-principles-implementation-international-covenant-economic-social-and-cultural>.

⁴⁷³ Ben Saul, David Kinley, Jaqueline Mowbray, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Cases, Materials, and Commentary**, OUP Oxford, 2014, s. 264.

⁴⁷⁴ a.g.e., s. 265.

sürülmektedir. Örneğin, ailelerin çocuklarının eğitiminde söz sahibi olması hakkının çocukların temel eğitim-öğretimden yoksun kalmalarını doğuracak şekilde ekstrem dinî okullarda okutulması biçiminde kullanılamayacağı ya da yine ailelerin ebeveynlik haklarının diğer çocukları bulaşıcı hastalık riskine maruz bırakacak şekilde çocuklarını aşılattırmamalarını korumayacağı ifade edilmektedir.⁴⁷⁵ Ancak kanımızca bu tür kötüye kullanmaların anayasa ve insan hakları hukuku bağlamındaki hakkın kötüye kullanılması olduğu şüphelidir. Bu örnekler, özel hukuktaki hakkın kötüye kullanılması teorisine daha yakın görünmektedir.

Hakları kötüye kullanma yasağına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni kendisine model alan⁴⁷⁶ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “yorumlamaya ilişkin sınırlamalar” kenar başlıklı 29. maddesinin a fıkrasında da yer verilmiştir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin nasıl yorumlanamayacağını gösteren bu maddenin⁴⁷⁷ a fıkrası bu sözleşmenin “herhangi bir taraf devletin, grubun veya kişinin bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını veya kullanılmasını engellemesine veya bunları burada öngörülenden daha geniş ölçüde kısıtlamasına izin verecek” şekilde yorumlanamayacağını düzenlemektedir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulamakla yetkili Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu olmak üzere iki ayrı organ⁴⁷⁸ bulunduğundan bu hükme yönelik de içtihat gelişmesi mümkün olmuştur. Ancak bu maddenin Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi önündeki uygulanışı AİHM'in 17. maddeyi uygulayışıyla aynı istikamette olmamıştır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi bu yasağı daha çok devletlere hitap eden boyutuyla uygulamaktadır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 29. maddesinin (a) fıkrasının uygulanış biçimi daha çok AİHS'in 18. maddesini hatırlatmaktadır. Bu maddenin uygulandığı nadir kararlarda Amerikan mahkemesi bu hükmü devletlerin Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni bu sözleşmenin koruduğu hak ve özgürlükleri yok edecek biçimde yorumlamasını yasak

⁴⁷⁵ a.g.e., s. 266.

⁴⁷⁶ Thomas Buergenthal, “The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences Symposium: The American Convention on Human Rights”, **American University Law Review**, C. 30, S. 1, 1980, s. 156.

⁴⁷⁷ Lucas Lixinski, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, **European Journal of International Law**, C. 21, S. 3, 2010, s. 587, doi:10.1093/ejil/chq047.

⁴⁷⁸ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilişkin koruma mekanizması için, Volkan Aslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2016, ss. 274-91, doi:10.21492/inuhfd.239814.

olduğunu vurgulamak için kullanmıştır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile korulan insan hakları sisteminde, bireylerin ve grupların da haklarını kötüye kullanabileceği fikri yer bulamamış gibi görünmektedir.⁴⁷⁹ Böylece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağı hükmünün devletleri ilgilendiren yönü AIHM kararlarında devre dışı bırakılmışken Amerika ölçeğinde bu yasağın bireyleri ve grupları ilgilendiren boyutu görmezden gelinmiştir.

Hakları kötüye kullanma yasağı Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 54. maddesinde kendisine yer bulmuştur. Bu bildirgedeki kötüye kullanma yasağına yönelik hükmün diğer uluslararası insan hakları belgelerindeki kötüye kullanma yasağından farkıysa bu hükümde kötüye kullanma yasağının öznesi olarak devletlere yer verilmemesidir.⁴⁸⁰

Bu bulgular ışığında, uluslararası insan hakları belgelerinde hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının yerine getirdiği işlevin büyük ölçüde yeknesaklık gösterdiği sonucuna ulaşabiliriz. Diğer insan hakları belgeleri ilk örnek olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni takip etmiştir. Ancak bölgesel nitelikte olan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulaması, özgül koşulları gereği yasağa diğer belgelerden ayrı olarak kendi yorumunu getirmiştir. Bununla birlikte diğer uluslararası insan hakları belgelerinin hakkın kötüye kullanılması yasağı konusunda AIHS kadar gelişmiş bir uygulamaya sahip olmadığını söylemek gerekir.

İnsan hakları hukukunda hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının amacını ve anlamını ortaya koyduktan sonra bir sonraki bölümde önce genel olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının incelenmesine geçilecektir. Ardından 1982 Anayasası'nda hakkın kötüye kullanılması yasağı inceleme konusu yapılacaktır.

⁴⁷⁹ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, ss. 115-17.

⁴⁸⁰ Bu farklılığın nedeni konusunda Prof. Dr. Ece Göztepe'nin aydınlatıcı görüşüne Sayın Hocam Prof. Dr. Fazıl Sağlam dikkatimi çekmiştir. Göztepe'ye göre, "maddedeki muhatap, klasik anlamda devlet değil, kamu gücü kullanma yetkisine sahip olan ulus-üstü yetkilerle donanmış AB kurumları ile taraf devletlerdir. Bu nedenle süjenin açıkça belirtilmemesi, hem kamu gücü kullanan organları, hem de bireyleri kapsadığı için korumada bir eksiklik doğurmamaktadır. " bkz; Sağlam, "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme", s. 1246, 17 no'lu dipnot.

II. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI VE 1982 ANAYASASI'NDAKİ İŞLEVİ

Bu bölüm altında önce hakkın kötüye kullanılması yasağının farklı görünüm şekilleri incelencektir. İlk olarak özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağının tarihsel izleri sürüldükten sonra yasağı doğuran toplumsal ve hukuksal koşul ve düşünceler incelencektir. Yasağın tarihçesi ve felsefesi ortaya konduktan sonra özel hukukta hakkın kötüye kullanılmasının anlam ve kapsamının açıklığa kavuşturulması amaçlanacaktır. Buradaki hedef özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağı ile insan hakları hukukundaki hakkın kötüye kullanılması yasağı arasındaki farkların ortaya konabilmesidir. Bunun ardından kamu hukukundaki diğer dallarda görülen hakkın kötüye kullanılması yasağına değinilecektir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının ilişkili olduğu bir diğer kavram ve bir diğer görünüm şekli “mücadeleci demokrasi”dir. Bu nedenle mücadeleci demokrasi kavramının anlamı açıklandıktan sonra AİHS’in 17. maddesinin mücadeleci demokrasi ile ilişkisi ve AİHM’in mücadeleci demokrasi ile ilgili içtihadı ortaya konacaktır. Son olarak mücadeleci demokrasi kavramının günümüzdeki işlevi ile ilgili eleştirilere ve bir perspektif değişikliğine yer verilecektir.

Bu bölüm kapsamında yapılacak son araştırma ve değerlendirme hakkın kötüye kullanılması yasağının 1982 Anayasası’ndaki işlevi ve rolüdür. Bu bağlamda, Türk anayasalarında hakkın kötüye kullanılmasının tarihçesi, yasağın temel hak ve özgürlüklerin norm alanına etkisi, yasağın bireysel başvurular yönünden değerlendirilmesi incelenecektir.

A. Yasağın Anlam ve Kapsamı

Anayasa hukuku görece yeni bir hukuk dalı olarak sıklıkla özel hukuktan kavramlarını ödünç almaktadır.⁴⁸¹ Hakkın kötüye kullanılması yasağı da özel hukuk

⁴⁸¹ Andras Sajó, “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, 2005, s. 42.

kökenli bir kavramdır. Yasak Kıta Avrupası hukuk sisteminde özel hukuk bağlamında –özellikle mülkiyet hakkı- temelinde gelişmiştir. Bu nedenle bu bölümde bütünüyle özel hukuk anlayışıyla ve mülkiyet hakkına ilişkin kavram ve temeller aracılığıyla geliştirilen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuramının anayasa ve insan hakları hukukuyla uyumluluğu veya ne biçimde uyarlanması gerektiğinin sorgulanması amaçlanmıştır.

Bu başlık altında önce hakkın kötüye kullanılması yasağının tarihsel ve hukuksal arka planı incelenecektir. Yasağın bir hukuk ilkesi olarak ortaya çıkışına yol açan koşulların değerlendirilmesinden sonra özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin görüşler ortaya konacaktır.

Bu başlığın ikinci bölümünde kamu hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin görüşler ele alınacaktır. Hakkın kötüye kullanılması yasağını sadece anayasa ve insan hakları hukuku ödünç almamıştır. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılması yasağına yer veren diğer kamu hukuku dallarında bu yasağın nasıl kullanıldığına da değinilecektir.

1. Özel Hukukta Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Hakkın kötüye kullanılması yasağının Fransa’da Napolyon Kanunu döneminde verilen yargı kararlarıyla doğduğu kabul edilmektedir. Ancak yasağın emarelerine Roma Hukuku’nda rastlanabilmektedir. Kuramın doğmasıyla beraber hakkın kötüye kullanılması yasağının bir oksimoron olduğundan neyin “kötüye kullanma” olduğuna dair çeşitli konularda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu bölümde önce hakkın kötüye kullanılması yasağına eşlik eden tarihsel arka plan ve hukuksal ortam ile koşullar incelenecektir. Daha sonra hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili olarak ileri sürülen görüşler ortaya konacaktır.

a. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Tarihsel Arka Planı

Hakkın kötüye kullanılması yasağının temellerinin Roma hukukuna dayanıp dayanmadığı konusundaki görüşler tartışmalıdır. Yasağın taraftarları yasağın Roma hukukunun iç mantığının bir gereği olduğunu savunurken, yasağın karşıtları böyle bir kurumun Roma hukukuyla bağdaşmayacağını ileri sürmüştür. Hatta karşıtlara göre;

hakkın kötüye kullanılması, bütün belirsizliği, öngörülmezliği ve karışıklığıyla ancak Orta Çağ'ın ürünü olabilecektir.⁴⁸²

Roma hukuku, alışıldık katılığıyla mülkiyet hakkının kapsamını olabildiğince geniş yorumlamıştır.⁴⁸³ Gerçekten de, Roma Hukuku ile ilgili metinlerde, hakkın kötüye kullanılması doktrinin reddedildiğini düşündürmeye müsait ifadelerle de rastlanmaktadır. Örneğin Gaius'a ait "*nullus videtur dolo faceré, qui suo iure utitur*" (kendi hakkını kullanan kötü niyetle hareket etmiş sayılmaz) veya Ulpanius'a ait "*quia dolo malo non videtur habere qui suo iure utitur*" (zira kendi hakkını kullanan kimse kötü niyet sahibi sayılamaz) bu ifadelerdendir.⁴⁸⁴ Bu nedenle, özünde mutlakiyetçi bir hak yaklaşımını benimsediğinden Roma hukukunda genel bir hakkın kötüye kullanılması yasağı bulunduğunu söylemek çok kolay değildir.

Bununla birlikte, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda bu katılıktan sapılabileceğinin ibareleri Roma Hukuku'nda da görülmüştür. Bu sapmalar ya preatorlarca yaratılmış kurallar ya da ahlak kuralları aracılığıyla gerçekleşmiştir.⁴⁸⁵ Bu sapmaların sağlanabilmesinde özellikle *bona fides*, *exceptio doli* ve *aemulatio* kavramları yardımcı olmuştur. Dürüstlük kuralını ve iyi niyeti ifade eden *bona fides* kavramı, Cicero'ya göre "Roma Hukuku'nu katı hukuk kurallarına bağlılıktan kurtaran pratik bir ilke" işlevi görmüştür.⁴⁸⁶ *Bona fides*, *exceptio doli* kurumu aracılığıyla çağdaş medeni hukuklara aktarılmıştır.⁴⁸⁷ *Exceptio doli* ise *bona fides* ilkesine aykırı olan durumlarda mağdurun başvurabileceği bir imkândan ibaret olan usul hukukuna ilişkin teknik bir kavramken evrilerek dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile de ilgili bir anlam kazanmıştır. Bu evrilme sonrasında "kimse dürüstlük kuralına aykırı olarak elde ettiği hakka dayanamaz" olarak çevrilen *nemo auditur turpitudinem suam allegans* ilkesi kabul edilmiştir.⁴⁸⁸ Böylece özel hukukta dürüstlük kuralı ile sıkı sıkıya ilişkili olan hakkın kötüye kullanılması

⁴⁸² Anna di Robilant, "Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law", **Boston University School of Law Public Law Research Paper**, S. 14-28, 2014, ss. 84-85, https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/527.

⁴⁸³ Sajo, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", s. 38; Salvatore Riccobono, "ROMA DOKTRİNİNDE HAKKIN SUİİSTİMALİ NAZARİYESİ", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, çev. Z. Umur, C. 22, S. 1-4, 2011, s. 360.

⁴⁸⁴ Riccobono, "ROMA DOKTRİNİNDE HAKKIN SUİİSTİMALİ NAZARİYESİ", ss. 352-53.

⁴⁸⁵ Sajo, "Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness", s. 42.

⁴⁸⁶ Richard Bauman, **Lawyers in Roman Transitional Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting in the Late Republic and Triumvirate**, 1985, C.H. Beck, Münih, s. 9 akt. Talya Şans Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", **TBB Dergisi**, S. 135, 2018, s. 343.

⁴⁸⁷ a.g.e., s. 358.

⁴⁸⁸ a.g.e., s. 356.

yaşadığının temelleri atılmıştır. Bu nedenle bu yaşadığının kökeninin Romanist *bona fides* ilkesi olduğu da ifade edilmektedir.⁴⁸⁹ Örneğin; her ne kadar genel bir hakkın kötüye kullanılması yaşadığından bahsedilemese de Roma hukukunda “usulün kötüye kullanılması”nın yer aldığı ifade edilmektedir. Bu konuda *actio calumniae* kurumu örnek gösterilmektedir. Buna göre, haklı olmadığını bildiği halde sırf davalıya zarar verme amacıyla dava açan kişi cezalandırılmaktadır.⁴⁹⁰ Yine yağmur veya yer altı sularının kullanımı gibi kimi spesifik konularda hakkın başkalarına zarar verici kullanımının yasaklandığı genel olarak kabul edilmektedir.⁴⁹¹ Dolayısıyla Lyon mahkemeleri aşağıda göreceğimiz kararlarıyla hakkın kötüye kullanılması yaşadığı kuramını geliştirirken tamamiyle yeni bir kavramı en baştan üretmemektedir. Bu kavramların Roma hukukuna kadar giden temelleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, yeni bir hukuki kurumun yaratılmadığını ancak geliştirilerek canlandırıldığını söyleyebiliriz.⁴⁹²

Hakkın kötüye kullanılmasına karşı –özellikle inşaat ile ilgili konularda- feodal hukukta da kimi tedbirler öngörülmüştür.⁴⁹³ Bu nedenle hakkın kötüye kullanılması yaşadığının bu kuram oluşturulmadan önce de var olduğunu ve uygulandığını söyleyebiliriz. Örneğin, 1577 yılında dahi mahkeme komşusunu rahatsız etmek için durmaksızın şarkı söyleyen bir kişinin “şarkı söyleme hakkı”nı kötüye kullandığına karar vermiştir. Kişi hakkında tazminata hükmedilmiştir.⁴⁹⁴

b. Hakkın Kötüye Kullanılması Yaşadığının Doğuşu ve Felsefesi

Hakkın kötüye kullanılması yaşadığı 19. yüzyılda Fransa’da doğmuştur. Bu dönemde Napolyon Kanunu olarak da bilinen Medeni Kanun, Aydınlanma düşüncesinin ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin etkisindedir. Yasak da bu kanunun benimsediği bireyci liberalizme hukuki bir tepki niteliğindedir.⁴⁹⁵ Negatif özgürlük anlayışını benimseyen Napolyon Kanunu’nun 544. maddesine göre “mülkiyet, kanun veya idarenin düzenleyici işlemleriyle yasaklanan bir şekilde

⁴⁸⁹ a.g.e., s. 358.

⁴⁹⁰ D. J. Devine, “Some Comparative Aspects of the Doctrine of Abuse of Rights”, *Acta Juridica*, C. 6, S. 1, 1964, s. 152.

⁴⁹¹ Julio Cueto-Rua, “Abuse of Rights”, *Louisiana Law Review*, C. 35, S. 5, 1975, s. 985, <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss5/3>.

⁴⁹² a.g.e., s. 988.

⁴⁹³ Sajo, “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, s. 38.

⁴⁹⁴ Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, André. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5. bs, Paris: Montchrestien, 1957; akt. Albert Mayrand, “Abuse of Rights in France and Quebec”, *LOUISIANA LAW REVIEW*, C. 34, t.y., s. 994.

⁴⁹⁵ Sajo, “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, s. 29.

kullanılmamak kaydıyla, eşyadan en mutlak biçimde yararlanma ve üzerinde tasarruf etme hakkıdır”.⁴⁹⁶ Kanunun sözüne göre, mülkiyet hakkının sınırları ancak pozitif hukukta bulunulabilecek ve yargıçlar bir zarar doğsa dahi ahlak kurallarına veya hakkaniyete dayanarak bu hakkın kullanımını sınırlayamayacaktır. Ancak, hakkın kötüye kullanımının doğuşuna da bu katı anlayış neden olmuştur.⁴⁹⁷ Böylece hakkın kötüye kullanılması yasağının pozitif hukuk tarafından güvence altına alınan “görünüşte adalet” ile gerçek adalet arasındaki bağlantının kurulmasını sağladığı ifade edilmektedir.⁴⁹⁸

Bu konuda Fransız mahkemelerinin iki kararını örnek olarak vermek yerinde olur. Bu kararlardan ilkinde davalı, komşusunun ışığını engelleme amacıyla evine uzun bir kukla baca inşa etmiştir. Işığı engellenen komşuysa bacanın yıkılması için mahkemeye başvurmuştur. Kanunun mülkiyet hakkını mutlak bir hak olarak öngörmesine rağmen mahkeme, bir hakkın kötü niyetle ve meşru bir menfaat olmaksızın kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğuna hükmederek, bacanın yıkılmasına karar vermiştir.⁴⁹⁹

İkinci kararsa *Clement-Bayard* kararı olarak bilinmektedir ve hakkın kötüye kullanılması yasağının doğumuna ilişkin en meşhur örnektir. Bu davaya⁵⁰⁰ konu olayda davalı davacı Clement-Bayard’ın zeplinleri için hangar inşa ettiği arazinin hemen önünde geniş bir arazi satın almıştır. Davalı bu araziye “güzel bir kâr koyarak” Clement-Bayard’a satmak istemiş ancak Clement-Bayard bu parayı ödemeye razı olmamıştır. Bunun üzerine davalı, arazisine Clement-Bayard’ın zeplinleri için tehlike arz eden sivri uçlu olan kazıklar yerleştirmiştir. Hatta zeplinlerden biri de bu kazıkların sivri ucu tarafından delinmiştir. Bunun üzerine Clement-Bayard, kazıkların kaldırılması ve zararının karşılanması talebiyle dava açmıştır. Davalıysa, bir arazinin maliki olarak mülkiyet hakkının ona tanıdığı yetkiler dâhilinde hareket ettiğini ileri sürmüştür. Zira asıl amacı zeplinelere ve Clement-Bayard’a zarar vermek değil arazisinden olabildiğince fazla kâr elde etmektir. Üç dereceli bir yargılama sonucunda davalının eylemi hakkın kötüye kullanılması olarak

⁴⁹⁶ Joseph Perillo, “Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept”, **Pac. L. J.**, C. 27, 1995, s. 43.

⁴⁹⁷ Sajo, “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, s. 39.

⁴⁹⁸ Council of Europe, **Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and Its Present Day Application : Proceedings of the Nineteenth Colloquy on European Law, Luxembourg, 6-9 November 1989**, Council of Europe, 1990, s. 11 akt.; Anna di Robilant, “Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law”, **Boston University School of Law Public Law Research Paper**, S. 14-28, 2014, s. 7, https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/527.

⁴⁹⁹ Perillo, “Abuse of Rights”, s. 43.

⁵⁰⁰ Davanın özeti için şu kaynaktan yararlanılmıştır; Cueto-Rua, “Abuse of Rights”, s. 981.

değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre, malikin arazisi için en yüksek satış bedelini elde etmeyi çalışması da hatta spekülasyon da tamamen yasal eylemlerdir. Ancak bu amaca ulaşmak için yapılan eylemlerin gayrimeşru olmaması ve münhasıran kötü niyete dayanmaması gerekmektedir.⁵⁰¹ Bu karar, Fransız mahkemelerinin hakkın kötüye kullanılmasının tespit edilmesinde çoğunlukla kullanacağı ölçütü de göstermiştir. Hakkın kötüye kullanılmasının tespit edilmesinde hakkın başkasına zarar verme amacıyla mı kullanıldığı araştırılmıştır.⁵⁰² Ancak, baskın amacın başkasına zarar vermek olması yeterlidir. Hakkın münhasıran bu amaçla kullanılmasına gerek yoktur. Böylece yargı kararlarıyla doğan ve öğretideki görüşlerle eşya hukuku alanında şekillenen bu yasak, daha sonrasında hukukun diğer alanlarına da sirayet ederek Kıta Avrupası hukuk sisteminde bir genel hukuk ilkesi halini almıştır.⁵⁰³

Hakkın kötüye kullanılması kavramı başta döneminin hukuk anlayışına bir darbe olarak görülmüştür. Bu dönemde ekonomik gücünü elde etmiş olan ve siyasal gücü de kendisinde yoğunlaştırma aşamasını tamamlamak üzere olan burjuvazi kendi hukuk mantığı ve düzenini de ortaya koymaktadır. Bu burjuva hukuku iki disiplini birleştirmektedir. Bunlardan eskisi Roma hukuku, yenisi kapitalist ekonomidir. Roma hukukunun kavramları, özellikle *dominium* kapitalist ekonominin ihtiyaçlarının hizmetine konmuştur.⁵⁰⁴ Ancak, yüzyılın sonuna doğru bu yeni düzenin yarattığı sorunlar toplumsal ve ekonomik görüşler ve talepler yaratmıştır. Bu taleplerin hukuk düzenine de yansması olmuştur. Zira; sanayileşme, teknolojik gelişmeler ve toplumsal karşılıklı bağımlılığın artması karşısında Roma-burjuvazi hukukunun alışıldık kavramları yetersiz kalmıştır.⁵⁰⁵ Bu gelişmeler ve talepler sonucunda hukuka ilişkin klasik görüşün karşısına “hukuki sosyalizm” gibi yeni görüşler çıkmıştır. Hakkın kötüye kullanılması yasağının savunucuları bu yelpazenin ortasında konumlanmaktadır. Hakların mutlak olduğunu savunan ve özgürlüğü negatif olarak ele alan görüş hakkın kötüye kullanılması kavramını reddederken hukuki sosyalistler de yeni beliren bu yasağa itibar göstermemiştir. Yasağın savunucuları, ya ekonomik liberalizmin aşırılığını yumuşak bir toplumsal

⁵⁰¹ Shael Herman, “Classical Social Theories and the Doctrine of ‘Abuse of Right’”, **LOUISIANA LAW REVIEW**, C. 37, t.y., s. 752. Bu makalede karar çeşitli teorilerin perspektifinden de incelenmektedir bkz; ss. 754-759.

⁵⁰² H. C. Gutteridge, “Abuse of Rights”, **Cambridge Law Journal**, C. 5, S. 1, 1933, s. 32.

⁵⁰³ Cueto-Rua, “Abuse of Rights”, s. 967.

⁵⁰⁴ di Robilant, “Abuse of Rights”, s. 67.

⁵⁰⁵ a.g.e., s. 82.

dayanışmacılıkla törpülemek isteyenler ya da bireyci özel hukuk sisteminin en bariz kusurlarını kapatarak onu güçlendirmek isteyenler olmuştur.⁵⁰⁶ İşte hakkın kötüye kullanılmasının doğuşunda dönemin hem bu gelişmelerin hem bu gelişmelerin yarattığı toplumcu görüşlerinin etkisi de vardır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı önceden kestirilmesi mümkün olmayan çok çeşitli sorunlara cevap vermeye elverişli araçlardan biri olarak görünmüştür.⁵⁰⁷ Diğer yandan hakkın kötüye kullanılması yasağının modern özel hukukun irade, mülkiyet ve kusur gibi kavramları temel alan bireyci yapısını toplumsal adalet lehine törpüleme işlevi görebileceği düşünülmüştür. Böylece kaynakların da daha adil dağıtımına hizmet edebileceği varsayılmıştır. Ancak bu hedeflerin ne kadar yerine getirilebildiği tartışmalıdır.⁵⁰⁸ Zira yasak her zaman; sosyo-ekonomik güç dengesizliğinin giderilmesi için kullanılmamıştır. Yukarıda görülen mülkiyet hakkına ilişkin davalarda simetrik bir ilişki vardır. Mülkiyet hakkının kötüye kullanıldığı tespit edilirken başka malikler korunmuştur.⁵⁰⁹ Aynı dönemde kimi iş davalarında, mahkemeler grev hakkının veya sendikalaşma hakkının kötüye kullanıldığına karar vermiştir.⁵¹⁰ Bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasının sadece düzeltici değil mevcut durumu koruyucu bir karakter içerdiğini de söyleyebiliriz. Yasağın doğmasına yol açan görüşlerden bağımsız olarak yasak, hukuk düzeni tarafından ehlileştirilmiştir. Böylece hukuk düzeninin temeline saldırı olarak görülen bu doktrin burjuva hukukunun ömrünün uzamasına katkıda bulunan ufak bir yapısal düzeltmeden ibaret kalmıştır.⁵¹¹

c. Yasağın Anlamı ve Yasağa İlişkin Tartışmalar

Hakkın kötüye kullanılması yasağı bir kanunun sözü ile ruhu arasındaki gerilime dayanmaktadır.⁵¹² Bu nedenle hakkın kötüye kullanılması doktrinin geliştirilmesi ihtiyacı hakların katı anlamda lafzî yorumunun doğurduğu sakıncalardan ileri gelmiştir. Zira hakları düzenleyen kanunun tamamiyle sözüne bağlı kalan bir yorum

⁵⁰⁶ a.g.e., s. 92.

⁵⁰⁷ a.g.e., s. 82.

⁵⁰⁸ a.g.e., s. 9.

⁵⁰⁹ a.g.e., ss. 9-10.

⁵¹⁰ a.g.e., ss. 77-81.

⁵¹¹ a.g.e., s. 67.

⁵¹² Annkatrien Lenaerts, "The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights; A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law", **European Review of Private Law**, C. 18, S. 6, 2010, s. 1122, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\ERPL\ERPL2010082.pdf>.

anlayışı bir hakkın, var olma amacını çarpıtan kötüye niyetli bir eyleme izin verecek şekilde yorumlanmasına da müsaittir.⁵¹³

Hakkın kötüye kullanılması yasağının hareket noktası “iyi niyet karinesi”dir. Kıta Avrupası hukuk sistemi, kişilerin haklarını kullanırken iyi niyetle hareket ettiğini varsaymaktadır. Ancak kişiler her zaman bu karineye uygun hareket etmemektedir. Bu kötü niyet haline cevap verebilmek için “hakkın kötüye kullanılması” kuramı geliştirilmiştir.⁵¹⁴ Zira hakkın kötüye kullanılmasında aslında hak, hakkın koruma alanı içerisinde kullanılmaktadır. Hukuk düzeninin çizdiği sınırlar aşılmamıştır. Ancak hakkın korumadan yoksun kalmasına yol açan, hakkın kullanılma amacıdır. Hakkın koruma alanı kapsamında kalan bir kullanım, hakkın amacına ve dürüstlük kuralına aykırı kullanılması sebebiyle koruma alanının dışına çıkarılmaktadır.⁵¹⁵

Bir görüşe göre hakkın kötüye kullanılması yasağı pozitif bir temele de ihtiyaç duymamaktadır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı “eşyanın doğasından” kaynaklanmaktadır. Bu yasak, hak ve hürriyetleri düzenleyen hukuk kurallarının norm alanlarının sınırlı olmasının bir sonucudur.⁵¹⁶

Hakkın kötüye kullanılması hakkın tanımıyla da ilişkilidir. Hakkın norm alanının belirli olması halinde “hakkın kötüye kullanılması” kavramına daha az ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak hakkın muğlak, soyut veya geniş kapsamlı olarak düzenlendiği bir durumda bu kavram daha işlevli olmaktadır.⁵¹⁷

Anglo-Sakson hukukunda, müşterek hukuk baskın toplumsal pratikleri dikkate alarak temel hakların içeriğini ve sınırlarını belirlemiştir. Kıta Avrupasıdaysa hakların içeriğini ve sınırlarını belirleme görevi yasama organına bırakılmıştır.⁵¹⁸ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 4. maddesine göre özgürlüğün sınırı diğer insanların özgürlüğüdür. Bu sınırlarsa yasa ile belirlenecektir. Bu bildirinin devam eden maddesinde yasa koyucunun bu sınırlama yetkisine bir sınır getirilmiştir. Yasa ancak toplum için zararlı fiilleri engelleyebilecektir. Bildiri, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasından ayrı bir kavram olarak hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasına da yer vermiştir. 11. maddeye göre herkes ifade özgürlüğüne sahiptir

⁵¹³ a.yer.

⁵¹⁴ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2020, s. 303.

⁵¹⁵ Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku 1. Cilt**, 16. bs, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, s. 181.

⁵¹⁶ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 310.

⁵¹⁷ Sajo, “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, s. 34.

⁵¹⁸ a.g.e., ss. 44-45.

ancak bu özgürlüğün yasada belirlenen kötüye kullanılması hallerinden sorumlu olur. Bildiri’de ifade edilen hakkın kötüye kullanılması teriminin bağımsız bir kavram olarak “hakkın kötüye kullanılması”nı karşılamadığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, Bildiri bu düzenlemeyle hakkın kötüye kullanılması tehlikesini halının altına süpürmüştür. Zira, Bildiri’ye göre kişi sadece kötüye kullanılma hali yasada belirtilmişse sorumlu olacaktır. Ancak, hakkın kötüye kullanılmasını hakkın sınırlanmasından ayıran da budur. Hakkın sınırlanması hakkın kullanılmasından önce yapılır. Kötüye kullanma hali ise ancak hak kullanıldıktan sonra tespit edilebilecektir.⁵¹⁹

Hakkın kullanılmasında kötü niyetle hareket etme hali “hakkı olağan amacının dışında başka bir amaçla kullanma” olarak tanımlanmıştır. Genel hukuk teorisinde hakkın kötüye kullanılmasının hakkın amaca aykırı kullanımı olduğu konusunda bir uzlaşma olduğu söylenebilir. Bu konudaki görüş ayrılıkları hakkın amacının ne olduğunun belirlenmesi konusunda ortaya çıkmaktadır.

Çeşitli ülkelerin mahkeme kararlarında; balon uçuşlarını engellemek için iskele üzerine yüksek bıçaklar dikilmesi, komşunun nehir manzarasının önünün kapatılması için değirmenler inşa edilmesi, uçakların havaalanına uçuşunu engellemek için kule dikilmesi mülkiyet hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.⁵²⁰ Her bir hak için kesin sınırları önceden belirlemek mümkün değildir.⁵²¹ Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması doktrini; hakkaniyet vb. kavramlara başvurarak hukuk düzeninin olabilecek her şeyi öngörebilme konusundaki yetersizliğini gidermeye çalışmaktadır.⁵²²

Hakkın kötüye kullanılmasında, ilk bakışta hakkın sınırları içindeymiş gibi görünen bir kullanım söz konusudur.⁵²³ Ancak hakkın bu şekilde kullanımı çeşitli sebeplerle hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Hukuk doktrininde genellikle şu üç durum, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilerek reddedilmektedir; (i) eyleminin baskın amacının zarara sebebiyet vermek olması⁵²⁴, (ii) hakkın kullanılmasıyla elde edilen yarar ile ortaya çıkan zarar arasında ölçüsüzlük olması. Bu durum hakkın “meşru bir menfaatten yoksun olarak

⁵¹⁹ a.g.e., s. 46.

⁵²⁰ Perillo, “Abuse of Rights”, s. 46.

⁵²¹ Prusya Medeni Kanunu örneği bunun imkânsızlığını göstermiştir.

⁵²² Perillo, “Abuse of Rights”, ss. 49-50.

⁵²³ Devine, “Some Comparative Aspects of the Doctrine of Abuse of Rights”, s. 148.

⁵²⁴ Sajo, “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, s. 39.

kullanılması” olarak da isimlendirilmektedir. Bu ölçüt “nesnel kriter” olarak da adlandırılmaktadır. Nesnel kritere göre hakkın kullanılmasından doğan yarar ile meydana gelen zarar arasında orantısızlık veya hakkın kullanımının olağan dışı olması halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.⁵²⁵ (iii) hakkın var olma amacı dışındaki amaçlara kullanılması.⁵²⁶ Hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasında her üç ölçütün de örnekleri görülebilmektedir. Bunun nedeninin yasağın kanuni bir tanımla değil mahkeme kararlarıyla ortaya çıkması olduğu ileri sürülmektedir. Zira Fransız mahkemeleri yasağı uygularken kesin bir tanım yapmaktan kaçınmışlardır. Ancak en çok uygulanan ölçütün “hakkın meşru bir menfaatten yoksun olarak kullanılması” olduğu ifade edilmektedir.⁵²⁷ Öğretide bu ölçütlerin birlikte kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin hakkın kötüye kullanılmasının ölçütünü bir hakkın kullanılmasının sahibine hiç yararı olmaması veya çok az yararı olması olarak kabul eden Akyol⁵²⁸, aynı zamanda “hakkın amacına aykırı olarak kullanılması” şartını da aramaktadır.⁵²⁹ Oğuzman da hakkın kötüye kullanılmasını, “hakkın amacına aykırı olarak kullanılması” olarak tanımlamakta ve zarar verme kastını kötüye kullanmanın zorunlu bir unsuru niteliğinde görmemektedir. Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmamasını veya hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık bulunmasını hakkın amacına aykırı olarak kullandığına işaret eden unsurlar olarak değerlendirmektedir.⁵³⁰

⁵²⁵ a.g.e., s. 37.

⁵²⁶ Perillo, “Abuse of Rights”, s. 47; bu üç ölçüte ek olarak "hakkın iyi niyet veya dürüstlük kuralına ya da "bonos mores"e aykırı kullanılması ölçütüne yer verildiği de görülmektedir. Bkz; Cueto-Rua, “Abuse of Rights”, ss. 996-1000. Ancak kanaatimizce; hakkın kötüye kullanılması genel olarak hakkın dürüstlük kuralına veya aynı anlamı ifade ahlak kurallarına aykırı kullanılması demektir. Yukarıda sayılanlar bu kötüye kullanmanın tespit edilmesinde kullanılacak ölçütleri ifade edilmektedir. Bu nedenle, “hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanılması”na hakkın kötüye kullanılmasında tespitini sağlayan bir ölçüt olarak yer vermek gereksiz olup, bir totoloji örneği teşkil eder.

⁵²⁷ Gutteridge, “Abuse of Rights”, s. 32.

⁵²⁸ Şener Akyol, **Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995, s. 20.

⁵²⁹ a.g.e., s. 21.

⁵³⁰ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medenî hukuk: giriş, kaynaklar, temel kavramlar**, 20. bası İstanbul: Vedat, 2014, ss. 257-62; aynı yönde bkz. Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk özel hukuku. Cilt 1: Temel kavramlar ve medenî kanunun başlangıç hükümleri / Prof. Dr. Mustafa Dural, Doç. Dr. Suat Sarı**, 11. baskı İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, ss. 256-57. Bu bağlamda, eski Medeni Kanun ile yeni Medeni Kanun’daki düzenleme farklılığına da yer vermekte yarar görüyoruz:

Eski Medeni Kanun m. 2 – “Herkes, haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın sırf gayri izrar eden suistimalini kanun himaye etmez.”

Yürürlükteki Türk Medeni Kanunu m.2: - “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

Ancak bir hakkın kullanılmasının zarara yol açacak olmasının kendiliğinden hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Özellikle kimi hakların norm alanı zorunlu olarak başkalarının haklarına zarar vermeyi içermektedir. Örneğin sendika hakkı ve grev hakkının amacına hizmet etmesi, işverenin arzu etmediği şartlarda sözleşme yapmaya zorlanmasıyla sözleşme özgürlüğünün zarara uğramasını gerektirmektedir. Mücadele karakterini içeren bu hakların (kampfcharakter) özel hukuk bağlamında kötüye kullanılabileceği tartışmalıdır. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri'nin doğumuna da yol açan “boykot”un zarar verme niyetini içerdiğini ancak bir siyasal faaliyet olarak ABD’de korunduğu örnek olarak gösterilmektedir. Bir diğer deyişle, kastî bir zararı hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendiren özel hukuk mantığı temel hakların doğası karşısında her zaman geçerli olmamaktadır. Bununla birlikte açık ve yakın fiziksel zarar tehlikesi kimi zaman hakkın kötüye kullanıldığının tespit edilmesi için yeterlidir. 1990’ların ilk yarısında neo-Nazi grupların köpekleri kullanarak yaptığı gösteri yürüyüşü örnek olarak gösterilmektedir. Bu gösterilere polis köpeklerin kanuni olarak silah olarak tanımlandığı gerekçesiyle müdahale etmeyi reddetmiştir. Ancak bir fikri ifade etmenin hiçbir şekilde saldırı köpeklerinin kullanılmasını gerektirmediği ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanıldığı ileri sürülmektedir.⁵³¹ Ancak toplumda hoş karşılanmadığı veya toplumu rahatsız ettiği gerekçesiyle eşcinsel birinin kişilik hakkını kötüye kullandığı kabul edilemeyecektir.⁵³²

Hakkın kötüye kullanılması yasağı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”. TMK’nın mehzaz kanunu İsviçre Medeni Kanunu (ZGB), Alman Medeni Kanunu’nun aksine hakkın kötüye kullanılması yasağını genel norm olarak tek bir maddede düzenlemiştir. Yine; ZGB’de Almanya ve Fransa hukuklarında olmayan bir şart daha aranmaktadır. ZGB’ye ve TMK’ya göre hakkın *açıkça* kötüye kullanılması gerekmektedir. İsviçre Medeni Kanunu’nun ilk taslağında hakkın kötüye kullanılması yasağı sadece mülkiyet hakkı için öngörülmüştür. Ancak daha sonrasında yasağın kapsamı bütün haklara genişletilmiştir. ZGB’nin giriş bölümünde yer alan 10 hüküm arasında yer alan

⁵³¹ Sajo, “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, s. 59.

⁵³² a.g.e., s. 61.

yasak TMK'nın da başlangıç bölümünde yer almakta ve TMK madde 5 uyarınca bütün hukuk ilişkilerinde geçerli olmaktadır.⁵³³

İsviçre hukukunda yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı Fransa ve Almanya'dakinden iki noktada ayrılmaktadır. İsviçre hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı hem alacaklının yetkilerini kullanmasında hem borçlunun borcunu ifa etmesinde geçerlidir. İkinci olaraksa, hakkın kötüye kullanılması yasağının taraflarca ileri sürülmesine gerek yoktur. Hakkın kötüye kullanılması hakim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır.⁵³⁴

Akyol'a göre, kötüye kullanmanın başladığı yerde hak sona erer. Hakkın kötüye kullanılması halinde "gerçek hak" değil "görünüşte hak" söz konusudur. Ayrıca hakkın kötüye kullanılması yasağı sadece hakkın kullanılmasını sınırlamamakta, hakkın içeriğini de belirlemektedir.⁵³⁵

Türk hukukunda da önceki davranışı ile çelişki (venire contra factum proprium)⁵³⁶, kimi hallerde şekle aykırılığın ileri sürülmesi⁵³⁷, kişinin kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak hak kullanması⁵³⁸ hakkın kötüye kullanılmasının örnekleri olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanılmasının nasıl tespit edileceği konusunda ölçütler koymanın yapay çözümlere yol açabileceği ifade edilmekte, her bir kötüye kullanma halinin somut olayın kendi şartları göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin, şekle aykırı yapılan sözleşmeden doğan borçlar ifa edildikten sonra geçersizliğin ileri sürülmesi çoğu durumda hakkın kötüye kullanılması teşkil edecekse de olayın şartları değerlendirilmeden otomatikman hakkın kötüye kullanıldığının kabul edilmemesi gerekmektedir.⁵³⁹

Hukuk düzeninde ve öğretisinde hakkın kötüye kullanılması yasağının somutlaşmış özel görünümüne verilen çeşitli isimler vardır. Örneğin; tüzel kişiliğin sağladığı hukuki imkanların kötüye kullanılması halinde bu perdenin göz ardı edilerek tüzel kişiyi oluşturan bireylere başvurulabilmesini ifade eden "tüzel kişilik

⁵³³ Vera Bolgár, "Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine", *LOUISIANA LAW REVIEW*, C. 35, 1975, ss. 1032-33.

⁵³⁴ a.g.e., s. 1032.

⁵³⁵ Akyol, *Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı*, s. 6.

⁵³⁶ a.g.e., ss. 52-54.

⁵³⁷ a.g.e., ss. 72-76.

⁵³⁸ Oğuzman, Barlas, *Medenî hukuk*, ss. 263-66.

⁵³⁹ a.g.e., ss. 257-58.

perdesinin kaldırılması” kuramı öğreti tarafından geliştirilmiştir.⁵⁴⁰ Çoğunluk görüşü; bu kuramın kaynağını hakkın kötüye kullanılması yasağında bulduğu yönündedir.⁵⁴¹ Bazı hallerde yasa koyucu hakkın kötüye kullanılmasının olası bir halini önceden tespit ederek hakkın sınırlanması biçimine çevirmektedir. Bu durumlarda hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı da özel olarak düzenlenmektedir.⁵⁴² Kaldı ki; emredici yasa kurallarının çoğu geniş hakkın kötüye kullanılmasını önlemeye ilişkindir. Örneğin; İş Kanunu’ndaki emredici kurallarla işverenin işçi üzerindeki ekonomik nüfuzunu kötüye kullanmasını engelleme amacıyla sözleşme özgürlüğüne sınırlamalar getirilmiştir. Yine TBK’daki gabin kurumu sözleşmenin taraflarından birinin diğerinin tecrübesizliğini veya düştüğü zor durumu kötüye kullanmasının önüne geçmektedir. Kiraya verenin; ihtiyacı nedeniyle konutu boşalttırdıktan sonraki sınırlamalar kiraya verenin mülkiyet ve sözleşme hürriyetini kötüye kullanmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Komşuluk hukuku maddelerine bak; culpa in contrahendo. Yine özel hukuktaki; iyi niyet, dürüstlük kuralı, “basiretli tacir” gibi kavramlar hakkın kötüye kullanılması kavramına gönderme yapan pozitif ilkelerdir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin bu bilgi ve değerlendirmelerin ardından yasağına ilişkin öğretilerde sürdürülen tartışmaları aktarmayı uygun görmekteyiz.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının ismine yönelik eleştiriyle başlamak yerinde olacaktır. Hakkın kötüye kullanılması kavramını eleştirenler, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilen durumlarda zaten hakkın kapsamının dışında davranıldığını dolayısıyla bir hakkın icra edilmesinin söz konusu olmadığını belirtmektedirler.⁵⁴³ Bu eleştiri Plainol’un “eğer hakkımı kullanıyorsam hareketim yasaldir; yasal değilse hakkımın sınırlarını aşmışımdır” cümlesiyle simgeleşmiştir.⁵⁴⁴ Hakkın kötüye kullanılması kavramını eleştirenler bir bakıma hakkın kötüye kullanılmasının zaten hakkın koruma alanı içerisinde kalmadığını savunmaktadırlar.

⁵⁴⁰ Fahri Erdem Kaşak, “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2, 2020, ss. 1251-53, doi:10.33433/maruhad.815294.

⁵⁴¹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler hukuku: gerçek ve tüzel kişiler**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 20. bası İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 301.

⁵⁴² Akipek, Akıntürk, Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku 1. Cilt*, s. 191.

⁵⁴³ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 128.

⁵⁴⁴ Planiol, *Civil Law Treatise* **akt.** Cueto-Rua, “Abuse of Rights”, s. 975. Herman, “Classical Social Theories and the Doctrine of ‘Abuse of Right’”, s. 747.

Buna göre bir davranış ya hakkın “içindedir” ya da “dışındadır”.⁵⁴⁵ Ancak, bu eleştiriye “hakkın kötüye kullanılması”nın artık bir hukuk terimine dönüştüğü ifade edilmektedir. Bu nedenle kavramı oluşturan kelimelerin gündelik anlamlarıyla yapılan bu itiraz yersiz bulunmaktadır.⁵⁴⁶ Bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması kavramını eleştirenler ile savunanlar arasındaki tartışma daha çok bir “isim takma” tartışması olarak cerayan etmektedir. Hakkın kötüye kullanılması kavramına karşı olanlar bu kavramla ulaşılan sonuca itiraz etmemektedir. Bu sonuca “hakkın kötüye kullanılması” doktriniyle ulaşılmasına karşı çıkmaktadır.⁵⁴⁷ Ancak “hakkın kötüye kullanılması” kavramının hak ve özgürlükler rejiminde bir yeri ve işlevi olduğunu düşünen yazarlar bu tartışmanın gereksiz olduğu veya isim takmadan fazla bir şey olmadığı fikrine karşı çıkmaktadır. Bu yazarlara göre hakkın kapsamının mahkemeler veya yasama organlarınca kesin olarak belirlemenin mümkün olmadığı çoktan belli olmuştur. Bir hakkın sınırlarının açıkça gösterilmesi özel hukukta bile mümkün olmamaktadır. Bu nedenle herhangi bir davranışın sadece hakkın kapsamında veya dışında olduğunun tartışılmasıyla yetinilmez. Hak ve özgürlükleri olabildiğince detaylı tanımlamaya çalışan hukuki düzenlemeler bile yeni durumların bu hak ve özgürlüklerin sınırlarında kalıp kalmadığını belirlemek için yeterli olmamış ve çözülmesi gereken yeni sorunlar yaratmıştır.⁵⁴⁸

Hakkın kötüye kullanılması yasağına yönelik eleştirilerden bir diğeri; kavramın hukuk ile ahlâk arasındaki sınırları ortadan kaldırdığıdır. Zira, eylemin ne niyetle yapıldığını araştırmak için hâkimlerin kişinin psikolojisini araştırması ve denetlemesi gerekecektir. Bir hâkimin bunu yapmasının imkansız olmasının yanı sıra daha da kötüsü mahkemelerin kendi ahlaki değerlendirmelerini davanın taraflarına dayatması olacaktır. Hakkın kötüye kullanılması yasağının ilk savunucularıysa ne hukuki pozitivizme olan eleştirilerini ne de hukukla ahlak arasında gördükleri yakın ilişkiyi reddetmemektedirler. Hukuk, ahlaki olarak en iyi sonuca ulaşmak için yeni ihtiyaçlara göre sürekli gelişen ve evrilen toplumsal bir araç olduğundan hakkın kötüye kullanılması yasağı da yasanın eksikliklerini telafi eden bir aygıttır.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ Frederick Schauer, “Can Rights be Abused?”, *The Philosophical Quarterly* (1950-), C. 31, S. 124, 1981, s. 228, doi:10.2307/2219111.

⁵⁴⁶ Cueto-Rua, “Abuse of Rights”, s. 976.

⁵⁴⁷ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 128.

⁵⁴⁸ Sajo, “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, s. 35.

⁵⁴⁹ di Robilant, “Abuse of Rights”, ss. 90-91.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin olarak yöneltilen en temel eleştirilerden biri; yasağın kapsamının belirsiz olmasıdır. Bu belirsizlik nedeniyle yasağın mahkemelere ve devlete hak ve özgürlüklere keyfî biçimde müdahale edebilme yetkisi tanıyabileceği ileri sürülmüştür. Bu yönüyle yasak “uyuşturucu”ya benzetilmiştir. Sadece, açık bir haksızlığın söz konusu olduğu durumlarda bu haksızlığı gidermek için saklı tutulan bu yasağın “sonraki etkileri” göz ardı edilmektedir. Bireyi devletin taleplerine tabi kılmak yasakla insan hayatının her alanına müdahale edilebileceği iddia edilmiştir.⁵⁵⁰ Ancak bu çekinceler karşılık bulmamıştır. Genel bir kural olarak hakkın kötüye kullanılması yasağının sık bir şekilde kullanıldığını söylemek mümkün değildir. Hakkın kötüye kullanılması yasağının özelleştirilmiş biçimleriye yasama organı ve öğreti tarafından sistematize edilmiş ve uygulanmasında çeşitli ölçütler geliştirilmiştir. Böylece yasağın uygulanmasında söz konusu olabilecek belirsizlik büyük ölçüde giderilmiştir.

2. Kamu Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Hakkın kötüye kullanılması yasağı ve İngilizce karşılığı olan *abuse of rights* kavramına uluslararası hukukta da yer verilmektedir. Uluslararası hukukta bu yasak devletin bir hakkı/yetkiyi diğer devletlerin kendi haklarından/yetkilerinden yararlanmalarını engelleyecek şekilde veya hakkın/yetkinin amacından farklı bir amaçla, başka bir devletin zarar görmesine yol açacak biçimde kullanılması olarak tanımlanmıştır.⁵⁵¹ Yasağa uluslararası sözleşmelere giderek artan bir biçimde rastlanmaktadır.⁵⁵² Örneğin, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 300. maddesine göre taraf devletler bu sözleşmede tanınan yetki, hak ve özgürlükleri hakkın/yetkinin kötüye kullanılması teşkil etmeyecek şekilde kullanacaktır.

Uluslararası yargı yerlerinin kararlarında da özellikle kuralların yorumlanmasında kullanılan yasak uluslararası hukuk doktrininde tartışmalıdır. Bunun nedeninin, uluslararası hukukta ilkelerin benimsenmesinin bu ilkelerin ulusal hukuklarda yaygın biçimde benimsenmesine bağlı olduğu ileri sürülmektedir. Zira,

⁵⁵⁰ Gutteridge, “Abuse of Rights”, s. 44.

⁵⁵¹ Alexandre Kiss, “Abuse of Rights”, *Encyclopedia of public international law*, ed. Rudolf Bernhardt, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Amsterdam ; New York : New York: North-Holland Pub. Co. ; Sole distributors for the U.S.A. and Canada, Elsevier North-Holland, 1981, par. 1.

⁵⁵² Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 134.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenen bu yasak Common Law ülkelerinde ise –en azından bu isimle- kabul edilmemiştir.⁵⁵³

Hakkın kötüye kullanılması yasağının kullanıldığı bir diğer hukuk dalı insan hakları hukukudur. İnsan hakları hukukunda bahsedilen hakkın kötüye kullanılması yasağı özel hukuktakine göre oldukça yenidir. II. Dünya Savaşı sonrasında destekçi kazanan bu yasak ilk olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde, daha sonra diğer insan hakları sözleşme ve belgelerinde yer bulmuştur. İnsan hakları hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı uluslararası insan hakları temelinde yukarıdaki bölümde etraflıca incelenmiştir. Bu incelemeyi de dikkate alarak insan hakları hukukundaki hakkın kötüye kullanılması yasağı ile özel hukuktaki hakkın kötüye kullanılması yasağı arasındaki ilişkiye ve farklılıklara değinmek gerekir. Her iki yasak da döneminin siyaset felsefesi ve bu felsefeyle ilişkili hak ve özgürlük anlayışına karşı gelişen tepkinin ürünüdür. Hakkın kötüye kullanılması yasağının izleri Roma hukukuna kadar sürülebilir. Zira hukukun hakkaniyet, adalet, ahlak gibi kavramlarla ilişkisi yadsınamaz. Dürüstlük kuralı da Roma hukukunda ahlaki standartların hukuk düzeninde yer almasını sağlayan araçlardan biri olmuştur. Ancak öğreti ve yargı kararlarının bu kavrama olan ilgisi Aydınlanma felsefesinin doğurduğu aşırı bireyci ortamda canlanmıştır. Liberal ve kapitalist ekonominin özgürlük anlayışının hak ve özgürlükleri de soyut, mutlak ve negatif yapıdadır. Bu dönemde ortaya çıkan toplumsal sorunlara hukuk alanında verilen yanıtlardan biri hakları sosyal amaçlarla ilişkilendirmek ve hakları bu amaçlara aykırı kullanmanın hakkın kötüye kullanılması olacağıdır. İnsan hakları hukukundaysa hakkın kötüye kullanılması yasağına İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı yıkımın ardından demokrasiyi ve insan haklarını merkezine alan uluslararası işbirliğiyle gerçekleştirilecek yeniden inşa sürecinde başvurulmuştur. Hak ve özgürlüklerinin kullanımının siyasal etkilerinin ihmal edildiği, bunları sınırlama rejiminin henüz gelişmediği bir dönemde hakkın kötüye kullanılması yasağı yine hak ve özgürlük anlayışındaki bir değişimin sonucudur. Ayrıca demokrasinin gözden düştüğü bir dönemin ardından bütün rejimlerin kendini demokrasiyle bağdaştırdığı ve demokrasiyi savunma ihtiyacının anlaşıldığı bu yeni anlayışta insan hakları hukukundaki hakkın kötüye kullanılması yasağı hak ve özgürlükler ile demokrasi arasındaki ilişkiyi kurma aracı olmuştur.

⁵⁵³ a.g.e., s. 135.

Bununla birlikte özel hukuktaki hakkın kötüye kullanılması yasağı ile insan hakları hukukundaki arasında büyük farklılıklar vardır. Özel hukuktaki kötüye kullanma yasağı yukarıda görüldüğü üzere başka bir veya daha fazla sayıda bireyin haklarının zarar görmesiyle ilgilidir. İnsan hakları hukukundaki hakkın kötüye kullanılması yasağı ile daha **temel** bir tehlikenin önlenmesine ilişkindir. Buradaki kötüye kullanma bir hak ve özgürlüğün herkes veya belirli bir grup insan için kaldırılmasını amaçlamaktadır. Bunun için de hak ve özgürlüklerin yaşayabileceği tek siyasal sistem olan demokrasi hedef alınmaktadır. İnsan hakları hukuku alanında geliştirilen hakkın kötüye kullanılması yasağı demokrasiyi hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için zorunlu bir unsur yapmıştır. Bu nedenle insan hakları hukukundaki hakkın kötüye kullanılması yasağında korunan asıl olarak bu eylemlerden etkilenen insanlar değil demokratik rejimdir.

B. Mücadeleci Demokrasi

Bu bölümde mücadeleci demokrasi anlayışının demokrasi ile bağdaşp bağdaşmadığı, demokrasiyi korumakta etkili bir yöntem olup olmadığı veya demokrasiyi korumada en uygun mücadeleci demokrasi anlayışının hangisi olduğu tartışılmayacaktır. Demokratik ikilem olarak adlandırılan bu dilemmayı çözmeye bu çalışmanın iddiası değildir. Bu bölümde demokrasilerin değişen ölçülerde mücadeleci olması yönünde neredeyse bir uzlaşma olduğu ve evrensel, bölgesel veya ulusal ölçekte düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı hükümlerinin bu yöndeki uzlaşmayı ortaya koyma işlevi gördüğü savunulacaktır.

1. Mücadeleci Demokrasi kavramı

Almancada “streitbare” veya “wehrhafte Demokratie” olarak ifade edilen bu kavram için İngilizce’de yaygın biçimde “militant democracy” ifadesi kullanılmaktadır.⁵⁵⁴ Türkçe literatürde de militan demokrasi ifadesi daha çok tercih edilmektedir.⁵⁵⁵ Ancak militan kelimesinin çağrıştırdığı saldırganlık dolayısıyla biz

⁵⁵⁴ Jan-Werner Müller, “Militant Democracy”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ed. Michel Rosenfeld, András Sajó, Oxford: Oxford Univ. Press, 2013; Martin Klamt, “Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions”, **Explorations in Legal Cultures**, 2007, https://www.academia.edu/1222893/Militant_Democracy_and_the_Democratic_Dilemma_Different_Ways_of_Protecting_Democratic_constitutions; Alexander S. Kirshner, **Militan Demokrasi**, çev. Ferit Burak Aydar, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

⁵⁵⁵ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 2014, s. 194; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 102.

mücadeleci kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.⁵⁵⁶ Öğretide “savunmacı demokrasi”⁵⁵⁷, “hoşgörüsüz demokrasi”⁵⁵⁸, “uyanık demokrasi” gibi kavramlar da kullanılmaktadır.

Mücadeleci demokrasi kavramı, demokrasinin bir kere kurulduktan sonra hep ayakta kalacağı varsayımından keskin bir ayrılmadır. Bu kavram tam aksine demokrasinin istismar edilmeye açık olduğu fikrine dayanmaktadır.⁵⁵⁹ Mücadeleci demokrasi; demokrasi karşıtı hareketler karşısında belirli değer ve ilkelerden meydana gelen anayasal çekirdeği korumayı amaçlamaktadır.⁵⁶⁰ Bu nedenle, demokrasinin tanıdığı imkanlardan yararlanarak demokrasiyi yok etmeyi amaçlayanlara karşı tedbirler alınmaktadır. Mücadeleci demokrasinin hedefi demokrasinin içerideki düşmanlarıdır. Mücadeleci demokrasi; demokrasiye içkin bir paradoksa farklı bir paradoksla cevap vermektedir. Demokrasinin tezadı, diğer yönetim biçimlerinin aksine düşmanlarına kendisiyle savaşacak araçları sunmasıdır. Mücadeleci demokrasiye bu tezata demokrasiyi korumak için görünüşte anti-demokratik olan tedbirlere başvurarak diğer bir paradoksla cevap vermektedir.⁵⁶¹

Var olan siyasi yapıyı ve düzeni kalıcı kılmak çok eskilere dayanan bir görüştür.⁵⁶² Örneğin Platon Devlet adlı eserinde en iyi siyasi düzeni ortaya koyduktan sonra olağan akışın bir parçası olarak gördüğü kötüye doğru değişimin nasıl engellenebileceğini ve bu yönetimin nasıl sabitlenebileceğini araştırmaktadır. Mücadeleci demokrasi fikrinin izlerini de St Just’un “özgürlük düşmanlarına özürlük yok” ifadesine kadar sürebiliriz. Mücadeleci demokrasi anlayışı da, en yetkin ve insan onuru ile haklarının en iyi biçimde korunabildiği siyasi sistem olarak gördüğü demokrasiyi kalıcı kılma amacına yönelmiştir. Bununla birlikte; “militan demokrasi”yi bir kavram olarak ilk kullanan Alman yazar Karl Loewenstein olmuştur.⁵⁶³

Loewenstein’a göre faşizmin başarılı olması demokratik kurumların durumuna bağlıdır. Faşizm, demokrasiye kendini adapte ederek ve demokrasiyi

⁵⁵⁶ aynı terimi tercih eden başka bir eser için; Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, s. 124.

⁵⁵⁷ Müller, “Militant Democracy”, s. 1.

⁵⁵⁸ Fox, Nolte, “Intolerant Democracies”, ss. 389-435.

⁵⁵⁹ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, ss. 148-49.

⁵⁶⁰ Klamt, “Militant Democracy and the Democratic Dilemma”, s. 134.

⁵⁶¹ Jan-Werner Müller, “Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy”, *Annual Review of Political Science*, C. 19, S. 1, 2016, ss. 8-9, doi:10.1146/annurev-polisci-043014-124054.

⁵⁶² Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 149.

⁵⁶³ Müller, “Militant Democracy”, s. 1.

kullanarak yok etmektedir.⁵⁶⁴ Zira “demokrasinin, kendini inkâr etmeksizin, kamuoyunun herhangi bir organının ifade, basın, meclis ve parlamenter katılım gibi özgür kurumların tam kullanımını engelleyemeyeceğini ustaca hesaplayan faşistler, sistematik olarak demokratik düzeni gözden düşürür ve onun işleyişini felç ederek onu işlemez hale getirir”.⁵⁶⁵ Demokratik köktencilik, bu Truva atlarına karşı gözlerini kapayarak demokrasiyi yıkmaları için gerekli olanakları sunmuştur.⁵⁶⁶ Özellikle, faşizme dönüşen demokrasilerin en büyük “günah”larından biri ifade özgürlüğüne karşı hoşgörüleridir.⁵⁶⁷ Bu durumda, faşizm demokrasiyi kuşatmış durumdadır. Loewenstein, demokrasinin bu savaşı kazanmak için gerekirse kendi temel ilkelerini ihlal ederek elindeki bütün imkanlarla karşılık verilmesini önermiştir.⁵⁶⁸

Takip eden makalesinde Loewenstein, o dönemde Avrupa’daki çeşitli ülkelerde uygulanan mücadeleci demokrasi tedbirlerini inceler. İncelenen dönemde de; yıkıcı parti, dernek ve hareketleri yasaklamaktan⁵⁶⁹ belirli gruplara nefret ve şiddeti cezalandırmaya⁵⁷⁰ çok çeşitli mücadeleci demokrasi tedbirleri uygulanmaktadır. Ancak Loewenstein’a göre bu tedbirler yeterli değildir. Azami derecede uygulanacak tedbirler bile demokrasinin haklı savunmasını asgari ölçüde sağlamaya yetmeyecektir. Ateşe, ateşle karşılık verilmelidir. Loewenstein, bir geçiş dönemi olarak gördüğü bu devirde; nihai hedefler olan insan onuru ve özgürlüğünü sağlamak için liberal düşünceli adamlar tarafından disiplinli bir otorite uygulanmalıdır.⁵⁷¹ Ancak kimi mücadeleci demokrasi tedbirleri uygulanmaya başlamış olsa da yukarıda açıklandığı gibi Almanya ve İtalya çeşitli sebeplerle faşizme yenik düşmüştür. Bunu takip eden II. Dünya Savaşı’nın ardından mücadeleci demokrasi anlayışı üzerinde ülkelerin tekil tercihlerini aşan uluslararası bir uzlaşma oluşmuştur.

⁵⁶⁴ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, I”, s. 423.

⁵⁶⁵ a.g.e., ss. 423-24.

⁵⁶⁶ a.g.e., s. 424.

⁵⁶⁷ Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, II”, **The American Political Science Review**, C. 31, S. 4, 1937, s. 653, doi:10.2307/1948103.

⁵⁶⁸ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, I”, s. 432.

⁵⁶⁹ Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, II”, ss. 645-48.

⁵⁷⁰ a.g.e., s. 651.

⁵⁷¹ a.g.e., ss. 656-58.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra mücadeleci demokrasi anlayışı önemli uluslararası insan hakları belgelerinde yer almıştır.⁵⁷² Mücadeleci demokrasi anlayışını yansıtan maddeler yukarıda incelenen hakkın kötüye kullanılması yasağı hükümleridir. İHEB'in 30. maddesi, AİHS'in 17. maddesi, MSHS'nin 5. maddesi mücadeleci demokrasi anlayışının benimsenmesindeki uluslararası uzlaşmanın ifadeleridir.⁵⁷³ İnsan hakları yargı yerleri "kötüye kullanma yasağı" hükümlerini demokratik sistemlerin içinden yıkılması tehlikesine karşısına koruma hükmü olarak yorumlamıştır.⁵⁷⁴ Örneğin; M.A. başvurusunda İnsan Hakları Komitesi kapatılmış Faşist Parti'nin yeniden kurulmaya çalışılmasını MSHS'nin 5. maddesi kapsamında görmüştür.⁵⁷⁵

Mücadeleci demokrasi anlayışı uluslararası insan hakları belgelerinde hakkın kötüye kullanılması yasağı hükümleri ile ifade edilmişken devletlerin iç hukuklarındaki ifade ediş biçimleri büyük değişkenlik göstermektedir. İtalya Anayasası'nın geçici XIII. maddesinde kapatılmış bulunan Faşist Parti'nin herhangi bir biçim altında yeniden açılmasının yasaklanması biçiminde kendini göstermekte⁵⁷⁶, İspanya'da Partiler Yasası'na göre bir partinin illegal örgüt biçiminde tanımlanmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkması veya partinin örgütü ya da faaliyetleri antidemokratik bir tutum ve davranış içinde olması halinde mahkeme kararıyla parti kapatılabilmekte yahut faaliyetleri yasaklanabilmektedir.⁵⁷⁷ Portekiz, Danimarka, Avusturya, Rusya çeşitli hallerde siyasal partilerin yasaklanmasının mümkün olduğu ülkelere örnektir.⁵⁷⁸ Almanya, Türkiye ve Yunanistan'sa anayasalarında siyasal partilere yönelik mücadeleci demokrasi araçlarının yanı sıra "hakkın kötüye kullanılması" yasağına vermiştir. Alman Anayasası'ndaki örneğin aksine diğer anayasalar bu kötüye kullanma durumunun yaptırımına yer vermemiştir. AİHK'e göre de hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması halinde bunlardan yoksun bırakılmayı öngören Alman Anayasası'nın 18. maddesiyle AİHS'in 17. maddesinin amacı benzerdir. AİHK'in "kendini

⁵⁷² Fazıl Sağlam, "Mücadeleci Demokrasi: Avrupa Mekanı ve Türkiye", **İnsan Hakları ve Güvenlik - Human Rights and Security – Droits de l'homme et securite**, Ankara: TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 2002, s. 63.

⁵⁷³ a.g.e., ss. 63-65; Tanör, Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, s. 193.

⁵⁷⁴ Fox, Nolte, "Intolerant Democracies", s. 41.

⁵⁷⁵ "M.A. v. Italy, Communication No. 117/1981 (21 September 1981) (twenty-first session), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/39/40) at 190 (1984).", (20.04.2023), <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session39/117-1981.htm>.

⁵⁷⁶ Fazıl Sağlam, **Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999, s. 56.

⁵⁷⁷ a.g.e., s. 58.

⁵⁷⁸ Bu ve parti yasağına yer veren diğer ülkeler hakkında detaylı açıklamalar için bkz; a.g.e., ss. 60-74.

koruyabilen demokrasi” ilkesinin bir ifadesi olarak gördüğü Alman Anayasası’nın 18. maddesi gibi 17. maddenin amacı da hak ve özgürlüklerin bunlardan yararlanarak yok edilmesinin önüne geçmektir.⁵⁷⁹

2. AİHS Bağlamında Mücadeleci Demokrasi

Mücadeleci demokrasi veya buna eş değer bir ifade, şimdiye kadar ne Sözleşme’yi kaleme alanlarca ne AİHM hakimlerince kullanılmıştır.⁵⁸⁰ Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin bizzat kendisi dahi Avrupa düzeyinde demokrasiyi korumakla ilgilidir. Sözleşme’nin hazırlanmasıyla güdülen temel amaçlardan biri Avrupa Konseyi ülkelerde demokrasinin kalıcılığını sağlayabilmek ve totalitarizmi önlemektir. II. Dünya Savaşı’nın hatıraları henüz çok tazeyken hazırlanan Sözleşme’yi kaleme alanlar için “faşizm” ve “komünizm”in karşısında konumlandırılan demokrasi büyük önem taşımaktadır.⁵⁸¹ Mücadeleci demokrasi anlayışının izleri AİHS’in hazırlık çalışmalarında tespit edilebilmektedir. Bu anlayış Henri Teitgen’in “AİHM’in müdahalesi totaliter diktatörlük kurulur kurulmaz mümkün olmalıdır. Daha ilk günden, bir Matteotti’nin öldürüldüğü günden, bir Reichstag yangınının çıktığı günden, işte o andan itibaren müdahale edebilmesi gerekir.” sözleriyle ifade edilmiştir.⁵⁸² Yine aynı kişi Sözleşme ile amaçlananın taraf devletlerdeki tekil yanlışları düzeltmekten çok bu ülkelere birinde faşist bir rejimin kurulmasını önlemek olduğunu söylemiştir.⁵⁸³ Hazırlık çalışmalarında da ifade edildiği üzere bu Sözleşme’nin amacı Avrupa Konseyi üyesi devletlerinin demokratik olmalarını ve kalmalarını sağlamaktır.⁵⁸⁴

AİHS’in Başlangıcı’nda temel hak ve özgürlüklerin etkili bir demokraside en iyi biçimde korunacağı ifade edilmiştir. AİHM de demokrasiyi “Sözleşme ile uyumlu olan tek siyasi model” olarak nitelemektedir.⁵⁸⁵ Bu bağlamda; AİHS’in ortaya koyduğu sistemin “militan liberal demokrasi” olduğu ileri sürülmektedir. Hatta, AİHS’e taraf devletlerde hakkın kötüye kullanılmasının demokrasiden çok

⁵⁷⁹ Reisz v. Germany (déc.), 32013/96 (EComHR 20 Ekim 1997).

⁵⁸⁰ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 149. Kavrama AİHM kararları arasında sadece Üçüncü Daire’nin verdiği Refah Partisi kararında rastlanmaktadır. Bu kararda da Türkiye hükümeti partinin kapatılmasının haklı olduğunu göstermek için militan demokrasi kavramına dayanmaktadır. Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, ECtHR 31 Temmuz 2001 paragraf 62.

⁵⁸¹ Susan Marks, “The European Convention on Human Rights and Its Democratic Society”, **The British Year Book of International Law**, C. 66, S. 1, 1996, s. 210, doi:10.1093/bybil/66.1.209.

⁵⁸² Heri, “Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 ECHR”, s. 26.

⁵⁸³ Marks, “The European Convention on Human Rights and Its Democratic Society”, s. 210.

⁵⁸⁴ a.g.e., s. 211.

⁵⁸⁵ Church of Scientology Moscow v. Russia, 18147/02 (ECtHR 05 Nisan 2007).

liberalizme saldırdığı ifade edilmiştir.⁵⁸⁶ AİHM; demokrasi karşıtlarının Avrupa tarihinde örnekleri görüldüğü demokratik rejim altında serpilip budaklandıktan sonra demokrasiyi ortadan kaldıracılabileceğini de kabul etmektedir.⁵⁸⁷

Sözleşme'nin 17 maddesi de, Sözleşme'nin bütün haliyle daha büyük ölçekte gerçekleştirmeye çalışıldığının sıkıştırılmış halidir: demokrasiyi korumak ve totalitarizmi önlemek.⁵⁸⁸ AİHM'de mücadeleci veya militan demokrasi terimlerini kullanmasa da “kendini koruyabilen demokrasi” kavramı altında bu anlayışı tanımaktadır. Bu anlayış doğrultusunda devletlerin demokrasilerini korumak için ifade ve örgütlenme özgürlüklerini sınırlamaları meşru amaç taşır.⁵⁸⁹ 17. maddenin varlık nedeninin “liberal” insan haklarını açıkça reddeden ideolojileri hayata geçirmeye çalışan faaliyetleri AİHS'in korumasından çıkarmak olduğu ileri sürülmektedir. Böylece taraf devletler bu yöndeki faaliyetleri yasaklayıp yasaklamamakta serbest olacaktır. Demokrasiyi ve AİHS'teki hak ve özgürlükleri yıkmayı amaçlayan birey ve grupların AİHM'e başvurması halinde devletler 17. maddeyi ileri sürebilecektir.⁵⁹⁰

Sonuç olarak AİHS'in 17. maddesi de mücadeleci demokrasi kavramının açık bir ifadesidir.⁵⁹¹ Bu durum bir AİHM yargıcının karşı oyunda şu biçimde ifade edilmiştir: “17. maddenin altında yatan mantık açıktır. İnsan haklarını talep etmenin hukuki silahı saptırılmamalıdır. Kendileri de insan haklarını ihlal edecek olanlara hizmet etmek için kullanılmamalıdır. Karl Popper'ın dehası bunu açıkça formüle etmiştir. Popper, demokrasinin onu yok etmek isteyenler dışında herkes için olduğunu savundu. Hoşgörüsüzlük dışında her şeye hoşgörülü davranmalıyız.”⁵⁹²

AİHM'e göre siyasal partilerin AİHS'in 9-11. maddelerinden yararlanarak Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerle demokrasiyi yıkıcı faaliyetlere girme ihtimalleri dışlanamaz. Çoğulculuk ve demokrasi, bazen ülkenin bir bütün olarak daha fazla istikrarını garanti altına almak için bazı özgürlüklerinin sınırlandırılmasına katlanmak zorunda kalan bireyler veya gruplar tarafından çeşitli tavizler verilmesini gerektiren

⁵⁸⁶ Wagrandl, “The Prohibition to Abuse One's Human Rights”, s. 591.

⁵⁸⁷ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, ECtHR [GC] 13 Şubat 2003 paragraf 99.

⁵⁸⁸ Buyse, “Contested contours”, s. 187.

⁵⁸⁹ Vogt v. Germany, 17851/91 (ECtHR [GC] 26 Eylül 1995).

⁵⁹⁰ Wagrandl, “The Prohibition to Abuse One's Human Rights”, s. 591.

⁵⁹¹ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 88.

⁵⁹² Yargıç Zupancic'in karşı oyu, Zdanoka v. Letonya.

bir uzlaşmaya dayanır.⁵⁹³ Bu nedenle bir devlet bir siyasal partinin iktidarı ele geçirmesini ve demokrasi ve AİHS'le bağdaşmayan bir politikayı hayata geçirmek için somut adımlar atmasını bekleyemez. Böyle bir tehlike söz konusu olduğunda bu politikalar hayata geçmeden devletlerin harekete geçmesinin gerekebileceğini AİHM kabul etmiştir.⁵⁹⁴ AİHM'in bu içtihadı AİHS'in taraf devletlerin mücadelecı demokrasi tedbirler uygulamalarına cevaz verdiğini açıkça göstermektedir. Hatta bunun ötesinde, AİHM'in devletlerin bu tedbirleri uygulamakla yükümlü olduğuna sinyal verdiğini söyleyebiliriz. Zira AİHM'e göre devletlerin bu yöndeki önleyici tedbirleri AİHS'in 1. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülükleriyle de uyumludur. AİHS'e taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri, varlık nedenleri siyasi iktidarı elde etmeyi ve devlet aygıtının önemli bir bölümünün çalışmalarını yönetmeyi hedeflemek olan siyasal partilere insan hakları ve demokrasinin temel ilkelerine aykırı bir program gözetmeme yükümlülüğü getirmesini haklı kılabilir.⁵⁹⁵ Bu durumda bu nitelikteki önleyici tedbirleri uygulamakta geç kalarak demokrasi karşısı siyasal partilerin siyasal güç kazanmasının önüne geçmeyen ve egemenlik yetkisi altındaki bireylerin hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşüren bir devletin AİHS kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini ihlal edeceği söylenebilir.

AİHS'in benimsediğı militan demokrasi anlayışı siyasal partilere yönelik tedbirlerin ötesinde Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne yönelik içerik odaklı sınırlamalar getirmesinin temelini de oluşturabilmektedir.⁵⁹⁶

a. AİHM Kararlarında 17. Madde ve Mücadelecı Demokrasi

AİHM'in 17. maddeye yönelik erken içtihadı hakkın kötüye kullanılması yasağının mücadelecı demokrasi anlayışıyla ve geçiş dönemiyle bağlantısını göstermektedir. Demokrasinin Avrupa'da –önceki dönemin hatalarından ders alarak- yerleştirilmeye çalışıldığı bir dönemde hem AİHS'in hem özel olarak 17. maddenin böyle bir nitelik göstermesi zamanının ruhuyla uyumludur. Dünya Savaşı'nın ardından demokrasinin yerleştirilmeye çalışıldığı bu erken dönemde 17. madde ile ilgili kararlardan biri demokrasiyi istismar etmiş bir rejimin ardından demokratik kurumların özgür işleyişini koruma ihtiyacıyla⁵⁹⁷, diğeri şiddet içeren bir direniş

⁵⁹³ Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, ECtHR [GC] 13 Şubat 2003 paragraf 99.

⁵⁹⁴ a.g.e., par. 102.

⁵⁹⁵ a.g.e., par. 103.

⁵⁹⁶ Leah Garlicki, "Sembolik Söylem", **İfade Özgürlüğü - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, 2012, ss. 318-19.

⁵⁹⁷ German Communist Party and Others v. Germany (déc.).

hareketine karşı devletin cevabının uygunluğuyla⁵⁹⁸ ilgilidir.⁵⁹⁹ Bu sürecin tamamlanması, demokrasinin Sözleşme’ye taraf devletlerde konsolide olması ve Mahkeme’nin ilerici içtihatlarıyla Sözleşme’nin de totaliter tehlikeye karşı alarm zili olma ve demokrasiyi koruma işlevleri aşılmıştır.

1990’lara kadar –ülkelerin özgül koşullarının yarattığı sonuçları bir kenara bırakırsak- Avrupa düzeyinde mücadeleci demokrasi genel olarak “totalitarizm”i hedef almıştır. Bu dönemde demokrasinin düşmanları faşizm ve Sovyet komünizmidir.⁶⁰⁰

AİHS’in bu amacın gerçekleştirilmesinde taraf devletlere sunduğu en güçlü araçlardan biri 17. maddedir. Bununla birlikte AİHM veya AİHK’in mücadeleci demokrasi tedbirlerini incelediği birçok kararında 17. maddeye değinmediği de görülmektedir. Örneğin, *Kosiek* kararında başvurucunun aşırı sağcı Almanya Ulusal Demokratik Partisi (Nationaldemokratische Partei Deutschlands) adına yaptığı çalışmalar nedeniyle üniversiteye atamasının yapılmamasını ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak görmemiştir.⁶⁰¹ Aynı yaklaşıma komünizm ile ilgili mücadeleci demokrasi tedbirlerinin söz konusu olduğu kararlarda da rastlanmaktadır. *Glasenapp* kararında öğretmen olan başvuru Alman Komünist Partisi’ni desteklediği ve bu partiyle arasına mesafe koymadığı kendisine kalıcı bir kadro verilmemiştir. Alman makamlarına göre bu parti proleterya diktatörlüğünü hedeflediği için demokrasiyle bağdaşmadığından bu partiye destek de özgürlükçü demokratik düzene sadakatla bağdaşmaz. AİHM’e göre kamu görevlileri için böyle bir yükümlülüğünün aranmasının kendiliğinden Sözleşme’ye aykırı olduğu söylenemez. Ancak AİHM, bu yönde detaylı bir tartışmaya girmeden kamu hizmetine girme hakkının AİHS’te düzenlenmemiş olması nedeniyle ifade özgürlüğüne yönelik de bir müdahale olmadığına karar vererek ihlal bulunmadığına hükmetmiştir.⁶⁰² AİHM’in mücadeleci demokrasi tedbirlerinin denetlenmesi söz konusu olduğunda meseleyi çoğunlukla AİHS’in 10 ve 11. maddeleri kapsamında çözmeye çalışması 17. maddenin hak ve özgürlüğün ihlaline ilişkin esas denetiminden sonra uygulanması yönündeki önerimizle uyumludur. AİHS’in öngördüğü sınırlama rejimi ile anti-demokratik bir hareketle mücadele edilemediği ancak bu hareketin hak ve özgürlükler için ciddi bir

⁵⁹⁸ Lawless v. Ireland (no. 3).

⁵⁹⁹ Hamilton, “Transition, political loyalties and the order of the state”, s. 160.

⁶⁰⁰ Müller, “Militant Democracy”, s. 2.

⁶⁰¹ Kosiek v. Germany, 9704/82 (ECtHR 28 Ağustos 1986).

⁶⁰² Glasenapp v. Germany, 9228/80 (ECtHR 28 Ağustos 1986).

tehlike oluşturduğu durumlarda 17. madde devreye girecektir. Böylece aksi takdirde AİHS'e aykırı olacak bir müdahale demokrasiyi ve hak ve özgürlükleri koruma ihtiyacının baskın şekilde zorlayıcı olması halinde 17. maddenni devreye girmesiyle Sözleşme'ye uygun olacaktır.⁶⁰³

Ayrıca nasyonal sosyalizmin aksine AİHM ilerleyen dönemlerde komünizme yönelik tutumunu yumuşatmıştır. *Vogt* kararındaki olgular *Glaserapp* kararıyla benzerdir. Bu kararda başvurucu; kamu görevlisi olarak atanmamasından değil görevine son verilmesinden yakınmaktadır. Görevine son verilmesinin gerekçesi KPD'ye üyeliği ve bu partideki faaliyetleridir.⁶⁰⁴ Ancak *Glaserapp* kararında kamu hizmetine girme hakkına bilinçli olarak AİHS'te yer verilmemiş olması nedeniyle ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğunu reddeden AİHM bu başvuruda müdahalenin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Zira, kamu hizmetinden çıkarılması nedeniyle AİHS'teki hakları ihlal edilenler bu yaptırıma karşı bireysel başvuruda bulunabilirler.⁶⁰⁵ AİHM, bu kararında da Almanya'nın "Weimar Cumhuriyeti'nin acı tecrübesi" karşısında aynı acıların yinelenmemesi için mücadeleci demokrasi tedbirleri benimsemesini ifade özgürlüğünün sınırlanması için meşru bir amaç olarak değerlendirmiştir.⁶⁰⁶ Ancak; her bir kamu hizmetlisinin konuyla ilgili görüşü ne olursa olsun yetkili makamların Anayasa'ya aykırı gördüğü tüm grup ve hareketlerden açık bir şekilde vazgeçmesi gerekliliği AİHM için "şaşırtıcı" niteliktedir.⁶⁰⁷ Bu durumda, kamu hizmetinden çıkarma yaptırımının ağırlığı, başvurunun öğretmen olarak pozisyonunun güvenlik tehdidi oluşturmaması ve eğitim faaliyeti sırasında anayasa karşıtı ifadelerde bulunup öğrencilerine bu nitelikte fikirler aşılama çabasına girdiğinin ispatlanmaması karşısında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁰⁸

Bu durum 70'li yıllarda özellikle Batı Avrupa ülkelerinde komünizmde görülen değişiklikle açıklanmaktadır. Çoğulcu demokrasiyle daha uyumlu bir özellik gösteren "Euro-communism" akımının yükselmesi ve Prag Baharı'ndan sonra komünist partilerin parçalanması bu durumun sebepleri olarak gösterilmektedir.⁶⁰⁹

⁶⁰³ Wagrاندl, "The Prohibition to Abuse One's Human Rights", s. 592.

⁶⁰⁴ *Vogt v. Germany* paragraf 23.

⁶⁰⁵ a.g.e., par. 43.

⁶⁰⁶ a.g.e., par. 51.

⁶⁰⁷ a.g.e., par. 59.

⁶⁰⁸ a.g.e., par. 60-61.

⁶⁰⁹ Wagrاندl, "The Prohibition to Abuse One's Human Rights", s. 584.

b. Mücadeleci Demokrasi ve Geçiş Dönemi

90’larda Doğu Avrupa ülkelerindeki geçiş döneminin başlamasıyla mücadeleci demokrasi yeniden Avrupa’da gündeme gelmiştir.⁶¹⁰ Mücadeleci demokrasi ile ilgili konuların AİHM içtihadına geri dönmesi Sovyetler Birliği’nin yıkılması ve Doğu Avrupa ülkelerinin liberal demokrasi değerlerini benimse amaç ve iddiasıyla Sözleşme’ye taraf olmalarıyla olmuştur. Bu dönemde AİHM, komünist partilere karşı daha yumuşak bir tavır sergilemiştir. 1991’den sonra sadece iki komünist partinin kapatılmasına ilişkin başvuru AİHM’in önüne gelmiştir. Bunlardan Türkiye Birleşik Komünist Partisi’nin kapatılma sebeplerinden biri⁶¹¹ partinin ismindeki “komünist” ifadesidir.⁶¹² AİHM’e göre devlet ve toplum için somut bir tehdit oluşturduğu ortaya konmadan sadece ismi nedeniyle bir partinin kapatılması AİHS ile bağdaşmaz.⁶¹³ Diğer partiye Romanya’daki Partidul Comunistilor’dur. Bu partinin programında “proleterya diktatörlüğü” çağrısında bulunmaması ve eski rejimin komünist partisi dönemindeki istismarları eleştirmesi ve bu partiyle arasına mesafe koyması nedeniyle 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Komünist yönetimden sonraki geçiş dönemlerinde demokratik düzeni koruyan militan önlemlerin ışığında, Mahkeme, bu tür önlemlerin yalnızca demokratik bir topluma geçişten sonra geçici olarak haklı görülebileceğini vurgulamaktadır. AİHM de komünizm sonrası bir Baltık ülkesi olan Letonya ile ilgili bir mücadeleci demokrasi tedbirini incelediği kararında buna değinmiştir. AİHM’e göre devletler demokrasinin devamlılığını ve etkililiğini sağlamak için önlemler alabilir. Ancak burada önemli olan demokrasinin gerekleri ile başkalarının hakları arasında uygun bir denge kurabilmektir.⁶¹⁴ Bu başvuruda eski Litvanya Komünist Partisi üyesinin genel seçimlerde aday olmasına izin verilmemesi incelenmektedir. AİHM, böyle bir tedbirin yerleşik bir demokraside uygulanması kabul edilmeyecek olsa da Letonya’nın tarihsel ve siyasal koşulları incelendiğinde bunun mümkün olduğuna karar vermiştir. Zira mücadele edilmeye çalışılan düşüncelerin zemin kazandığında eski rejimi canlandırma tehlikesi halen vardır.⁶¹⁵ Zaten öğretilerde de, mücadeleci demokrasinin geçiş dönemi anayasacılığıyla ilgili olduğu savunulmaya

⁶¹⁰ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 232.

⁶¹¹ Diğer, partinin ayrılıkçılığı teşvik etmeye çalıştığıdır. United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey paragraf 55.

⁶¹² a.g.e., par. 54.

⁶¹³ a.g.e., par. 55.

⁶¹⁴ Zdanoka v. Letonya paragraf 100.

⁶¹⁵ a.g.e., par. 133.

başlanmıştır. Siyasal geçiş dönemlerinde yeni yeni ortaya çıkan demokratik kurumlar kırılgan olmakla malüldür. Bu kurumların bu zayıflığının daha yakın bir adli dikkat ve izlemeyi gerektirdiği ancak aynı ölçüde bir yargısal takibin yerleşik liberal demokrasiler için uygun olmayacağı ileri sürülmektedir.⁶¹⁶ Bu dönem tamamlandıktan istikrarlı bir demokrasi yerleştikten sonra bu önlemlerin haklı görülebilmesi daha zor olacaktır. Bu yönüyle AİHM'in post-komünist döneme ilişkin mücadeleci demokrasi içtihadı 15. madde bağlamında alınacak yükümlülük azaltma önlemleriyle benzerlik göstermektedir.⁶¹⁷

c. Mücadeleci Demokrasi ile İlgili Tartışmalar ve Yeni Sorunlar

AİHS bağlamında uygulanan mücadeleci demokrasi tedbirleri de bu kavrama ilişkin varlıksal tartışmalardan muaf değildir. Demokrasiyi koruma amacına yönelmiş mücadeleci demokrasi anlayışı yöntemlerini uygularken aynı zamanda demokratik tartışmanın kapsamını sınırlayarak siyasal sürecin meşruluğunu tartışmaya açmaktadır.⁶¹⁸ Zira, her ne kadar hoşgörü demokrasinin esas ilkelerinden olsa dahi demokrasinin kendisinin tehlikeye girdiği yerde demokrasinin hayatta kalması gerekliliğinin hoşgörüye baskın geleceği ileri sürülmektedir. Öte yandan yıkıcı kabul edilerek siyasal partilerin bastırılması veya dışlanması –tamamen soyut perspektifte- demokratik sürecin bünyesine ters düşer.⁶¹⁹ AİHM'e göre de siyasal partilere karşı alınan her önlem sonuç olarak demokrasiyi etkilemektedir.⁶²⁰

Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle hem demokrasinin düşmanlarının kimler olduğuna dair tanımların genişlediği hem de bu düşmanların tespit edilmesinin zorlaştığı ifade edilmektedir.⁶²¹ AİHM'in önüne mücadeleci demokrasinin geleneksel anlayışıyla bağdaşmayan yeni tedbirler geldiği ileri sürülmektedir. Bir diğer neden de AİHM'in demokrasi kavramına ilişkin yaklaşımını genişletmesidir. AİHM, demokrasiyi sadece demokratik kurumlar ve karar alma usulü ile ilişkilendirmemektedir.⁶²² Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik de demokrasinin unurlarıdır. Bu değerlerin demokratik toplumun unsurları olarak kabul edilmesiyle

⁶¹⁶ Ruti Teitel, "Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives", *Michigan Journal of International Law*, C. 29, S. 1, 2008, s. 49.

⁶¹⁷ Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 236.

⁶¹⁸ Issacharoff, "Fragile Democracies", s. 1411. Bu konudaki iki ayrı anlayışı yansıtmak için aşağıda atfı verilen makaleden ilham alarak makalenin girişinde yapılan iki alıntının çevirisini paylaşıyoruz. Fox, Nolte, "Intolerant Democracies", s. 1.

⁶¹⁹ Fox, Nolte, "Intolerant Democracies", s. 8.

⁶²⁰ United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey paragraf 31.

⁶²¹ Müller, "Militant Democracy", s. 3.

⁶²² Morree, *Rights and Wrongs under the ECHR*, s. 239.

liberal demokrasilerdeki çoğunlukçu eğilimleri sınırlayarak bireysel farklılıklara saygı duymaya zorlanmaları amaçlanmaktadır.⁶²³ AİHM'in demokrasiden anladığı genişledikçe, demokrasiyi kendilerine karşıladığı hedefler de genişlemektedir.

Bunlardan birisi, laikliğe aykırı hareket, eylem ve siyasal partilere karşı mücadeleci demokrasi tedbirlerinin uygulanmasıdır. Bunun AİHM bağlamında en önde gelen örneği olan *Refah Partisi* kararını yukarıda incelemiştik. Ancak laikliğe aykırı eylemlere karşı anayasal yapının korunmasına yönelik tedbirlerin mücadeleci demokrasinin geleneksel yapısını aştığı fikrine katılmıyoruz. Zira laiklik demokrasinin ön koşuludur.⁶²⁴

Diğeri ayrılıkçı partilerdir. Avrupa düzeyinde ayrılıkçı partileredemokratik rejime karşı şiddet veya şiddete tahrik eylemlerine girişmedikçe geniş bir korumadan yararlanmaktadır.⁶²⁵ Zira bu tür siyasal partilerin politik faaliyette siyasal iktidara gelmeleri veya bu iktidardan önemli bir pay elde etmeleri ihtimali epey düşüktür. Bu nedenle, şiddet eylemleri ile ilişkilendirilmedikçe mücadeleci ayrılıkçı-karşıtlığının kabul edilmediği ifade edilmektedir.⁶²⁶

Mücadeleci demokrasinin asıl dilemması; halkta büyük karşılığı olan, görünüşte demokratik yöntemleri benimsemiş ancak demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan siyasal partilerle ne ölçüde ve nasıl mücadele edileceğinde ortaya çıkmaktadır. Bu nitelikteki birçok siyasal parti, seçimlerle iktidara gelmeye razı olsa da seçimlerle kazandığı iktidardan aynı yöntemle vazgeçmeye razı değildir. Bu nedenle, kaba bir ifadeyle böyle bir parti iktidara geldikten sonra seçim yapılmaması veya seçimlerin “seçimsiz seçim”⁶²⁷ haline dönüşmesi tehlikesi karşısında mücadeleci demokrasinin hoşgörü sınırlarının aşılmış olacağı ifade edilmektedir.⁶²⁸ Günümüzde bu yöndeki tehlikeyi yaratan ise hâlâ muğlak bir kavram olan

⁶²³ Marks, “The European Convention on Human Rights and Its Democratic Society”, s. 232.

⁶²⁴ Cem Eroğul, **Anatüze giriş: “Anayasa Hukukuna Giriş”**, Gözden geçirilmiş 15. bası Ankara: İmaj Yayınevi, 2016, s. 307; Murat Sevinç, “Bir anayasal ‘hak’ olarak, laiklik...”, Text, <https://www.gazeteduvar.com.tr/yazarlar/2018/04/26/bir-anayasal-hak-olarak-laiklik>, Gazete Duvar, 26.04.2018, <https://www.gazeteduvar.com.tr/yazarlar/2018/04/26/bir-anayasal-hak-olarak-laiklik>.

⁶²⁵ Issacharoff, “Fragile Democracies”, s. 1442.

⁶²⁶ Müller, “Militant Democracy”, s. 9.

⁶²⁷ Malcolm Crook, “The Uses of Democracy. Elections and Plebiscites in Napoleonic France”, **The French Experience from Republic to Monarchy, 1792–1824: New Dawns in Politics, Knowledge and Culture**, ed. Máire F. Cross, David Williams, London: Palgrave Macmillan UK, 2000, s. 58, doi:10.1057/9781403932747_5. Terim bu eserde geçen “elections without choice” ifadesinin karşılığı olarak kullanılmıştır.

⁶²⁸ Issacharoff, “Fragile Democracies”, s. 1464.

popülizmdir. Yukarıda son üç yüzyıldır her yüzyılda ayrı bir kavramın demokrasinin karşısında konumlandırıldığını söylemiştik. 21. yüzyılda totalitarizmin yerine geçen kavram popülizm olmuş gibi görünmektedir. Özellikle siyaset biliminde popülizmin unsurlarına, nedenlerine ve etkilerine ilişkin çalışmalar yoğunlaşmıştır. Popülistler faşizm veya komünizmde olduğu gibi demokrasiden daha iyi bir yönetim vaat etmiyordur. Popülistler kendilerinin demokratik olduğunu ve bu şekilde iktidarı elde ettiklerini iddia ediyordur. Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında da popülist liderlerin iktidarı döneminde demokratik gerileme yaşayanların söz konusu olduğudur. Popülizmle mücadeleci demokrasi araçlarıyla mücadelede karşılaşılan en önde gelen güçlüklerden biri popülist liderlerin yargı organlarını özellikle Anayasa Mahkemelerini vesayetçi ve elitist ilan etmeleridir. Bu organların kararları “yargının demokratik meşruiyeti” benzeri kavramsallaştırmalar altında tartışmaya açılmaktadır. Bunun sonucunda hem halkta bu organlara karşı hem de bu organların kendilerine karşı güvenleri zedelenmeye çalışılmaktadır. Popülist liderlerin iktidarlarını perçinleme aşamasında da “suistimalci anayasacılık” yöntemleriyle anayasa mahkemeleri “paketlenmektedir”. Böylece karşılaştırmalı hukukta mücadeleci demokrasi tedbirlerini uygulamada en çok tercih edilen organ olan anayasa mahkemeleri ehlileştirilmektedir. Bu durumda mücadeleci demokrasinin karşılaştığı en önemli ve bir paradigma değişikliğine yol açabilecek en büyük tehlike popülizm gibi görünmektedir.

C. 1982 Anayasası’nda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

1982 Anayasası temel hak ve özgürlükler rejimini 12 ila 17. maddeler arasında 5 maddede düzenlemiştir. Bu maddelerden biri temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını düzenleyen 14. maddedir. 14. madde dışındaki maddelerin temel hak ve özgürlükler rejimindeki işlevi ve rolü açıktır. 12. madde temel hak ve özgürlüklerin niteliğini düzenlemekte, herkesin doğuştan bu haklara sahip olduğunu belirtmekle doğal hukuk anlayışını yansıtmaktadır. Bu madde temel hak ve özgürlükler rejiminin felsefesini ortaya koymaktadır.

13 ve 15. maddeler ise sırayla olağan dönemde ve olağanüstü hal rejiminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kuralları ihtiva etmektedir. 13. madde temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimini öngörmektedir. Bu maddeyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uyulacak ilkeler ve sınırlamanın sınırı gösterilmiştir. 15. madde sınırlama rejiminin olağanüstü hâlde tabi olduğu kuralları

düzenlemektedir. Her iki madde gerek bireysel başvuru gerek norm denetimi kararlarında geniş uygulama alanı bulmakta, özellikle bireysel başvuru yolunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelerin bu maddelere uygunluğu denetlenmektedir. 16. maddede ise yabancıların hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasına ilişkin kurallar yer almaktadır.

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını düzenleyen 14. madde de bu bölümde yer alarak temel hak ve özgürlükler rejiminin bir parçasını oluşturmaktadır. Bu nedenle 14. madde bütün temel hak ve özgürlükler için geçerlidir. Diğer bir deyişle bu maddede yasaklanan “kullanım biçimlerinin tüm temel hak ve özgürlüklere yöneldiği açıktır”.⁶²⁹ Bununla birlikte 14. madde Anayasa Mahkemesi kararlarında bu sıklıkla karşımıza çıkmamaktadır. Bireysel başvuru yolunun açılmasından sonra hakkın kötüye kullanılması yasağının temel hak ve özgürlükler rejimindeki işlevinin açıklığa kavuşacağı düşünülebilse de AYM bu kararlarında da 14. maddeyi çok az kullanmıştır. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının yargısal uygulaması yaygın olmadığı gibi temel hak ve özgürlükler rejimindeki işlevi açıklığa kavuşturulamamıştır. Yasağın, temel hak ve özgürlüklerin norm alanını daraltıp daraltmadığı, kurucu mu açıklayıcı mı nitelik taşıdığı dahi tartışmalıdır. Bu bölümde temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının ne anlama geldiğinin ve temel hak ve özgürlükler rejiminde ne rol üstlendiğinin ortaya konmasına çalışılmaktadır.

Bu hedef doğrultusunda bu bölümde önce bu yasağa ilişkin genel kural olan 14. madde mercek altına alınacaktır. Yasak 1982 Anayasası’nın 14. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte ilk olarak 1971 Anayasa değişikliğiyle anayasalarımıza dâhil olmuştur. Bu nedenle ilk olarak yasağın tarihçesi incelenecektir. Yasağın 1961 Anayasası’ndaki halinin 1982 Anayasası ile karşılaştırmalı olarak incelenmesinin 14. maddenin yürürlükteki halinin daha iyi anlaşılmasına hizmet edeceği düşünülmektedir.

Yasağın tarihçesinin incelenmesinin ardından sırasıyla yasağın temel hak ve özgürlüklerin norm alanına etkisi, Anayasa Mahkemesi’nin yasağı siyasal partiler yönünden nasıl uyguladığı ve yasağın bireysel başvurular yönünden uygulanması değerlendirilecektir.

⁶²⁹ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 162.

Son olarak milletvekili dokunulmazlığının bir istisnası olarak temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı incelenecektir. Bu başlık altında yapılan inceleme *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararı etrafında şekillenecektir. Kararda AYM'nin hem bu dokunulmazlık istisnası hem genel olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı için yaptığı saptamalar değerlendirilecek ve kararın yarattığı sonuçlar gösterilmeye çalışılacaktır.

1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılmasına İlişkin Genel Kural (14. Madde)

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Genel Hükümler" başlıklı birinci bölümünde 14. maddede "temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" kenar başlığıyla düzenlenmiştir. Ancak yasak ilk olarak 1961 Anayasası'nda yapılan 1971 anayasa değişikliklerinin ardından gelmiştir. Bu bölüm altında önce yasağın tarihçesi incelenecektir. Daha sonra ise yasağın temel hak ve özgürlükler rejimine etkisi değerlendirilecektir.

a. Yasağın Tarihçesi ve Anlamı

Hakkın kötüye kullanılması yasağının düzenleniş şekli anayasalarda sabit kalmamıştır. Yasak ilk olarak 1971 Anayasa değişikliğinin ardından 11. maddenin üçüncü fıkrasında yer almıştır. 1982 Anayasası'nda yasağa bu sefer bağımsız bir madde altında ve daha geniş kapsamlı olarak yer verilmiştir. Ancak 2001 anayasa değişikliğiyle bu madde temel hak ve özgürlükler lehine bir değişiklik yapılmak istenmiş ve madde metni değiştirilmiştir.

i. 1961 Anayasası'nda Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı ilk defa 1971 Anayasa değişikliği ile anayasalarımızda yer bulmuştur. 1961 Anayasası'nın orijinal hali temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında farklılaştırılmış-kademeli bir sınırlama rejimi öngörmüştür.⁶³⁰ Buna göre hak ve özgürlükler ancak Anayasa'daki ilgili maddesinde gösterilen sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle dahi olsa hakkın özüne

⁶³⁰ Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, ss. 240-41.

dokunulamayacaktır. Gerçi o dönemde 1961 Anayasası'nın öngördüğü hak ve özgürlük rejiminin Türk toplumunun seviyesi için gerçekçi olmadığı yönünde eleştiriler özellikle yürütme organının temsilcileri tarafından sıklıkla ileri sürülmekteydi. Anayasa'ya yüklenen kabahatlardan biri de özgürlüklerin kötüye kullanılması için bir sınırlama getirmemiş olmasaydı. Batı toplumları bile bu yönde sınırlamalar getirmişken Türkiye'de özgürlükleri kullananların anayasal düzeni yıkabilecek serbestliğe ulaşabileceği ileri sürülmekteydi.⁶³¹ Örneğin Adalet Partisi'nin 1969 seçimlerine giderken hazırladığı ayrıntılı "Anayasa Islahatı" programında bu yönde bir eleştiriye yer verildiği görülür. Bu programda AP "komünizm ve anayasa dışı cereyanlarla" mücadele edilmesi için İHEB'in 30. ve AİHS'in 17. maddeleri doğrultusunda anayasa değişikliği yapılmasını önermektedir. AP, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması olanağını kaldıracak bu hükümle "anayasa dışı cereyanların her çeşit faaliyetlerinin, propaganda, telkin ve tahrik dahil olmak üzere yasak olduğunun" kesin olarak belirtilmesini tavsiye etmektedir. AP'nin "Anayasa Islahatı"ndaki tavsiyelerinin hepsi zaten 1971 ve 1982 askeri rejimlerindeki anayasa değişiklikleriyle hayata geçirilecektir. Ancak Tanör, özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin olarak getirilen hükümlerin AP'nin anayasa programını aşan bir sonuç yarattığını ifade etmektedir.⁶³²

Bununla birlikte öğretilde, böyle bir yasağa yer verilmemiş olmasının hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılabileceği anlamına gelmediği ileri sürülmekteydi. Bu görüşe göre hakkın kötüye kullanılması yasağı genel bir ilkedir ve yazılı olarak tekrarlanmasından bağımsız olarak kötüye kullanılan hak hukuk düzeni tarafından korunamaz.⁶³³

Kaldı ki; AYM, genel sınırlama hükmü niteliğinde gördüğü 11. maddeyi kimi zaman kötüye kullanma yasağı olarak da tatbik etmiştir.⁶³⁴ AYM, K. 1965/40 sayılı kararıyla⁶³⁵ Anayasa'da henüz hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin bir hüküm yokken bu yasak çerçevesinde bir karar vermiştir. Bu kararda eski TCK'nın tartışmalı 141 ve 142. maddelerinin 1961 Anayasası'na uygunluğu incelenmiştir. Bu kanunların Anayasa'ya uygun olduğu sonucuna varan AYM'nin dayanak

⁶³¹ bu eleştirileri aktaran eserler; Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 6. bs, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986, s. 103; Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, C. 7 (Tıpkı Basım), s. 128.

⁶³² Bülent Tanör, **İki Anayasa 1961-1982**, 5. bs, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, ss. 26-29.

⁶³³ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, C. 7 (Tıpkı Basım), ss. 132-33.

⁶³⁴ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, ss. 148-49.

⁶³⁵ E. 1963/173, K. 1965/40, (Anayasa Mahkemesi 26 Eylül 1965).

noktalarından biri de AİHS'in 17. maddesidir. Buna göre, bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü kurmaya yönelerek bir sınıfa üstün haklar tanırken diğer sınıfın haklarını daraltmayı veya yok etmeyi amaçlayan komünizm AİHS'teki hak ve özgürlüklerden yararlanamayacaktır.⁶³⁶ AYM'nin bu karardaki yaklaşımı hem AİHS'in 17. maddesinin komünizmle mücadele biçimindeki genetik amacı ile uyumludur hem de AİHK'in o dönemki somut bir tehlike doğurup doğurmadığını dikkate almadan komünist partileri AİHS kapsamı dışında bırakan içtiihadını takip etmektedir. Yine bir başka kararında AYM, ifade özgürlüğünün kapsamı içine Anayasa'nın dayandığı temel ilkelerin de dâhil olduğunun kabul edilmesine olanak bulunmadığını ifade etmiş ve bu gerekçesini İHEB'in 30. maddesiyle desteklemiştir.⁶³⁷

1971 Anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlükler rejimini düzenleyen anayasa maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin amacı yasa koyucuya genel sınırlama yetkisi vermek ve yasa koyucunun temel hak ve özgürlükleri sınırlama olanaklarını genişletmektir. 1961 AY'nin 11. maddesinin 3. fıkrası da anayasa değişikliğini yapanlarca aynı amaca hizmet etmesi için eklenmiştir. Bu amacı maddenin kenar başlığındaki değişiklikten de görebiliriz.⁶³⁸ Değişiklik öncesi maddenin kenar başlığı "temel hakların özü"dür. 1971 Anayasa değişikliği ile buna "sınırlanması ve kötüye kullanılmaması" ifadesi eklenmiştir. 1971 Anayasa değişikliği ile getirilen hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması devleti koruma ve özgürlükleri kayıtlama çabasının ürünüdür. Anayasa değişikliğini yapanlar hakkın kötüye kullanılması yasağı yönünde bir hüküm getirerek AYM'ye de AİHS'in 17. maddesine dayanma külfetinden kurtarmak istemiştir. Bu nedenle özgürlükleri kötüye kullanma yasağıyla, genel sınırlama hükmüne dönüştürülmesi amaçlanan 11. maddenin devamına bir genel yasaklama hükmü içeriği de kazandırılmak istendiği ileri sürülmektedir.⁶³⁹ Ancak bu fıkranın anayasanın bütünlüğü içindeki objektif anlamının fıkrayı getirenlerin amaçladığı anlam olduğu şüphelidir. Zira, bu maddeyle getirilen hakkın kötüye kullanılması yasağının yasa koyucuya yeni bir sınırlama yetkisi tanıyıp tanımadığı konusu öğretide tartışılmıştır. Değişikliğin gerekçesinde de hürriyeti yok etme hürriyetinin bulunmadığı, bu

⁶³⁶ a.g.k., s. 21.

⁶³⁷ E. 1963/25, K. 1963/87, (Anayasa Mahkemesi 08 Nisan 1963).

⁶³⁸ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 24. bs, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2014, s. 416; Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, s. 116.

⁶³⁹ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 152.

nedenle temel hak ve özgürlüklerden hiçbirinin dil, ırk, sınıf, din ve mezhep kavgası yaratarak Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğuna dair temel ilkeyi bozma serbestliği anlamında yorumlanmaması ve bu kasıtlı kullanılmaması gerektiği belirtilmiştir. İHEB'in 30 ve AİHS'in 17. maddelerinde olduğu gibi, hürriyetleri bu amaçlarla kullanmak isteyenlerin bu yöndeki yorumlarını engellemek için hakkın kötüye kullanılması yasağının getirildiği ifade edilmiştir.⁶⁴⁰

Soysal'a göre ortadan kaldırma bir eylemi gerektirmektedir. Dolayısıyla burada söz konusu olan da eylem kastı olmalıdır. Bu nedenle Sağlam'a göre "ortadan kaldırma" eyleminin Anayasa'daki hiçbir temel hak ve özgürlüğün koruma alanında yer alamayacağı kuşkusuzdur. 11. maddenin 3. fıkrasının kapsamına giren eylemlerin Anayasa'daki herhangi bir temel hak ve özgürlük tarafından korunması söz konusu değildir. Bu hüküm sınırlanmamaları halinde özgürlüklerin sınırsız olacağı yanılığısından doğmuştur. Bu nedenle bu yasakla yeni bir sınırlama boyutu getirildiği de söylenemez. Bir temel hakkın fıkra da belirtilen şekilde kullanımı ancak bu eylemle "açık ve yakın" nedensellik bağı içindeyse söz konusu olacaktır. Ama yine aynı nedensellik bağı temel hak kullanımını hakkın norm alanından çıkaracaktır. Sağlam'a göre bu yasağın işlevi, temel hak ve özgürlüklerin zaten koruma alanı dışında kalan belirli kullanım biçimlerini hukuki disiplin altına almaktır.⁶⁴¹ Soysal'a göre hukukun genel bir ilkesi olan bu yasağın pozitif hukuk metninde tekrarlanması yeni bir güvence getirmez. Zaten hak ve özgürlüğün söz konusu olduğu yerde bunların kötüye kullanılması yasağı da kendiliğinden vardır. Ancak 1971 değişikliklerini yapanlar hukukun temel ilkelerinden birini tekrarlar görünürken devleti bireye karşı koruma endişeleriyle aslında onu değiştirmişlerdir.⁶⁴²

1961 AY döneminde hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili olarak ileri sürülen görüşlerden biri de bu yasağın yargı organına hitap ettiğidir. (Tanör – TCK 142) Ancak kannatimizce 11. maddenin 4. fıkrasında bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların ceza yaptırımına bağlanmasından söz edilmesi karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir.

⁶⁴⁰ Millet Meclisi Tutanak Dergisi; Dönem 3. Cilt: 17, Toplantı : 2, S. Sayısı: 419

⁶⁴¹ Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, s. 135.

⁶⁴² Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, ss. 116-17.

AYM de, hakkın kötüye kullanılması yasağıyla hak ve özgürlüklerin bu fıkra da belirtilen amaçlarla kullanılması yasaklanarak genel nitelikte bir anayasal sınır çizildiğini kabul etmiştir.⁶⁴³

1971 Anayasa değişikliğinden önce de 1961 Anayasası'nda özgürlüklerin yok edilmesini yasaklayan hükümler bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu bağlamda özellikle 2. maddede devletin “insan haklarına dayanan” ve “demokratik bir hukuk devleti” nitelenmesiyle “mutlak demokrasi” anlayışının reddedildiği ifade edilmektedir. Yine 1973 değişiklikleriyle hakkın kötüye kullanılması yasağının yanı sıra demokratik düzeni yıkmayı hedefleyen siyasal partilere yönelik yasaklar getirilmiştir.⁶⁴⁴

ii. 2001 Anayasa Değişikliği Öncesi Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

1982 Anayasası ilk halinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda yasa koyucuya geniş yetkiler verilmişti. Ancak yasa koyucuya verilen bu geniş sınırlama yetkisiyle yetinmeyen kurucu iktidar hakkın kötüye kullanılması yasağına da yer vermeyi ihmal etmemiştir.

1982 Anayasası'nın orijinal halinde 14. madde şu şekildeydi:

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk devletinin Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yoketmek, devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.”

⁶⁴³ E. 1979/31, K. 1980/59 (Anayasa Mahkemesi 08 Ocak 1981).

⁶⁴⁴ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 151.

1982 Anayasası'ndaki hakkın kötüye kullanılması yasağıyla 1961 AY'sindeki yasak arasında dört farklılık göze çarpmaktadır. Birincisi, 14. maddenin ilk halinde hakkın kötüye kullanılması yasağına kapsamı daha da genişletilerek yer verilmiştir. Soysal'a göre, bunun altında egemenliğe ve bölünmezliği ilişkin hükümleri perçinleme isteği yatmaktadır.⁶⁴⁵ İki metin karşılaştırıldığında 1982 Anayasası'nda temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklamakla güdülen amacın 1961 AY ile aynı olduğu ifade edilmektedir. Bu amaçlar “devletin ve milletin bölünmezliğini”, “temel hak ve özgürlükleri” ve “nitelikleri Anayasa'da gösterilen Cumhuriyeti” korumaktır. Ancak, maddeye bu amaçları gerçekleştirmek için yeni kavramlar eklenmiştir.⁶⁴⁶ Özellikle, “sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak” ifadesinin eklenmesiyle güdülen amaç yasa-anayasa ilişkisinin mantığını tersine çevirmiştir. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu sözcüsüne göre bu ifadenin amacı eski TCK'nın 141 ve 142. maddelerine anayasal dayanak kazandırmaktır. Anayasa koyucu ise 14. maddedeki durumlardan TCK'daki düşünce suçlarını anlamakta hatta bu madde ile TCK'nın bazı hükümlerini anayasal güvenceye kavuşturmak istemektedir.⁶⁴⁷ Bu niyet maddenin görüşmeleri sırasında açıkça ifade edilmektedir. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Sözcüsü Şener Akyol TCK'nın 141-142. maddelerinde yer alan unsurların neden hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olacak amaçlar arasında sayıldığına ilişkin soruya;

“Neden burada Ceza Kanununun ünlü maddelerindeki unsurları koyduğumuza gelince; Komisyonu'muz, Anayasada bu maddelerin unsurları olmayınca, en olmadık zamanlarda bu maddelerin, bu ceza hukuku, Ceza Kanunu maddelerinin Anayasa Mahkemmesine gitmesinden toplumlumuzun bugünkü düzeyinde, toplumumuzun bugünkü ihtiyaçları muvafık cebesinde bir endişe duymuştur. Bunu anayasal bir güvenceye bağlamak istemiştir. Bu, bu kadar basittir. Olaylar önümüzdedir. Bunun üzerine, detayına girerek bazı millî müesseselerin üzerinde fazla konuşulmasını ve bugün artık düşünülmesini tahrik etmek istemiyorum.”

şeklinde yanıt vermiştir.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, s. 192.

⁶⁴⁶ Uygun, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Rejimi, s. 64.

⁶⁴⁷ aynı yönde bkz. Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul: BDS Yayınları, 1990, s. 337.

⁶⁴⁸ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.8, B.130, s. 168.

Hakkın kötüye kullanılması yasağıyla ilgili olarak göze çarpan değişikliklerden ikincisi “kast” yerine “amaç” kavramının kullanılmasıdır. Hukuki bir terim olan ve kanuna göre bilmek ve istemek unsurlarından oluşan “kast” ifadesi yerine daha geniş ve belirsiz bir kavram olan “amaç” ifadesinin kullanılması öğretide eleştirilmiştir. Ancak kabul edilen görüş “amaç”ın da aynı unsurları içerdiği ve temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmış olması için maddede sayılan eylemlerin bu amaca yönelik olarak bilerek ve isteyerek işlenmiş olması gerektiğidir.⁶⁴⁹ Üçüncü olarak, 1982 AY’de bu yasaklara aykırı hareket etmenin yanında başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik etmek de müeyyide konusu yapılmıştır.

14. maddeye 1961 AY’de bulunmayan yeni bir hüküm eklenmiştir. Maddenin son fıkrasında anayasanın hükümlerinin hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamayacağı yönünde bir kural getirilmiştir. Bu hüküm uluslararası insan hakları belgelerinde hakkın kötüye kullanılması yasağı hükümlerine koştur görünmekle birlikte sadece bireylere yönelik olmasıyla ayrılmaktadır. Ancak, AİHS’te de bu yasağın devletlere hitap eden yönünün AİHM’ce hiç işletilmemesi ve devletin temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelerine ilişkin çeşitli sınırlama kurallarının bulunması karşısında bu eksikliğe anayasayı hazırlayanların zihniyetini yansıtmanın ötesinde önemli bir hukuki sonuç bağlamaya gerek yoktur.

1982 Anayasası’nın 14. maddesinin niteliğinin genel sınırlama hükmünün ötesinde bir genel yasaklama kuralı olduğu ileri sürülmektedir.⁶⁵⁰ Uygun da, Başlangıç metnini ve Anayasa’nın özgürlükler konusundaki genel yaklaşımını göz önünde bulundurduğunda 14. maddenin bir genel anayasal yasaklama hükmü olduğu sonucuna varmaktadır. Uygun’a göre 14. madde sadece ifade özgürlüğü açısından değil bütün özgürlükler bakımından norm alanlarının daralması sonucunu doğurmaktadır.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Yılmaz Aliefendioğlu, “Düşünsel Özgürlük”, *İnsan Hakları Yılığ*, C. 17-18, S. 1, 1996, s. 9.

⁶⁵⁰ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 68.

⁶⁵¹ Uygun, *1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Rejimi*, s. 71.

2001 değişiklikleri öncesinde hakkın kötüye kullanılması yasağının mücadeleci demokrasi anlayışını aştığı ifade edilmektedir. Buna göre 14. madde çoğulcu ve özgürlükçü demokrasiyi değil devleti korumayı amaçlamaktadır.⁶⁵²

2001 Anayasa değişikliği öncesinde 14. maddenin temel hak ve özgürlükler rejimindeki işlevi ile sonrasındaki işlevi farklıdır. 14. madde 2001 Anayasa değişikliği'nin getirdiğı kademeli ve katmerli sınırlama sisteminde üçüncü bir "emniyet kayışı" rolündedir. 2001 Anayasa değişikliği öncesinde 1982 Anayasası'nın 13. maddesi genel sınırlama hükmüdür. 13. maddenin ilk halinin üçüncü fıkrasına göre bu maddede yer alan sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir. Bunun dışında temel hak ve hürriyetler kendi maddelerindeki sınırlama sebepleriyle de sınırlanabilecektir. Bu da temel hak ve hürriyetler üzerindeki ikinci "şal" olarak nitelendirilmektedir. 14. madde de her ihtimale karşı genel bir yasaklama ve yaptırım kuralı olarak hak ve özgürlükler rejimindeki rolünü ifa edecektir.⁶⁵³ Kanadoğlu'na göre de 14. maddenin yasakladığı davranışların her birinin temel hakların tamamının norm alanı dışında kaldığını söylemek zordur. Maddenin amacı temel hak ve özgürlüklerin kullanım alanını daraltmak olup yasak pratikte devletin varolan düzenini yıkmaya çalışan dinsel grupların eylemleriyle etnik azınlıkların ulusal bağımsızlık çabalarına karşı etkili olmaya yönelmiştir.⁶⁵⁴

Bunun dışında 14. maddenin özel olarak ifade hürriyetiyle olan ilişkisine değinmek gerekir. 14. maddenin eski TCK'nın mülga 141-142. hükümleriyle olan ilişkisi açıktır. Tanör'e göre 14. maddenin göreceğı işlevlerden biri de düşünce suçlarının anayasaya aykırılığını kaldırmasıdır.⁶⁵⁵ Hakyemez'e göre de 2001 Anayasa değişikliği öncesinde 14. madde metni incelendiğinde bu hükümle ifade özgürlüğünün koruma alanı dışında kalan belli kullanım biçimlerinin yasaklandığı söylenebilir. Ancak Anayasa'nın otoriter ruhu, Başlangıç kısmı, yasal düzenlemeler ve yasağa ilişkin AYM'nin yorumu dikkate alındığında 14. maddenin ifade özgürlüğünün norm alanını daralttığı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu nedenle 14. madde, ifade özgürlüğünün objektif sınırlarını belirten "deklaratif" nitelikte bir hüküm

⁶⁵² Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 165.

⁶⁵³ Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, s. 122.

⁶⁵⁴ Osman Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, 1. baskı İstanbul: Beta, 2000, ss. 25-26.

⁶⁵⁵ Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, s. 127.

olmayı aşmakta ve bazı düşünce açıklamalarını yasaklamaktadır.⁶⁵⁶ Maddenin gerekçesinde ileri sürülen görüşlerden de bu argümanı desteklemek için yararlanılmaktadır. Maddenin gerekçesinde “kanun hükümlerine uygun olarak kullanılan bir hürriyetin esasında başka bir kasıt gütmesi ve bu kasıtın da fıkra da belirtilen yasak amaçlara yönelik” olmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Böyle bir ihtimale ilişkin bir örnek olarak da Türkçe’den başka dille yapılan bir yayının bölücülük veya mezhep ayrımı yaratmak kastını gütmesi gösterilmektedir. Bu örnekteki gibi bir durumda kanunla yasaklanmış bir dille yayının yapılamamasının objektif bir sınır sayılamayacağı, ifade özgürlüğünün norm alanının 14. maddede belirtilen kullanım biçimleri bağlamında sınırlanmış olacağı belirtilmektedir.⁶⁵⁷

Biz de 2001 Anayasa değişikliği öncesinde yer alan temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının uluslararası insan hakları belgeleri standartlarını aştığı görüşündeyiz. 2001 Anayasa değişikliği öncesinde bu yasak, demokrasiyi hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi yegane siyasal düzen olarak ve bunu demokrasiyi yıkmaya yönelik faaliyetleri de hakkın kötüye kullanılması olarak kabul eden anlayışı takip etmemektedir. 2001 Anayasa değişikliği öncesinde bu yasak, devletin ve siyasi iktidarın o andaki düzenleniş biçimini ve mevcut siyasal, ekonomik, toplumsal güçler dengesi(sizliği)ni hak ve özgürlüklerin kullanılmasının zorunlu şartı olarak kabul etmektedir. Bu nedenle yasak, temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı içindeki bazı eylemleri ve ifadeleri bu alandan çıkarmaktadır. Anayasanın hazırlandığı koşullardaki yapıyı kalıcılaştırmayı amaçlayan bu yasak hakkın kötüye kullanılması yasağının sürekli bağdaştırıldığı mücadeleci demokrasi anlayışının da ötesine geçmekte ve mücadeleci devlet anlayışını temsil etmektedir.

b. Yasağın Temel Hak ve Özgürlükler Rejimine Etkisi

Temel hak ve özgürlükler rejimini düzenleyen 5 kuraldan biri olan 14. maddenin bu rejimdeki etkisi tartışmalıdır. Özellikle bireysel başvuru yolunun açılmasından sonra yargısal uygulaması da artan ve sofistike nitelik kazanan temel hak ve özgürlükler rejiminde 14. maddenin üstlendiği rol ise karanlıkta kalmaya devam etmektedir.

⁶⁵⁶ Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objectif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objectif Sınırları”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 57, S. 2, 2002, s. 36, doi:10.1501/SBFder_0000001754.

⁶⁵⁷ a.yer.

i. Yasağın Hak ve Özgürlüklerin Norm Alanına Etkisi ve 13. Madde ile Karşılaştırılması

Bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılması ve kötüye kullanılması ayrı şeylerdir.⁶⁵⁸ Hakkın sınırlandırılmasında, hakkın norm alanı yasa marifetiyle daraltılır. Yasa koyucu sınırlama yetkisini kullanarak hakkın koruma alanı kapsamında olan bir eylemi bu alandan çıkarır. Bu nedenle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kurucu özellik taşıırken hakkın kötüye kullanılması yasağı açıklayıcı nitelikte olduğu ileri sürülür.⁶⁵⁹ Bununla birlikte hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının geniş ve esnek kavramlara dayanması halinde bu özgürlükler sınırlama rejiminini aşacak ölçüde kayıtlara maruz kalabilecektir.⁶⁶⁰

2001 Anayasa değişikliği ile 14. madde yürürlükteki halini almıştır. Buna göre;

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

2001 Anayasa değişikliği kötüye kullanmanın “faaliyetler” biçiminde gerçekleştirilmesini aramıştır. “Faaliyet” ifadesi öğretide olumlu yöndeki bir değişiklik olarak değerlendirilse de “eylem” kelimesi yerine tercih edilmesi nedeniyle de tam olarak tatmin etmemiştir. Bu kelimenin kullanılmasıyla 14. maddenin düşünce açıklamalarını değil eylemleri yasakladığı yönündeki hürriyetçi anlayışın güç kazandığı biçiminde yorumlanabilse de yargı makamlarının ifadeleri de

⁶⁵⁸ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 146; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 312.

⁶⁵⁹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 312.

⁶⁶⁰ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 65.

“faaliyet” kapsamında görme ihtimalinin ortadan kalkmamış olduğu ifade edilmektedir.⁶⁶¹ Erdoğan’a göre de 2001 Anayasa değişikliği ve yasaklanan şeyin “faaliyetler” olduğunun belirtilmesi AYM’nin özgürlükten yana tutum almasını kolaylaştırabilecek nitelikte olmakla birlikte madde hâlâ sorunludur. Bu değişiklik maddenin genel yasaklama ve yaptırım hükmü olma niteliğini değiştirmemiştir. 14. madde, koruduğu değerlerin sayısını azaltmakla birlikte halâ bunlarla bağdaşmayan düşünceleri yasaklamaktadır. Bu nedenle bu görüşe göre, 14. madde düşünce suçlarını anayasallaştırma işlevi görmeye devam etmektedir.⁶⁶²

Gözler’e göre ise Türk anayasa hukuku literatüründe 14. madde üzerinde bu kadar tartışma yapılmasını anlamak olanaklı değildir. Gözler’e göre bu yasağın ayrıca ve açıkça belirtilmesinin doğurduğu hiçbir hukuki sonuç yoktur.⁶⁶³ Bu yasağın ayrıca belirtilesi abesle iştigal örneğidir. Yasağının belirtilmesine gerek olmadığı gibi yasağa ilişkin maddede yapılan değişikliklerin de bir anlamı yoktur. Nasıl 1971 Anayasa değişikliği’den önce ifade özgürlüğü “ırk ayırımı yaratmak” amacıyla kullanılamayacaksa, 1971 Anayasa değişikliğinden ve 2001 Anayasa değişikliğinden sonra da kullanılamayacaktır.⁶⁶⁴ Erdoğan’a göre de hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağını pozitif bir hukuk metninde belirtilmesine gerek yoktur. Ancak kötüye kullanmaya pozitif hukuk metinlerinde yer verilerek bu tür eylemler yaptırıma bağlanmak istenmektedir.⁶⁶⁵ Anayasalarda yer verilen hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasaklarıysa kavramın teknik-hukuki anlamını aşmaktadır. Anayasalarda yer verilen hakkın kötüye kullanılması yasakların anayasanın korumayı tercih ettiği değerleri ve dolayısıyla kurulu düzeni korumayı amaçlamaktadır. Yazara göre, 14. madde de bu yaklaşımın tipik bir örneğidir.⁶⁶⁶ 14. madde eylemden çok amaca odaklanmaktadır. Maddede sayılan amaçlardan biri için eyleme geçilmişse herhangi bir zarar doğmasa bile hakkın kötüye kullanıldığının kabul edilmesi mümkündür.⁶⁶⁷

⁶⁶¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 121.

⁶⁶² Mustafa Erdoğan, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Hukuk Yayınları, 2018, s. 93.

⁶⁶³ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 320.

⁶⁶⁴ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019, s. 324.

⁶⁶⁵ Mustafa Erdoğan, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Güncellenmiş 9. İstanbul: Hukuk Yayınları, 2016, s. 238.

⁶⁶⁶ Erdoğan, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 92.

⁶⁶⁷ Erdoğan, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, s. 239.

Hakyemez'e göre de bazı özgürlükleri gereğinden fazla sınırlamayı amaçlayan 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin bünyesinde bulunan objektif sınırları dahi sınırlama nedeni olarak öngörmüştür. 14. madde de bunun örneğidir.⁶⁶⁸

Hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının düşünce, faaliyet ve eylemleri yer aldığı pozitif hukuk metninin çerçevesine hapsetme gibi bir etkisi olabilmektedir. Bu durumda anayasa veya insan hakkı belgesi özgürlüklerin tavanını oluşturmaktadır. Bu çerçevenin dışında kalan eylemler korumanın dışında bırakılmaktadır. AYM'nin de hakkın kötüye kullanılması yasağını bu biçimde uygulamış olduğu ifade edilmektedir. AYM'nin, yasağı anayasal ve yasal çerçeveye tamamen bağlı kalarak yorumladığı ileri sürülmektedir.⁶⁶⁹

Bu değişiklik ile Anayasa'nın 14. maddesinin AİHS'in 17. maddesiyle koşut hale getirilmesi hedeflenmiştir. 1982 Anayasası'nın 14. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin maddenin ikinci fıkrası AİHS'in 17. maddesiyle paralelken, ilk fıkra AİHS'te açıkça yer verilmeyen yasak amaçlar içermektedir. Bu nedenle, anayasamızda yer verilen hakkın kötüye kullanılması yasağı AİHS'tekinden daha kapsamlıdır. Gerek 1971 Anayasa değişikliği ile getirilen gerek 1982 Anayasası'nda yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağının gerekli olmadığı ifade edilmektedir. Ancak kanaatimizce, 1982 Anayasası'nın 14. maddesinin ilk hali karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir. Uluslararası insan hakları belgelerinde ve diğer anayasalarda yer alan paralel hükümleri kapsam olarak çok aşan bu madde bir anayasal yasak hak ve özgürlüklerin norm alanlarını daraltmıştır. Bununla birlikte 2001 Anayasa değişikliği sonrasında 14. maddenin "kurucu" olmaktan çıkıp "açıklayıcı" niteliğe dönüştüğü düşünülebilir. Zira, II. Dünya Savaşı'nın ardından İHEB ile evrensel düzeyde demokrasinin belirli değerleri içerdiği kabul edilmiştir. Hak ve özgürlüklerin diğer hak ve özgürlükleri yok edebileceği anlayışı II. Dünya Savaşı öncesinde usuli demokrasi ilkesinin kabul edildiği anayasalarda söz konusu olabilirdi. Ancak bu anlayış İHEB ve MSHS ile evrensel olarak reddedilmiş, bu ret AİHS ile bölgesel düzeyde perçinlenmiştir. Bu durumda bu yöndeki eylemlerin de hakların norm alanı dışında kaldığının kabul edildiği sonucuna varmak gerekir. Türkiye, Almanya ve Yunanistan gibi ülke

⁶⁶⁸ Hakyemez, "Temel Hak ve özgürlüklerde Objectif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", s. 24.

⁶⁶⁹ Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, s. 206.

anayasaları hakkın kötüye kullanılması yasağını mücadeleci demokrasi tedbirleriyle somutlaştırmak yerine ayrı bir hüküm olarak düzenlemiştir. Bunlardan Almanya hakkın kötüye kullanılabileceği özgürlükleri sınırlamışken Türkiye ve Yunanistan anayasalarında kağıt üzerinde bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli bir yasak olarak görünmektedir. Bunu, bu ülkelerin temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini önleme konusunda daha aktif bir tutum sergileme ihtiyaçlarının bir ifadesi olmak gerekir. 1982 Anayasası'nın 14. maddesinin ilk fıkrasında koruduğu unsurların insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet olması da bu yasakla amaçlanan uluslararası insan hakları standartlarından farklı olmadığına göstergesidir. "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı" yasak kapsamına almanın demokrasiyi değil devlet düzenini korumaya yöneldiği düşünülebilir. Ancak bu hükmün de Anayasa'nın bütünlüğü içinde ve AIHS ile uyumlu olarak uygulanmasının önünde engel yoktur.

2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 14. maddesinin AIHS'in 17. maddesi ile koşut hale getirilmesinin yeterli olmadığı ileri sürülmektedir. Zira, AIHS hükümlerine aykırı yasal düzenlemeler yürürlükteyken özgürlükler lehine anlamlı bir değişiklik yaşanmayacaktır.⁶⁷⁰

Gözler, anayasada bir hakkın hangi amaçla kullanılabileceği açıkça yazılmışsa hakkın bu amaca aykırı kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini ileri sürmektedir. Örneğin Anayasa'nın 51. maddesine göre sendika kurma hakkı çalışan ve işverenlerin, çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için tanınmıştır. Bu amaca aykırı bir kullanım hakkın kötüye kullanılması olacaktır. Yine Gözler'e göre Anayasa bir hak ve özgürlük için özgül bir amaç yasağı öngörmüşse bu amaca yönelik bir kullanım da kötüye kullanma yasağı kapsamındadır. Örneğin Anayasa mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılmasını yasaklamıştır. Dolayısıyla mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı şekilde kullanılması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacaktır.⁶⁷¹ Biz de bu görüşe katılıyoruz. 14. maddedeki sayılı amaçlar bütün hak ve özgürlükler için geçerli amaç yasaklarıdır. Ancak Anayasa'nın çeşitli temel hak ve özgürlükler için bunların niteliğine uygun amaç yasakları getirmesi mümkündür.

⁶⁷⁰ a.g.e., s. 210.

⁶⁷¹ Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, ss. 323-24.

14. maddede yer alan yasakların da 13. madde kapsamındaki sınırlamalar gibi 13. maddedeki ilke ve sınırlarla bağılı olduğu ileri sürülmektedir.⁶⁷² Bu nedenle bu yasakların da ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması gerekmektedir.⁶⁷³ Biz de bu görüşe katılmaktayız. AİHS'in 17. maddesi ile Anayasa'nın 14. maddesini ayıran da bizce bu farklılıktır. AİHS'in 17. maddesi 1. madde ile beraber temel hak ve özgürlük rejimini oluşturan yegane maddelerdir. 14. madde ise temel hak ve özgürlükler rejiminin 5 parçasından biridir. Bu rejimde 14. maddenin üstlendiği işlev temel hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan eylemleri yaptırım altına almaktır. Ancak yasa koyucunun bu tür faaliyetleri çoğunlukla suç olarak somutlaştırması gerekir. 14. maddenin doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Anayasa, 14. maddenin üçüncü fıkrasından görüleceği üzere bu yasağı somutlaştırma görevini yasa koyucuya vermiştir. Soyut haldeki bu anayasal yasağın yargı organlarınca somutlaştırılması mümkün değildir. Zira, bu anayasal yasaklar yargı organlarınca belirli ve öngörülebilir olarak uygulanmaya elverişli değildir. Yasama organının bu görevleri yerine getirmemesi bireylerin temel hak ve özgürlükleri aleyhine sonuç doğuracak şekilde anlaşılamaz. Bu somutlaştırma görevini yerine getiren yasalar Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi olacağı gibi bu yasaların birey üzerinde uygulanmasıyla meydana gelen müdahaleler de bireysel başvuru yolunda 13. maddeye tabi olacaktır. Böylece, hakkın kötüye kullanılması yasağının AİHS kapsamında uygulamasında görülen en önemli sorunlardan biri aşılabilecek ve ölçülülük denetimi yapılabilecektir. Zira, AYM barışçıl olmaktan çıkması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkında yararlanılmayacağını tespit ettiği durumlarda dahi uygulanan yaptırımı 13. madde denetiminden geçirmektedir.⁶⁷⁴ Hakkın koruma alanı dışında kalan bir faaliyete yönelik yaptırımın 13. maddeye uygunluğunun denetlenmesi AYM içtihadına yabancı değildir. Bu bağlamda, AYM'nin önüne gelen başvurularda AYM önce ilgili müdahalenin 14. madde bağlamında bir faaliyete ilişkin yaptırımın somutlaşması niteliğinde olduğunu tespit etmeli, daha sonra 13. maddeye uygunluğunu denetlemelidir. Ancak 14. madde bağlamında yapılan bir bireysel başvuru denetiminde müdahale ile takip edilen amacın hak ve hürriyetlerin yok edilmesini önlemek olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

ii. Yasağın Bireysel Başvuru Yönünden Değerlendirilmesi

⁶⁷² Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, ss. 162-63.

⁶⁷³ Aliefendioğlu, "Düşünsel Özgürlük", s. 9.

⁶⁷⁴ Ali Hizmetçi ve Diğerleri, B. No: 2017/18232 (Anayasa Mahkemesi 21 Ekim 2021).

Bireysel başvuru yolunun açılması 14. maddenin yargısal uygulaması konusunda bir artışa yol açmamıştır. AYM, bireysel başvurularda AİHM içtihadını sıkı sıkıya takip etmektedir. Bu nedenle, aşağıda AİHM'in AİHS'in 17. maddesi kapsamında gördüğü konularda AYM'nin yaklaşımı incelenecektir.

AYM'nin “herkesçe kabul edilen tarihsel gerçeklik” olarak nitelendirdiği bir kategori yoktur. TCK'da da “Holokost'un inkarı” veya başka bir tarihsel olayın yadsınmasına ilişkin bir suç yoktur. “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik” veya “suçu ve suçluyu övme” suçlarının bu tür suçların alternatifi olabileceği düşünülebilse de herhangi bir tarihsel gerçekliğin reddedilmesi veya küçümsenmesi sebebiyle AYM'nin önüne gelen tespit edebildiğimiz bir bireysel başvuru kararı yoktur.

AYM, nefret söylemi konusundaysa AİHM'in içtihadına yakınlık sergilemektedir. AYM, *Fetullah Gülen* kararında nefret söyleminin ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir.⁶⁷⁵ Bu kararda, nefret söylemi konusunda uluslararası belgelerden ve AİHM ile diğer mahkemelerin içtihatlarından yararlanacağını ifade eden AYM, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “nefret söylemi” üzerine Tavsiye Kararı'ndan da faydalanmıştır. Bununla birlikte nefret söylemi üzerine bir tanım yapmaktan kaçınmıştır.⁶⁷⁶ AYM, nefret söyleminin ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağını ifade etmekle birlikte nefret söylemini dar yorumlamaktadır. Örneğin, bir LGBTİ derneğini “sapkın homolar” olarak nitelendirip “gayri ahlaki yaşam tarzlarını” topluma dayatmakla itham eden bir yazıyı nefret söylemi olarak değerlendirmemiştir.⁶⁷⁷ Zira, AYM'ye göre yazı kamusal bir tartışmayla ilgili olduğu gibi ifadeler sadece başvuruya ilişkin bir aidiyet olgusundan kaynaklanmamaktadır. Dernek hakkında olumsuz ifadeler kalsa da toplumsal yaşamı imkansız hale getiren bir dışlama, baskı ya da şiddete maruz kalmadıkları gibi kendilerine karşı uygulanacak şiddet de meşru gösterilmemiştir.⁶⁷⁸ Şiddeti nefret söyleminin bir unsuru kabul etmesiyle AYM'nin içtihadı AİHM'inkinden ayrılmaktadır. AYM'ye göre nefret söylemi ifade özgürlüğünü ortadan kaldırdığından dar yorumlanması gereken bir kavramdır.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ Fetullah Gülen, B. No: 2014/12225 (Anayasa Mahkemesi 06 Ekim 2015).

⁶⁷⁶ a.g.e., par. 38-39.

⁶⁷⁷ KAOS GL (4), B. No: 2018/20035 (Anayasa Mahkemesi 16 Mart 2023).

⁶⁷⁸ a.g.e., par. 36.

⁶⁷⁹ Mehmet Aytaç, B. No: 2017/26514 (t.y.).

AYM, AİHM'in kimi zaman AİHS'in 17. maddesine değindiği konulardan olan şiddete teşvik veya şiddet çağrısında da 14. maddeye değinmemektedir. AYM'ye göre bireylerin fikirlerini ifade etme özgürlüğü ile bu özgürlüğe ilişkin meşru sınırlama amaçları arasında uygun bir denge sağlanmalıdır. Ancak şiddete teşvik söz konusuysa yetkili makamların ifade özgürlüğü konusunda takdir yetkisi genişlemektedir.⁶⁸⁰ Örneğin terör eylemlerinin ve şiddet olaylarının yaygın olduğu bir ortamda terör örgütünün talimatlarına uygun biçimde öz yönetim ilanına katılan başvurucunun cezalandırılması ifade özgürlüğü altında değerlendirilmiş ve ölçülülük denetiminden geçmiştir.⁶⁸¹ AYM, bir başka kararda da "Biji serok Apo" ve benzeri sloganların Abdullah Öcalan'ı demokratik bir sürecin meşru bir aktörü görerek değil şiddet olaylarının yaşandığı bir ortamda terör örgütünün korkutucu etkisinden yararlanmak için ve terörü, terör örgütünü överek atıldığına dikkat çekmiştir. Hâlây çekilen klipte terör örgütünün güvenlik güçlerini öldürmesi övülmekte ve yüceltilmekte olduğunu tespit etmekle birlikte müdahaleyi demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk açısından incelemiştir.⁶⁸²

Bu tespitler ışığında; AİHM zaman zaman 17. maddeyi doğrudan uygularken AYM'nin 14 maddeyi uygulama gibi bir yola gitmediğini söylemek mümkündür. Ancak bu tespiti yaparken bir şerh düşmemiz gerekmektedir. AİHM'in 17. maddeyi doğrudan uyguladığı kararları Daire tarafından değil Komite'ce verilmektedir. Komite kararları AİHS'in veri tabanında yayınlanmaktadır. Bireysel başvurudaysa kabul edilebilirlik kararları kural olarak Komisyon'ca verilmektedir. AYM İçtüzüğü'nün 81. maddesinin 4. fıkrasına göreyse Komisyon kararlarından sadece ilkesel önem taşıyanlar internet sitesinde yayınlanmaktadır. Bu nedenle Komisyon'ların 14. maddeyi doğrudan uygulaması ihtimaline karşı bir açıklama yapamamaktayız.

2. Milletvekili Dokunulmazlığının İstisnası Olarak Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı

Yasama dokunulmazlığı, yasama sorumsuzluğu ile birlikte "yasama bağıışıklıkları" (yasama ayrıcalıkları)nı tamamlamaktadır. Yasama dokunulmazlığı, yasama sorumsuzluğundan farklı olarak milletvekili sıfatına bağlı bir koruma sağlamakta, milletvekilinin TBMM'nin izni olmaksızın gözaltına alınamamasını,

⁶⁸⁰ Sırrı Süreyya Önder {GK}, B. No: 2018/38143 (Anayasa Mahkemesi 08 Ekim 2019).

⁶⁸¹ Seyid Narin [GK], B. No: 2018/20156 (Anayasa Mahkemesi 02 Ağustos 2022).

⁶⁸² Erhan Urak, B. No: 2016/10657 (Anayasa Mahkemesi 22 Eylül 2021).

tutuklanamamasını, sorguya çekilememesini ve yargılanamamasını sağlamaktadır.⁶⁸³ Bu işleviyle yasama dokunulmazlığı, çoğulculuğun ve muhalefetin korunmasına hizmet etmektedir.⁶⁸⁴ Anayasa Mahkemesi de yasama dokunulmazlığının amacının “yasama organı üyelerini, görevlerini tam olarak yerine getirmelerini engelleyecek gereksiz suçlamalardan korumak” olduğunu belirtmiştir.⁶⁸⁵

Yasama dokunulmazlığı nispi nitelikte⁶⁸⁶ olduğundan TBMM tarafından kaldırılması mümkündür. Ancak, yasama dokunulmazlığı kurumunun parlamento içi muhalefeti siyasi iktidarca keyfi şekilde başlatılacak soruşturmaların baskısına karşı koruma işlevine uygun bir şekilde ve 1960 öncesi uygulamalara tepki olarak 1961 Anayasası’nda bazı güvenceler getirilmiş ve bu güvenceler 1982 Anayasası’nda da korunmuştur.⁶⁸⁷ Bu güvencelerin siyasi mahiyette olanı⁶⁸⁸ siyasi parti gruplarınca yasama dokunulmazlığı ile ilgili konularda görüşme yapılamaması ve karar alınamamasıyken, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararlarının Anayasa Mahkemesince denetlenmesi de hukuki bir güvencedir.⁶⁸⁹ 1982 Anayasası m. 83/2’de bunun dışında yasama dokunulmazlığı için iki istisna öngörmüştür:

“Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.”

⁶⁸³ Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, s. 398.

⁶⁸⁴ Osman Serkan Gülfidan, **Yasama Dokunulmazlığı – Müessesenin Amacı Karşısında 1982 Anayasası’nda Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı ve İstisnaları**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 23.

⁶⁸⁵ Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Norm Denetimi, E. 1998/38, K. 1998/50 (Anayasa Mahkemesi 31 Temmuz 1998).

⁶⁸⁶ Tanör, Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku*, ss. 252-53.

⁶⁸⁷ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014, s. 464.

⁶⁸⁸ AY madde 83/5: “Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz”

⁶⁸⁹ AY madde 85: “Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84 üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içerisinde kesin karara bağlar.”

Bu istisnalardan ilki olan “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” eleştiriden muaf olmamakla ve öğretide çeşitli yönlerden eleştirilmekle birlikte⁶⁹⁰ 1924 Anayasası’nda öngörülen istisnanın çeşitli yönlerden farklılaşmış devamıdır.⁶⁹¹ Suçüstü hali aynı zamanda ceza davalarına karşı dokunulmazlığı kabul etmiş ülkelerde görülen ortak bir istisnadır.⁶⁹² Seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olması kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlar istisnası ise ilk olarak 1982 Anayasasında yer almıştır ve incelememizin konusunu da bu istisna oluşturmaktadır.

a. “14. Maddedeki Durumlar”

1982 Anayasası’nın Danışma Meclisi’nde kabul edilen tasarı metninde böyle bir düzenleme yer almazken⁶⁹³ ilgili istisna Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunca eklenmiştir.⁶⁹⁴ MGK Anayasa Komisyonu’nun düzenlemeye ilişkin gerekçesi “14 üncü maddede yer alan suçlardan birini seçimden önce işlemiş olanlar, milletvekili seçilmeden önce haklarında bu suça ilişkin olarak soruşturmaya başlanmış ise madde hükümlerine göre dokunulmazlıktan yararlanamayacaklardır”⁶⁹⁵ şeklinde, büyük ölçüde norm metninin tekrarından ibarettir. Bu farklılıkta kuralda “durumlar”dan bahsedilmekten gerekçede “suçlar” ifadesine yer verilmesidir. Bu nedenle Anayasa koyucunun daha önceki anayasalarda yer almayan bu düzenlemeye neden ihtiyaç duyduğunu doğrudan öğrenmek ve genetik yorum yönteminden yararlanmak mümkün değildir. Yasama dokunulmazlığı kurumunun amacı açısından da bu düzenleme “ağır cezayı gerektiren suçüstü hali” istisnasının aksine “isnadın ciddiliği”ni değil isnat edilen suçların niteliğini esas aldığı için eleştirilmektedir.⁶⁹⁶ Zira, seçimden önce kimin milletvekili adayı olacağını ve seçileceğini tahmin etmek de zor olmayacağı için bu istisnanın

⁶⁹⁰ Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2021, ss. 604-6.

⁶⁹¹ Osman Serkan Gülfidan, *Yasama Dokunulmazlığı – Müessesenin Amacı Karşısında 1982 Anayasası’nda Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı ve İstisnaları*, s. 76.

⁶⁹² Murat Sevinç, *Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları*, Ankara: Kırılgaç Yayınevi, 2004, s. 112.

⁶⁹³ *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 9, B. 156, s. 21.

⁶⁹⁴ Kadir Aktaş, “Yasama Dokunulmazlığı Kurumunun Türkiye ‘deki Gelişimi”, *Yasama Dergisi*, S. 3, 2006, s. 104.

⁶⁹⁵ Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu (ed.), *TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI (GEREKÇELİ)*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021, s. 488.

⁶⁹⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2021, s. 609; Özbudun, *T?*, s. 301.

varlığı dokunulmazlık zırhının kolayca aşılmasına ve kurumun işlevsiz kalmasına yol açabilecektir.⁶⁹⁷

Düzenlemenin lafzı, istisnanın geçerli olması için iki şart öngörmüştür; milletvekili hakkında Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar ile ilgili bir soruşturma olmalıdır ve bu soruşturma seçimden önce başlamış olmalıdır. Düzenlemedeki “durumlar” ifadesi, milletvekili dokunulmazlığına yönelik bir istisna bağlamında ve hukuki bir terim olan “soruşturma” ile ilgili olarak kullanıldığı için hukuk dili bakımından sorunludur⁶⁹⁸

Bu madde bir suç ihdas etmiş değildir, bir anayasa hükmü ile suç öngörülmesi de beklenemez.⁶⁹⁹ Bu nedenle, maddenin 3. fıkrasında bu madde hükümlerine aykırı faaliyetlerde bulunacaklar için müeyyidelerin kanunla düzenleneceğinin belirtilmiş olmasına da dayanarak yasa koyucunun hakkın kötüye kullanılması teşkil eden fiilleri suç tipi olarak düzenlemesi gerektiği kabul edilmelidir.

14. madde hükmüne aykırı faaliyetlerde bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideleri gösteren suç tiplerini belirlemek için öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan başlıcası, 765 sayılı TCK'nın bir maddesinde yer alan ifadeye dayanılarak ortaya atılan “siyasal suçlar” kavramıdır. Öğretide İtalyan Ceza Kanunu'ndaki düzenleme esas alınarak “ceza kanunu uygulanmasında, Devletin siyasal bir menfaatine veya bir vatandaşın siyasal bir hakkına saldırı teşkil eden suç”⁷⁰⁰ olarak tanımlanan siyasal suçların tam siyasal suç ve nispî siyasal suç olarak ikiye ayrıldığı ileri sürülmüştür. Tam siyasal suçlar “siyasi iktidarın yapısına, işleyişine ve siyasal hak ve özgürlüklere karşı işlenmiş suçlar” olarak ifade edilmektedir. “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı” ve “insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler”in yaptırımlarının tam siyasal suçlarla gösterildiği savunulmuştur.⁷⁰¹ Türk hukuk düzenindeki tam siyasal suçların ise Türk Ceza Kanunu'nun 299-339. maddeleri arasında yer alan “devlete karşı suçlar” ile Siyasal Partiler Kanunu, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında

⁶⁹⁷ Sevinç, *Türkiye’de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları*, s. 150; Ümit Güveyi, **Anayasa hukuku açısından Yasama Meclisi üyeliği**, Birinci baskı Ankara: Seçkin, 2017, s. 311.

⁶⁹⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2021, s. 606.

⁶⁹⁹ Böyle bir yola gidilmesi Kemal Gözler’e göre dünyada eşi benzeri görülmemiş bir hukuki sapkınlık olurdu a.g.e., s. 607.

⁷⁰⁰ Köksal Bayraktar, **Siyasal Suç**, İstanbul: İÜHF Yayını, 1982, s. 34.

⁷⁰¹ Sevinç, **a.g.e.**, s. 144.

Kanun, Dernekler Kanunu ve Sendikalar Kanunu'nda yer alan bazı suçlar olduğu ileri sürülmüştür.⁷⁰²

Anayasa koyucu ise 14. maddedeki durumlardan TCK'daki düşünce suçlarını anlamakta hatta bu madde ile TCK'nın bazı hükümlerini anayasal güvenceye kavuşturmak istemektedir.⁷⁰³

Ancak gerek 2001 yılında Anayasa'nın 14. maddesinde yapılan değişiklik gerek TCK 141-142 maddelerinin yürürlükten kaldırılmasıyla hakkın kötüye kullanılması yasağının düşünce suçları olarak tanımlanan suçlara denk düşecek ve ifade özgürlüğü üzerinde sakıncalı sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanması ve uygulanmasının önüne geçildiği söylenebilir.⁷⁰⁴ Maddenin geçirdiği bu esaslı değişiklik sonucunda maddenin, orijinal hali üzerinden yapılacak genetik yorumun⁷⁰⁵ da bir değeri kalmamıştır. Ancak yine de hem 14. maddenin muğlak ifadeler içermesi hem de hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlara denk düştüğü sorusunun öznel niteliği “suçta ve cezada kanunilik” ve belirlilik ilkeleri açısından Anayasadan kaynaklanan sakıncalı bir durum oluşturacaktır.⁷⁰⁶ Ayrıca 2007'e kadar uygulanmamış olduğu sebebiyle düzenlemenin gereksiz olduğu yönünde eleştiriler de getirilmiştir.⁷⁰⁷

Anayasada değişiklik veya yeni bir anayasa yapılmasına ilişkin öneriler getirilirken de genellikle yasama dokunulmazlığına ilişkin bu istisnaya yer verilmemektedir. Örneğin TBB tarafından hazırlattırılan 2007 tarihli Anayasa Önerisi'nde de yasama dokunulmazlığına ilişkin maddede ilgili istisna yer almamıştır;

“Ancak, milletvekili seçilmeye engel bir suç ile taksirli suçlar dışında toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilir, dava açılabilir,

⁷⁰² Tefrik Sönmez Küçük, **Anayasa Hukukundaki Çağdaş Eğilimler Işığında Parlamenter Dokunulmazlıklar**, 1. Baskı İstanbul: Legal, 2019, s. 369.

⁷⁰³ aynı yönde bkz. Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Bds Yayınları, 1994, s. 337.

⁷⁰⁴ Türkiye'de düşünce suçları uygulamasına ilişkin eleştiriler için bkz. Bülent Tanör, a.g.e., ss. 97-114; Bülent Tanör, **TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, İstanbul: Forum Yayınları, 1979.

⁷⁰⁵ Genetik yorumu “belli bir hukuk kuralının oluşumu sırasında geçirdiği aşamalarla yasa koyucunun öznel (sübjektif) iradesini araştıran yorum yöntemi” olarak kabul ediyoruz.

⁷⁰⁶ Gözler, a.g.e., s. 608; Sevinç, a.g.e., s. 149.

⁷⁰⁷ Murat Sevinç, “22. YASAMA DÖNEMİ'NİN (2002-2007) ARDINDAN, YASAMA BAĞIŞIKLIKLARI KONUSU”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 62, S. 03, 2007, s. 339, doi:10.1501/SBFder_0000002044.

*yargılama yapılabilir. Seçimden önce başlanmış soruşturma, kovuşturma ve yargılama işlemleri devam ettirilebilir. Bu durumda dahi Meclisin kararı olmadıkça milletvekili gözaltına alınamaz, tutulamaz, tutuklanamaz”.*⁷⁰⁸

b. İstisnanın Yüksek Mahkemelerce Yorumlanması

Anayasa Mahkemesi, 14. maddedeki durumlara yönelik ilk kararını 1986 senesinde vermiştir. AYM, yasama dokunulmazlığının istisnasıyla ilgili olmayan bu kararında mülga 765 sayılı TCK’nın 125-173. maddeleri arasında düzenlenen devletin kimliğine karşı işlenen suçların Anayasa’nın 14. maddesinin kapsamına giren suçlardan olduğunu belirtmiştir.⁷⁰⁹ AYM’nin 14. maddenin kapsamına giren suçlara dair kapsayıcı bir tanım veya tüketici bir sayım yapmadığı bu kararındaki yaklaşımı yukarıda belirtilen siyasal suçlar görüşü ile paraleldir.

Bu istisna ilk olarak ise 2007 seçimlerinden sonra 23. yasama döneminden sonra uygulanmıştır. Bu seçimlerde milletvekili seçilen Sabahat Tuncel’in Terörle Mücadele Kanunu madde 7/2’de düzenlenen terör örgütünün propagandasını yapma suçundan yargılanmasına, bu suçun Anayasa’nın 14. maddesi kapsamında kaldığı gerekçesiyle devam edilmiştir.⁷¹⁰ Yargıtay’ın bu kararının da siyasal suçlar olarak nitelenen suçların Anayasanın 14. maddesindeki durumların müeyyidesini gösterdiği yönündeki AYM’nin ve öğretinin çizgisini takip ettiği düşünülebilecek olsa da, TMK’da terörün tanımının çok geniş yapılması ve ilgili suçun basit düşünce açıklamalarını da cezalandırabileceği ve yasama dokunulmazlığının içini boşaltabileceği nedeniyle öğretiler eleştirilmiştir.⁷¹¹ Ancak Yargıtay daha sonraki kararlarında da, 14. madde kapsamındaki suçları belirleme görevinin uygulayıcıya düştüğü ve “Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarında, terör örgütü

⁷⁰⁸ Serkan Yolcu, “ADİL YARGILANMA HAKKI KARŞISINDA YASAMA DOKUNULMAZLIĞINI YENİDEN DÜŞÜNMEK: ATILLA KART OLAYI ÜZERİNE BİR DENEME”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 2, 2011, s. 403, doi:10.1501/Hukfak_0000001631.

⁷⁰⁹ E. 1985/30, K. 1986/10 (Anayasa Mahkemesi 15 Mayıs 1986).

⁷¹⁰ Yargıtay 9. CD, 04/02/2008, E. 2007/9370, K. 2008/617

“ Temyiz aşamasında sanık müdafii tarafından ibraz edilen Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliğinin 29.07.2007 günlü yazısından, sanığın hüküm tarihinden sonra 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan 23. dönem milletvekili genel seçiminde Diyarbakır ilinden milletvekili seçildiği anlaşılmış ise de, sübutu kabul edilen ve aşağıda açıklanan suçun niteliği itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 14. maddesinde öngörülen Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğünü Bozmaya yönelik olduğu, seçimden önce soruşturmaya başlanarak hüküm kurulduğu, bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 83. maddesinin 2. fıkrası 2. cümlesi kapsamında ve yasama dokunulmazlığı dışında kaldığı anlaşıldığından sanık müdafinin yargılamanın durdurulması talebinin reddine”

⁷¹¹ Gülfidan, a.g.e.,

propagandası suçunun Anayasanın 14. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğuna” hükmederek bu içtihiadı sürdürmüştür.⁷¹² Yargıtay 2008 yılındaki bir başka kararında da Terörle Mücadele Kanunu’nun ilk maddesinde “terör”ün tanımı yapılırken terör eylemlerinin yöneldiği amaçlar arasında “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak”, “temel hak ve hürriyetleri yok etmek”, “Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek” gibi amaçların sayılmasına da atıf yaparak 14. madde kapsamındaki suçları 5237 sayılı sayılı TCK’daki “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar” ve “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” bölümlerindeki suçlarla sınırlı sayılmasının doğru olmayacağını ve terör örgütünün propagandası suçunun da 14. madde kapsamındaki suçlardan sayılması gerektiğini belirtmiştir.⁷¹³

Yargıtay’ın; terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme⁷¹⁴, terör örgütüne üye olma⁷¹⁵, cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs⁷¹⁶ ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’na aykırılık suçlarını⁷¹⁷ 14. madde kapsamındaki suçlar arasında değerlendirdiği kararları bulunmaktadır.

Yargıtay halkı kin ve düşmanlığa tahrik⁷¹⁸, suç işlemeye tahrik⁷¹⁹, hakaret⁷²⁰, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’na aykırılık⁷²¹, yaralama⁷²² suçlarını ise 14. madde kapsamında görmemiştir.

Yasama dokunulmazlığının “14. maddedeki durumlar” istisnası daha sonra 2011 seçimlerinin ardından Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Bu seçimlerde CHP 3, MHP 1 tutuklu ismi aday olarak göstermiş, BDP destekli 6 isim de bağımsız olarak milletvekili seçilmiştir; bu isimler ise Ergenekon/Balyoz ve KCK/PKK davalarında yargılanmaktadır.⁷²³ Bu sorun bireysel başvuru yoluyla Anayasa

⁷¹² Yargıtay 16. CD, 22/9/2016, E. 2015/8449, K. 2016/4723.

⁷¹³ Yargıtay 9. CD, 15/10/2008, E. 2008/6292, K. 2008/11012.

⁷¹⁴ Yargıtay 16. CD, 27/4/2016, E. 2015/8819, K. 2016/2657.

⁷¹⁵ Yargıtay 9. CD, 24/12/2013, E. 2013/2670, K. 2013/16583.

⁷¹⁶ Yargıtay 9. CD, 9/10/2013, E. 2013/9110, K. 2013/12351.

⁷¹⁷ Yargıtay 9. CD, 16/12/2012, E. 2012/8209, K. 2012/16000.

⁷¹⁸ Yargıtay 16. CD, 28/01/2019, E. 2018/4803, K. 2019/647.

⁷¹⁹ Yargıtay 16. CD, 09/09/2019, E. 2018/4806, K. 2019/5116.

⁷²⁰ Yargıtay 12. CD, 11/09/2012, E. 2012/20471, K. 2012/18227.

⁷²¹ Yargıtay 12. CD, 05/07/2018, E. 2016/2482, K. 2018/7585.

⁷²² Yargıtay 3. CD, 12/03/2018, E. 2017/4047, K. 2018/4207.

⁷²³ Demirhan Burak Çelik, “Tutuklu Milletvekilleri, Seçme ve Seçilme Hakkı ve Anayasa Mahkemesi”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, ed. Havva Karagöz, Atagün

Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve AYM başvuruçuların seçilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM'nin bu kararlarının önemi, 14. madde kapsamındaki suçların neler olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapmasından ziyade bu istisna kapsamında yargılanan milletvekillerinin tutukluluklarının devamına karar verilirken bu sıfatlarının dikkate alınması ve yasama dokunulmazlığına getirilen istisnaların dar ve özgürlük lehine yorumlanması gerektiğine hükmetmiş olmasıdır. Böylece, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına tutuklama tedbiri yoluyla yapılan müdahalenin ölçülülüğü incelenirken tutuklunun milletvekili sıfatının, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının da kamu yararı ile başvuruçunun hakları arasındaki dengeleme sırasında göz önünde bulundurulması gerekecektir.⁷²⁴

c. Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı ve Sonrası

Anayasa Mahkemesi; üç bireysel başvuru kararında milletvekili dokunulmazlığının “14. maddedeki durumlar” istisnasıyla ve temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı ile ilgili önemli tespitlerde bulunmuştur. Bunlardan ilki *Ömer Faruk Gergerlioğlu*⁷²⁵ kararıdır. Diğer iki kararsa *Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri*⁷²⁶ ile *Leyla Güven*⁷²⁷ kararları olup bu iki karar *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararını aynen takip etmektedir. Bu nedenle aşağıdaki açıklamalarda *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararı esas alınacaktır.

Ömer Faruk Gergerlioğlu (başvurucu), bir internet haber sitesinin “PKK: Devlet Adım Atarsa Barış 1 Ayda Gelir” başlıklı bir haberini kendisinin çağrının değerlendirilmesi gerektiği yönündeki yorumunu da ekleyerek paylaşması üzerine başlatılan soruşturmada terör örgütünün propagandasını yapma suçundan hüküm giymiştir.

Mert Kejanlioğlu, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, ss. 99-100, <http://www.lexpera.com.tr/literatur/derleme-makaleler/YMK801Y2019M3VDERN9786057622198PS99PE116>.

⁷²⁴ Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272 (Anayasa Mahkemesi 04 Aralık 2013); Kemal Aktaş ve Selma Irak, B. No: 2014/85 (Anayasa Mahkemesi 03 Ocak 2014). AYM'nin bu içtihadını daha sonraki kararlarında devam ettirmemesi ve eleştirisi için bkz. Çelik, **a.g.e.**, ss. 103-105.

⁷²⁵ Ömer Faruk Gergerlioğlu, B. No: 2019/10634 (Anayasa Mahkemesi 01 Temmuz 2021).

⁷²⁶ Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri, B. No: 2016/39759 (Anayasa Mahkemesi 30 Mart 2022).

⁷²⁷ Leyla Güven [GK, B. No: 2018/26689 (Anayasa Mahkemesi 07 Nisan 2022).

Başvurucu istinaf başvurusu incelenirken milletvekili seçilmiş, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay da “Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin yerleşik içtihatlarında terör örgütünün propagandası suçunun Anayasa’nın 14. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğuna vurgu yapıldığı” ve soruşturmanın da seçimden önce başladığı gerekçelerine dayanarak milletvekili dokunulmazlığının başvuru için geçerli olmadığına karar vermiştir.⁷²⁸ Hakkındaki mâhkumiyet kararı kesinleşen başvurunun milletvekilliği de düşmüştür.

Başvurucu, milletvekili sıfatını haiz olduğu halde dokunulmazlıktan yararlandırılmayıp hakkındaki yargılamanın devam ettirilmesinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, başvurunun hakkına yapılan müdahalenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığını değerlendirirken öncelikle bazı hususlara işaret etmiştir.

Başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yapılan müdahale bir kanun hükmüne değil, bir anayasa normuna dayanmaktadır. Anayasa normuna dayanılarak yapılan müdahale şekli açıdan kanunilik şartını karşılar ancak bu müdahalenin de maddi anlamda kanunilik şartını taşıması gerekmektedir.⁷²⁹ Bunun için de anayasa kuralının da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanmaya müsait olması ve derece mahkemelerince bu şekilde yorumlanması gerekmektedir.⁷³⁰ Bu bağlamda dokunulmazlığının istisnasının geçerli olabilmesi için gereken ilk şart olan “soruşturmasına seçimden önce başlanması” ifadesi belirlilik ve öngörülebilirlik kriterlerini sağlamaktadır. Aynı zamanda yasama dokunulmazlığı, yasama çalışmalarına katılımı temin etme amacına yönelik olarak siyasal faaliyette bulunma ve seçilme özgürlüğü kapsamında bulunan güvencelerden olduğundan kanunilik şartı daha sıkı bir şekilde yerine getirilmelidir.⁷³¹

Anayasa’nın 14. maddesi bütün temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel ilkeleri belirlemek üzere yer verilen bir maddedir. Maddeyle engellenmek istenen faaliyetler sadece suç teşkil edenlerle sınırlı olmayıp belirli amaçlarla yapılan tüm faaliyetler yasaklanmaktadır. Sadece yasama dokunulmazlığının istisnasını belirleme

⁷²⁸ Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK] paragraflar 17-20.

⁷²⁹ Maddi anlamda kanun ve şekli anlamda kanun ayrımı için bkz. Tolga Şirin, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, 2019, ss. 273-601.

⁷³⁰ Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK] paragraflar 75-77.

⁷³¹ a.g.e., par. 80.

işlevi görmediği gibi, bu madde ile dokunulmazlığın kapsamı dışında kalan suçları belirleme amacı da güdülmemiştir.⁷³² Kanaatimizce, AYM'nin bu yaklaşımı, Anayasa'nın 14. maddesini genel ve soyut bir anayasal yasak sayan görüş⁷³³ ile benzer niteliktedir. Bu görüşe göre soyut anayasal yasakların somutlaştırılmasında yasama organı kadar yargı organlarına da rol düşmektedir. Ancak AYM'ye göre "Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar" ibaresini salt yargı organlarının kararlarıyla belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamak mümkün değildir.⁷³⁴

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kapsamında gerçekleştirilmektedir. AYM, temel hak ve özgürlükler kapsamında yer alan bir faaliyetin kişinin yasama dokunulmazlığından mahrum bırakılması sonucunu doğururken herhangi bir temel hak ve özgürlüğün kapsamında olmayan ve çok daha ağır suçlara vücut veren eylemlerin işlendiğinin iddia edilmesi halinde dokunulmazlığın geçerli olacak olmasını anlamsız bulmuştur.⁷³⁵ AYM'nin bu ifadeleri kanaatimizce, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasının temel hak ve özgürlüklerin genel rejimi üzerindeki etki ve işlevinin ne olduğuna dair üzerinde düşünmeye değer niteliktedir. Bu ifade biçimi; AYM'nin hakkın kötüye kullanılması kapsamına giren faaliyetleri hakların norm alanı içinde gördüğünü düşündürmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin "bir milletvekilinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerini temel bir hak veya özgürlüğü kullanma kapsamında gerçekleştirdiği iddia edildiğinde yasama dokunulmazlığından yararlanması mümkün değilken herhangi bir temel hak ve özgürlük kapsamına girmeyen ve çok daha ağır suçlara vücut veren eylemler işlediği iddia edildiğinde milletvekili yasama dokunulmazlığından yararlanabileceği" şeklinde bir çelişki bulunduğu tespiti de bu düşünceyi güçlendirmektedir.

Yargıtay 14. maddedeki durumlar ibaresini sadece 14. maddenin birinci fıkrasına dayalı olarak ve terör suçları ile sınırlı olarak yorumlamaktadır. AYM ise aslında bu konuda da AİHM'in içtihadını takip etmeye hazırdır. Zira, AYM'ye göre Anayasa'nın 14/2 hükmü ile AİHS'in 17. maddesi paralellik arz etmektedir, bu

⁷³² a.g.e., par. 82-84.

⁷³³ Oktay Uygun, "1982 Anayasası'nda Temel Hak Ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 8, S. 2, 2011, ss. 357-90.

⁷³⁴ Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK] paragraf 88.

⁷³⁵ a.g.e., par. 87.

nedenle AİHM içtihatlarında ilgili hükmün nasıl yorumlandığına bakılması gerekmektedir. AİHM tarafından yasağın kapsamında görülen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu Yargıtay tarafından 14. madde kapsamında görülmemiştir. 14. maddenin ikinci fıkrasının genel ifadelerinden yola çıkarak da 14. madde kapsamında kalan suçları belirlemek zordur.

Bu bulgulardan hareket eden AYM, 14. maddenin üçüncü fıkrasında bu yasağa aykırı faaliyetlerin müeyyidelerinin kanunla gösterileceğinin düzenlenmiş olmasından hareketle, Anayasa'nın 83/2 fıkrasında öngörülen "Anayasa'nın 14 üncü maddesindeki durumlar" ibaresini belirli hale getirme görevinin de kanun koyucuya verilmiş olduğuna hükmetmiştir. Bu sonucun ardından AYM pek sergilemediği bir yaklaşım göstererek Anayasa'nın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle devlet için de "kötüye kullanma yasağı" getirildiğine değinmiştir. Devlet için de temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan faaliyetlerde bulunulması yasaklanmışken mahkemelerin *"-kuralda geçen kavram ve ilkelerin ceza hukukunda hangi suçlara tekabül ettiklerinin mahkemelerce objektif olarak belirlenmesinin mümkün olmaması nedeniyle- kanunilik ve kıyas yasağı ilkelerini kaçınılmaz olarak zedeleyecek"* ve bu yasağa aykırılık teşkil edecektir. Bu gerekçelerle AYM, yasama dokunulmazlığının güvencelerini de sağlayacak öngörülebilirlikte Anayasa'nın 14. maddesinin kapsamını gösterecek anayasal veya kanuni bir kural bulunmadığına karar vermiştir. AYM, kanunilik açısından yaptığı bu tespitlerin ardından yasama dokunulmazlığının bulunmadığı yargı organlarınca tespit edilirken mahkemelerin uyması gereken ölçütleri sıralamıştır. Ancak kanaatimizce burada yapılan değerlendirme, "14. maddedeki durumlar"la değil, yasama dokunulmazlığına yapılan müdahalenin ölçülülüğü ile ilgilidir. Bu kısımda AYM, vermiş olduğu radikal kararın gerekçesini güçlendirmeye çalışıyor gibi görünmektedir. Çağlar'a göreyse AYM bu ölçütleri ortaya koyarak ihlalin sorumlusunun sadece yasa koyucu olmadığını, bu kriterler bakımında değerlendirme yapmayan Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay'ın da sorumluluğu bulunduğunu açık ve doyurucu gerekçelerle ortaya koymaktadır.⁷³⁶

AYM'nin bu kararıyla cevaplamaya çalıştığı ve karşı oy yazan üyeler ile mahkeme çoğunluğunun da ihtilafa düştüğü başlıca sorun soyut anayasal yasakların yargı tarafından somutlaştırılmasının anayasaya uygun olup olmayacağıdır. Sadece

⁷³⁶ Selda Çağlar, "Anayasanın 14. Maddesinin Norm Alanı ve Yasama Dokunulmazlığının Bir İstisnası Olarak Uygulanabilirliği", Anayasa Hukuku Dergisi, C. 11, S. 22, 2022, s. 457.

anayasanın üstünlüğü ilkesine riayet açısından çoğunluğun görüşüne göre değerli görebileceğimiz karşı oyda anayasada yer alan kuralların yorumla belirli hale gelebilecek nitelik taşıyabileceği ancak bu belirsizliğin sadece kuralın yargı organlarınca somutlaştırılmasına kadar geçen aralıkta söz konusu olacağı savunulmuştur. Ancak AYM çoğunluğu, bir hakka müdahalenin anayasa kuralından kaynaklanması halinin kategorik olarak kanunilik ilkesine aykırılık yaratacağını söylememekte ve bir ayrıma gitmektedir. Anayasa kuralı, gerekli nitelikteyse şekli açıdan kanunilik ilkesini zaten karşılamaktadır. Ancak kanun hükümlerinde olduğu gibi Anayasa kurallarında da maddi açıdan kanunilik ilkesine uyulmalıdır. Bu durumda anayasa kuralının da öngörülebilir ve belirli yorumlanmaya müsait olması gerekir. Dolayısıyla somut bir anayasal yasakta bu yasağın yargı kararlarıyla doğrudan uygulanması mümkünken soyut bir anayasal yasak söz konusu olduğunda Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesi ile yine 2. maddede yer alan hukuk devleti ilkesinden de çıkarılabilecek belirlilik ilkesi bu somutlaşmanın kanunla yapılmasını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla soyut bir anayasal yasak söz konusu olduğunda maddi açıdan kanunilik şartının yargı kararlarıyla sağlanması yeterli olmamaktadır. Soyut bir anayasal yasağın somutlaşması da şekli açıdan kanunilik ilkesinin gereklerine uyularak gerçekleştirilmelidir. Bu açıdan AYM, bu yönde verdiği başka kararlara da atıf yaparak bir hak ve özgürlüğe yargı kararı ile sınırlama getirilmesine cevaz vermemektedir.

Bu kararın olumlu bir yönü de, AYM'nin salt Anayasa'da öngörülmüş olan istisnayı göz önüne alarak ve Yargıtay içtihadının da geliştiği yöne değinerek konuyu çözmek yerine anayasanın bütününe değerlendirmiş olmasıdır. Böylece AYM, 83/2 maddesinde yasama dokunulmazlığına ilişkin öngörülmüş olan istisna ile Anayasa'nın 13, 2 ve seçilme-siyasi faaliyette bulunma haklarına ilişkin maddeleri arasında pratik uyuşuma⁷³⁷ başvurarak hak odaklı bir yaklaşımla sorunu çözmüştür.

AYM, kararda doğrudan çağrı kararı⁷³⁸ olarak adlandırılan usulü uygulayarak “Anayasa'nın 14 üncü maddesindeki durumlar”ı somutlaştıracak bir kanun çıkarması için çağrı yapmıştır. Buna göre, yasama organı tarafından bu yönde bir somutlaştırılma yapılan kadar yasama dokunulmazlığına bu istisnaya dayanılarak

⁷³⁷ Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, ss. 53-54.

⁷³⁸ Ece Göztepe, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 1, 2021, s. 56.

getirilen bütün sınırlamalar kanunilik şartlarını taşımadığı gerekçesi ile anayasaya aykırı olacaktır. Böylece, bu yönde bir kanun çıkana kadar da yasama dokunulmazlığının bu istisnasının uygulanması siyasal faaliyette bulunma hakkının ihlali teşkil edecek ve anayasaya aykırı olacaktır. Diğer bir deyişle, milletvekili dokunulmazlığının “14. maddedeki durumlar” istisnası bu kararla adeta askıya alınmıştır. Kanaatimizce karar, ihlalin yasama organının Anayasa’da verilmiş bir görevi yerine getirmemiş ve kanun çıkarmamış olmasından kaynaklandığını tespit etmiş olmasıyla “ihmal yoluyla anayasaya aykırılık”⁷³⁹ kararı olarak da değerlendirilebilecek niteliktedir. Ancak, yasama organının bu çağrıya uyması halinde karar tehlikeli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Zira AYM, hem kararda hakkın kötüye kullanılmasının geniş kapsamlı bir hüküm olduğuna değinmiş hem de 14. maddenin ikinci fıkrası açısından AİHM içtihatlarının göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda AYM’nin de hakkın kötüye kullanılmasını geniş kapsamlı bir yasak görmesi eğilimi taşıdığı kabul edildiğinde yasama organının düzenlemeleriyle geniş bir “Anayasa’nın 14. maddesindeki durumlar”ı gösteren suçlar kataloğu meydana gelebilecektir.⁷⁴⁰ Ancak bu durumda da AYM’nin yasama dokunulmazlığının bulunmadığının yargı organlarınca tespiti sırasında göz önüne alınması gerektiğini belirttiği kriterler gündeme gelecektir.

⁷³⁹ İbrahim Ö Kaboğlu, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncelleştirilmiş, 3. baskı İstanbul: İmge Kitabevi Yayınları, 2000, ss. 90-94.

⁷⁴⁰ Aynı tehlikeye dikkat çeken bir görüş için; Selda Çağlar, “Anayasanın 14. Maddesinin Norm Alanı ve Yasama Dokunulmazlığının Bir İstisnası Olarak Uygulanabilirliği”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 11, S. 22, 2022, s. 457.

SONUÇ

Hakkın kötüye kullanılması yasağı bizce iki işlev görmektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, bireylere kendilerinin de yararlandıkları insan haklarına ve bu insan haklarının gerçekleştirilmesinde (insanlığın geldiği noktada şimdilik) en iyi düzen olan demokrasiye saygı duyma ödevi yüklemektedir. Bu yönüyle, mutlak özgürlük anlayışının açık bir reddi ve özgürlük-ödev ilişkisinin kabul edildiğinin ifadesidir. Bu yönüyle hüküm bir program hüküm işlevi ifa etmiştir ve hakların demokrasiye ve demokratik değerlere aykırı ve zarar verici biçimde kullanımlarını bastırma ve cezalandırma konusunda üzerinde uzlaşılan hukuk politikasının bir ifadesidir. Buna göre hakkın kötüye kullanılması yasağının ortaya koyduğu programın paramiliter örgütlerin yasaklanması, şiddete teşvikin kovuşturulması, nefret söylemini cezalandırılması gibi önlemleri içerdiğini ifade edebiliriz. Katma değeri mücadelecı demokrasi anlayışını kabul etmesidir. Hakları kötüye kullanma yasağının mücadelecı demokrasi anlayışı ile ilişkisini İHEB’in bu yasağı düzenleyen 30. maddesinin hazırlık çalışmalarından açıkça görebiliriz. Hazırlık çalışmaları esnasında bu maddenin konmasına ilişkin savlar ve getirilen itirazlar mücadelecı demokrasi anlayışının aleyhinde ileri sürülen görüşlerin konsantre hali gibidir. İHEB’i hazırlayanlar demokrasiyi koruma davalarında ortak düşmanlarının faşizm olduğunda uzlaşmıştır. Hatta Sovyetler Birliği temsilcisi Bildiri’nin devletlere faşizme karşı demokrasinin ve insan haklarının korunmasına hizmet edecek bir “silah” tanınması konusunda daha ısrarcı olmuştur. Bildiri’de “faşizm” ibaresine açıkça yer verilmesi de gündeme gelmiş ancak bütün hak ve özgürlükler için geçerli bir ilke olarak “hak ve özgürlüklerin” kötüye kullanılması yasağının öngörülmesinde karar kılınmıştır. Bu bağlamda İHEB’in 30. maddesi ve bütünü aynı zamanda; demokrasinin maddi bir içeriğinin olduğu, demokrasiyi usuli nitelikleriyle tanımlamanın yeterli olmadığı, demokrasilerin değerler karşısında nötr kalmasının zorunlu olmadığı ve bazı fikirlerin demokrasilerin dışında bırakılabileceği yönündeki geniş çaplı uzlaşmayı ifade etmektedir. İHEB’de yer alan bu yasak diğer insan hakları belgeleri için de yol gösterici olmuş ve temel uluslararası insan hakları belgeleri bu yasağa metinlerinde yer vermeyi tercih etmiştir.

Uluslararası insan hakları belgeleri arasında en gelişmiş koruma mekânizmasına ve en zengin içtihadı sahip olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Bu nedenle, insan hakları belgelerinde kötüye kullanma yasağının ne anlama geldiği, ne işlev görebileceği ve ne sakıncalar doğurabileceği konusunda bir rehber olarak incelenmeye en uygun insan hakları mahkemesi de AİHM olmaktadır. AİHS'i hazırlayanların zihninde ortak düşman sadece faşizm değil aynı zamanda komünizmdir. AİHS'in kötüye kullanma yasağı, AİHS'in hazırlayıcılarının ve AİHM'in "totaliter" üst kategorisinde birleştirdiği iki düşmana karşı bir "alarm zili" olarak tasarlanmıştır. Ancak AİHS'in, İHEB'in aksine bağlayıcı ve bir yargı organınca uygulanır niteliği bütün hak ve özgürlükler için geçerli bir ortak kural olarak muğlak ve geniş yorumlanabilecek "hakları kötüye kullanma" yasağına yer verilmesinin sakıncalarını göstermiştir. AİHM, yasağı başlangıçta tasarlanan amacına uygun olarak totaliter akımlarla mücadele etmek için uyguladığı ilk kararlardan sonra, İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı şok etkisinin hafiflemesi ve taraf devletlerde demokrasilerin yerleşmesiyle atıl kalan maddenin kapsamını genişletmiştir. Yasak daha ziyade, açıkça sabit tarihsel gerçeklerin inkâr edilmesi veya nefret söylemi gibi kategoriler için uygulanır olmuştur.

AİHS, hakkın kötüye kullanılması yasağını, totalitarizmin tekrar uyanması tehlikesine karşı bir alarm zili işlevi göreceğini umarak ve komünizme karşı bir güvence oluşturacağını varsayarak İHEB'den miras almıştır. Ancak AİHS'i uygulayacak yargı makamları olarak AİHK ve AİHM yasağı bu amacın ötesine taşımıştır. Bunun sonucu, AİHM'in 17. maddeye ilişkin içtihadının çeşitli yönlerden tutarsız bir görünüm sergilemesidir.

18. maddedeki amaç saptırma yasağı, 17. maddenin devlete hitap eden yönünün, özgürlükleri sınırlarken meşru sebebe dayanma ilkesini kötüye kullanması için düzenlenmiş özel halidir. AİHM'in 18. maddeye yönelik içtihadı son dönemlerde gelişme gösterse de AİHM, güncel içtihadında 17. maddenin devletlere karşı uygulanmasını kabul etmemektedir.

17. madde 13 ve 14 gibi belirli bir hakla birlikte uygulanması söz konusu olabilecek bir maddedir. Tek başına uygulanması mümkün değildir. Ancak bir hakla bağlantılı olarak gündeme gelebilir.

Hakkın kötüye kullanılması sadece hakkın koruduğu norm alanının kapsamına aldığı kullanım biçimlerinin kötüye kullanılmasının mümkün olduğu haklarda söz konusu olur. Örneğin yaşam hakkının, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının kötüye kullanılması mümkün olmadığı gibi bir özgürlük alanı taşımaktan çok usuli güvenceler tanıyan adil yargılanma hakkının veya suç ve cezada kanunilik güvencesinin de kötüye kullanılması söz konusu olmaz. Hakkın kötüye kullanılması sıklıkla ifade özgürlüğü veya örgütlenme hakkında gündeme gelebilmektedir.

17. madde, mücadeleci demokrasi anlayışının Sözleşme'deki ifadesi olsa da yasağın uygulanmasının evrimi bu şekilde gelişmemiştir. Komünizme yönelik bir önlem olarak düşünülen madde artık daha çok nefret söylemi, İslamofobi, Holokost inkârı teşkil eden ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamı dışında bırakılmasına hizmet etmektedir. Hattâ Refah Partisi kararında olduğu gibi mücadeleci demokrasi araçlarının kullanılmasının Sözleşme'ye uygunluğunun denetlendiği ve uygun bulunduğu kararlarda 17. maddeye hiç değinilmediği görülmektedir. Bu durum Refah Partisi kararı ile Alman Komünist Partisi kararı karşı karşıya getirildiğinde daha iyi anlaşılmaktadır. İkinci kararda, AİHM(K) önündeki dosyada ilk olarak 17. maddeye başvurmuşken ilk kararda 17. maddenin uygulanmasını geriye bırakmıştır. 17. madde, AİHM'in başvuracağı mücadeleci demokrasi araçları arasında giderek önceliğini kaybetmiştir. 17. madde, hükmü koyanların kendisi için tasarladığı işleve yabancılaşır ve daha farklı konularda uygulanırken AİHM mücadeleci demokrasi anlayışının AİHM'e uygun olduğunu 17. maddeye başvurmadan farklı maddeler aracılığıyla ifade etmektedir. Ancak bu yaklaşım, 17. maddeye son çare olarak başvurmayı dışlamamaktadır. Yukarıda da mücadeleci demokrasi temelinde 17. maddeye son çare olarak başvurulması önerilmiş ve buna ilişkin bir yöntem ileri sürülmüştür.

AİHM'in 17. maddeyi, demokrasiyi koruma işlevinden Sözleşme'nin temel değerlerine aykırı eylemleri Sözleşme'nin koruması dışında bırakma işlevine taşımasının doğal sonucu olarak 17. maddenin kapsamı genişlemiştir. Ancak AİHM 17. maddenin kapsamını genişletirken sistemli bir içtihat geliştirememesinin sonucu olarak hakkın kötüye kullanılmasının kapsamına hangi eylemlerin girdiği belirsiz olmuştur. Bu öngörülmezlik, AİHM'in hakkın kötüye kullanılması olarak kabul ettiği kimi durumlarda da ne zaman 17. maddeyi uygulayacağını ne zaman uygulamayacağını da açık olmamasıyla katmerlenmiştir.

17. maddeyle ilgili bir diğer tutarsızlık maddenin uygulanış biçimindedir. AİHM, maddeyi kimi zaman doğrudan uygulamaktadır. Bu durumda, 17. maddenin doğrudan uygulandığı bir başvuruda, başvurunun Sözleşme'nin koruması dışında kaldığı tespit edilmekte ve konu bakımından yetkisizlik kararı verilmektedir. 17. maddenin dolaylı kullanımında ise 17. maddeden bir yorumlama kuralı olarak yararlanılmaktadır. Ancak, 17. maddenin neden kimi zaman doğrudan kimi zaman dolaylı uygulandığı belirli olmamakla birlikte ne zaman doğrudan ne zaman dolaylı uygulanacağı da kestirilememektedir. Her iki uygulama biçimi bu belirsizlikten bağımsız olarak kendi içinde de sorunlar içermektedir. Doğrudan uygulama halinde; bağlam gözden kaçırılmakta, ölçülülük denetimi dışlanmakta ve özellikle ifade özgürlüğünde içerik temelli bir sınırlandırmaya dönüşmektedir. Dolaylı uygulamada ise etkisiz bir demokratik toplum gereklerine uygunluk denetimi ve çatışan hak ile değerler arasında dengeleme faaliyetine girilmektedir.

Bunun sonucu olarak, 17. maddenin AİHS'in öngördüğü hak ve özgürlükler rejiminde taşıdığı değer ve gördüğü işlev sorgulanmaktadır. 17. maddenin demokratik yapıyı sürdürme ve korumada yahut Sözleşme'nin temel değerleri olan insan onurunu ve eşitliği savunma ve geliştirmede “katma değer” sağlamadığı ifade edilmektedir.⁷⁴¹ 17. madde ile ulaşılan sonuçlara ilgili temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddeler altında yapılacak değerlendirmelerle ve 17. maddenin yol açtığı tehlikelerle karşılaşmadan da varılabileceğinden maddenin Sözleşme'nin nasıl yorumlanacağı konusunda sembolik bir ifade olarak ele alınması ve ifadelerin içeriği bariz olsa bile bölümlerin 17. madde nedeniyle kabul edilmezlik kararı vermemesi ve 17. maddenin uygulanabilirliği konusundaki kararı Daire'lere bırakması önerilmektedir.⁷⁴²

Yasak evrensel ölçekli olan Medeni ve Siyasal Hakların Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ile bölgesel ölçekli belgeler olan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nde de yer bulmuştur. MSHS'deki kötüye kullanma yasağının konusu uygulamada AİHS'teki kötüye kullama yasağı ile benzer biçimde seyretmiştir. MSHS'deki kötüye kullanma yasağı da faşizmin yeniden canlandırılmaya çalışılmasında, neo-Nazi faaliyetlerde ve nefret

⁷⁴¹ Cannie, Voorhoof, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention”, s. 82.

⁷⁴² a.g.e., ss. 78-83.

söyleminde gündeme gelmektedir. MSHS'deki kötüye kullanma yasağı da ilk kararlarında doğrudan ve kabul edilebilirlik aşamasında uygulansa da BM İnsan Hakları Komitesi bu yaklaşımdan ısrarcı olmamış gibi görünmektedir. ESKHS'deki haklar ise insan hakları ve anayasa hukukundaki anlamıyla kötüye kullanılmaya elverişli değildir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi ise kötüye kullanma yasağına daha farklı bir anlam ve işlev yüklemiş, yasağı devletlere yönelik olarak uygulamıştır. Bu durumun altında bölgesel farklılıkların yattığı söylenebilir. Güney Amerika'daki ekonomik yoksulluk, 70'li yıllarda yaşanan askerî darbeler ve bu darbeleri takip eden otoriter ve gerici iktidarlar insan hakları açısından Avrupa'dakinden farklı bir genel atmosfere sebep olmuştur. AİHS'in Avrupa'yı faşizm ve komünizmden koruma amacı dolayısıyla AİHM daha statükocu bir yaklaşım benimseyebilmişken Amerikan mahkemesi hakları koruma konusunda daha aktif ve yaratıcı olmak zorunda kalmıştır. Bunun da uygulamakla görevli olduğu sözleşmenin bütün maddelerini insan haklarını koruyacak ve devleti sınırlayacak biçimde yorumlamasına neden olduğu söylenebilir.

Özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağının Roma Hukuku'nda izleri görülebilir. Ancak Roma Hukuku'nda hakkın kötüye kullanılması yasağının genel bir teori olduğunu söylemek mümkün değildir. Özel hukukta hakkın kötüye kullanılması bireyci ve liberal anlayışın taşıdığı mutlak hakçı yapıyı yumuşatmak için yargı kararlarıyla geliştirilmiştir. Özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağının altında zayıfı korumak gibi bir hedef yatar. Ancak özel hukukta hakkın kötüye kullanılması yasağını doğuran koşul ve sebepler anayasa hukukundakiyle aynı değildir. Kamu hukukunun çeşitli dallarında da hakkın kötüye kullanılması yasağına rastlanabilir. Uluslararası hukuk bu dallardan biridir.

İnsan hakları hukukundaki hakkın kötüye kullanılması yasağı mücadelecî demokrasi anlayışıyla yakından ilgilidir. Anayasalar genellikle mücadelecî demokrasi tedbirlerini siyasal partiler üzerinde somutlaştırırken uluslararası insan hakları belgeleri genel olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına yer vermeyi tercih etmektedir. 1982 Anayasası ise hem siyasal partiler üzerinde somut mücadelecî demokrasi tedbirlerine hem de hakkın kötüye kullanılması yasağına yer vermiştir. AİHM, mücadelecî demokrasi tedbirlerini erken dönem kararlarında komünizm ve Nazizm üzerinde sert biçimde uygulamıştır. Ancak Soğuk Savaş koşullarının değişmesiyle AİHM'in de komünist partiler üzerindeki mücadelecî demokrasi

tedbirleri yumuşamaya başlamıştır. Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle Doğu Avrupa ülkelerinin Avrupa Konseyi'ne katılmasının ardından mücadeleci demokrasi tedbirleri yeniden AIHM'in gündemine oturmaya başlamıştır. Bununla birlikte “totalitarizm” kavramının gündemden düşmesi ve faşizmin yenik bir ideoloji olmasıyla birlikte mücadeleci demokrasi kavramının paradigması üzerinde bir değişiklik ihtiyacı doğduğu savunulabilir. Bu bağlamda “popülizm” siyaset biliminin gözde kavramlarından biridir. Popülist liderler usulî demokrasiyi yok etmemekte özellikle seçimleri korumaktadır. Ancak demokrasinin altını oyarak ve çoğulculuğa, kurumlara, güçler ayrılığına savaş açarak otoriter ve çoğunlukçu bir demokrasi haline getirmektedir.

1982 Anayasası'nda düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı 2001 Anayasa değişikliği öncesine kadar uluslararası standartların ötesine geçmekteydi. Bu dönemde yasak temel hak ve özgürlüklerin norm alanını evrensel olarak kabul edilenden daha fazla daraltmaktaydı. Özellikle kimi düşünce suçlarını anayasal hale getirmek gibi anayasa-yasa ilişkisini tersine çeviren bir amaç içkindi. Bu bağlamda, mücadeleci demokrasiyi değil “mücadeleci devlet”i benimsemekteydi. AYM de bu dönemde hakkın kötüye kullanılması yasağını temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı biçimde uygulamaktaydı.

2001 Anayasa değişikliği sonrasında en azından metin üzerinde hakkın kötüye kullanılması yasağı evrensel ve bölgesel standartlarla uyumlu hale getirilmiştir. Böylece Anayasa'nın 14. maddesi de zaten evrensel olarak temel hakların norm alanı dışında bırakılanı tekrarlamaktan öteye geçmemektedir.

Anayasa'da yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağının yargısal kararlarla somutlaşması mümkün değildir. Bu soyut yasak öngörülebilirlik ve belirlilikten yoksundur. Anayasa da bu yasakların yaptırımlarını somutlaştırma görevini yasa koyucuya vermiştir. Anayasa'ya göre hakları yok etmeye yönelik faaliyetler çoğunlukla suç olacaktır. Bu nedenle, bu yasak yasalarla somutlaştırılmadan yargı organlarının 14. maddeyi uygulamaması gerekir.

14. madde diğer hükümlerle birlikte temel hak ve özgürlükler rejiminin bir parçasıdır. Anayasa'daki hakkın kötüye kullanılması yasağını AIHS'tekinden ayıran bu özelliğidir. 14. madde kapsamında kalan faaliyetleri disiplin altına almaya

yönelen yaptırımlar ölçülülük denetiminden geçecektir. Böylece, AİHS'teki 17. maddenin hak ve özgürlükler açısından yol açtığı önemli bir sorun giderilmektedir.

AYM, bireysel başvuru kararlarında AİHM içtihadını sıkı sıkıya takip etse de 14. madde için bu durum geçerli değildir. AYM, AİHM'in AİHS'in 17. maddesini uyguladığı durumlarda Anayasa'nın 14. maddesini gündeme getirmemektedir.

AYM, Ömer Faruk Gergerlioğlu kararında yasama dokunulmazlığının istisnası olarak hakkın kötüye kullanılması yasağını incelerken yasa koyucunun bu konudaki ihmali tespit etmiştir. “14. maddedeki durumlar”ın neler olduğunu somutlaştırması için yasama organına çağrı yapmıştır. Yasama organı bu anayasal görevini yerine getirene kadar yasama dokunulmazlığının bu istisnası da askıda kalacaktır.

Çalışmamızda her ne kadar Türk anayasalarındaki kökeni farklı olsa da hakkın kötüye kullanılması yasağının evrensel düzlemde bir değer ifade ettiğini ortaya koyduğumuzu sanıyoruz. Bu nedenle yeni bir anayasa yapılması halinde de demokrasiyi hem belli değerlerle ilişkilendiren hem de mücadeleci demokrasi anlayışını benimseyen Türk anayasacılığı geleneği çizgisi takip edilerek bu yasağa yer verilmesinde sakınca görmüyoruz. Bununla birlikte, yasağa AİHS'in 17. maddesiyle tam bir uyum sağlayacak şekilde yer verilmesinin bu nedenle ilk fıkranın kaldırılmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz.⁷⁴³ Ancak, muhalefet milletvekilleri yönünden siyasal faaliyette bulunma hakkı üzerinde yarattığı tehlikeler son dönemde iyice ortaya çıkan yasama dokunulmazlığının “14. maddedeki durumlar” istisnası Anayasa'dan çıkarılmalıdır.

⁷⁴³ aynı yönde; Selda Çağlar, “Anayasanın 14. Maddesinin Norm Alanı ve Yasama Dokunulmazlığının Bir İstisnası Olarak Uygulanabilirliği”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 11, S. 22, 2022, s. 457.

KAYNAKÇA

Eserler

AKİPEK Jale G., AKINTÜRK Turgut, ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku 1. Cilt**, 16. bs, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.

AKTAŞ Kadir, “Yasama Dokunulmazlığı Kurumunun Türkiye ‘deki Gelişimi”, **Yasama Dergisi**, S. 3, 2006, ss. 85-114.

AKYOL Şener, **Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Düşünsel Özgürlük”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 17-18, S. 1, 1996, ss. 11-31.

ARENDT Hannah, **Totalitarizmin Kaynakları 1 / Antisemitizm**, çev. Bahadır Sina Şener, İletişim Yayınları, 2009.

———, **Totalitarizmin Kaynakları 3 / Totalitarizm**, çev. İsmail Serin, İletişim Yayınları, 2017.

ARON Raymond, **Demokrasi ve Totalitarizm**, çev. Vahdi Hatay, İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1976.

ASLAN Volkan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2016, ss. 261-96, doi:10.21492/inuhfd.239814.

AUSTIN J. L., **Söylemek ve Yapmak Harvard Üniversitesi 1955 William James Dersleri**, çev. R. Levent Aysever, Metis Yayınları, 2017.

“Avrupa’da Anti-Semitizm ile Mücadele”, Strasbourg, 27.06.2007.

AYBAY Rona, **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**, Der Yayınları, 2021.

———, **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)**, 1. baskı., İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.

AYBAY Rona, ÇELİK Demirkan Burak, **İnsan Hakları Hukuku**, Der Yayınları, 2021.

BARBER Benjamin, R., SPIRO Herbert J., “Counter-Ideological Uses of ‘Totalitarianism’”, **Politics and Society**, C. 1, S. 1, 1970, ss. 3-21, doi:10.1177/003232927000100102.

BAYRAKTAR Köksal, **Siyasal Suç**, İstanbul: İÜHF Yayını, 1982.

BENNETT John, “The Totalitarian Ideological Origins of Hate Speech Regulation”, **Capital University Law Review**, C. 46, S. 1, 2018, ss. 23-124.

BOLGÁR Vera, “Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine”, **LOUISIANA LAW REVIEW**, C. 35, 1975.

BOYAR Oya, “Hakkın ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı., İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013, s. .

BUERGENTHAL Thomas, “The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences Symposium: The American Convention on Human Rights”, **American University Law Review**, C. 30, S. 1, 1980, ss. 155-66.

BUYSE Antoine, “Contested contours: The limits of freedom of expression from an abuse of rights perspective – Articles 10 and 17 ECHR”, **Shaping Rights in the ECHR The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, ss. 183-208, doi:10.1017/CBO9781107337923.011.

———, “DANGEROUS EXPRESSIONS: THE ECHR, VIOLENCE AND FREE SPEECH”, **International & Comparative Law Quarterly**, C. 63, S. 2, 2014, ss. 491-503, doi:10.1017/S0020589314000104.

ÇALI Basak, “Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network, 22.02.2018, <https://papers.ssrn.com/abstract=3128198>.

ÇALI Basak, HATAS Kristina, “History as an Afterthought: The (Re)Discovery of Article 18 in the Case Law of the European Court of Human Rights”, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network, 20.08.2020, doi:10.2139/ssrn.3677678.

CANNIE Hannes, VOORHOOF Dirk, “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 29, S. 1, 2011, ss. 54-83, doi:10.1177/016934411102900105.

CHOMSKY Noam, “İfade Özgürlüğü Sorunu”, **Türkiye’de İfade Özgürlüğü**, ed. Taner Koçak vd., 1. Basım., Beyoğlu, İstanbul: Bgst Yayınları, 2009, ss. 68-78.

CROOK Malcolm, “The Uses of Democracy. Elections and Plebiscites in Napoleonic France”, **The French Experience from Republic to Monarchy, 1792–1824: New Dawns in Politics, Knowledge and Culture**, ed. Máire F. Cross, David Williams, London: Palgrave Macmillan UK, 2000, ss. 58-71, doi:10.1057/9781403932747_5.

CUETO-RUA Julio, “Abuse of Rights”, **Louisiana Law Review**, C. 35, S. 5, 1975, <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss5/3>.

ÇAĞLAR Selda, “Anayasanın 14. Maddesinin Norm Alanı ve Yasama Dokunulmazlığının Bir İstisnası Olarak Uygulanabilirliği”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 11, S. 22, 2022, ss. 421-62.

ÇELİK Demirhan Burak, “Tutuklu Milletvekilleri, Seçme ve Seçilme Hakkı ve Anayasa Mahkemesi”, **Seçim, Demokrasi ve Seçim Sistemleri Sempozyumu**, ed. Havva Karagöz, Atagün Mert Kejanlıoğlu, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. , <http://www.lexpera.com.tr/literatur/derleme-makaleler/YMK801Y2019M3VDERN9786057622198PS99PE116>.

DEMİR-GÜRSEL Esra, “Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nin 29. Maddesi ve Kendisinden Sonra Gelen Belgelerdeki İzleri: Bireyin Ödevleri ve İnsan Haklarının Sınırları”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2021, ss. 3-51.

DEVINE D. J., “Some Comparative Aspects of the Doctrine of Abuse of Rights”, **Acta Juridica**, C. 6, S. 1, 1964, ss. 148-86.

DI ROBILANT Anna, “Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law”, **Boston University School of Law Public Law Research Paper**, S. 14-28, 2014, https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/527.

DOĞAN İlyas, “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, ed. İlyas Doğan, Ankara: Astana Yayınları, 2021, s. .

DOLINGER Jacob, “The Failure of the Universal Declaration of Human Rights”, **University of Miami Inter-American Law Review**, C. 8, S. 1, 2016, s. 37.

DURAL Mustafa, SARI Suat, **Türk özel hukuku. Cilt 1: Temel kavramlar ve medenî kanunun başlangıç hükümleri / Prof. Dr. Mustafa Dural, Doç. Dr. Suat Sarı**, 11. baskı., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

DUVAR Gazete, “Erdoğan’dan Demirtaş ve Yüksekdağ mesajı: Bırakamayız”, Text, <https://www.gazeteduvar.com.tr/politika/2019/09/21/cumhurbaskani-erdogan-iscisin-sen-isci-kal>, Gazete Duvar, 21.09.2019, <https://www.gazeteduvar.com.tr/politika/2019/09/21/cumhurbaskani-erdogan-iscisin-sen-isci-kal>.

DYZENHAUS David, “Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?”, **The American Political Science Review**, C. 91, S. 1, 1997, ss. 121-34, doi:10.2307/2952263.

EAGLESTONE Robert, **Postmodernizm ve Holocaust’un İnkâr Edilmesi**, çev. Ebru Kılıç, Everest Yayınları, 2002.

“ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf”, (07.05.2022), [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH\(75\)11-BIL1338905.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART18-CDH(75)11-BIL1338905.pdf).

ERDOĞAN Mustafa, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Hukuk Yayınları, 2018.

———, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, Güncellenmiş 9., İstanbul: Hukuk Yayınları, 2016.

EROĞUL Cem, **Anatüzeğe giriş: “Anayasa Hukukuna Giriş”**, Gözden geçirilmiş 15. bası., Ankara: İmaj Yayınevi, 2016.

EUROPE Council of, **Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and Its Present Day Application : Proceedings of the Nineteenth Colloquy on European Law, Luxembourg, 6-9 November 1989**, Council of Europe, 1990.

FOX Gregory H., NOLTE Georg, “Intolerant Democracies”, **Democratic Governance and International Law**, ed. Gregory H. Fox, Brad R. Roth, 1. bs, Cambridge University Press, 2000, ss. 389-435, doi:10.1017/CBO9780511522307.013.

GARAUDY Roger, **İsrail Mitler ve Terör**, çev. Cemal Aydın, Timaş Yayınları, 2019.

GARLICKI Leah, “Sembolik Söylem”, **İfade Özgürlüğü - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, 2012, ss. 305-19.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 1**, İstanbul: Legal, 2012.

GÖZE Ayferi, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2021.

GÖZLER Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2020.

———, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı., Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2019.

———, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı., Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2021.

GÖZTEPE Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme”, **Anayasa Yargısı**, C. 38, S. 1, 2021, ss. 43-83.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 8. Bası., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

GUO Sujian, “The Totalitarian Model Revisited”, **Communist and Post-Communist Studies**, C. 31, S. 3, 1998, ss. 271-85.

GUTTERIDGE H. C., “Abuse of Rights”, **Cambridge Law Journal**, C. 5, S. 1, 1933, ss. 22-45.

GÜLFİDAN Osman Serkan, **İfade özgürlüğü hakkı örneği çerçevesinde: avrupa insan hakları sözleşmesi’nde kötüye kullanma yasağı**, 1. baskı., İstanbul: XII Levha, 2013.

GÜLFİDAN Osman Serkan, **Yasama Dokunulmazlığı – Müessessenin Amacı Karşısında 1982 Anayasası’nda Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı ve İstisnaları**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

GÜVEYİ Ümit, **Anayasa hukuku açısından Yasama Meclisi üyeliği**, Birinci baskı., Ankara: Seçkin, 2017.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Temel Hak ve özgürlüklerde Objectif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objectif Sınırları”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 57, S. 2, 2002, s. 1, doi:10.1501/SBFder_0000001754.

HAMILTON Michael, “Transition, political loyalties and the order of the state”, 2011, 151-84, doi:10.1017/CBO9780511758515.008.

HARRIS D. J., Michael O’BOYLE, Colin WARBRICK, **Law of the European Convention on Human Rights**, London: Butterworths, 1995.

HEINZE Eric, “Viewpoint Absolutism and Hate Speech”, **The Modern Law Review**, C. 69, S. 4, 2006, ss. 543-82.

HERI Corina, “Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 Echr: How the ECtHR Deals with Mala Fide Limitations of Rights”, **The European Convention on Human Rights Law Review**, C. 1, S. 1, 2020, ss. 25-61, doi:10.1163/26663236-00101001.

HERMAN Shael, “Classical Social Theories and the Doctrine of ‘Abuse of Right’”, **LOUISIANA LAW REVIEW**, C. 37, t.y.

HEYWOOD Andrew, **Siyasi İdeolojiler**, Felix Kitap, 2020.

ISSACHAROFF Samuel, “Fragile Democracies”, **Harvard Law Review**, C. 120, S. 6, 2007, ss. 1405-67.

İNSAN HAKLARI KOMİSYONERİ, “Memorandum on Freedom of Expression and Media Freedom in Turkey”, Yazılı Yorum, 15.02.2017.

KABOĞLU İbrahim Ö, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncelleştirilmiş, 3. baskı., İstanbul: İmge Kitabevi Yayınları, 2000.

KABOĞLU İbrahim Ö, **Özgürlükler Hukuku**, Yenilenmiş 7. baskı., Ankara: İmge Kitabevi, 2013.

KANADOĞLU Osman Korkut, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, 1. baskı., İstanbul: Beta, 2000.

KAPANİ Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 2013. bs, Ankara: Yetkin Yayınları, t.y.

KAŞAK Fahri Erdem, “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, S. 2, 2020, ss. 1242-63, doi:10.33433/maruhad.815294.

KAYRA Cahit, **Savaş Türkiye Varlık Vergisi**, Tarihçi Kitabevi, 2018.

KEANE David, “Attacking Hate Speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 25, S. 4, 2007, ss. 641-63, doi:10.1177/016934410702500404.

KIRSHNER Alexander S., **Militan Demokrasi**, çev. Ferit Burak Aydar, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

KISS Alexandre, “Abuse of Rights”, **Encyclopedia of public international law**, ed. Rudolf Bernhardt, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Amsterdam ; New York : New York: North-Holland Pub. Co. ; Sole distributors for the U.S.A. and Canada, Elsevier North-Holland, 1981, s. .

KLAMT Martin, “Militant Democracy and the Democratic Dilemma: Different Ways of Protecting Democratic Constitutions”, **Explorations in Legal Cultures**, 2007, https://www.academia.edu/1222893/Militant_Democracy_and_the_Democratic_Dilemma_Different_Ways_of_Protecting_Democratic_constitutions.

KRAPF Thomas M., “The Last Witness to the Drafting Process of the Universal Declaration of Human Rights: Interview with Stéphane Frédéric Hessel”, **Human Rights Quarterly**, C. 35, S. 3, 2013, ss. 753-68, doi:10.1353/hrq.2013.0033.

KURAN Selami, **Uluslararası Hukuk Temel Metinler**, Beta Basım Yayım, 2014.

KÜÇÜK Tevfik Sönmez, **Anayasa Hukukundaki Çağdaş Eğilimler Işığında Parlamenter Dokunulmazlıklar**, 1. Baskı., İstanbul: Legal, 2019.

LENAERTS Annekatrien, “The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights”; A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law”, **European Review of Private Law**, C. 18, S. 6, 2010, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\ERPL\ERPL2010082.pdf>.

LEWIS Anthony, **Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment**, New York; NY: BasicBooks, 2010.

“Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **ESCR-Net**, (16.12.2022), <https://www.escr-net.org/resources/limburg-principles-implementation-international-covenant-economic-social-and-cultural>.

LINZ Juan J., **Totaliter ve Otoriter Rejimler**, çev. Ergun Özbudun, Ankara: Liberte Yayınları, 2017.

LIXINSKI Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, **European Journal of International Law**, C. 21, S. 3, 2010, ss. 585-604, doi:10.1093/ejil/chq047.

LOBBA P., “Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime”, **European Journal of International Law**, C. 26, S. 1, 2015, ss. 237-53, doi:10.1093/ejil/chv003.

LOBBA Paolo, “Testing the ‘Uniqueness’: Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights”, **Law and Memory**, ed. Uladzislau Belavusau, Aleksandra Gliszczynska-Grabias, 1. bs, Cambridge University Press, 2017, ss. 109-28, doi:10.1017/9781316986172.006.

LOEWENSTEIN Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights, I”, **The American Political Science Review**, C. 31, S. 3, 1937, ss. 417-32, doi:10.2307/1948164.

LOEWENSTEIN Karl, “Militant Democracy and Fundamental Rights, II”, **The American Political Science Review**, C. 31, S. 4, 1937, ss. 638-58, doi:10.2307/1948103.

MARGALIT Avishai, MOTZKIN Gabriel, “The Uniqueness of the Holocaust”, **Philosophy & Public Affairs**, C. 25, S. 1, 1996, ss. 65-83.

MARKS Susan, “The European Convention on Human Rights and Its Democratic Society”, **The British Year Book of International Law**, C. 66, S. 1, 1996, ss. 209-38, doi:10.1093/bybil/66.1.209.

MAYRAND Albert, “Abuse of Rights in France and Quebec”, **LOUISIANA LAW REVIEW**, C. 34, t.y.

MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, TUNC André., **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**, 5. bs, Paris: Montchrestien, 1957.

MOLU Benan, **Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulanması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

MORAVCSIK Andrew, "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe", **International Organization**, C. 54, S. 2, 2000, ss. 217-52, doi:10.1162/002081800551163.

MORREE P. E. de, **Rights and Wrongs Under the ECHR: The Prohibition of Abuse of Rights in Article 17 of the European Convention on Human Rights**, 2016.

MORSINK Johannes, **The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent**, t.y.

MULLER Jan-Werner, "Militant Democracy", **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, ed. Michel Rosenfeld, András Sajó, 1. publ. in paperback., Oxford: Oxford Univ. Press, 2013, s. .

———, "Protecting Popular Self-Government from the People? New Normative Perspectives on Militant Democracy", **Annual Review of Political Science**, C. 19, S. 1, 2016, ss. 249-65, doi:10.1146/annurev-polisci-043014-124054.

NOORLOOS Marloes van, "Foretelling the future, facing the past. Hate speech and conflict situations under the ECHR", **Margins of Conflict: The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict**, ed. Antoine Buyse, Intersentia, 2010, ss. 131-52, doi:10.1017/9781839700750.006.

OĞUZMAN M. Kemal, BARLAS Nami, **Medenî hukuk: giriş, kaynaklar, temel kavramlar**, 20. bası., İstanbul: Vedat, 2014.

OĞUZMAN M. Kemal, SELİÇİ Özer, OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Kişiler hukuku: gerçek ve tüzel kişiler**, Gözden geçirilmiş ve Yenilenmiş 20. bası., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

ORCAN Necdet Umut, "Legitimate Aims, Illegitimate Aims and the E.Ct.H.R.: Changing Attitudes and Selective Strictness", **University of Bologna Law Review**, C. 7, S. 1, 2022, ss. 7-40, doi:10.6092/issn.2531-6133/14860.

ÖKTE Faik, **Varlık Vergisi Faciası**, İstanbul: Nebioğlu Yayınevi, 1951.

ÖNCÜ Gülay Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yetki Saptırması Yasağı (md. 18) Bağlamında İspat Yükü ve İspat Standardı Meselesi", **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 10, S. 19, 2021, ss. 93-166.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.

PAXTON Robert O., **Faşizmin Anatomisi**, 2. bs, İstanbul: İletişim Yayınları, 2020.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 18., Ankara: Turhan, 2019.

PECH Laurent, "The Law of Holocaust Denial in Europe", **Genocide Denials and the Law**, ed. Ludovic Hennebel, Thomas Hochmann, Oxford University Press, 2011, ss. 185-234, doi:10.1093/acprof:oso/9780199738922.003.0007.

PERILLO Joseph, “Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept”, **Pac. L. J.**, C. 27, 1995, s. 37.

PERRY Marvin, M. SCHWEITZER Frederick, **Antisemitism: Myth and Hate from Antiquity to the Present**, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005.

RAINEY Bernadette, WICKS Elizabeth, OVEY Clare, **Jacobs, White, and Ovey: The European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2014.

“Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on ‘Hate Speech’”, **Freedom of Expression**, (07.10.2022), https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-?_101_INSTANCE_aDXmrol0vvsU_viewMode=view.

RICCOBONO Salvatore, “ROMA DOKTRİNİNDE HAKKIN SUIİSTİMALİ NAZARİYESİ”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, çev. Z. Umur, C. 22, S. 1-4, 2011, ss. 350-97.

SAĞLAM Fazıl, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, 1. bs, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.

———, “Anayasa Mahkemesi’nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma Alanı”, **Prof. Metin Günday Armağanı**, Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020, C. II, ss. 1101-64.

———, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Denem”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2019, 318-34, doi:10.33433/maruhad.665522.

———, “Mücadeleci Demokrasi: Avrupa Mekanı ve Türkiye”, **İnsan Hakları ve Güvenlik - Human Rights and Security – Droits de l’homme et securite**, Ankara: TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 2002, ss. 61-74.

———, **Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları**, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1999.

———, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982.

SAJO Andras, “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, 2005, ss. 29-98.

SANDER Oral, **Siyasi Tarih 1918-1994**, 23. Baskı., Ankara: İmge Kitabevi, 2013.

SAUL Ben, KINLEY David, MOWBRAY Jaqueline, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Cases, Materials, and Commentary**, OUP Oxford, 2014.

SCHABAS William A., **The European Convention on Human Rights: A Commentary**, Oxford, New York: Oxford University Press, 2015.

———, (ed.), **The Universal Declaration of Human Rights: The Travaux Préparatoires**, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SCHABAS William, NOWAK Manfred, **U.N. International Covenant on Civil and Political Rights: Nowak's CCPR Commentary**, N.P. Engel, Publisher, 2019.

SCHAUER Frederick, "Can Rights be Abused?", **The Philosophical Quarterly** (1950-), C. 31, S. 124, 1981, ss. 225-30, doi:10.2307/2219111.

———, "On the Distinction between Speech and Action", **SSRN Electronic Journal**, 2014, doi:10.2139/ssrn.2514453.

SEVİNÇ Murat, "22. YASAMA DÖNEMİ'NİN (2002-2007) ARDINDAN, YASAMA BAĞIŞIKLIKLARI KONUSU", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 62, S. 03, 2007, ss. 319-47, doi:10.1501/SBFder_0000002044.

SEVİNÇ Murat, "Bir anayasal 'hak' olarak, laiklik...", Text, <https://www.gazeteduvar.com.tr/yazarlar/2018/04/26/bir-anayasal-hak-olarak-laiklik>, Gazete Duvar, 26.04.2018, <https://www.gazeteduvar.com.tr/yazarlar/2018/04/26/bir-anayasal-hak-olarak-laiklik>.

———, **Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları**, Ankara: Kırılmaç Yayinevi, 2004.

SOTTIAUX Stefan, "Anti-Democratic Associations: Content and Consequences in Article 11 Adjudication", 2004, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/016934410402200404>.

SOTTIAUX Stefan, RUMMENS Stefan, "Concentric democracy: Resolving the incoherence in the European Court of Human Rights' case law on freedom of expression and freedom of association", **International Journal of Constitutional Law**, C. 10, S. 1, 2012, ss. 106-26, doi:10.1093/icon/mor074.

SOYSAL Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 6. bs, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986.

SPIELMANN A., "La Convention Européenne des droits de l'homme et l'abus de droit", **Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti**, Bruylant, 1998, s. .

STORER Colin, **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, İstanbul: İletişim Yayınları, 2021.

ŞİRİN Tolga, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, 1. Bası., Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.

———, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu", **Journal of Penal Law and Criminology**, C. 9, S. 1, 2021, ss. 1-64.

ŞİRİN Tolga, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

———, "Nefret Söylemi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarından Örnekler", **Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları: Felsefe, Hukuk, Çalışma Ekonomisi, Kentleşme ve Çevre, Maliye**, ed. Selda Çağlar, Çağaloğlu, İstanbul, 2015, ss. 114-86.

ŞİRİN Tolga, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı - 1 İfade Özgürlüğünün Grisi**, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2020.

———, **Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı – 2 İfade Özgürlüğünün Yeşili**, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2021.

ŞİRİN Tolga, ORCAN Necdet Umut, “Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 20, 2021, ss. 301-58.

TAN Floris, “The Dawn of Article 18 ECHR – A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?”, **The Law Behind Rule of Law Transfers**, ed. Till Patrik Holterhus, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2019, ss. 113-46, doi:10.5771/9783845298481-113.

TANILLI Server, **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, İstanbul: Say Yayınları, 1990.

TANÖR Bülent, **İki Anayasa 1961-1982**, 5. bs, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.

———, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 24. bs, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2014.

———, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, İstanbul: Öncü Kitabevi, 1969.

———, **TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama**, İstanbul: Forum Yayınları, 1979.

———, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Bds Yayınları, 1994.

TANÖR Bülent, YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 2014.

TEITEL Ruti, “Militating Democracy: Comparative Constitutional Perspectives”, **Michigan Journal of International Law**, C. 29, S. 1, 2008, ss. 49-70.

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.

TOURAIİNE Alain, **Demokrasi Nedir?**, çev. Olcay Kunal, Yapı Kredi Yayınları, 2019.

TSAMPI Aikaterini, “The New Doctrine on Misuse of Power under Article 18 ECHR: Is It about the System of Contre-Pouvoirs within the State after All?”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, C. 38, S. 2, 2020, ss. 134-55, doi:10.1177/0924051920923606.

TSESIS Alexander, “Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy”, C. 44, t.y., s. 39.

TULKENS Françoise, “Söylem Ne Zaman Eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İfade Özgürlüğü ve Nefret Söylemi İçtihatları”, **İfade Özgürlüğü -**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, 2012, ss. 259-73.

UÇARYILMAZ Talya Şans, "ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMESEL BONA FİDES (DÜRÜSTLÜK KURALI) KAVRAMI VE ÇAĞDAŞ HUKUKA ETKİSİ", **TBB Dergisi**, S. 135, 2018, ss. 335-82.

UYGUN Oktay, "1982 ANAYASASI'NDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ANAYASAL SINIRLARI", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 8, S. 2, 2011, ss. 357-90.

———, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Rejimi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, t.y.

———, **Devlet Teorisi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

VENEDİK KOMİSYONU, "Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017", CDL-AD(2017)005, 13.03.2017, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e).

VILLIGER Mark E., "AİHM Uygulamasında AİHS 17. Madde ve İfade Özgürlüğü", **İfade Özgürlüğü - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza'ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler**, 2012, ss. 297-304.

WAGRANDL Ulrich, "The Prohibition to Abuse One's Human Rights: A Theory", **European Law Journal**, C. 25, S. 6, 2019, ss. 577-92, doi:10.1111/eulj.12349.

WALDRON Jeremy, **Nefret Söylemindeki Zarar**, çev. Zübeyde Karadağ Thorpe, Fol Kitap, 2021.

WELSH Helga A., "Dealing with the Communist past: Central and East European Experiences after 1990", **Europe-Asia Studies**, C. 48, S. 3, 1996, ss. 413-28.

WILLIAMS Anne M., "The European Convention on Human Rights: A New Use", **Texas International Law Journal**, C. 12, S. 2-3, 1977, ss. 279-92.

YILMAZOĞLU Yunus Emre, İsmail Emrah PERDECİOĞLU, (ed.), **TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI (GEREKÇELİ)**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021.

YOKUŞ Sevtap, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara: Yetkin, 2002.

YOLCU Serkan, "ADİL YARGILANMA HAKKI KARŞISINDA YASAMA DOKUNULMAZLIĞINI YENİDEN DÜŞÜNMEK: ATILLA KART OLAYI ÜZERİNE BİR DENEME", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 60, S. 2, 2011, ss. 367-416, doi:10.1501/Hukfak_0000001631.

KARARLAR

AİHM Kararları

Balsytė-Lideikienė v. Lithuania, 72596/01 (ECtHR 04 Kasım 2008).

Behar and Gutman v. Bulgaria, 29335/13 (ECtHR 16 Şubat 2021).

- Boychenko v. Russia, 8663/08 (ECtHR 12 Ekim 2021).
- Bozano v. France (satisfaction équitable), 9990/82 (ECtHR 02 Aralık 1987).
- Chauvy and Others v. France, 64915/01 (ECtHR 29 Haziran 2004).
- Church of Scientology Moscow v. Russia, 18147/02 (ECtHR 05 Nisan 2007).
- Engel and Others v. the Netherlands, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 (ECtHR 08 Haziran 1976).
- Erdogdu and Ince v. Turkey, 25067/94, 25068/94 (ECtHR [GC] 08 Temmuz 1999).
- Fáber v. Hungary, 40721/08 (ECtHR 24 Temmuz 2012).
- Fatullayev v. Azerbaijan, 40984/07 (ECtHR 22 Nisan 2010).
- Feret v. Belgium, 15615/07 (ECtHR 16 Temmuz 2009).
- Freedom and Democracy Party (özdep) v. Turkey, 23885/94 (ECtHR [GC] 08 Aralık 1999).
- Garaudy v. Fransa, B. No: 65831/01 (AİHM 24 Haziran 2003).
- German Communist Party and Others v. Germany (déc.), 250/57 (EComHR 20 Temmuz 1957).
- Giniewski v. France, 64016/00 (ECtHR 31 Ocak 2006).
- Glaser v. Germany, 9228/80 (ECtHR 28 Ağustos 1986).
- Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands (déc.), 8348/78, 8406/78 (EComHR 11 Ekim 1979).
- Golder v. Birleşik Krallık, 4451/70 (AİHM 21 Şubat 1975).
- Gunduz v. Turkey, 35071/97 (ECtHR 04 Aralık 2003).
- Gusinskiy v. Russia, 70276/01 (ECtHR 19 Mayıs 2004).
- Gül and Others v. Turkey, 4870/02 (ECtHR 08 Haziran 2010).
- H., W., P. and K. v. Austria (déc.), 12774/87 (EComHR 12 Ekim 1989).
- Handyside v. Birleşik Krallık, B. No: 5493/72 (AİHM 07 Aralık 1976).
- Hadep and Demir v. Turkey, 28003/03 (ECtHR 14 Aralık 2010).
- Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, 25803/04, 25817/04 (ECtHR 30 Haziran 2009).
- Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany (déc.), 31098/08 (ECtHR 12 Haziran 2012).
- İlgar Mammadov v. Azerbaijan, 15172/13 (ECtHR [GC] 29 Mayıs 2019).
- Incal v. Turkey, 22678/93 (ECtHR [GC] 09 Haziran 1998).
- Ireland v. the United Kingdom, 5310/71 (ECtHR 18 Ocak 1978).

- Jersild v. Denmark, 15890/89 (ECtHR [GC] 23 Eylül 1994).
- Kaptan v. Switzerland (déc.), 55641/00 (ECtHR 12 Nisan 2001).
- Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia, 26261/05, 26377/06 (ECtHR 14 Mart 2013).
- Kavala v. Türkiye, 28749/18 (ECtHR [GC] 11 Temmuz 2022).
- Khabirov v. Russia, 69450/10 (ECtHR 12 Ekim 2021).
- Khodorkovskiy v. Rusya, B.No: 5829/04 (AİHM 28 Kasım 2011).
- Kosiek v. Germany, 9704/82 (ECtHR 28 Ağustos 1986).
- Kühnen v. the Federal Republic of Germany (déc.), 12194/86 (EComHR 12 Mayıs 1988).
- Lawless v. Ireland (no. 3), 332/57 (ECtHR 01 Temmuz 1961).
- Lehideux and Isorni v. France, 24662/94 (ECtHR [GC] 23 Eylül 1998).
- Lingens v. Avusturya, B. No: 9815/82 (AİHM 08 Temmuz 1986).
- Lowes v. the United Kingdom (déc.), 13214/87 (EComHR 09 Aralık 1988).
- Marais v. France (déc.), 31159/96 (EComHR 24 Haziran 1996).
- M'bala M'bala v. France (déc.), 25239/13 (ECtHR 20 Ekim 2015).
- Mccann and Others v. the United Kingdom, 18984/91 (ECtHR [GC] 27 Eylül 1995).
- M.d. and Others v. Spain, 36584/17 (ECtHR 28 Haziran 2022).
- Mehmet Aytaç, B. No: 2017/26514 (t.y.).
- Mehmet Cevher İlhan v. Turkey, 15719/03 (ECtHR 13 Ocak 2009).
- Merabishvili v. Georgia, 72508/13 (ECtHR [GC] 28 Kasım 2017).
- Monnat v. Switzerland, 73604/01 (ECtHR 21 Eylül 2006).
- Mukhin v. Russia, 3642/10 (ECtHR 14 Aralık 2021).
- Navalnyy v. Russia, 29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13, 43746/14 (ECtHR [GC] 15 Kasım 2018).
- Norwood v. the United Kingdom (déc.), 23131/03 (ECtHR 16 Kasım 2004).
- Osmani and Others v. “the Former Yugoslav Republic of Macedonia” (déc.), 50841/99 (ECtHR 11 Ekim 2001).
- Partidul Comunistilor (nepeceristi) and Ungureanu v. Romania [extracts], 46626/99 (ECtHR 03 Şubat 2005).
- Pastörs v. Germany, 55225/14 (ECtHR 03 Ekim 2019).
- Pavel Ivanov v. Russia (déc.), 35222/04 (ECtHR 20 Şubat 2007).

Perinçek v. Switzerland, 27510/08 (ECtHR [GC] 15 Ekim 2015).

Rasul Jafarov v. Azerbaijan, 69981/14 (ECtHR 17 Mart 2016).

R.b. v. Estonia, 22597/16 (ECtHR 22 Haziran 2021).

Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (ECtHR 31 Temmuz 2001).

Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 (ECtHR [GC] 13 Şubat 2003).

Reisz v. Germany (déc.), 32013/96 (EComHR 20 Ekim 1997).

Remer v. Germany (déc.), 25096/94 (EComHR 06 Eylül 1995).

R.I. v. Switzerland (déc.), 43874/98 (ECtHR 25 Kasım 2003).

Sanchez v. France, 45581/15 (ECtHR 02 Eylül 2021).

S.a.s. v. France, 43835/11 (ECtHR [GC] 01 Temmuz 2014).

Savickis and Others v. Latvia, 49270/11 (ECtHR [GC] 09 Haziran 2022).

Schimanek v. Austria (déc.), 32307/96 (ECtHR 01 Şubat 2000).

Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 2), 14305/17 (ECtHR [GC] 22 Aralık 2020).

Socialist Party and Others v. Turkey, 21237/93 (ECtHR [GC] 25 Mayıs 1998).

Soulas Et Autres c. France, 15948/03 (ECtHR 10 Temmuz 2008).

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, 7151/75, 7152/75 (ECtHR 23 Eylül 1982).

Staatkundig Gereformeerde Partij v. the Netherlands (déc.), 58369/10 (ECtHR 10 Temmuz 2012).

Sürek v. Turkey (no. 1), 26682/95 (ECtHR [GC] 08 Temmuz 1999).

Taganrog Lro and Others v. Russia, 32401/10, 44285/10, 3488/11, 3492/11, 14821/11, 17552/11, 2269/12, 5547/12, 76162/12, 74387/13, 79240/13, 28108/14, 2861/15, 15962/15, 16578/15, 24622/16, 10188/17, 39417/17, 3215/18, 44386/19 (ECtHR 07 Haziran 2022).

United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, 19392/92 (ECtHR [GC] 30 Ocak 1998).

Vajnai v. Hungary, 33629/06 (ECtHR 08 Temmuz 2008).

Vejdeland and Others v. Sweden, 1813/07 (ECtHR 09 Şubat 2012).

Vogt v. Germany, 17851/91 (ECtHR [GC] 26 Eylül 1995).

Vona v. Hungary, 35943/10 (ECtHR 09 Temmuz 2013).

Witzsch v. Germany (déc.), 41448/98 (ECtHR 20 Nisan 1999).

Witzsch v. Germany (déc.), 7485/03 (ECtHR 13 Aralık 2005).

Wojczuk v. Poland, 52969/13 (ECtHR 09 Aralık 2021).

W.p. and Others v. Poland (déc.), 42264/98 (ECtHR 02 Eylül 2004).

X. v. Federal Republic of Germany (déc.), 9235/81 (EComHR 16 Temmuz 1982).

Yazar and Others v. Turkey, 22723/93, 22724/93, 22725/93 (ECtHR 09 Nisan 2002).

Z and Others v. the United Kingdom, 29392/95 (ECtHR [GC] 10 Mayıs 2001).

Zana v. Turkey, 18954/91 (ECtHR [GC] 25 Kasım 1997).

Zdanoka v. Letonya, B. No: 58278/00 (AİHM 16 Mart 2006).

BM İnsan Hakları Komitesi Kararları

Delia Saldías de Lopez v. Uruguay, No. 52/1979 (BM İnsan Hakları Komitesi 1984).

J.R.T. and the W.G. Party v. Canada, No. 104/1981 (BM İnsan Hakları Komitesi 1984).

Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, No. 56/1979 (İnsan Hakları Komitesi 1984).

M.A. v. Italy (BM İnsan Hakları Komitesi 1984).

Robert Faurisson v. France, No. 550/1993 (BM İnsan Hakları Komitesi 08 Kasım 1996).

Ross v. Canada (BM İnsan Hakları Komitesi 18 Ekim 2000).

Diğer Kararlar

“Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952)”, **Justia Law**, (31.08.2022), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>.

Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze, ICTR-99-52-T (Uluslararası Ceza Mahkemesi 03 Aralık 2003).

AYM Kararları

E. 1998/38, K. 1998/50 (Anayasa Mahkemesi 31 Temmuz 1998).

AYM, E.1993/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/2 (Anayasa Mahkemesi 23 Kasım 1993).

E. 1963/25, K. 1963/87 (Anayasa Mahkemesi 08 Nisan 1963).

E. 1963/173, K. 1965/40 (Anayasa Mahkemesi 26 Eylül 1965).

E. 1999/1 (Parti Kapatma) K. 2003/1, E. 1999/1 (Parti Kapatma) K. 2003/1 (Anayasa Mahkemesi 13 Mart 2003).

E. 1979/31, K. 1980/59 (Anayasa Mahkemesi 08 Ocak 1981).

E. 1985/30, K. 1986/10 (Anayasa Mahkemesi 15 Mayıs 1986).

Ali Hizmetçi ve Diğerleri, B. No: 2017/18232 (Anayasa Mahkemesi 21 Ekim 2021).

Bestami Eroğlu, B. No: 2018/23077 (Anayasa Mahkemesi 17 Eylül 2020).

Erhan Urak, B. No: 2016/10657 (Anayasa Mahkemesi 22 Eylül 2021).

Fetullah Gülen, B. No: 2014/12225 (Anayasa Mahkemesi 06 Ekim 2015).

Figen Yüksekdağ Şenoğlu ve diğerleri, B. No: 2016/39759 (Anayasa Mahkemesi 30 Mart 2022).

KAOS GL (4), B. No: 2018/20035 (Anayasa Mahkemesi 16 Mart 2023).

Leyla Güven, B. No: 2018/26689 (Anayasa Mahkemesi 07 Nisan 2022).

Kemal Aktaş ve Selma Irak, B. No: 2014/85 (Anayasa Mahkemesi 03 Ocak 2014).

Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272 (Anayasa Mahkemesi 04 Aralık 2013).

Ömer Faruk Gergerlioğlu, B. No: 2019/10634 (Anayasa Mahkemesi 01 Temmuz 2021).

Seyid Narin [GK], B. No: 2018/20156 (Anayasa Mahkemesi 02 Ağustos 2022).

Sırrı Süreyya Önder {GK}, B. No: 2018/38143 (Anayasa Mahkemesi 08 Ekim 2019).

ÖZGEÇMİŞ

[Redacted text block]

[Redacted text block]



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite :

Enstitü :

Hazırlayanın Adı Soyadı :

Tez Başlığı :

Savuma Tarihi :

Danışman :

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad- Soyadı

İmza

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM

Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK

Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü